



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2015, Vol. 1, Part 1

2015, Vol. 1, 1^{er} fascicule

Cited as [2015] 1 F.C.R., 3–240

Renvoi [2015] 1 R.C.F., 3–240

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B./B.Sc.Soc., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r.

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, WILLIAM A. BROOKS, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2015.

Cat. No. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-373X

The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case.

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.

Inquiries concerning the contents of the Federal Courts Reports should be directed to the Editor at the above mentioned address and telephone number.

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiſte en chef et le comité consultatif ſont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est WILLIAM A. BROOKS.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2015.

N° de cat. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-373X

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales ſont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause.

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiſte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l'arrêtiſte en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.

Subscribers who receive the *Federal Courts Reports* pursuant to the *Canada Federal Court Reports Distribution Order* should address any inquiries and change of address notifications to: Linda Brunet, Production and Publication Manager, *Federal Courts Reports*, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3.

Les abonnés qui reçoivent le *Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada* sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à : Linda Brunet, Gestionnaire, production et publication, *Recueil des décisions des Cours fédérales*, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3.

All judgments published in the *Federal Courts Reports* may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>

Tous les jugements publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales* peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	3–240

Canada (Attorney General) v. Slansky (F.C.A.) 81

Practice—Privilege—Appeal from Federal Court decision determining that report by Canadian Judicial Council (CJC) subject to both legal advice, public interest privilege—Appellant, lawyer, complaining to CJC about alleged misconduct of Ontario Superior Court of Justice judge—CJC Chairperson dismissing complaint, relying on report by counsel—CJC not disclosing report as part of tribunal record, claiming report legal advice, protected by solicitor-client privilege, subject to public interest privilege—Appellant's motion to compel disclosure of report granted by Federal Court Prothonotary—However, that decision reversed by Federal Court—Federal Court finding that report subject to legal advice, public interest privilege; declining to sever parts of report—Scope of counsel's mandate set out in retainer letter—That letter stating that role of counsel to, *inter alia*, gather information, collect, analyze documentation—CJC indicating counsel's role of "fact-finder" broader than might be inferred—Whether report subject to solicitor-client privilege, factual components severable—*Per* Evans J.A.: Letter of engagement not expressly including provision of legal advice—*Supreme Court of Canada in Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health (Blood Tribe)* deciding that lawyer, client relationship established if lawyer engaged to provide services in legal context for which lawyer's skills, knowledge necessary, even if services not regarded as provision of legal advice in ordinary sense—Terms in retainer letter not conclusive—Analysis of documents by counsel herein requiring extensive knowledge of criminal law, trial process—Inferred from nature of allegations that counsel's

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	3–240

Canada (Procureur général) c. Slansky (C.A.F.) 81

Pratique—Privilège—Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a déterminé que le rapport du Conseil canadien de la magistrature (CCM) relevait du conseil juridique et était donc protégé par un privilège d'intérêt public—Le demandeur, un avocat, s'est plaint auprès du CCM de l'inconduite alléguée d'un juge de la Cour supérieure de l'Ontario—Le président du CCM a rejeté la plainte, s'appuyant sur un rapport rédigé par un conseiller juridique—Le CCM a refusé de divulguer le rapport avec les autres documents du dossier du tribunal, affirmant que le contenu relevait du conseil juridique et que le rapport était donc protégé par le secret professionnel de l'avocat ainsi que par un privilège d'intérêt public—La requête du demandeur en vue de contraindre le CCM à inclure le rapport dans son dossier a été accueillie par la protonotaire de la Cour fédérale—Cependant, cette décision a été infirmée par la Cour fédérale—La Cour fédérale a conclu que le rapport était protégé en tant que conseil juridique et par un privilège d'intérêt public, et a refusé de faire retrancher des parties du rapport—La portée du mandat du conseiller juridique était établie dans une lettre d'engagement—Cette lettre indique que le rôle de l'avocat consiste, entre autres, à obtenir un complément d'information, et à amasser des documents et procéder à leur analyse—Le CCM a indiqué que le rôle d'« enquêteur » du conseiller juridique est plus grand que l'on pourrait le croire—Il s'agissait de savoir si le rapport était protégé par le secret professionnel de l'avocat et s'il était possible de prélever les éléments factuels du rapport—Le juge Evans, J.C.A. : La lettre d'engagement ne parlait pas expressément de la prestation de conseils juridiques—La Cour

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

role involving legal, factual analyses—Counsel engaged in capacity as lawyer—Report therefore subject to legal advice privilege—Not permissible to sever findings of fact made in investigative report covered by solicitor-client privilege when forming basis of, inextricably linked to, legal advice provided—Appeal dismissed—*Per* Mainville J.A. (concurring): Report subject to public interest privilege—CJC decision not to disclose report reasonable—Damage to public interest non-existent or minimal—Disclosure of report would negate undertakings of confidentiality provided to third parties—Trial Judge not obligated to justify conduct of trial to appellant or Federal Court—CJC amply discharging its duty of disclosure by informing appellant of disposition of complaint—Federal Court committing no error—*Per* Stratas J.A. (dissenting): No solicitor-client, public interest privileges here—Retainer letter must predominate in assessing claim of privilege—Counsel not performing legal analysis—Otherwise running counter to letter’s explicit instructions—Word “analyzed” in letter meaning identifying, gathering, summarizing bits of information from documents—Lawyer cannot make secret informational document by unilaterally inserting analyses, recommendations, advice that formed no part of retainer—“Advice” having to be broadly construed in assessing whether lawyer retained only to gather information or to gather information as part of larger exercise of providing legal advice—Here, letter showing that CJC leaving for itself task of analysis—Supreme Court comment “otherwise acting as a lawyer” in Blood Tribe may have been allusion to litigation privilege—Not open to Court to reify words “otherwise acting as a lawyer” to level of general principle, apply that principle to impose secrecy over information gathering report when no legal advice sought—Privilege, if present, waived by CJC when report given to third party—CJC not permitted to disclose some information supporting its decision, withhold rest—Report should be included in record—Report not protected by public interest privilege—CJC failing to demonstrate interest in confidentiality—Report hidden from reviewing court if public interest claim upheld—Immunizing part of CJC’s decision offending principle that holders of public power accountable for exercise of power—Allowing reviewing court to view report strengthening judicial independence.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

suprême du Canada a conclu dans l’arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health (Blood Tribe)* qu’une relation entre un avocat et son client est établie si l’avocat est chargé de fournir des services dans un contexte juridique exigeant les compétences et les connaissances d’un avocat, même si ces services peuvent ne pas être perçus comme étant des services juridiques au sens courant du terme—Les modalités du mandat n’étaient pas nécessairement déterminantes—L’analyse des documents et des enregistrements exigeaient de la part d’un avocat une connaissance approfondie du droit pénal et des procès criminels—Il était possible de conclure à partir de la nature des allégations que le rôle du conseiller juridique supposait des analyses juridiques et factuelles—Le conseiller juridique a été embauché en sa qualité d’avocat—Le rapport était donc protégé par le secret professionnel de l’avocat—Le prélèvement des constatations de faits contenues dans un rapport d’enquête protégé par le secret professionnel de l’avocat lorsque celles-ci sont le fondement des conseils juridiques fournis et y sont inextricablement liées n’est pas permis—Appel rejeté—Le juge Mainville, J.C.A. (motifs concourants) : Le rapport fait l’objet d’un privilège d’intérêt public—La décision du CCM de ne pas divulguer le rapport était raisonnable—L’atteinte à l’intérêt public est minime, voire inexistante—La divulgation du rapport bafouerait la promesse de confidentialité faite aux tierces parties—Le juge du procès n’a pas à justifier sa conduite durant le procès devant le demandeur ou devant la Cour fédérale—Le CCM s’est amplement acquitté de son devoir de divulgation en informant le demandeur de l’issue du traitement de la plainte—La Cour fédérale n’a commis aucune erreur—Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : Il n’y a aucun privilège du secret professionnel de l’avocat et aucun privilège d’intérêt public en l’espèce—Lorsqu’il s’agit d’examiner une demande de privilège, une lettre de mandat doit être le principal élément pris en compte—Le conseiller juridique n’a pas effectué une analyse de nature juridique—Effectuer une telle analyse serait contraire à la directive explicite de la lettre de mandat—Le mot « analyse » dans le mandat ne peut renvoyer qu’au fait de circonscrire, de réunir et de résumer les éléments d’information contenus dans les documents—Un avocat ne peut pas prendre un document purement informatif et en faire instantanément un document entièrement secret en y ajoutant de façon unilatérale des analyses, des recommandations, et des conseils, alors que cela ne faisait pas partie de son mandat—Il convient de donner un sens large au mot « conseil » lorsqu’il s’agit d’évaluer la situation d’un avocat chargé seulement de recueillir des renseignements et celle d’un avocat chargé de recueillir des renseignements dans le cadre d’une tâche plus large consistant à fournir des conseils juridiques—En l’espèce, la lettre de mandat montre que le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Judges and Courts—Appellant, lawyer, complaining to Canadian Judicial Council (CJC) about alleged serious misconduct of Ontario Superior Court of Justice judge during murder trial—CJC Chairperson dismissing complaint, closing file—In making decision, Chairperson relying on report from counsel—Appellant seeking judicial review of Chairperson’s decision—CJC not disclosing report as part of tribunal record, claiming report legal advice, protected by solicitor-client privilege, subject to public interest privilege—Appellant’s motion to compel disclosure of report granted by Federal Court Prothonotary—However, that decision reversed by Federal Court—Federal Court finding that report subject to legal advice, public interest privilege; declining to sever parts of report—Appellant alleging, *inter alia*, that CJC’s investigation of complaint inadequate, interpretation of Judge’s conduct wrong in law, CJC exceeding jurisdiction by passing “erroneous and flawed judgment” on appellant’s conduct at trial as excuse for Judge’s misconduct—Whether report subject to solicitor-client privilege, factual components severable—Counsel’s role involving legal, factual analyses—Counsel engaged in capacity as lawyer—Report therefore subject to legal advice privilege—Not permissible to sever findings of fact made in investigative report covered by solicitor-client privilege when forming basis of, inextricably linked to, legal advice provided—Appeal dismissed, Stratas J.A. dissenting.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

CCM s’est réservé la tâche d’examiner les faits—Lorsque la Cour suprême a ajouté le commentaire « ou agit, d’une autre manière, en qualité d’avocat » dans l’arrêt *Blood Tribe*, cela pouvait faire allusion au privilège de la poursuite—Il n’appartient pas à la Cour d’ériger l’expression « agit, d’une autre manière, en qualité d’avocat » en principe général, puis, d’appliquer ce principe pour imposer la confidentialité d’un rapport d’enquête lorsqu’aucun conseil juridique n’est demandé—Le CCM a renoncé à tout privilège, s’il existe, en remettant volontairement le rapport à une tierce partie—Le CCM ne devrait pas être autorisé à divulguer certains éléments d’information pour appuyer cette décision, mais à préserver la confidentialité du reste du rapport—Le rapport devrait être versé au dossier de la Cour—Le rapport n’est pas protégé par un privilège d’intérêt public—Le CCM n’a pas démontré l’existence d’un intérêt à l’égard de la confidentialité—Si la demande de privilège d’intérêt public est accueillie, la cour de révision n’aura pas accès au rapport—Mettre à l’abri de tout contrôle une partie de la décision du CCM enfreint le principe selon lequel tous les titulaires de pouvoirs publics doivent rendre compte de la façon dont ils exercent ces pouvoirs—Permettre à la cour de révision de consulter le rapport vient renforcer l’indépendance judiciaire.

Juges et Tribunaux—Le demandeur, un avocat, s’est plaint auprès du Conseil canadien de la magistrature (CCM) de l’inconduite alléguée d’un juge de la Cour supérieure de l’Ontario durant un procès pour meurtre au premier degré—Le président du CCM a rejeté la plainte et a fermé le dossier—Pour rendre sa décision, le président s’était appuyé sur un rapport rédigé par un conseiller juridique—Le demandeur sollicite le contrôle judiciaire de la décision du président—Le CCM a refusé de divulguer le rapport avec les autres documents du dossier du tribunal, affirmant que le contenu relevait du conseil juridique et que le rapport était donc protégé par le secret professionnel de l’avocat ainsi que par un privilège d’intérêt public—La requête du demandeur en vue de contraindre le CCM à inclure le rapport dans son dossier a été accueillie par la protonotaire de la Cour fédérale—Cependant, cette décision a été infirmée par la Cour fédérale—La Cour fédérale a conclu que le rapport était protégé en tant que conseil juridique et par un privilège d’intérêt public, et a refusé de faire retrancher des parties du rapport—Le demandeur a allégué, entre autres choses, que l’enquête menée par le CCM au sujet de la plainte était inadéquate et que le CCM avait outrepassé sa compétence en « jugeant de façon erronée et viciée » que le comportement du demandeur durant le procès excusait l’inconduite du juge—Il s’agissait de savoir si le rapport était protégé par le secret professionnel de l’avocat et s’il était possible de prélever les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada (Citizenship and Immigration) v. Harvey (F.C.) 3

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division decision finding that respondent constituting person in need of protection within meaning of *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 97—Board also satisfied that respondent facing cruel, unusual punishment in U.S. imposed thereon in disregard of accepted international standards; that respondent exhausting all realistic mechanisms for redress; therefore, that adequate state protection not available thereto in her own country—Respondent convicted in Florida of unlawful sexual activity with minor; sentenced to 30 years in prison—Convinced could not obtain justice in U.S., respondent fleeing to Canada where seeking refugee protection—Whether Board erring in interpretation, application of Act, s. 97(1)(b)(iii) by failing to consider whether sanctions imposed on respondent by Florida courts imposed in disregard of accepted international standards; whether Board’s state protection finding reasonable in this case—In accordance with Act, s. 97(1)(b)(iii), claimant required to satisfy three elements to constitute person in need of protection—After Board concluding that sentence imposed on respondent so excessive as to outrage standards of decency, Board then required to consider whether sentence meted out imposed in disregard of accepted international standards—However, Board never addressing this question; thus committing error—As to interpretation of Act, s. 97(1)(b)(iii), by adding phrase “unless imposed in disregard of accepted international standards” to s. 97(1)(b)(iii), Parliament intending that it not be enough that punishment constitute “cruel and unusual punishment” in Canada for individual to constitute person in need of protection under Act, s. 97; element as to whether punishment imposed complying with international norms also needing to be considered—Given Board’s silence on this issue, Board’s decision thereon unreasonable—Regarding state protection, after weighing evidence on record, Board reaching conclusion that respondent exhausting all mechanisms for redress in U.S., adequate state protection not available therein—

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

éléments factuels du rapport—Le rôle du conseiller juridique supposait des analyses juridiques et factuelles—Le conseiller juridique a été embauché en sa qualité d’avocat—Le rapport était donc protégé par le secret professionnel de l’avocat—Le prélèvement des constatations de faits contenues dans un rapport d’enquête protégé par le secret professionnel de l’avocat lorsque celles-ci sont le fondement des conseils juridiques fournis et y sont inextricablement liées n’est pas permis—Appel rejeté, le juge Stratas, J.C.A., dissident.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harvey (C.F.) 3

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a conclu que la défenderesse constituait une personne à protéger au sens de l’art. 97 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—La Commission s’est également dite convaincue que la défenderesse était exposée à la peine cruelle et inusitée qui lui avait été infligée aux États-Unis au mépris des normes internationales et que la défenderesse avait épuisé tous les mécanismes réalistes pour demander réparation, de sorte qu’elle ne pouvait compter sur une protection adéquate de l’État dans son propre pays—La défenderesse a été accusée en Floride d’activités sexuelles illicites avec un mineur; elle a été condamnée à 30 ans d’emprisonnement—Convaincue qu’elle ne pouvait obtenir justice aux États-Unis, la défenderesse s’est enfuie au Canada où elle a demandé l’asile—Il s’agissait de savoir si la Commission a commis une erreur dans son interprétation et son application de l’art. 97(1)(b)(iii) de la Loi en ne se demandant pas si les peines auxquelles la défenderesse avait été condamnée par les tribunaux de la Floride lui avaient été infligées au mépris des normes internationales, et si la conclusion tirée par la Commission au sujet de la protection de l’État était raisonnable en l’espèce—Conformément à l’art. 97(1)(b)(iii) de la Loi, pour se voir reconnaître la qualité de personne à protéger, l’intéressé doit satisfaire à trois éléments—Une fois que la Commission a conclu que la peine imposée à la défenderesse est excessive au point de faire outrage aux normes de la convenance, la Commission devait ensuite se demander si la peine infligée à la défenderesse l’avait été au mépris des normes internationales—Cependant, la Commission n’a jamais abordé cette question, commettant ainsi une erreur—Quant à l’interprétation de l’art. 97(1)(b)(iii), en ajoutant l’expression « sauf celles infligées au mépris des normes internationales » à l’art. 97(1)(b)(iii), le législateur précisait qu’il ne suffisait pas qu’une peine constitue au Canada une « peine cruelle et inusitée » pour reconnaître à une personne la qualité de personne à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Considering Board's decision as whole in context of underlying record, Board's conclusion thereon not unreasonable—Application allowed.

Najafi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) 26

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division decision determining applicant inadmissible to Canada pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 34(1)(b),(f); concluding reasonable grounds to believe applicant was or had been member of Kurdish Democratic Party of Iran (KDPI); that KDPI had engaged in subversion by force of two different governments in Iran—Division therefore issuing deportation order against applicant—Applicant, Iranian of Kurdish ethnicity, making successful refugee claim in Canada—However, applicant not obtaining permanent resident status given declaration of inadmissibility sought by respondent under Act, s. 34 as result of involvement with KDPI—Whether Division erring in interpretation of term “subversion by force” in Act, s. 34(1)(b) because acts of aggression committed by KDPI against Iranian government authorized by international law as justifiable use of force by repressed people in furtherance of right to self-determination; whether Division erring in finding that applicant member of KDPI because evidence establishing that applicant having only minimal involvement with organization, never actually formal member thereof—Division not erring in declining to consult international law to interpret Act, s. 34(1)(b)—Not committing reviewable error in finding that KDPI constituting organization having engaged in subversion by force of governments in Iran; that KDPI therefore falling within scope of Act, s. 34(1)(b)—As to applicant's membership in KDPI, evidence in present case coupled with requirement to interpret notion of membership broadly affording Division reasonable basis for concluding that applicant member of KDPI—Finding within range of possible conclusions open to Division; membership finding therefore reasonable—Question certified as to whether Canada's international law obligations requiring Division, in interpreting

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

protéger en vertu de l'art. 97 de la Loi; il faut également tenir compte de l'élément qui consiste à savoir si la peine infligée se conforme aux normes internationales—Compte tenu du silence de la Commission sur cette question, la décision de la Commission à cet égard était déraisonnable—En ce qui a trait à la protection de l'État, après avoir examiné la preuve dont elle disposait, la Commission a conclu que la défenderesse avait épuisé tous les mécanismes pour demander réparation aux États-Unis et qu'une protection suffisante de l'État n'y était pas disponible—Compte tenu de la décision de la Commission dans son ensemble à la lumière du dossier sous-jacent, la conclusion tirée par la Commission sur ce point n'était pas déraisonnable—Demande accueillie.

Najafi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.) 26

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle le demandeur était interdit de territoire au Canada conformément aux art. 34(1)(b) et f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* après avoir conclu qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était membre du Parti démocratique kurde d'Iran (le KDPI) et que le KDPI avait été l'auteur d'actes visant au renversement de deux gouvernements iraniens par la force—La Section a donc pris des mesures de renvoi contre le demandeur—Le demandeur, un Iranien d'origine kurde, a présenté une demande d'asile au Canada, qui a été accueillie—Cependant, le demandeur n'a pas obtenu le statut de résident permanent parce que le défendeur a demandé qu'il soit interdit de territoire en vertu de l'art. 34 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi), du fait de sa participation aux activités du KDPI—Il s'agissait de savoir si la Section a commis une erreur dans l'interprétation de l'expression « au renversement [...] par la force » de l'art. 34(1)(b) car les actes d'agression commis par le KDPI contre le gouvernement iranien étaient autorisés par le droit international, étant donné qu'ils constituaient un recours justifié à la force par un peuple opprimé exerçant son droit à l'autodétermination; et si la Section a commis une erreur en concluant que le demandeur était un membre du KDPI, car la preuve a démontré que le demandeur avait très peu participé aux activités de cet organisme et qu'il n'en avait jamais été officiellement membre—La Section n'a pas commis d'erreur en refusant de recourir au droit international pour interpréter l'art. 34(1)(b) de la Loi—Elle n'a pas commis d'erreur justifiant l'infirmité de sa décision en concluant que le KDPI est une organisation qui a été l'instigatrice ou l'auteur d'actes visant au renversement par la force des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Act, s. 34(1)(b), to exclude certain persons from inadmissibility—Application dismissed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Fundamental Freedoms—Immigration and Refugee Board, Immigration Division determining, *inter alia*, that applicant’s rights to freedom of association, freedom of expression guaranteed by *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 2(d), 2(b) not infringed—Whether Division erring in basing interpretation of term “membership” in *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 34(1)(f) in part on applicant’s involvement with Kurdish Democratic Party of Iran (KDPI) in Canada; that, in doing so, applicant’s rights to freedom of association, freedom of expression guaranteed by Charter, ss. 2(d), 2(b) infringed since KDPI legal organization in Canada—Applicant’s claim Division violating freedom of expression thereof under Charter, s. 2(b) dismissed since applicant not raising argument before Division—Division not erring in finding that Charter not precluding exclusion finding based on applicant’s association with KDPI in Iran, Canada—Applicant’s Charter guarantee of freedom of association not violated because KDPI organization previously engaging in violence; Charter not extending constitutional right to belong to or participate in affairs of organizations engaging in violence.

Tobar Toledo v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 215

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Appeal from Federal Court decision holding border services officer erred in concluding respondent made earlier claim for refugee protection rejected by Refugee Protection Division (RPD)—Respondent minor when claim made by father on his behalf in

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

gouvernements iraniens et qu’elle tombe par conséquent sous le coup de l’art. 34(1)b) de la Loi—Quant à l’appartenance du demandeur au KDPI, la preuve en l’espèce, ajoutée à l’obligation d’interpréter la notion d’appartenance de façon large, a permis de façon raisonnable à la SPR de conclure que le demandeur était membre du KDPI—Cette conclusion appartenait aux conclusions possibles qu’il était loisible à la Section de tirer; la conclusion qu’elle a tirée au sujet de l’appartenance était par conséquent raisonnable—Une question a été certifiée quant à savoir si les obligations du Canada, en matière de droit international, obligent la Section, lors de son interprétation de l’art. 34(1)b) de la Loi, d’exclure de l’interdiction de territoire certaines personnes—Demande rejetée.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Libertés fondamentales—La Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a déterminé, entre autres choses, que le droit à la liberté d’association et le droit à la liberté d’expression du demandeur garantis par les art. 2d) et 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* n’ont pas été violés—Il s’agissait de savoir si la Section a commis une erreur en tenant notamment compte dans son interprétation du terme « membre » à l’art. 34(1)f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* de sa participation aux activités du Parti démocratique kurde d’Iran (le KDPI) au Canada; il s’agissait de savoir également si, ce faisant, le droit à la liberté d’association et le droit à la liberté d’expression que le demandeur tire des art. 2d) et 2b) de la Charte ont été violés, étant donné que le KDPI est une organisation légale au Canada—L’allégation de violation du droit à la liberté d’expression garanti à l’alinéa 2b) de la Charte du demandeur a été rejetée, étant donné que le demandeur ne l’a pas invoqué devant la Section—La Section n’a pas commis d’erreur en concluant que la Charte n’empêchait pas de prendre une mesure d’exclusion sur le fondement de l’association du demandeur au KDPI en Iran et au Canada—Le droit à la liberté d’association que le demandeur tire de la Charte n’a pas été violé, étant donné que le KDPI est une organisation qui s’est livrée à des actes de violence et que la Charte ne confère pas un droit constitutionnel d’appartenir à des organisations qui se livrent à des actes de violence ou de participer à leurs activités.

Tobar Toledo c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.A.F.) 215

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale qui a statué que l’agent des services frontaliers a eu tort de conclure que l’intimé avait fait une demande d’asile antérieure qui avait été rejetée par la Section de protection des réfugiés

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

1995 rejected—Respondent making another claim in 2011, considered ineligible pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 101(1)(b) because of rejection of previous claim—Federal Court comparing both official versions of s. 101(1)(b), determining that with respect to ineligibility of subsequent claims, children not to be subjected to same treatment as parents—Federal Court holding that border services officer erring in rejecting respondent’s 2011 claim; 2011 claim to be referred to RPD if not based on same circumstances as those in father’s 1995 claim—Whether respondent had prior claim for refugee protection rejected by RPD—Rejection of child’s refugee claim rendering ineligible later claim at age of majority pursuant to s. 101(1)(b) regardless of whether facts in original, second claim different—Factual basis of respondent’s 1995 claim not to be confused with claim’s legal character—Federal Court erring in holding that 1995 claim filed on respondent’s behalf not respondent’s own claim—Officer’s conclusion that respondent made 1995 claim on his own behalf not unreasonable—Federal Court erring in distinguishing between parent’s claim for refugee protection, that of child—Respondent’s 2011 claim ineligible because of 1995 claim, not because of father’s legal status, acts or opinions—Act offering child refugee claimant same protections as parent, but also imposing same consequences when claim rejected, unless child’s condition different from that of parent—Act consistent with Convention on the Rights of the Child—Convention requirements met in processing of claim for refugee protection, not applying to consequences of rejection of child’s claim—These consequences arising from rejection of child’s claim, not sanction imposed on child—Federal Court erroneously interpreting s. 101(1)(b)—Appeal allowed.

Toney v. Canada (F.C.A.) 184

Maritime Law—Appeal from Federal Court order determining, as question of law in advance of trial, that Federal Court having in *personam* jurisdiction over appellant in underlying

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

(SPR)—L’intimé était mineur lorsque la demande faite par son père en son nom a été rejetée en 1995—L’intimé a fait une autre demande en 2011 qui est jugée irrecevable conformément à l’art. 101(1)(b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* en raison du rejet de la demande antérieure—La Cour fédérale a comparé les deux versions officielles de l’art. 101(1)(b), déterminant qu’en ce qui a trait à l’irrecevabilité de toute demande d’asile subséquente, les enfants ne devaient pas être assujettis au même traitement que celui accordé à leurs parents—La Cour fédérale a statué que l’agent des services frontaliers a eu tort de rejeter la demande déposée en 2011 par l’intimé; la demande de 2011 devait être déferée à la SPR si elle ne semblait pas reposer sur les mêmes faits et circonstances que celle de son père en 1995—Il s’agissait de savoir si l’intimé est une personne dont la demande d’asile antérieure a été rejetée par la SPR—Le rejet d’une demande d’asile présentée par un enfant mineur emporte nécessairement l’irrecevabilité d’une demande ultérieure présentée par l’enfant devenu majeur aux termes de l’art. 101(1)(b), peu importe que les faits sur lesquels repose la deuxième demande d’asile soient différents de ceux qui étaient à l’origine de la première demande—Il ne faut pas confondre le fondement factuel de la demande d’asile de l’intimé avec son caractère juridique—La Cour fédérale a eu tort de considérer que la demande d’asile déposée au nom de l’intimé en 1995 n’était pas sa propre demande d’asile—La conclusion de l’agent des services frontaliers que l’intimé avait fait une demande d’asile en son propre nom en 1995 n’était pas déraisonnable—La Cour fédérale a eu tort de distinguer entre une demande d’asile d’un parent et celle de son enfant—La demande d’asile faite en 2011 par l’intimé est irrecevable en raison de la demande de 1995, et non en raison du statut juridique ou des actes ou opinions de son père—La Loi offre à un enfant demandeur d’asile les mêmes protections qu’elle offre à ses parents, mais elle lui impose les mêmes conséquences lorsque la demande d’asile est refusée, sauf dans les cas où la condition de l’enfant est différente de celle du parent—La Loi est conforme à la Convention relative aux droits de l’enfant—Les exigences de la Convention sont remplies dans le traitement de la demande d’asile et n’ont pas d’application aux conséquences d’un refus d’une demande d’asile d’un enfant—Ces conséquences découlent du refus de la demande de l’enfant et ne sont pas une sanction imposée à l’enfant—La Cour fédérale a commis une erreur de droit lorsqu’elle a interprété l’art. 101(1)(b)—Appel accueilli.

Toney c. Canada (C.A.F.) 184

Droit maritime—Appel interjeté à l’encontre d’une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a conclu, relativement à une question de droit soulevée avant la tenue du procès,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

action—Action arising from death of young daughter, sister to plaintiffs in action, following boating incident in Alberta—Appellant consistently objecting to Federal Court’s exercise of in *personam* jurisdiction thereover in present proceedings—Whether Federal Court having in *personam* jurisdiction over appellant in present matter—*Per* Near J.A. (Webb J.A. concurring): Claim herein relating to maritime law; therefore, falling within subject-matter jurisdiction of Federal Court pursuant to *Federal Courts Act* (Act), s. 22—Crown presumptively not bound by legislation unless expressly named, bound by necessary implication, or having waived immunity—Fact Crown defined in Act, s. 2 as “Her Majesty in right of Canada” contraindicative of clear intention to bind provinces—View supported by absence of any indication of Parliamentary intention to confer on Federal Courts in *personam* jurisdiction over provinces in legislative history of Act, s. 22, which deals with subject-matter jurisdiction—Also, Act, s. 19 not applying herein to grant Federal Court jurisdiction over appellant since requirements not met—Regarding necessary implication, purpose of *Federal Courts Act* would not be wholly frustrated if appellant herein not bound—As for waiver, respondents not establishing that appellant waiving immunity by past conduct—Appeal allowed—*Per* Sharlow J.A. (dissenting): Based on Act, ss. 22, 43, read in entirety, context, Parliament intending to give Federal Court complete, comprehensive jurisdiction in all claims under *Marine Liability Act*, including claims of respondents against appellant—Therefore, provinces bound by Act, ss. 22, 43.

SOMMAIRE (Fin)

qu’elle a compétence en matière personnelle à l’égard de l’appelante dans la présente affaire—L’action découle du décès de la jeune fille et sœur des demandeurs, à la suite d’un accident de bateau en Alberta—Depuis le début de la présente affaire, l’Alberta soutient que la Cour fédérale n’a pas compétence en matière personnelle à son égard—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a compétence en matière personnelle dans la présente affaire—Le juge Near, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La présente demande relevait du droit maritime; par conséquent, elle relevait de la compétence de la Cour fédérale en vertu de l’art. 22 de la *Loi sur les Cours fédérales* (la Loi)—Il y a présomption que la Couronne n’est pas liée par la Loi sauf si elle y est désignée de façon expresse, si elle est liée par déduction nécessaire ou si elle a renoncé à son immunité—Le fait que la Couronne soit définie à l’art. 2 de la Loi comme étant « Sa Majesté du chef du Canada » ne cadre pas avec une intention claire de lier les provinces—L’absence de toute indication que le législateur fédéral ait eu l’intention de conférer aux Cours fédérales la compétence en matière personnelle à l’égard des provinces dans les versions antérieures de l’art. 22 de la Loi, qui porte sur la compétence matérielle, va dans le sens de cette opinion—De plus, l’art. 19 de la Loi ne jouait pas et ne conférait pas compétence à la Cour fédérale à l’égard de l’appelante, car les exigences n’ont pas été remplies—En ce qui a trait à la déduction nécessaire, l’objet de la *Loi sur les Cours fédérales* ne serait pas privé de toute efficacité si l’appelante n’était pas liée en vertu des présentes—Quant à la renonciation, les intimés n’ont pas établi que l’appelante avait renoncé à son immunité du fait de sa conduite passée—Appel accueilli—La juge Sharlow, J.C.A. (dissidente) : Selon les art. 22 et 43 de la Loi, dans leur ensemble et interprétés au regard du contexte, le législateur fédéral voulait conférer à la Cour fédérale une compétence complète et exhaustive sur toutes les demandes introduites en vertu de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, y compris les demandes des intimés à l’encontre de l’appelante—Par conséquent, les provinces sont liées par les art. 22 et 43 de la Loi.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Lai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), IMM-5626-13, 2014 FC 258, has been affirmed on appeal (A-208-14, 2015 FCA 21), reasons for judgment handed down January 27, 2015.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Chopra v. Canada (Attorney General), A-239-13, 2014 FCA 179, Trudel J.A., judgment dated July 17, 2014, leave to appeal to S.C.C. refused January 29, 2015.

Osmose-Pentox Inc. v. Société Laurentide Inc., A-300-13, 2014 FCA 146, Boivin J.A., judgment dated June 3, 2014, leave to appeal to S.C.C. refused February 19, 2015.

Pierre v. Public Service Alliance of Canada, A-91-12, 2013 FCA 223, Trudel J.A., judgment dated September 24, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused January 29, 2015.

Pierre v. Public Service Alliance of Canada, 14-A-49, Scott J.A., order dated August 1, 2014, leave to appeal to S.C.C. refused January 29, 2015.

London Life Insurance Company v. Canada, A-84-13, 2014 FCA 106, Gauthier J.A., judgment dated April 29, 2014, leave to appeal to S.C.C. refused January 29, 2015.

X (Re), A-145-14, 2014 FCA 249, Blais C.J., Dawson and Mainville J.J.A., judgment dated July 31, 2014, leave to appeal to S.C.C. granted February 5, 2015 (*sub. nom. In the Matter of an Application for Warrants Pursuant to Sections 12 and 21 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23*).

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Lai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, IMM-5626-13, 2014 CF 258, a été confirmée en appel (A-208-14, 2015 CAF 21), les motifs du jugement ayant été prononcés le 27 janvier 2015.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Chopra c. Canada (Procureur général), A-239-13, 2014 CAF 179, la juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 17 juillet 2014, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 janvier 2015.

Osmose-Pentox Inc. c. Société Laurentide Inc., A-300-13, 2014 CAF 146, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 3 juin 2014, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 19 février 2015.

Pierre c. Alliance de la Fonction publique du Canada, A-91-12, 2013 CAF 223, la juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 24 septembre 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 janvier 2015.

Pierre c. Alliance de la Fonction publique du Canada, 14-A-49, le juge Scott, J.C.A., ordonnance en date du 1^{er} août 2014, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 janvier 2015.

London Life, Compagnie d'assurance-vie c. Canada, A-84-13, 2014 CAF 106, la juge Gauthier, J.C.A., jugement en date du 29 avril 2014, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 janvier 2015.

X (Re), A-145-14, 2014 CAF 249, le juge en chef Blais, les juges Dawson et Mainville, J.C.A., jugement en date du 31 juillet 2014, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 5 février 2015 (*sub nom Affaire intéressant une demande visant la délivrance de mandats en vertu des articles 12 et 21 de la Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. 1985, ch. C-23*).

**Federal Courts
Reports**

2015, Vol. 1, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2015, Vol. 1, 1^{er} fascicule

IMM-7986-12
2013 FC 717

IMM-7986-12
2013 CF 717

The Minister of Citizenship and Immigration
(Applicant)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(demandeur)

v.

c.

Denise H. Harvey (Respondent)

Denise H. Harvey (défenderesse)

INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)
v. HARVEY

RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)
c. HARVEY

Federal Court, Mactavish J.—By videoconference (from Vancouver and Saskatoon), June 13; Ottawa, June 28, 2013.

Cour fédérale, juge Mactavish—Par téléconférence (de Vancouver et de Saskatoon), 13 juin; Ottawa, 28 juin 2013.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division decision finding that respondent constituting person in need of protection within meaning of Immigration and Refugee Protection Act, s. 97 — Board also satisfied that respondent facing cruel, unusual punishment in U.S. imposed thereon in disregard of accepted international standards; that respondent exhausting all realistic mechanisms for redress; therefore, that adequate state protection not available thereto in her own country — Respondent convicted in Florida of unlawful sexual activity with minor; sentenced to 30 years in prison — Convinced could not obtain justice in U.S., respondent fleeing to Canada where seeking refugee protection — Whether Board erring in interpretation, application of Act, s. 97(1)(b)(iii) by failing to consider whether sanctions imposed on respondent by Florida courts imposed in disregard of accepted international standards; whether Board's state protection finding reasonable in this case — In accordance with Act, s. 97(1)(b)(iii), claimant required to satisfy three elements to constitute person in need of protection — After Board concluding that sentence imposed on respondent so excessive as to outrage standards of decency, Board then required to consider whether sentence meted out imposed in disregard of accepted international standards — However, Board never addressing this question; thus committing error — As to interpretation of Act, s. 97(1)(b)(iii), by adding phrase "unless imposed in disregard of accepted international standards" to s. 97(1)(b)(iii), Parliament intending that it not be enough that punishment constitute "cruel and unusual punishment" in Canada for individual to constitute person in need of protection under Act, s. 97; element as to whether punishment imposed complying with international norms also needing to be considered — Given Board's silence on this issue, Board's decision thereon unreasonable — Regarding state protection,

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la défenderesse constituait une personne à protéger au sens de l'art. 97 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La Commission s'est également dite convaincue que la défenderesse était exposée à la peine cruelle et inusitée qui lui avait été infligée aux États-Unis au mépris des normes internationales et que la défenderesse avait épuisé tous les mécanismes réalistes pour demander réparation, de sorte qu'elle ne pouvait compter sur une protection adéquate de l'État dans son propre pays — La défenderesse a été accusée en Floride d'activités sexuelles illicites avec un mineur; elle a été condamnée à 30 ans d'emprisonnement — Convaincue qu'elle ne pouvait obtenir justice aux États-Unis, la défenderesse s'est enfuie au Canada où elle a demandé l'asile — Il s'agissait de savoir si la Commission a commis une erreur dans son interprétation et son application de l'art. 97(1)(b)(iii) de la Loi en ne se demandant pas si les peines auxquelles la défenderesse avait été condamnée par les tribunaux de la Floride lui avaient été infligées au mépris des normes internationales, et si la conclusion tirée par la Commission au sujet de la protection de l'État était raisonnable en l'espèce — Conformément à l'art. 97(1)(b)(iii) de la Loi, pour se voir reconnaître la qualité de personne à protéger, l'intéressé doit satisfaire à trois éléments — Une fois que la Commission a conclu que la peine imposée à la défenderesse est excessive au point de faire outrage aux normes de la convenance, la Commission devait ensuite se demander si la peine infligée à la défenderesse l'avait été au mépris des normes internationales — Cependant, la Commission n'a jamais abordé cette question, commettant ainsi une erreur — Quant à l'interprétation de l'art. 97(1)(b)(iii), en ajoutant l'expression « sauf celles infligées au mépris des normes

after weighing evidence on record, Board reaching conclusion that respondent exhausting all mechanisms for redress in U.S., adequate state protection not available therein — Considering Board's decision as whole in context of underlying record, Board's conclusion thereon not unreasonable — Application allowed.

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board finding that the respondent was a person in need of protection within the meaning of section 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The Board was satisfied that the respondent faced cruel and unusual punishment in the United States that had been imposed upon her in disregard of accepted international standards and found that all realistic mechanisms for redress had been exhausted by the respondent with the result that adequate state protection was not available thereto in her own country. While the applicant did not challenge the reasonableness of the Board's finding that the 30-year sentence imposed on the respondent constituted cruel and unusual punishment by Canadian standards, it asserted that the Board erred in its interpretation and application of subparagraph 97(1)(b)(iii) of the Act by failing to assess whether the sentence imposed on the respondent by the Florida Court had in fact been imposed in disregard of accepted international standards. The applicant also submitted that the Board's finding that adequate state protection was not available to the respondent in the United States was unreasonable since the respondent had not demonstrated that she had exhausted all possible avenues of protection available to her.

Following a jury trial in Florida, the respondent was convicted of 5 counts of unlawful sexual activity with a minor for which she was sentenced to a total of 30 years in prison. Appeals from both her conviction and sentence were subsequently rejected by 2 levels of appellate court. Convinced that she could not obtain justice in the United States, the respondent fled to Canada where she sought refugee protection.

internationales » à l'art. 97(1)(b)(iii), le législateur précisait qu'il ne suffisait pas qu'une peine constitue au Canada une « peine cruelle et inusitée » pour reconnaître à une personne la qualité de personne à protéger en vertu de l'art. 97 de la Loi; il faut également tenir compte de l'élément qui consiste à savoir si la peine infligée se conforme aux normes internationales — Compte tenu du silence de la Commission sur cette question, la décision de la Commission à cet égard était déraisonnable — En ce qui a trait à la protection de l'État, après avoir examiné la preuve dont elle disposait, la Commission a conclu que la défenderesse avait épuisé tous les mécanismes pour demander réparation aux États-Unis et qu'une protection suffisante de l'État n'y était pas disponible — Compte tenu de la décision de la Commission dans son ensemble à la lumière du dossier sous-jacent, la conclusion tirée par la Commission sur ce point n'était pas déraisonnable — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a conclu que la défenderesse n'avait pas la qualité de personne à protéger au sens de l'article 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. La Commission s'est dite convaincue que la défenderesse était exposée à la peine cruelle et inusitée qui lui avait été infligée aux États-Unis au mépris des normes internationales et elle a également estimé que la défenderesse avait épuisé « tous les mécanismes réalistes pour demander réparation », de sorte qu'elle ne pouvait compter sur une protection adéquate de l'État dans son propre pays. Bien que le demandeur n'ait pas contesté le caractère raisonnable de la conclusion de la Commission que la peine de 30 ans infligée à la défenderesse constituait une peine cruelle et inusitée selon les normes canadiennes, il a affirmé que la Commission a commis un erreur dans son interprétation et son application du sous-alinéa 97(1)(b)(iii) de la Loi en ne se demandant pas si la peine infligée à la défenderesse par le tribunal de la Floride avait en fait été infligée au mépris des normes internationales. Le demandeur a également affirmé que la conclusion de la Commission suivant laquelle la défenderesse ne pouvait compter sur une protection suffisante de l'État aux États-Unis était déraisonnable, étant donné qu'elle n'avait pas démontré qu'elle avait exploré toutes les possibilités de protection qui s'offraient à elle.

À la suite d'un procès avec jury qui s'est déroulé en Floride, la défenderesse a été reconnue coupable de 5 chefs d'activités sexuelles illégales avec un mineur pour lesquelles elle a été condamnée à une peine totale de 30 ans d'emprisonnement. Les appels interjetés de sa déclaration de culpabilité et de sa peine ont par la suite été rejetés par 2 juridictions d'appel. Convaincue qu'elle ne pouvait obtenir justice aux États-Unis, la défenderesse s'est enfuie au Canada où elle a demandé l'asile.

The issues were whether the Board erred in its interpretation and application of subparagraph 97(1)(b)(iii) of the Act by failing to consider whether the sanctions imposed on the respondent by the Florida courts had been imposed upon her in disregard of accepted international standards and whether the Board's state protection finding was reasonable in this case.

Held, the application should be allowed.

There are three elements that must be satisfied by a claimant for the individual to be found to be a person in need of protection in accordance with subparagraph 97(1)(b)(iii) of the Act. The claimant must demonstrate that he or she faces a risk to life or a risk of cruel and unusual treatment or punishment in their country of origin; the treatment or punishment in question must not be inherent or incidental to lawful sanctions; and if the treatment or punishment is inherent or incidental to lawful sanctions, the claimant must then demonstrate that it was imposed in disregard of accepted international standards.

In this case, the Board had regard to the Canadian case law on the question of what constitutes cruel and unusual punishment concluding that the sentence imposed on the respondent was so excessive as to outrage standards of decency and surpass all rational bounds of punishment. As to the second element of the test, there is no question that the punishment at issue was inherent or incidental to lawful sanctions imposed on the respondent by Florida courts. That being the case, the Board was then required to go on to consider whether the sentence meted out to the respondent was imposed in disregard of accepted international standards. While the Board appeared to have recognized that this was an element of the test that had to be addressed, nowhere in the intervening analysis did the Board ever address this question, and this was an error.

The respondent submitted that once the Board was satisfied that the punishment in question constituted cruel and unusual punishment and was sufficiently shocking to the Canadian conscience, no further analysis was required but this was rejected. This proposed interpretation of subparagraph 97(1)(b)(iii) of the Act would conflate the first and third elements of the test rendering the phrase "unless imposed in disregard of accepted international standards" entirely redundant. There is a presumption that every word in a statute has a meaning and that, to the extent possible, courts should avoid an interpretation of a statute that renders any portion of a statute redundant. Clearly, by adding the phrase "unless imposed in disregard of accepted international standards" to subparagraph 97(1)(b)(iii), Parliament intended that it not be enough that a punishment constitute "cruel and unusual punishment" in Canada to make someone a person in need of protection under section 97 of the Act. Regard must

Il s'agissait de savoir si la Commission a commis une erreur dans son interprétation et son application du sous-alinéa 97(1)(b)(iii) de la Loi en ne se demandant pas si les peines auxquelles la défenderesse avait été condamnée par les tribunaux de la Floride lui avaient été infligées au mépris des normes internationales, et si la conclusion tirée par la Commission au sujet de la protection de l'État était raisonnable en l'espèce.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Pour se voir reconnaître la qualité de personne à protéger en vertu du sous-alinéa 97(1)(b)(iii) de la Loi, l'intéressé doit satisfaire à trois éléments. Le demandeur d'asile doit démontrer qu'il est exposé soit à une menace à sa vie, soit au risque de traitements ou peines cruelles et inusitées dans son pays d'origine; le traitement ou la peine en question ne doit pas résulter de sanctions légitimes; si le traitement ou la peine résulte de sanctions légitimes, le demandeur d'asile doit alors démontrer qu'il ou elle a été infligée au mépris des normes internationales.

En l'espèce, la Commission a tenu compte de la jurisprudence canadienne sur la question de ce qui constitue une peine cruelle et inusitée et a conclu que la peine infligée à la défenderesse était excessive au point de faire outrage aux normes de la convenance et de primer toutes les limites rationnelles de la peine. En ce qui concerne le second élément du critère, il est incontestable que la peine en cause dans la présente affaire résultait des sanctions légitimes infligées à la défenderesse par les tribunaux de la Floride. Dans de telles conditions, la Commission devait ensuite se demander si la peine infligée à la défenderesse l'avait été au mépris des normes internationales. Bien que la Commission semble avoir reconnu qu'elle devait tenir compte de ce volet du critère, nulle part dans son analyse la Commission n'a abordé cette question et il s'agissait là d'une erreur.

La défenderesse a fait valoir que dès lors que la Commission était convaincue que la peine en question constituait une peine cruelle et inusitée qui scandalisait suffisamment la conscience des Canadiens, aucune autre analyse n'était exigée, mais cet argument a été rejeté. Cette interprétation proposée du sous-alinéa 97(1)(b)(iii) de la Loi reviendrait à confondre le premier et le troisième volet du critère et à rendre l'expression « sauf celles infligées au mépris des normes internationales » totalement redondante. Il existe une présomption suivant laquelle chaque mot de la loi a un sens et suivant laquelle, dans la mesure du possible, les tribunaux devraient éviter d'adopter des interprétations qui rendent une partie d'une loi redondante. De toute évidence, en ajoutant l'expression « sauf celles infligées au mépris des normes internationales » au sous-alinéa 97(1)(b)(iii), le législateur précisait qu'il ne suffisait pas qu'une peine constitue au Canada une « peine cruelle et inusitée » pour reconnaître à

also be had to whether there had been compliance with international norms. Once the Board is satisfied that a claimant has demonstrated that he or she faces a risk of cruel and unusual treatment or punishment in their country of origin and that the punishment in question is inherent or incidental to lawful sanctions, the Board must then go on to consider whether that punishment was imposed in disregard of accepted international standards. The Board failed to do so here. This aspect of the Board's decision thus lacked justification, transparency and intelligibility and was therefore unreasonable.

As to state protection, the applicant challenged the Board's finding that all realistic mechanisms for redress had been exhausted by the respondent in the United States and that adequate state protection was not available to her in that country. It was apparent from a review of the Board's reasons that it understood the heavy burden on the respondent and the exceptional nature of a claim for protection succeeding against a highly-developed first-world democratic nation such as the United States. It was also clear that the Board turned its mind to each of the potential avenues of redress identified by the applicant, explaining why, in its view, it was not reasonable to expect the respondent to pursue them. The obligation on a refugee claimant to exhaust all domestic avenues of protection available to them prior to seeking refugee protection in Canada is not absolute. In this case, the Board noted that the respondent's repeated attempts to challenge her sentence had been met with failure. After weighing the evidence before it, the Board reached its conclusion relating to exhausting mechanisms for redress. Considering the Board's decision as a whole in the context of the underlying record, the Board's conclusion on this point was not unreasonable.

une personne la qualité de personne à protéger en vertu de l'article 97 de la Loi. Il faut également tenir compte de la question de savoir si les normes internationales ont été respectées. Dès lors que la Commission est convaincue qu'un demandeur d'asile a démontré qu'il est exposé soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines inusitées dans son pays d'origine et que cette peine résulte de sanctions légitimes, la Commission doit se demander si la peine en question a été infligée au mépris des normes internationales. Or, la Commission n'a rien fait de tel en l'espèce. Cet aspect de la décision de la Commission n'était donc pas justifiable, transparent et intelligible et était par conséquent déraisonnable.

Quant à la protection de l'État, le demandeur a contesté également la conclusion de la Commission suivant laquelle la défenderesse avait épuisé tous les mécanismes réalistes pour demander réparation aux États-Unis et suivant laquelle elle ne pouvait donc compter sur aucune protection de l'État suffisante dans ce pays. Il ressortait des motifs de la Commission que celle-ci était consciente du lourd fardeau dont devait s'acquitter la défenderesse et du caractère exceptionnel d'une demande d'asile présentée contre une nation démocratique aussi fermement établie que les États-Unis et de la difficulté d'obtenir gain de cause dans une telle demande. Il était également évident que la Commission s'est penchée sur chacune des éventuelles voies de recours mentionnées par le ministre et qu'elle a expliqué les raisons pour lesquelles à son avis il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce que la défenderesse les exerce. L'obligation du demandeur d'asile d'épuiser toutes les possibilités de protection internes dont il dispose avant de demander l'asile au Canada n'est pas une obligation absolue. En l'espèce, la Commission a signalé que les nombreuses tentatives faites par la défenderesse pour contester sa peine avaient toutes échoué. Après avoir examiné la preuve dont elle disposait, la Commission en est arrivée à sa conclusion concernant le fait que la défenderesse avait épuisé tous les mécanismes pour demander réparation. Compte tenu de la décision de la Commission dans son ensemble à la lumière du dossier sous-jacent, la conclusion tirée par la Commission sur ce point n'était pas déraisonnable.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 12.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
 Crimes, Fla. Stat. (2013) § 794.05(1).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 97.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 12.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.
 Crimes, Fla. Stat. (2013) § 794.05(1).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 97.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, [1976] Can. T.S. No. 47.
Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, [2002] Can. T.S. No. 13.
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(b).

CASES CITED

APPLIED:

B010 v. Canada (Citizenship and Immigration), 2013 FCA 87, 359 D.L.R. (4th) 730.

DISTINGUISHED:

Hernandez Febles v. Canada (Citizenship and Immigration), 2012 FCA 324, [2014] 2 F.C.R. 224; *Feimi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 325, 353 D.L.R. (4th) 536.

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689, (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 420, [2007] 1 F.C.R. 561, affd 2007 FCA 171, 282 D.L.R. (4th) 413; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, (1987), 40 D.L.R. (4th) 435; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708.

REFERRED TO:

Klochek v. Canada (Citizenship and Immigration), 2010 FC 474; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

APPLICATION for judicial review of a decision (*X (Re)*, 2012 CanLII 95148) of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board finding that the respondent was a person in need of protection within the meaning of section 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, in particular that she faced cruel and unusual punishment in the United States. Application allowed.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fb).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47.
Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, [2002] R.T. Can. n° 13.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2013 CAF 87.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Hernandez Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2012 CAF 324, [2014] 2 R.C.F. 224; *Feimi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 325.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Ward, [1993] 2 R.C.S. 689; *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 420, [2007] 1 R.C.F. 561, conf. par 2007 CAF 171; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708.

DÉCISIONS CITÉES :

Klochek c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2010 CF 474; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision (*X (Re)*, 2012 CanLII 95148) par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a conclu que la défenderesse n'avait pas la qualité de personne à protéger au sens de l'article 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, plus particulièrement, qu'elle était exposée à la peine cruelle et inusitée qui lui avait été infligée aux États-Unis. Demande accueillie.

APPEARANCES

Sharlene Telles-Langdon for applicant.
Christopher G. Veeman for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Veeman Law, Saskatoon, for respondent.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

[1] MACTAVISH J.: Following a jury trial in Florida, Denise Harvey was convicted of 5 counts of unlawful sexual activity with a minor for which she was sentenced to a total of 30 years in prison. Appeals from both her conviction and her sentence were subsequently rejected by 2 levels of appellate court. Convinced that she could not obtain justice in the United States, Ms. Harvey fled to Canada where she sought refugee protection.

[2] The Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board [*X (Re)*, 2012 CanLII 95148] found that Ms. Harvey was a person in need of protection within the meaning of section 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). The Board was satisfied that Ms. Harvey faced cruel and unusual punishment in the United States that had been imposed upon her in disregard of accepted international standards. The Board further found [at paragraph 69*] that “all realistic mechanisms for redress” had been exhausted by Ms. Harvey, with the result that adequate state protection was not available to her in her own country.

[3] The Minister of Citizenship and Immigration seeks judicial review of the Board’s decision. The Minister does not challenge the reasonableness of the Board’s finding that the 30-year sentence imposed on Ms. Harvey constitutes “cruel and unusual punishment” by Canadian

* Editor’s Note: Starting with paragraph 23, the paragraph numbers in the French version of the Board’s decision are offset in relation to the paragraph numbers in the English version.

ONT COMPARU

Sharlene Telles-Langdon pour le demandeur.
Christopher G. Veeman pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

Veeman Law, Saskatoon, pour la défenderesse.

Voici la version française des motifs du jugement et du jugement rendus par

[1] LA JUGE MACTAVISH : À la suite d’un procès avec jury qui s’est déroulé en Floride, Denise Harvey a été reconnue coupable de 5 chefs d’activités sexuelles illégales avec un mineur pour lesquelles elle a été condamnée à une peine totale de 30 ans d’emprisonnement. Les appels interjetés de sa déclaration de culpabilité et de sa peine ont par la suite été rejetés par 2 juridictions d’appel. Convaincue qu’elle ne pouvait obtenir justice aux États-Unis, M^{me} Harvey s’est enfuie au Canada où elle a demandé l’asile.

[2] La Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié [*X (Re)*, 2012 CanLII 95148] a conclu que M^{me} Harvey avait la qualité de personne à protéger au sens de l’article 97 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR [ou la Loi]). La Commission s’est dite convaincue que M^{me} Harvey était exposée à la peine cruelle et inusitée qui lui avait été infligée aux États-Unis au mépris des normes internationales. La Commission a également estimé [au paragraphe 70*] que M^{me} Harvey avait épuisé « tous les mécanismes réalistes pour demander réparation », de sorte qu’elle ne pouvait compter sur une protection adéquate de l’État dans son propre pays.

[3] Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration sollicite le contrôle judiciaire de la décision de la Commission. Le ministre ne conteste pas le caractère raisonnable de la conclusion de la Commission que la peine de 30 ans infligée à M^{me} Harvey constitue une

* Note de l’arrêstiste: À compter du paragraphe 23, la numérotation des paragraphes de la version française de la décision de la Commission est décalée par rapport à celle de la version anglaise.

standards. The Minister does, however, assert that the Board erred in its interpretation and application of subparagraph 97(1)(b)(iii) of IRPA, by failing to assess whether the sentence imposed on Ms. Harvey by the Florida Court had in fact been imposed “in disregard of accepted international standards”.

[4] The Minister further submits that the Board’s finding that adequate state protection was not available to Ms. Harvey in the United States was unreasonable, as she had not demonstrated that she had exhausted all possible avenues of protection available to her.

[5] For the reasons that follow, I have concluded that while the Board’s state protection finding was one that was reasonably open to it on the record before it, the Board erred in failing to address one of the requisite elements of the test for a person in need of protection under subparagraph 97(1)(b)(iii) of IRPA. Consequently, the application for judicial review will be granted.

Background

[6] Ms. Harvey is an American citizen from Vero Beach, Florida. In 2006, when Ms. Harvey was 38 years old, she was charged with 5 counts of unlawful sexual activity with a minor. The boy in question was a 16-year-old baseball teammate of Ms. Harvey’s son.

[7] Section 794.05(1) of the Florida Statutes provides, in part, that:

(1) A person 24 years of age or older who engages in sexual activity with a person 16 or 17 years of age commits a felony of the second degree

[8] Ms. Harvey’s trial was held in July of 2008. She was represented by counsel throughout the trial process, and she acknowledges that she received a full range of procedural protections during the pre-trial and trial process. Ms. Harvey was advised of the charges against her, of her right to remain silent and of her right to

« peine cruelle et inusitée » selon les normes canadiennes. Le ministre affirme toutefois que la Commission a commis une erreur dans son interprétation et son application du sous-alinéa 97(1)(b)(iii) de la LIPR en ne se demandant pas si la peine infligée à M^{me} Harvey par le tribunal de la Floride avait en fait été infligée « au mépris des normes internationales ».

[4] Le ministre affirme également que la conclusion de la Commission suivant laquelle M^{me} Harvey ne pouvait compter sur une protection suffisante de l’État aux États-Unis était déraisonnable, étant donné qu’elle n’avait pas démontré qu’elle avait exploré toutes les possibilités de protection qui s’offraient à elle.

[5] Pour les motifs qui suivent, j’arrive à la conclusion que, même s’il lui était raisonnablement loisible, suivant le dossier dont elle disposait, de tirer sa conclusion au sujet de la protection de l’État, la Commission a commis une erreur en n’abordant pas l’un des éléments requis du critère relatif à la qualité de personne à protéger prévu au sous-alinéa 97(1)(b)(iii) de la LIPR. Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie.

Contexte

[6] M^{me} Harvey est une citoyenne américaine résidant à Vero Beach, en Floride. En 2006, alors qu’elle était âgée de 38 ans, M^{me} Harvey a été accusée de 5 chefs d’activités sexuelles illicites avec un mineur. L’adolescent en question était un garçon de 16 ans qui faisait partie de l’équipe de baseball de son fils.

[7] Le paragraphe 794.05(1) des lois de la Floride prévoit notamment ce qui suit :

[TRADUCTION] (1) Toute personne âgée d’au moins 24 ans qui se livre à des activités sexuelles avec une personne de 16 ou de 17 ans commet un acte délictueux grave au second degré [...]

[8] Le procès de M^{me} Harvey a eu lieu en juillet 2008. Elle était représentée par un avocat pendant toute la durée du procès et elle reconnaît qu’elle a bénéficié de toutes les protections procédurales tant avant que pendant le déroulement de son procès. Madame Harvey a été informée des accusations portées contre elle, de son

counsel. She further acknowledges that she was released on bail pending her trial, that she was provided with pre-trial disclosure by the District Attorney's office, and that her counsel was afforded sufficient time to prepare for her trial. At a trial held in an open and public forum, Ms. Harvey's counsel was permitted to lead evidence and to cross-examine witnesses, and the guilty verdict was arrived at by a jury of Ms. Harvey's peers.

[9] While Ms. Harvey raised concerns before the Board with respect to possible bias on the part of the trial judge and with respect to the impartiality of a member of her jury, the Board found that there was "insufficient credible evidence of any material unfairness in [Ms. Harvey's] prosecution up to the point of sentencing": Board decision, at paragraph 67.

[10] Guided by Florida sentencing guidelines, the trial judge sentenced Ms. Harvey to 15 years imprisonment on each count. He ordered that the sentences for 2 of the counts be served consecutively, with the sentences on the remaining counts to be served concurrently, for a total sentence of 30 years. A motion brought by Ms. Harvey to have the trial judge reconsider the sentence was subsequently dismissed.

[11] Ms. Harvey was released on a \$150 000 bond pending her appeal. Her appeal to the Florida Court of Appeal was rejected, as was her appeal to the Florida Supreme Court. No reasons were provided by either Court for rejecting Ms. Harvey's sentence appeal.

[12] On November 29, 2009, prior to her appeal being heard by the Florida Supreme Court, Ms. Harvey fled to Canada. On April 7, 2011, she was arrested by the Royal Canadian Mounted Police, whereupon she made a refugee claim.

The Board's Decision

droit de garder le silence et de son droit à un avocat. Elle reconnaît également qu'elle a été remise en liberté sous caution en attendant son procès et que le bureau du procureur du district lui a communiqué la preuve avant le procès et que son avocat s'est vu accorder suffisamment de temps pour se préparer pour le procès. Lors de son procès, qui s'est déroulé en audience publique, l'avocat de M^{me} Harvey a été autorisé à présenter des éléments de preuve et à contre-interroger les témoins, et le verdict de culpabilité a été rendu par un jury composé de pairs de M^{me} Harvey.

[9] Bien que M^{me} Harvey ait exprimé des réserves devant la Commission au sujet d'un possible parti pris de la part du juge du procès et de l'impartialité d'un des jurés, la Commission a estimé qu'« il n'y a[vait] pas suffisamment d'éléments de preuve crédibles selon lesquels la poursuite de [M^{me} Harvey], jusqu'au moment de la détermination de sa peine, renfermait d'importantes iniquités » : décision de la Commission, au paragraphe 68.

[10] Se guidant sur les lignes directrices de la Floride en matière de détermination de la peine, le juge du procès a condamné M^{me} Harvey à 15 ans d'emprisonnement pour chaque chef. Il a ordonné que la peine à laquelle elle était condamnée pour 2 des chefs en question soit purgée consécutivement et que la peine relative aux autres chefs soit purgée concurremment, pour un total de 30 ans d'emprisonnement. La requête présentée par M^{me} Harvey pour demander au juge du procès de réexaminer la peine a par la suite été rejetée.

[11] M^{me} Harvey a été remise en liberté moyennant une caution de 150 000 \$ en attendant son appel. L'appel qu'elle a interjeté à la Cour d'appel de la Floride a été rejeté, tout comme son appel à la Cour suprême de la Floride. Aucune de ces juridictions n'a motivé son rejet de l'appel interjeté par M^{me} Harvey de sa peine.

[12] Le 29 novembre 2009, avant l'instruction de son appel par la Cour suprême de la Floride, M^{me} Harvey s'est enfuie au Canada. Le 7 avril 2011, elle a été arrêtée par la Gendarmerie royale du Canada et elle a présenté une demande d'asile.

Décision de la Commission

[13] The Refugee Protection Division first considered whether Ms. Harvey was excluded from the refugee definition by virtue of Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] for having committed a serious non-political crime.

[14] While noting that Ms. Harvey insisted that she was not guilty of the offences with which she had been charged, the Board observed that she had been convicted of the crimes, and proceeded on the assumption that she had in fact committed the offences.

[15] The Board noted that the age of consent for the purposes of the Canadian *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, is 16 years of age, unless the accused is in a position of trust or authority towards the young person in question, in which case the age of consent is 18 years of age. There was no evidence before the Board that Ms. Harvey was in a position of trust or authority *vis à vis* her victim, nor was there any evidence that the offences involved “any elements of coercion or assault”. According to the Board, there was also no evidence that “the alleged sexual activity was not consensual”, noting that it was unlawful only because of the age difference between Ms. Harvey and her victim.

[16] In the circumstances, the Board was satisfied that the activities that led to Ms. Harvey’s convictions in the United States would not have constituted a crime, let alone a serious crime, had they occurred in Canada. As a consequence, the Board found that Ms. Harvey was not excluded by Article 1F(b) of the Refugee Convention. The Minister does not challenge this finding.

[17] In considering Ms. Harvey’s inclusion claim, the Board began by carefully reviewing the circumstances leading up to and following her convictions. These included the pre-trial and trial steps, the sentencing

[13] La Section de la protection de réfugié s’est d’abord demandée si M^{me} Harvey était exclue du statut de réfugiée par application de l’alinéa *b*) de la section F de l’article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] au motif qu’elle avait commis un crime grave de droit commun.

[14] Tout en relevant que M^{me} Harvey insistait pour dire qu’elle n’était pas coupable des infractions qu’on lui reprochait, la Commission a fait observer qu’elle avait été reconnue coupable des crimes en question et a tenu pour acquis qu’elle avait effectivement commis les infractions en question.

[15] La Commission a fait observer que l’âge du consentement prévu par le *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, est de 16 ans à moins que l’accusé se trouve dans une situation d’autorité ou de confiance envers l’adolescent en question, auquel cas l’âge du consentement est fixé à 18 ans. La Commission ne disposait d’aucun élément de preuve lui permettant de penser que M^{me} Harvey se trouvait dans une situation d’autorité ou de confiance par rapport à sa victime ou que les infractions comportaient des « éléments de coercition ou d’agression ». Suivant la Commission, rien ne permettait par ailleurs de penser que [TRADUCTION] « l’activité sexuelle alléguée [...] n’était pas consensuelle ». La Commission a aussi signalé que les activités en question n’étaient illégales qu’en raison de la différence d’âge entre M^{me} Harvey et sa victime.

[16] Dans ces conditions, la Commission s’est dite convaincue que les activités qui avaient conduit aux déclarations de culpabilité de M^{me} Harvey aux États-Unis n’auraient pas constitué un crime, et encore moins un crime grave, si elles avaient eu lieu au Canada. Par conséquent, la Commission a conclu que M^{me} Harvey n’était pas visée par l’exclusion prévue par l’alinéa *b*) de la section F de l’article premier de la Convention relative au statut des réfugiés. Le ministre ne conteste pas cette conclusion.

[17] Pour examiner la demande d’inclusion de M^{me} Harvey, la Commission a commencé par examiner attentivement les circonstances ayant mené à sa déclaration de culpabilité et celles qui avaient suivi sa

process and the various challenges brought by Ms. Harvey to the sentence, including her motion to have the trial judge reconsider her sentence, and her appeals to the Florida Court of Appeal and the Florida Supreme Court.

[18] The Board also noted Ms. Harvey's testimony that she would be obliged to serve 85 percent of her sentence in Florida before she would be eligible for parole, a claim that was supported by a Florida Department of Corrections publication. While a petition for executive clemency had been filed with the Governor of Florida on Ms. Harvey's behalf, Ms. Harvey testified that the Governor will not ordinarily grant clemency until the offender has served the majority of his or her sentence.

[19] The Board then reviewed the law relating to state protection, including the Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, and the decision of the Federal Court of Appeal in *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 420, [2007] 1 F.C.R. 561, aff'd 2007 FCA 171, 282 D.L.R. (4th) 413, which dealt with a refugee claim against the United States.

[20] The Board observed that there is a clear presumption that the United States will be able to protect its citizens, even in cases where the State is the alleged agent of persecution. The Board further recognized [at paragraph 54] that Ms. Harvey bore "a heavy burden" to demonstrate that she should not have been required to exhaust all avenues of recourse available to her in the United States before seeking surrogate protection in Canada.

[21] Before addressing the adequacy of the state protection that was available to Ms. Harvey in the United States, the Board stated that it would first consider whether the sentence that she faced amounted to "cruel and unusual treatment or punishment imposed in

condamnation. Elle a ainsi tenu compte des mesures prises tant avant que pendant le procès, le processus de détermination de la peine et les diverses démarches entreprises par M^{me} Harvey pour contester la peine, y compris la requête qu'elle avait présentée pour demander au juge du procès de réexaminer sa peine, et les appels qu'elle avait interjetés à la Cour d'appel de la Floride et à la Cour suprême de la Floride.

[18] La Commission a également souligné le témoignage de M^{me} Harvey suivant lequel elle serait obligée de purger 85 p. 100 de sa peine en Floride avant d'être admissible à une libération conditionnelle, une affirmation corroborée par une publication du Department of Corrections de la Floride. Même si une demande de clémence de l'exécutif avait été adressée au gouverneur de la Floride au nom de M^{me} Harvey, cette dernière a expliqué qu'en règle générale, le gouverneur ne faisait droit aux demandes de clémence qu'après que le contrevenant avait purgé la plus grande partie de sa peine.

[19] La Commission a ensuite examiné les règles de droit relatives à la protection de l'État, y compris l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, ainsi que l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 420, [2007] 1 R.C.F. 561, conf. par 2007 CAF 171, qui portaient sur une demande d'asile à l'égard des États-Unis.

[20] La Commission a fait observer qu'il existe une nette présomption suivant laquelle les États-Unis sont en mesure de protéger leurs citoyens même lorsque l'État est le présumé agent de persécution. La Commission a par ailleurs reconnu [au paragraphe 55] que M^{me} Harvey avait le « lourd fardeau » de démontrer qu'on n'aurait pas dû l'obliger à épuiser toutes les voies de recours qui s'offraient à elle aux États-Unis avant de chercher à obtenir plutôt la protection du Canada.

[21] Avant d'examiner la question de savoir si la protection de l'État dont pouvait se réclamer M^{me} Harvey aux États-Unis était suffisante, la Commission a déclaré qu'elle devait d'abord examiner si la peine qui lui avait été infligée équivalait à « des traitements ou peines cruels

disregard of accepted international standards”: Board’s decision, at paragraph 55.

[22] The Board started its analysis by observing that while the acts committed by Ms. Harvey did not constitute a crime in Canada, it was open to other jurisdictions to establish different ages of consent.

[23] The Board then examined the types of sentences handed down by Canadian courts for similar offences, including those imposed in cases involving much younger children and cases where the perpetrator was in a position of trust in relation to the victim. From this, the Board determined that the sentence imposed on Ms. Harvey was at least 15 times longer than the sentence that she would have received in Canada, had her actions been criminal in nature in this country.

[24] The Board also had regard to the anecdotal evidence provided by Ms. Harvey as to the sentences handed down by other Florida courts in similar cases, noting that the sentences typically ranged from probation to two years imprisonment.

[25] The Board then considered the Canadian jurisprudence on the question of what constitutes “cruel and unusual punishment”. The Board noted that the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, established the test to be applied indetermining when a punishment will be found to have violated the protection against “cruel and unusual treatment or punishment” contained in section 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

[26] The Board held that the standard to be applied in determining whether punishment is “cruel and unusual” is whether the punishment is “so excessive as to outrage standards of decency and surpass all rational bounds of punishment.” The Board noted that “[t]he test is one of proportionality”, and that it had to ask itself whether the punishment was disproportionate to the offence and the

et inusités infligés au mépris des normes internationales » : décision de la Commission, au paragraphe 56.

[22] La Commission a commencé son analyse en faisant observer que, bien que les actes commis par M^{me} Harvey ne constituent pas un crime au Canada, il est loisible à d’autres États d’établir un âge de consentement différent.

[23] La Commission a ensuite examiné le type de peine infligé par les tribunaux canadiens pour des infractions similaires, y compris celles infligées dans les affaires concernant des enfants beaucoup plus jeunes et celles dans lesquelles l’auteur se trouvait dans une situation de confiance par rapport à sa victime. La Commission en a conclu que la peine infligée à M^{me} Harvey était 15 fois plus longue que celle qui lui aurait été infligée au Canada si les actes qu’elle avait commis avaient été de nature criminelle au Canada.

[24] La Commission a également tenu compte des éléments de preuve anecdotiques soumis par M^{me} Harvey au sujet des peines infligées par d’autres tribunaux de la Floride dans des affaires semblables, et a fait observer que les peines infligées variaient d’une simple probation à deux ans d’emprisonnement.

[25] La Commission a ensuite examiné la jurisprudence canadienne sur la question de savoir ce qui constitue une « peine cruelle et inusitée ». La Commission a signalé que l’arrêt *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, de la Cour suprême du Canada, établissait le critère à appliquer pour déterminer si une peine doit être considérée comme ayant violé la protection contre les « traitements ou peines cruels et inusités » prévue à l’article 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

[26] La Commission a estimé que la norme à appliquer pour déterminer si une peine est « cruelle et inusitée » consiste à se demander si cette peine « est excessive au point de faire outrage aux normes de la convenance et de primer toutes les limites rationnelles de la peine ». La Commission a fait observer que « [l]e critère à appliquer est celui de la proportionnalité », ajoutant qu’elle

offender and whether the punishment was of such a character as to “shock general conscience or as to be intolerable in fundamental fairness”: all quotes from the Board’s decision, at paragraph 62.

[27] After summarizing the evidence regarding Ms. Harvey’s offence and sentence, the Board concluded that it was “beyond doubt” that the 30-year sentence imposed on Ms. Harvey was “so excessive as to outrage standards of decency and surpass all rational bounds of punishment.” This led the Board to find that the sentence amounted to “cruel and unusual punishment imposed in disregard of accepted international standards”: Board decision, at paragraph 65.

[28] Returning to the question of state protection, the Board held that the 30-year sentence, coupled with the failure of multiple courts to address the excessive sentence, “are indicative of failures in the state protection mechanisms that normally exist in the USA”: Board decision, at paragraph 68.

[29] Insofar as the remaining avenues of recourse available to Ms. Harvey were concerned, the Board accepted Ms. Harvey’s evidence that executive clemency would not be available to her until such time as she had served the majority of her sentence. The Board noted that “it may be possible” that Ms. Harvey could appeal her sentence to the Supreme Court of the United States, but that “[i]t is not known if such an appeal would be possible by way of right or if leave would need to be sought, or when such an appeal would ever be heard by the US Supreme Court.” From this, the Board concluded that “[t]he preponderance of the evidence is that all realistic mechanisms for redress have been exhausted” by Ms. Harvey in the United States: Board decision, at paragraph 69.

[30] The Board recognized that because the United States is a well-developed democracy with a fully-developed system of checks and balances, it will only be

devait se demander si la peine infligée était disproportionnée par rapport à l’infraction et au contrevenant et si la peine était telle qu’elle [TRADUCTION] « scandalise la conscience générale ou est intolérable sur le plan de l’équité fondamentale » : tous les extraits sont tirés de la décision de la Commission, au paragraphe 63.

[27] Après avoir résumé les éléments de preuve concernant l’infraction et la peine de M^{me} Harvey, la Commission a conclu qu’il ne faisait [TRADUCTION] « aucun doute » que la peine de 30 ans d’emprisonnement infligée à M^{me} Harvey était « excessive au point de faire outrage aux normes de la convenance et de primer toutes les limites rationnelles de la peine », ce qui a conduit la Commission à conclure que la peine équivalait à une « peine cruelle et inusitée qui a été infligée au mépris des normes internationales » : décision de la Commission, au paragraphe 66.

[28] Revenant à la question de la protection de l’État, la Commission a estimé que la peine d’emprisonnement de 30 ans, et le fait que de nombreux tribunaux n’ont pas abordé la question du caractère excessif de la peine « témoignent de l’absence de mécanismes de protection de l’État qui existent normalement aux États-Unis » : décision de la Commission, au paragraphe 69.

[29] En ce qui concerne les autres voies de recours offertes à M^{me} Harvey, la Commission a accepté le témoignage de M^{me} Harvey suivant lequel elle ne pouvait compter sur la clémence de l’exécutif tant qu’elle n’aurait pas purgé la plus grande partie de sa peine. La Commission a fait observer que M^{me} Harvey « pourrait peut-être » interjeter appel de sa peine à la Cour suprême des États-Unis, mais qu’« [i]l est impossible de savoir si cet appel pourrait être interjeté de droit ou si une autorisation devrait être obtenue à cette fin, ou encore à quel moment un tel appel serait instruit par la Cour suprême des États-Unis ». La Commission en a conclu que « [s]elon la prépondérance des éléments de preuve, [M^{me} Harvey] a épuisé tous les mécanismes réalistes pour demander réparation » aux États-Unis : décision de la Commission, au paragraphe 70.

[30] La Commission a reconnu que, comme les États-Unis constituent une démocratie bien établie disposant de mécanismes appropriés de contrôle et de régulation

in “very rare circumstances where surrogate protection mechanisms need be invoked.” According to the Board, “this is one of those very rare circumstances”: Board decision, at paragraph 70. Consequently, the Board declared Ms. Harvey to be a person in need of protection in accordance with the provisions of subparagraph 97(1)(b)(iii) of IRPA.

The Issues

[31] The Minister raises two issues on this application. The first is whether the Board erred in its interpretation and application of subparagraph 97(1)(b)(iii) of IRPA by failing to consider whether the sanctions imposed on Ms. Harvey by the Florida courts had been imposed upon her “in disregard of accepted international standards”.

[32] The Minister also challenges the Board’s state protection finding, arguing that there were avenues of recourse still available to Ms. Harvey in the United States such that she failed to demonstrate that she had exhausted all the domestic avenues available to her, without success before claiming refugee protection in Canada.

[33] The appropriate standard of review will also have to be identified with respect to each of these issues.

The Board’s Treatment of Subparagraph 97(1)(b)(iii) of IRPA

[34] The Minister argues that this case raises questions with respect to the Board’s interpretation and application of subparagraph 97(1)(b)(iii) of IRPA. Relying upon the Federal Court of Appeal’s decisions in *Hernandez Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 324, 357 D.L.R. (4th) 343 and *Feimi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 325, 353 D.L.R. (4th) 536, the Minister submits that this aspect of the Board’s decision is reviewable against the standard of correctness.

[35] I do not agree.

tout à fait au point, ajoutant que « [l]es mécanismes de protection auxiliaires ne devraient être invoqués que dans de très rares circonstances ». Suivant la Commission, « il s’agit [en l’espèce] d’une de ces circonstances très rares » (décision de la Commission, au paragraphe 71). En conséquence, la Commission a déclaré que M^{me} Harvey était une personne à protéger au sens du sous-alinéa 97(1)(b)(iii) de la LIPR.

Questions en litige

[31] Le ministre soulève deux questions dans la présente demande. La première est celle de savoir si la Commission a commis une erreur dans son interprétation et son application du sous-alinéa 97(1)(b)(iii) de la LIPR en ne se demandant pas si les peines auxquelles M^{me} Harvey avait été condamnée par les tribunaux de la Floride lui avaient été infligées « au mépris des normes internationales ».

[32] Le ministre conteste également la conclusion tirée par la Commission au sujet de la protection de l’État en faisant valoir qu’il existait encore des voies de recours que M^{me} Harvey pouvait exercer aux États-Unis et qu’elle n’a pas démontré qu’elle avait épuisé tous les recours qui étaient à sa disposition sur le plan interne avant de demander l’asile au Canada.

[33] Il faudra également déterminer la norme de contrôle applicable relativement à chacune de ces questions.

Traitement du sous-alinéa 97(1)(b)(iii) de la LIPR par la Commission

[34] Le ministre soutient que la présente affaire soulève des questions en ce qui concerne la façon dont la Commission a interprété et appliqué le sous-alinéa 97(1)(b)(iii) de la LIPR. Invoquant les arrêts *Hernandez Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 324, et *Feimi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 325, de la Cour d’appel fédérale, le ministre soutient que cet aspect de la décision de la Commission est assujéti à la norme de contrôle de la décision correcte.

[35] Je ne suis pas de cet avis.

[36] *Febles* and *Feimi* both involved the interpretation of Article 1F(b) of the Refugee Convention, the question before the Board being whether a refugee claimant is excluded by Article 1F(b) where the person who has committed a serious crime prior to arriving in Canada is rehabilitated and poses no current danger to the public. In those cases, the Court found that the presumption that an administrative tribunal's interpretation of its home statute is to be reviewed against the reasonableness standard was rebutted by the need to interpret international conventions uniformly.

[37] In contrast, this case involves the interpretation of the complementary protection regime established in section 97 of IRPA—a matter of domestic law. The issue in this case is thus similar to the issue that was before the Federal Court of Appeal in *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 87, 359 D.L.R. (4th) 730, at paragraphs 70–71, where the reasonableness standard was applied with respect to the Board's interpretation of a provision in IRPA.

[38] I recognize that subparagraph 97(1)(b)(iii) does require that a determination be made by the Board as to whether the punishment in question was “imposed in disregard of accepted international standards”. I leave for another day the question of the standard of review to be applied to the Board's determination of what constitutes “accepted international standards” and the content of those standards.

[39] I would also note that, at the end of the day, nothing turns on my choice of standard of review, as I am satisfied that this aspect of the Board's decision cannot withstand scrutiny on either standard.

[40] The relevant portions of subparagraph 97(1)(b)(iii) of IRPA provide that:

[36] Les arrêts *Febles* et *Feimi* portaient tous deux sur l'interprétation de l'alinéa *b*) de la section F de l'article premier de la Convention relative au statut des réfugiés. La question soumise à la Commission dans ces affaires était celle de savoir si le demandeur d'asile était exclu du statut de réfugié par application de l'alinéa *b*) de la section F de l'article premier alors qu'il avait commis un crime grave avant d'arriver au Canada et s'était réadapté et ne présentait plus de danger pour le public. Dans ces affaires, la Cour a conclu que la présomption suivant laquelle l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi habilitante est assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable était réfutée par la nécessité d'interpréter de façon uniforme les conventions internationales.

[37] Par contraste, la présente affaire porte sur l'interprétation du régime de protection complémentaire créé par l'article 97 de la LIPR. Il s'agit d'une question de droit interne. La question en litige dans la présente affaire ressemble donc à celle qui était soumise à la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 87, aux paragraphes 70 et 71, dans laquelle la Cour a appliqué la norme de la décision raisonnable à l'interprétation, par la Commission, d'une disposition de la LIPR.

[38] J'admets que le sous-alinéa 97(1)(b)(iii) n'oblige pas la Commission à tirer une conclusion sur la question de savoir si la peine en question a été « infligée au mépris des normes internationales ». Je m'abstiens de trancher la question de la norme de contrôle à appliquer à la conclusion tirée par la Commission au sujet de ce qui constitue des « normes internationales » et la teneur de ces normes.

[39] Je tiens par ailleurs à signaler qu'en fin de compte, la norme de contrôle que je choisis a peu d'incidence, étant donné que je suis convaincue que cet aspect de la décision de la Commission ne saurait résister à un examen rigoureux, peu importe la norme que l'on applique.

[40] Voici les dispositions applicables du sous-alinéa 97(1)(b)(iii) de la LIPR :

Person in
need of
protection

97. (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

...

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

...

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards...

[41] I understand the parties to agree that there are three elements that must be satisfied by a claimant for the individual to be found to be a person in need of protection in accordance with this provision. These are:

a. The claimant must demonstrate that he or she faces a risk to life or a risk of cruel and unusual treatment or punishment (as that term is understood in Canadian law) in their country of origin;

b. The treatment or punishment in question must not be inherent or incidental to lawful sanctions; and

c. If the treatment or punishment is inherent or incidental to lawful sanctions, the claimant must then demonstrate that it was imposed in disregard of accepted international standards.

[42] In this case, the Board had regard to the Canadian jurisprudence on the question of what constitutes “cruel and unusual punishment”, concluding [at paragraph 62] that the sentence imposed on Ms. Harvey was “so excessive as to outrage standards of decency and surpass all rational bounds of punishment.” As noted at the outset of these reasons, the Minister does not challenge the Board’s finding that Ms. Harvey’s 30-year sentence would amount to cruel and unusual punishment by Canadian standards.

97. (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n’a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :

[...]

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :

[...]

(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles infligées au mépris des normes internationales — et inhérentes à celles-ci ou occasionnés par elles [...]

[41] Si j’ai bien compris, les parties s’entendent pour dire que, pour se voir reconnaître la qualité de personne à protéger en vertu de cette disposition, l’intéressé doit satisfaire à trois éléments, à savoir :

a. le demandeur d’asile doit démontrer qu’il est exposé soit à une menace à sa vie, soit au risque de traitements ou peines cruelles et inusitées (au sens que le droit canadien donne à cette expression) dans son pays d’origine;

b. le traitement ou la peine en question ne doit pas résulter de sanctions légitimes;

c. si le traitement ou la peine résulte de sanctions légitimes, le demandeur d’asile doit alors démontrer qu’il ou elle a été infligée au mépris des normes internationales.

[42] Dans le cas qui nous occupe, la Commission a tenu compte de la jurisprudence canadienne sur la question de ce qui constitue une « peine cruelle et inusitée » et a conclu [au paragraphe 63] que la peine infligée à M^{me} Harvey « est excessive au point de faire outrage aux normes de la convenance et de primer toutes les limites rationnelles de la peine ». Comme nous l’avons fait observer d’entrée de jeu dans les présents motifs, le ministre ne conteste pas la conclusion de la Commission suivant laquelle la peine de 30 ans

Personne à
protéger

[43] With respect to the second element of the test, there is no question that the punishment at issue in this case was “inherent or incidental to lawful sanctions” imposed on Ms. Harvey by the Florida courts. This being the case, the Board was then required to go on to consider whether the sentence meted out to Ms. Harvey was imposed in disregard of accepted international standards.

[44] The Board appears to have recognized that this was an element of the test that had to be addressed, as it references the issue at the outset of its analysis at paragraph 55, and concludes its analysis with the finding at paragraph 65 of its reasons that Ms. Harvey’s sentence amounted to “cruel and unusual punishment imposed in disregard of accepted international standards.”

[45] However, nowhere in the intervening analysis does the Board ever address this question. The Board [at paragraph 55] makes no attempt to identify what the applicable “accepted international standards” are, nor does it consider whether these standards were adhered to in this case. This is an error: *Klochek v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 474, at paragraph 10.

[46] These omissions are particularly troubling in light of the extensive written and oral submissions that were made to the Board by Ms. Harvey’s counsel in relation to these questions.

[47] Indeed, the record reveals that Ms. Harvey’s counsel made detailed submissions with respect to the relationship between the “fundamental justice” guarantees in sections 7 and 12 of the Charter, and “accepted international standards”. Additional submissions were made with respect to the rights guaranteed by the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, with counsel arguing that the international law right to a trial by an independent and impartial tribunal is not respected in a judicial system made up of elected judges.

d’emprisonnement de M^{me} Harvey équivaudrait à une peine cruelle et inusitée selon les normes canadiennes.

[43] En ce qui concerne le second élément du critère, il est incontestable que la peine en cause dans la présente affaire « résultait des sanctions légitimes » infligées à M^{me} Harvey par les tribunaux de la Floride. Dans ces conditions, la Commission devait ensuite se demander si la peine infligée à M^{me} Harvey l’avait été au mépris des normes internationales.

[44] La Commission semble avoir reconnu qu’elle devait tenir compte de ce volet du critère, étant donné qu’elle mentionne cet aspect au début de son analyse, au paragraphe 56, et qu’elle clôt son analyse en concluant, au paragraphe 66 de ses motifs, que la peine de M^{me} Harvey équivaut à « une peine cruelle et inusitée qui a été infligée au mépris des normes internationales ».

[45] Toutefois, nulle part dans son analyse, la Commission n’aborde cette question. La Commission [au paragraphe 56] n’essaie d’aucune façon de définir les « normes internationales » applicables et elle n’essaie pas de vérifier si ces normes ont été respectées en l’espèce. Elle a commis une erreur en agissant de la sorte (*Klochek c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 474, au paragraphe 10).

[46] Ces omissions sont particulièrement troublantes, compte tenu des observations détaillées que l’avocat de M^{me} Harvey avait présentées à la Commission, par écrit et de vive voix, relativement à ces questions.

[47] D’ailleurs, il ressort du dossier que l’avocat de M^{me} Harvey a présenté des arguments détaillés au sujet des rapports entre les garanties relatives à la « justice fondamentale » prévues aux articles 7 et 12 de la Charte et les « normes internationales ». L’avocat a formulé des observations supplémentaires au sujet des droits garantis par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, en faisant valoir que le droit reconnu par le droit international à un procès par un tribunal indépendant et impartial n’était pas respecté dans le cas d’un système judiciaire composé de juges élus.

[48] Submissions were also made to the Board with respect to the sentencing principles contained in the *Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998, [2002] Can. T.S. No. 13, and the alleged failure of the judge in Ms. Harvey’s case to take into account a number of these principles in fixing her sentence.

[49] In fairness to the Board, Ms. Harvey’s written submissions do suggest at paragraph 37 that once the Board was satisfied that the punishment in question constituted “cruel and unusual punishment” and was “sufficiently shocking” to the Canadian conscience, no further analysis was required.

[50] I do not agree. To accept Ms. Harvey’s interpretation of subparagraph 97(1)(b)(iii) of IRPA would be to conflate the first and third elements of the test, rendering the phrase “unless imposed in disregard of accepted international standards” entirely redundant. There is a presumption that every word in a statute has a meaning and that, to the extent possible, courts should avoid an interpretation of a statute that renders any portion of a statute redundant: *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, at paragraph 45.

[51] Clearly, by adding the phrase “unless imposed in disregard of accepted international standards” to subparagraph 97(1)(b)(iii), Parliament intended that it not be enough that a punishment constitute “cruel and unusual punishment” in Canada to make someone a person in need of protection under section 97 of IRPA. Regard must also be had to whether there had been compliance with international norms.

[52] In determining whether a sentence constitutes “cruel and unusual punishment” for the purposes of Canadian law, the test is one of “gross disproportionality”. Canadian courts are required to consider “whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency”. That is, “the effect of that punishment must not be grossly disproportionate to

[48] Des observations ont également été formulées à la Commission au sujet des principes relatifs à la détermination de la peine formulés dans le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, [2002] R.T. Can. n° 13, et du défaut que le juge aurait commis, dans le cas de M^{me} Harvey, de tenir compte de plusieurs de ces principes pour fixer sa peine.

[49] En toute justice pour la Commission, force est de reconnaître que les observations écrites de M^{me} Harvey laissent effectivement entendre, au paragraphe 37, que dès lors que la Commission était convaincue que la peine en question constituait une « peine cruelle et inusitée » qui « scandalise suffisamment la conscience des Canadiens », aucune autre analyse n’était exigée.

[50] Je ne suis pas de cet avis. Accepter l’interprétation que M^{me} Harvey fait du sous-alinéa 97(1)(b)(iii) de la LIPR reviendrait à confondre le premier et le troisième volet du critère et à rendre l’expression « sauf celles infligées au mépris des normes internationales » totalement redondante. Il existe une présomption suivant laquelle chaque mot de la loi a un sens et suivant laquelle, dans la mesure du possible, les tribunaux devraient éviter d’adopter des interprétations qui rendent une partie d’une loi redondante (*Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, au paragraphe 45).

[51] De toute évidence, en ajoutant l’expression « sauf celles infligées au mépris des normes internationales » au sous-alinéa 97(1)(b)(iii), le législateur précisait qu’il ne suffisait pas qu’une peine constitue au Canada une « peine cruelle et inusitée » pour reconnaître à une personne la qualité de personne à protéger en vertu de l’article 97 de la LIPR. Il faut également tenir compte de la question de savoir si les normes internationales ont été respectées.

[52] Pour déterminer si une peine constitue une « peine cruelle et inusitée » en droit canadien, le critère applicable est celui de la « disproportion exagérée ». Les tribunaux canadiens doivent se demander « si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine ». Autrement dit, « l’effet de cette peine ne doit pas être exagérément disproportionné ».

what would have been appropriate”: all quotes from *Smith*, above, at page 1072.

[53] It will be recalled that the Board’s finding [at paragraph 62] in this case was that the sentence imposed on Ms. Harvey was “so excessive as to outrage standards of decency and surpass all rational bounds of punishment”. That is, the Board found Ms. Harvey’s sentence to be grossly disproportionate to her crimes, making it “cruel and unusual punishment” under Canadian law, thereby satisfying the first element of the subparagraph 97(1)(b)(iii) test. If that was all that was required, then there would have been no reason for Parliament to have included the words “unless imposed in disregard of accepted international standards” in the statute.

[54] I also do not agree with Ms. Harvey that a violation of Canadian Charter guarantees will necessarily be contrary to accepted international standards. While there will often be considerable overlap between them, the two are not always co-extensive.

[55] For example, in *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, the Supreme Court of Canada observed that “the *Charter* should be presumed to provide *at least* as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified” (my emphasis): at paragraph 70. The Court’s use of the phrase “*at least*” signals that Canadian Charter protections may in some cases actually exceed those provided by international law.

[56] Similarly, in *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, the Supreme Court found that the death penalty has been rejected as an acceptable element of criminal justice in this country, and that in the Canadian view of fundamental justice, capital punishment is unjust: paragraphs 70 and 84. At the same time, the Court held that it had not been established that there was an international norm against the death penalty: see paragraph 89.

à ce qui aurait été approprié » : toutes les citations sont tirées de l’arrêt *Smith*, précité, à la page 1072.

[53] On se souviendra qu’en l’espèce, la Commission a conclu [au paragraphe 63] que la peine infligée à M^{me} Harvey « est excessive au point de faire outrage aux normes de la convenance et de primer toutes les limites rationnelles de la peine ». Autrement dit, la Commission a conclu que la peine infligée à M^{me} Harvey était à ce point disproportionnée par rapport à ses crimes qu’elle était une « peine cruelle et inusitée » en droit canadien, satisfaisant ainsi au premier volet du critère du sous-alinéa 97(1)(b)(iii). S’il s’agissait là de la seule exigence, il n’y aurait alors eu aucune raison pour laquelle le législateur aurait ajouté l’expression « sauf celles infligées au mépris des normes internationales » dans la Loi.

[54] Je ne suis par ailleurs pas d’accord avec M^{me} Harvey pour dire qu’une violation des garanties prévues par la Charte canadienne sera nécessairement contraire aux normes internationales. Bien qu’il arrive souvent que ces garanties se recourent, elles ne sont pas toujours identiques.

[55] Par exemple, dans l’arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, la Cour suprême du Canada a fait observer qu’« il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne » (non souligné dans l’original), au paragraphe 70. L’emploi par la Cour de l’expression « *au moins* » nous indique que les protections prévues par la Charte canadienne peuvent, dans certains cas, effectivement dépasser celles prévues en droit international.

[56] De même, dans l’arrêt *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, la Cour suprême a conclu que la peine de mort avait été écartée comme élément acceptable de la justice criminelle au Canada et que, suivant la conception canadienne de la justice fondamentale, la peine capitale était injuste (paragraphes 70 et 84). Par ailleurs, la Cour a estimé qu’il n’avait pas été établi qu’il existait une norme internationale interdisant la peine de mort (paragraphe 89).

[57] As a consequence, I am satisfied that once the Board is satisfied that a claimant has demonstrated that he or she faces a risk of cruel and unusual treatment or punishment (as that term is understood in Canadian law) in their country of origin and that the punishment in question is inherent or incidental to lawful sanctions, the Board must then go on to consider whether the punishment in question was imposed in disregard of accepted international standards. The Board failed to do so here.

[58] Before leaving this issue, I note that, relying upon the Supreme Court's decision in *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, Ms. Harvey has argued that "[a] decision-maker is not required to make an explicit finding on each constituent element, however subordinate, leading to its final conclusion": *Newfoundland Nurses*, at paragraph 16.

[59] While I accept this as a general proposition of law, I note that the Supreme Court went on in the same paragraph to state that it will be sufficient "if the reasons allow the reviewing court to understand why the tribunal made its decision and permit it to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes".

[60] The Board's reasons in this case were careful and thoughtful. However, on this one issue, the Board was entirely silent. We do not know which of Ms. Harvey's arguments on the question of "accepted international standards" [at paragraph 65] were or were not accepted and why that was. We do not know what the Board considered to be accepted international standards or how those standards were or were not met in this case. We simply do not know why the Board decided that the punishment in question here was imposed in disregard of accepted international standards, nor can we ascertain whether that conclusion is within the range of acceptable outcomes.

[61] This aspect of the Board's decision thus lacks justification, transparency and intelligibility and is, therefore, unreasonable: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47.

[57] Par conséquent, j'estime que, dès lors que la Commission est convaincue qu'un demandeur d'asile a démontré qu'il est exposé soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines inusités (au sens où ces expressions sont interprétées en droit canadien) dans son pays d'origine et que cette peine résulte de sanctions légitimes, la Commission doit se demander si la peine en question a été infligée au mépris des normes internationales. Or, la Commission n'a rien fait de tel en l'espèce.

[58] Avant de conclure sur cette question, je tiens à signaler, que se fondant sur l'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, M^{me} Harvey a soutenu que « [l]e décideur n'est pas tenu de tirer une conclusion explicite sur chaque élément constitutif du raisonnement, si subordonné soit-il, qui a mené à sa conclusion finale » : *Newfoundland Nurses*, au paragraphe 16.

[59] Bien que je convienne qu'il s'agit là d'un énoncé général du droit, je constate que la Cour suprême a ensuite affirmé dans le même paragraphe qu'il suffira que « les motifs [...] permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables ».

[60] En l'espèce, la Commission a rédigé des motifs soignés et détaillés. Toutefois, sur cette question bien précise, la Commission est demeurée entièrement muette. Nous ignorons quels arguments sur la question des « normes internationales » [au paragraphe 66] la Commission a retenus et lesquels elle a écartés et la raison pour laquelle elle l'a fait. Nous ignorons ce que la Commission a considéré comme étant des normes internationales ou la façon dont ces normes avaient été ou non respectées en l'espèce. Nous ignorons tout simplement pourquoi la Commission a décidé que la peine en question en l'espèce avait été infligée au mépris des normes internationales et il nous est impossible de savoir si cette conclusion fait partie des issues possibles acceptables.

[61] Cet aspect de la décision de la Commission n'est pas justifiable, transparent et intelligible et est par conséquent déraisonnable : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 47.

State Protection

[62] The Minister also challenges the Board’s finding [at paragraph 69] that “all realistic mechanisms for redress have been exhausted” by Ms. Harvey in the United States and that adequate state protection was thus not available to her in that country. I agree with the parties that a question as to the adequacy of state protection is a question of mixed fact and law, and is reviewable against the standard of reasonableness: *Hinzman*, above, at paragraph 38.

[63] The Minister notes that the Federal Court of Appeal has held that the United States “is a democratic country with a system of checks and balances among its three branches of government, including an independent judiciary and constitutional guarantees of due process”. Refugee claimants thus “bear a heavy burden in attempting to rebut the presumption that the United States is capable of protecting them”. Claimants are therefore “required to prove that they exhausted all the domestic avenues available to them without success before claiming refugee status in Canada”: all quotes from *Hinzman*, above, at paragraph 46.

[64] According to the Minister, there were several avenues of potential redress still available to Ms. Harvey in the United States, including an appeal to the United States Supreme Court, an application to the Florida Governor for clemency, and a motion for reconsideration of her sentence.

[65] It is apparent from a review of the Board’s reasons that it understood the heavy burden on Ms. Harvey, and the exceptional nature of a claim for protection succeeding against a highly-developed first-world democratic nation such as the United States.

[66] It is also clear that the Board turned its mind to each of the potential avenues of redress identified by the

Protection de l’État

[62] Le ministre conteste également la conclusion de la Commission [au paragraphe 70] suivant laquelle M^{me} Harvey avait « épuisé tous les mécanismes réalistes pour demander réparation » aux États-Unis et suivant laquelle elle ne pouvait donc compter sur aucune protection de l’État suffisante dans ce pays. Je suis d’accord avec les parties pour dire que la question de la protection suffisante de l’État est une question mixte de droit et de fait qui est assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable : *Hinzman*, précité, au paragraphe 38.

[63] Le ministre signale que la Cour d’appel fédérale a jugé que les États-Unis « sont un pays démocratique où les pouvoirs des trois branches du gouvernement sont limités par un système de freins et contrepoids, ce qui comprend un appareil judiciaire indépendant et des protections constitutionnelles assurant l’équité du processus ». Les demandeurs d’asile ont donc « le lourd fardeau de devoir réfuter la présomption selon laquelle les États-Unis sont en mesure de les protéger ». Les demandeurs d’asile doivent, pour ce faire, « prouver qu’ils ont épuisé tous les recours disponibles aux États-Unis sans avoir obtenu gain de cause avant de demander l’asile au Canada » : toutes les citations sont tirées de l’arrêt *Hinzman*, précité, au paragraphe 46.

[64] Suivant le ministre, M^{me} Harvey dispose encore de plusieurs éventuelles voies de recours aux États-Unis, notamment d’un pourvoi à la Cour suprême des États-Unis, d’une demande de clémence au gouverneur de la Floride et d’une requête en réexamen de sa peine.

[65] Il ressort des motifs de la Commission que celle-ci était consciente du lourd fardeau dont devait s’acquitter M^{me} Harvey et du caractère exceptionnel d’une demande d’asile présentée contre une nation démocratique aussi fermement établie que les États-Unis et de la difficulté d’obtenir gain de cause dans une telle demande.

[66] Il est également évident que la Commission s’est penchée sur chacune des éventuelles voies de recours

Minister, explaining why, in its view, it was not reasonable to expect Ms. Harvey to pursue them.

[67] Insofar as the possibility of bringing a motion for reconsideration of her sentence was concerned, the Minister points to newspaper articles quoting lawyers in Florida suggesting that such a motion might be possible. However, it is clear from both Ms. Harvey's testimony and from the documentary record that such a motion had already been brought and was summarily rejected.

[68] With respect to a possible application to the Governor of Florida for clemency, the Board accepted Ms. Harvey's uncontroverted evidence that such applications are ordinarily only considered once an offender has served the majority of his or her sentence. In these circumstances, the Board's finding that this was not a realistic avenue of recourse for Ms. Harvey was one that was reasonably open to it on the record before it.

[69] The more difficult question relates to the availability of an appeal to the Supreme Court of the United States. The Board acknowledged the paucity of evidence on this point, noting that it was possible that such an appeal would be available to Ms. Harvey, although it was not known whether the appeal would be of right, or if leave would be required.

[70] The obligation on a refugee claimant to exhaust all domestic avenues of protection available to them prior to seeking refugee protection in Canada is not absolute. Indeed, the Supreme Court of Canada has held that it is only in situations where state protection might *reasonably have been forthcoming* that a claimant's failure to seek protection will defeat his or her claim: *Ward*, above, at page 724.

[71] In this case, the Board noted that repeated attempts by Ms. Harvey to challenge her sentence had been met with failure. It bears repeating that not only was Ms. Harvey's motion for reconsideration of her sentence summarily dismissed by the trial judge, neither

mentionnées par le ministre et qu'elle a expliqué les raisons pour lesquelles à son avis il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce que M^{me} Harvey les exerce.

[67] En ce qui concerne la possibilité de présenter une requête en réexamen de sa peine, le ministre signale des articles de journaux dans lesquels on cite des avocats de la Floride évoquant la possibilité de présenter une telle requête. Il ressort toutefois clairement du témoignage de M^{me} Harvey et du dossier documentaire qu'une telle requête a déjà été présentée et qu'elle a été rejetée sommairement.

[68] En ce qui concerne une éventuelle demande de clémence au gouverneur de la Floride, la Commission a accepté le témoignage non contredit de M^{me} Harvey suivant lequel de telles demandes ne sont normalement examinées qu'après que le contrevenant a purgé la plus grande partie de sa peine. Dans ces conditions, la conclusion de la Commission suivant laquelle cette voie de recours n'était pas réaliste dans le cas de M^{me} Harvey était une conclusion qu'il lui était raisonnablement loisible de tirer compte tenu du dossier dont elle disposait.

[69] La question la plus difficile concerne la possibilité d'interjeter appel à la Cour suprême des États-Unis. La Commission a reconnu la rareté des éléments de preuve sur ce point en faisant observer qu'il était possible que M^{me} Harvey puisse former un tel pourvoi bien qu'on ne sache pas s'il s'agirait d'un appel de plein droit ou si elle devrait obtenir une autorisation.

[70] L'obligation du demandeur d'asile d'épuiser toutes les possibilités de protection internes dont il dispose avant de demander l'asile au Canada n'est pas une obligation absolue. D'ailleurs, la Cour suprême du Canada a jugé que ce n'est que dans les cas où la protection de l'État pouvait raisonnablement être assurée que le défaut du demandeur de la demander fera échec à sa demande : *Ward*, précité, à la page 724.

[71] Dans le cas qui nous occupe, la Commission a signalé que les nombreuses tentatives faites par M^{me} Harvey pour contester sa peine avaient toutes échoué. Il vaut la peine de répéter que, non seulement la requête en réexamen de la peine de M^{me} Harvey a-t-elle

the Florida Court of Appeal nor the Florida Supreme Court felt that there was enough merit in her sentence appeal to even address it in their reasons.

[72] Also before the Board was Ms. Harvey's uncontroverted testimony that she could not pursue any further judicial remedies in the United States without first surrendering herself to the authorities, thereby exposing herself to the very sanction that the Board found to constitute cruel and unusual punishment—a finding with which the Minister does not now take issue.

[73] After weighing the evidence before it, the Board concluded [at paragraph 69] that “the preponderance of the evidence is that all realistic mechanisms for redress had been exhausted” by Ms. Harvey in the United States. Considering the Board's decision as a whole in the context of the underlying record, and having regard to the deferential standard of review applicable to such a finding, I cannot say that the Board's conclusion on this point is unreasonable.

Conclusion

[74] For these reasons, the application for judicial review is granted.

[75] In light of the narrow basis upon which the application has succeeded, the Board member's evident familiarity with the case, and the absence of any allegation of bias or procedural unfairness on the part of the member, the case will be remitted to the same Board member (assuming that he is available to hear the matter) for a determination of whether Ms. Harvey's sentence was imposed upon her in disregard of accepted international standards.

Question for Certification

[76] The Minister proposes the following question for certification:

When the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (“RPD”) determines that a claimant faces a risk of cruel and unusual treatment or punishment, and the identified risk results from, or is inherent or incidental to,

été rejetée sommairement par le juge du procès, mais que ni la Cour d'appel ni la Cour suprême de la Floride ont estimé que l'appel de sa peine n'avait suffisamment de fondement pour justifier de motiver son rejet.

[72] La Commission disposait également du témoignage non contredit de M^{me} Harvey suivant lequel elle ne pouvait exercer d'autres recours judiciaires aux États-Unis sans d'abord se rendre aux autorités, s'exposant ainsi à la sanction même que la Commission avait jugé constituer une peine cruelle et inusitée, une conclusion que le ministre ne conteste plus.

[73] Après avoir examiné la preuve dont elle disposait, la Commission a conclu [au paragraphe 70] que « [s]elon la prépondérance des éléments de preuve, [M^{me} Harvey] a épuisé tous les mécanismes réalistes pour demander réparation » aux États-Unis. Examinant la décision de la Commission dans son ensemble à la lumière du dossier sous-jacent et compte tenu de la norme de contrôle qui s'applique à cette conclusion, laquelle norme nous invite à la déférence, je ne puis dire que la conclusion tirée par la Commission sur ce point est déraisonnable.

Conclusion

[74] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est accueillie.

[75] Compte tenu du fondement étroit sur lequel la demande est accueillie, de la familiarité évidente du commissaire avec l'affaire et de l'absence de toute allégation de partialité ou d'iniquité procédurale de la part du commissaire, l'affaire sera renvoyée au même commissaire (en supposant qu'il soit disponible pour examiner l'affaire) pour qu'il décide si la peine à laquelle M^{me} Harvey a été condamnée lui a été infligée au mépris des normes internationales.

Question à certifier

[76] Le ministre propose la question suivante en vue de sa certification :

[TRADUCTION] Lorsque la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SPR) conclut qu'un demandeur d'asile est exposé à un risque de traitement ou peine cruelle et inusitée et que le risque en

lawful sanctions, is the RPD required to conduct a separate assessment of whether the treatment or punishment has been imposed in disregard of accepted international standards before finding that a refugee claimant is a person in need of protection under s.97(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*?

[77] In my view, this is not an appropriate question for certification. While I appreciate that this is largely a case of first impression, the wording of the statute is quite clear, and indeed, there is no disagreement between the parties as to the applicable three-part test.

[78] The real issue in this case is whether the Board member in this case properly applied the test, a question that turns on the precise language of the Board member's reasons and the content of the record before him. This is a case-specific determination and does not raise a serious question of general importance appropriate for certification.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. This application for judicial review is allowed, and the case is remitted to the same Board member (if available) to determine whether Ms. Harvey's sentence was imposed upon her in disregard of accepted international standards.

question résulte de sanctions légitimes, la SPR doit-elle procéder à une évaluation distincte de la question de savoir si le traitement ou la peine a été infligé au mépris des normes internationales avant de conclure que le demandeur d'asile est une personne à protéger au sens du paragraphe 97(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?

[77] À mon avis, il ne s'agit pas d'une question appropriée à certifier. Bien que je comprenne et que je sois consciente qu'il s'agit d'une affaire pour laquelle il n'existe pas de précédent, le libellé de la loi est très clair et d'ailleurs, les parties s'entendent sur le critère à trois volets applicable.

[78] La véritable question en litige dans la présente affaire est celle de savoir si le commissaire a, en l'espèce, bien appliqué le critère, et la réponse à cette question dépend des mots précis employés par le commissaire dans ces motifs et de la teneur du dossier dont il disposait. Il s'agit d'une décision d'espèce qui ne soulève pas une question grave de portée générale qui se prêterait à une certification.

JUGEMENT

LA COUR :

1. ACCUEILLE la présente demande de contrôle judiciaire et RENVOIE l'affaire au même commissaire (s'il est disponible) pour qu'il détermine si la peine à laquelle M^{me} Harvey a été condamnée lui a été infligée au mépris des normes internationales.

IMM-3103-12
2013 FC 876

IMM-3103-12
2013 CF 876

Behzad Najafi (*Applicant*)

Behzad Najafi (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondent*)

Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeur*)

INDEXED AS: NAJAFI v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)

RÉPERTORIÉ : NAJAFI c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)

Federal Court, Gleason J.—Toronto, January 16; Ottawa, August 16, 2013.

Cour fédérale, juge Gleason—Toronto, 16 janvier; Ottawa, 16 août 2013.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division decision determining applicant inadmissible to Canada pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, ss. 34(1)(b),(f); concluding reasonable grounds to believe applicant was or had been member of Kurdish Democratic Party of Iran (KDPI); that KDPI had engaged in subversion by force of two different governments in Iran — Division therefore issuing deportation order against applicant — Applicant, Iranian of Kurdish ethnicity, making successful refugee claim in Canada — However, applicant not obtaining permanent resident status given declaration of inadmissibility sought by respondent under Act, s. 34 as result of involvement with KDPI — Whether Division erring in interpretation of term “subversion by force” in Act, s. 34(1)(b) because acts of aggression committed by KDPI against Iranian government authorized by international law as justifiable use of force by repressed people in furtherance of right to self-determination; whether Division erring in finding that applicant member of KDPI because evidence establishing that applicant having only minimal involvement with organization, never actually formal member thereof — Division not erring in declining to consult international law to interpret Act, s. 34(1)(b) — Not committing reviewable error in finding that KDPI constituting organization having engaged in subversion by force of governments in Iran; that KDPI therefore falling within scope of Act, s. 34(1)(b) — As to applicant’s membership in KDPI, evidence in present case coupled with requirement to interpret notion of membership broadly affording Division reasonable basis for concluding that applicant member of KDPI — Finding within range of possible conclusions open to Division; membership finding therefore reasonable — Question certified as to whether Canada’s international law obligations requiring Division, in interpreting Act, s. 34(1)(b), to exclude certain persons from inadmissibility — Application dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire à l’encontre d’une décision de la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié selon laquelle le demandeur était interdit de territoire au Canada conformément aux art. 34(1)b) et f) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés après avoir conclu qu’il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était membre du Parti démocratique kurde d’Iran (le KDPI) et que le KDPI avait été l’auteur d’actes visant au renversement de deux gouvernements iraniens par la force — La Section a donc pris des mesures de renvoi contre le demandeur — Le demandeur, un Iranien d’origine kurde, a présenté une demande d’asile au Canada, qui a été accueillie — Cependant, le demandeur n’a pas obtenu le statut de résident permanent parce que le défendeur a demandé qu’il soit interdit de territoire en vertu de l’art. 34 de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (la Loi), du fait de sa participation aux activités du KDPI — Il s’agissait de savoir si la Section a commis une erreur dans l’interprétation de l’expression « au renversement [...] par la force » de l’art. 34(1)b) car les actes d’agression commis par le KDPI contre le gouvernement iranien étaient autorisés par le droit international, étant donné qu’ils constituaient un recours justifié à la force par un peuple opprimé exerçant son droit à l’autodétermination; et si la Section a commis une erreur en concluant que le demandeur était un membre du KDPI, car la preuve a démontré que le demandeur avait très peu participé aux activités de cet organisme et qu’il n’en avait jamais été officiellement membre — La Section n’a pas commis d’erreur en refusant de recourir au droit international pour interpréter l’art. 34(1)b) de la Loi — Elle n’a pas commis d’erreur justifiant l’infirmité de sa décision en concluant que le KDPI est une organisation qui a été l’instigatrice ou l’auteur d’actes visant au renversement par la force des gouvernements iraniens et qu’elle tombe par conséquent sous le coup de l’art. 34(1)b) de la Loi — Quant à

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Immigration and Refugee Board, Immigration Division determining, inter alia, that applicant's rights to freedom of association, freedom of expression guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(d), 2(b) not infringed — Whether Division erring in basing interpretation of term "membership" in Immigration and Refugee Protection Act, s. 34(1)(f) in part on applicant's involvement with Kurdish Democratic Party of Iran (KDPI) in Canada; that, in doing so, applicant's rights to freedom of association, freedom of expression guaranteed by Charter, ss. 2(d), 2(b) infringed since KDPI legal organization in Canada — Applicant's claim Division violating freedom of expression thereof under Charter, s. 2(b) dismissed since applicant not raising argument before Division — Division not erring in finding that Charter not precluding exclusion finding based on applicant's association with KDPI in Iran, Canada — Applicant's Charter guarantee of freedom of association not violated because KDPI organization previously engaging in violence; Charter not extending constitutional right to belong to or participate in affairs of organizations engaging in violence.

This was an application for judicial review of a decision of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board determining that the applicant was inadmissible to Canada pursuant to paragraphs 34(1)(b) and (f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*; it concluded that there were reasonable grounds to believe that he was or had been a member of the Kurdish Democratic Party of Iran (KDPI) and that the KDPI had engaged in subversion by force of two different governments in Iran. The Division therefore issued a deportation order.

The applicant, an Iranian of Kurdish ethnicity, came to Canada and made a refugee claim that was accepted.

l'appartenance du demandeur au KDPI, la preuve en l'espèce, ajoutée à l'obligation d'interpréter la notion d'appartenance de façon large, a permis de façon raisonnable à la SPR de conclure que le demandeur était membre du KDPI — Cette conclusion appartenait aux conclusions possibles qu'il était loisible à la Section de tirer; la conclusion qu'elle a tirée au sujet de l'appartenance était par conséquent raisonnable — Une question a été certifiée quant à savoir si les obligations du Canada, en matière de droit international, obligent la Section, lors de son interprétation de l'art. 34(1)(b) de la Loi, d'exclure de l'interdiction de territoire certaines personnes — Demande rejetée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — La Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a déterminé, entre autres choses, que le droit à la liberté d'association et le droit à la liberté d'expression du demandeur garantis par les art. 2d) et 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés n'ont pas été violés — Il s'agissait de savoir si la Section a commis une erreur en tenant notamment compte dans son interprétation du terme « membre » à l'art. 34(1)(f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés de sa participation aux activités du Parti démocratique kurde d'Iran (le KDPI) au Canada; il s'agissait de savoir également si, ce faisant, le droit à la liberté d'association et le droit à la liberté d'expression que le demandeur tire des art. 2d) et 2b) de la Charte ont été violés, étant donné que le KDPI est une organisation légale au Canada — L'allégation de violation du droit à la liberté d'expression garanti à l'alinéa 2b) de la Charte du demandeur a été rejetée, étant donné que le demandeur ne l'a pas invoqué devant la Section — La Section n'a pas commis d'erreur en concluant que la Charte n'empêchait pas de prendre une mesure d'exclusion sur le fondement de l'association du demandeur au KDPI en Iran et au Canada — Le droit à la liberté d'association que le demandeur tire de la Charte n'a pas été violé, étant donné que le KDPI est une organisation qui s'est livrée à des actes de violence et que la Charte ne confère pas un droit constitutionnel d'appartenir à des organisations qui se livrent à des actes de violence ou de participer à leurs activités.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire présentée à l'encontre d'une décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle l'appelant était interdit de territoire au Canada conformément aux alinéas 34(1)(b) et (f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* après avoir conclu qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était membre du Parti démocratique kurde d'Iran (le KDPI) et que le KDPI avait été l'auteur d'actes visant au renversement de deux gouvernements iraniens par la force. La Section a donc pris des mesures de renvoi contre le demandeur.

Le demandeur, un Iranien d'origine kurde, est arrivé au Canada et y a présenté une demande d'asile, qui a été

However, he did not obtain permanent resident status because the respondent sought a declaration of his inadmissibility under section 34 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The respondent sought to have the applicant declared inadmissible due to his involvement with the KDPI, claiming that there were reasonable grounds to believe that the applicant was a member thereof and that the KDPI had engaged in the “subversion by force” of the Iranian government such that he was inadmissible to Canada by virtue of paragraphs 34(1)(b) and (f) of the Act.

The inadmissibility finding has negatively impacted the applicant. In particular, he cannot obtain permanent resident status in Canada without seeking a ministerial exemption, he cannot apply for citizenship or sponsor other family members for permanent residency, and his rights to work, study and enter and leave Canada are also different from those of a permanent resident.

The issues were whether the Division erred, in basing its interpretation of the term “membership” in paragraph 34(1)(f) of the Act in part on the applicant’s involvement with the KDPI in Canada, and that, in doing so, his rights to freedom of association and freedom of expression guaranteed by paragraphs 2(d) and 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been infringed since the KDPI is a legal organization in Canada; whether the Division erred in its interpretation of the term “subversion by force” in paragraph 34(1)(b) of the Act because the applicant claims that the acts of aggression committed by the KDPI against the Iranian government were authorized by international law as a justifiable use of force by a repressed people in furtherance of its right to self-determination; and whether the Division erred in finding that the applicant was a member of the KDPI because the evidence established that he had only minimal involvement with the organization and was never actually a formal member thereof.

Held, the application should be dismissed.

The applicant asserted that the Division’s decision violated both his freedom of expression and freedom of association because the consequences he experienced resulted solely from his association with the KDPI, noting that this organization is neither a terrorist nor a criminal organization but a perfectly legal group in Canada. The applicant’s claim that his freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter was violated was quickly disposed of since he did not

accueillie. Il n’a toutefois pas obtenu le statut de résident permanent parce que le défendeur a demandé qu’il soit interdit de territoire en vertu de l’article 34 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Le défendeur cherchait à faire déclarer le demandeur interdit de territoire du fait de sa participation aux activités du KDPI, affirmant qu’il existait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était membre du KDPI et que le KDPI était l’auteur d’actes visant « au renversement [...] par la force » du gouvernement iranien, ce qui emportait interdiction de territoire du demandeur au Canada par application des alinéas 34(1)(b) et 34(1)(f) de la Loi.

La déclaration d’interdiction de territoire a eu des répercussions négatives sur le demandeur. Plus particulièrement, il n’a pas le droit d’obtenir le statut de résident permanent au Canada sans qu’une exemption ministérielle lui soit accordée, il ne peut présenter une demande de citoyenneté ni parrainer d’autres membres de sa famille qui souhaiteraient obtenir la résidence permanente et ses droits de travailler, d’étudier et d’entrer au Canada et d’en sortir différent également de ceux qui sont reconnus aux résidents permanents.

Les questions qui devaient être tranchées consistaient à savoir si la Section a commis une erreur en tenant notamment compte, dans son interprétation du terme « membre » à l’alinéa 34(1)(f) de la Loi, de la participation du demandeur aux activités du KDPI au Canada, et que, ce faisant, la Section a violé son droit à la liberté d’association et son droit à la liberté d’expression qu’il tire des alinéas 2(d) et 2(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, étant donné que le KDPI est une organisation légale au Canada; si la Section a commis une erreur dans son interprétation de l’expression « renversement [...] par la force » à l’alinéa 34(1)(b) de la Loi parce que le demandeur affirme que les actes d’agression commis par le KDPI contre le gouvernement iranien étaient autorisés par le droit international, étant donné qu’ils constituaient un recours justifié à la force par un peuple opprimé exerçant son droit à l’autodétermination; et si la Section a commis une erreur en concluant que le demandeur était membre du KDPI, étant donné que la preuve démontrait qu’il avait très peu participé aux activités de cet organisme et qu’il n’en avait jamais été officiellement membre.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Le demandeur a affirmé que la décision de la Section a violé à la fois sa liberté d’expression et sa liberté d’association, parce que les conséquences qu’il a subies découlent uniquement de son association avec le KDPI, signalant que le KDPI n’est pas une organisation terroriste ou criminelle, mais bien un groupe parfaitement légal au Canada. Il est possible de disposer rapidement de l’allégation de violation du droit à la liberté d’expression garanti à l’alinéa 2(b) de la Charte du

advance this argument before the Division and this, in and of itself, warranted the dismissal of the claim.

Regarding the alleged violation of the applicant's freedom of association, the Division rejected this claim, holding that the inadmissibility finding did not have sufficient negative consequences for the applicant to constitute a breach of his Charter right to freedom of association as guaranteed by paragraph 2(d) of the Charter. This was so because of the unlikelihood that the applicant would be deported given the circumstances of his case. The Division did not err in finding that the Charter did not preclude an exclusion finding based on the applicant's association with the KDPI in Iran and Canada. This finding was correct but not necessarily for the reasons offered by the Division. There was no violation of the applicant's Charter guarantee of freedom of association because the KDPI is an organization that has engaged in violence and the Charter does not extend a constitutional right to belong to or participate in the affairs of organizations that engage in violence. The Division premised its finding on the conclusion that the impact of the exclusion decision on the applicant was too minimal to warrant Charter protection and this may well have been incorrect as the impacts of the decision on the applicant were not trivial. However, because the issue of negative impacts did not squarely arise in this case, there was no need to comment on it, and the Division's determination on this issue was upheld.

With respect to the applicant's claim that the Division erred in failing to appropriately apply international law principles to its interpretation of "subversion by force" in paragraph 34(1)(b) of the Act, this argument was rejected. The Division rejected the applicant's argument based on international law and its analysis was both reasonable and correct. Given the difference in wording between paragraphs 34(1)(a) and (b) of the Act, it is clear that Parliament intended that different criteria apply when force is used to subvert a government. When force is present, paragraph 34(1)(b) of the Act stipulates that exclusion will follow if the individual or the organization he or she is a member of uses force to subvert "any" government. In contrast, if force is not present, exclusion will follow only if the government subverted is a democratic one. Parliament therefore clearly intended that paragraph 34(1)(b) of the Act should be given broad sweep to include all sorts of regimes, including those that are non-democratic. The legislator chose to render individuals inadmissible in the first instance if, amongst other things, they or their organizations engaged in the use of force to subvert any government. Thus, Parliament intended that the balancing of the soundness of motive for the use of force be a matter for consideration by the Minister under subsection 34(2) of the Act and not for the

demandeur, étant donné qu'il ne l'a pas invoqué devant la Section, ce qui, en soi, en justifiait le rejet.

Pour ce qui est de l'allégation de violation de la liberté d'association du demandeur, la Section l'a rejetée, jugeant que la déclaration d'interdiction de territoire n'emportait pas de conséquences suffisamment négatives pour le demandeur pour constituer une violation de son droit à la liberté d'association garantie par l'alinéa 2d) de la Charte. Il en était ainsi parce qu'il était fort peu probable que le demandeur soit expulsé compte tenu des circonstances de l'espèce. La Section n'a pas commis d'erreur en concluant que la Charte n'empêchait pas de prendre une mesure d'exclusion sur le fondement de l'association du demandeur au KDPI en Iran et au Canada. Cette conclusion était bien fondée, mais pas nécessairement pour les motifs exposés par la Section. Le droit à la liberté d'association que le demandeur tire de la Charte n'avait pas été violé, étant donné que le KDPI est une organisation qui s'est livrée à des actes de violence et que la Charte ne confère pas un droit constitutionnel d'appartenir à des organisations qui se livrent à des actes de violence ou de participer à leurs activités. La Section a fait reposer sa décision sur la conclusion que les répercussions de la mesure d'exclusion sur le demandeur étaient trop minimes pour justifier la protection de la Charte et il se peut fort bien que cette conclusion ait été inexacte, étant donné que les répercussions de la décision sur le demandeur n'étaient pas anodines. Toutefois, étant donné que la question des répercussions négatives n'a pas été directement soulevée, il n'était pas nécessaire de formuler des commentaires à ce sujet et la conclusion tirée par la Section sur cette question a été confirmée.

En ce qui concerne l'argument soulevé par le demandeur selon lequel la Section a commis une erreur en n'appliquant pas comme elle l'aurait dû les principes de droits internationaux pour interpréter l'expression « renversement [...] par la force » à l'alinéa 34(1)b) de la Loi, il a été rejeté. La Section a rejeté l'argument du demandeur fondé sur le droit international et son analyse était raisonnable et, de fait, juste. Compte tenu de la différence de libellé entre les alinéas 34(1)a) et b) de la Loi, il est évident que le législateur souhaitait que des critères différents s'appliquent en cas de recours à la force en vue de renverser un gouvernement. L'alinéa 34(1)b) de la Loi précise que le fait pour l'individu ou l'organisation dont il est membre de recourir à la force pour renverser « un » gouvernement emporte interdiction de territoire pour cet individu. En revanche, s'il n'y a pas recours à la force, il n'y a interdiction de territoire que si le gouvernement qui a été renversé était un régime démocratique. Le législateur a par conséquent clairement exprimé sa volonté de donner une vaste portée à l'alinéa 34(1)b) de la Loi de manière à ce qu'il englobe tout type de régime, y compris ceux qui ne sont pas démocratiques. Le législateur a choisi d'interdire de territoire à la première étape l'individu qui, entre autres choses, a eu recours à la force pour renverser un gouvernement ou qui fait partie

Division under subsection 34(1). There was no need for the Division to resort to international law to consider whether this well-settled interpretation of paragraph 34(1)(b) of the Act ought to be discarded in the applicant's case in light of the clarity of the provisions in the Act. While the applicant correctly noted that the common law presumes that Parliament and provincial legislatures intend to act in accordance with international law and, most particularly, with Canada's international law obligations, that presumption cannot be used to override clear provisions of a statute, which is what the applicant sought to do in this case. Thus, the Division did not err in declining to consult international law to interpret paragraph 34(1)(b) of the Act. It appropriately premised its decision regarding the meaning to be given to "subversion by force" on settled case law, which led to the conclusion that the KDPI is an organization that attempted to subvert the governments in Iran by force. In addition, even if the Division had erred in not considering international law, which it did not, international law principles would not support the applicant's claim to exclude the KDPI from the purview of paragraph 34(1)(b) of the Act. Thus, the Division did not commit a reviewable error in finding that the KDPI was an organization that had engaged in subversion by force of the governments in Iran and therefore fell within the scope of paragraph 34(1)(b) of the Act.

The applicant's argument that the Division unreasonably determined him to be a member of the KDPI since the applicant was never actually a formal member of the organization and only performed a limited number of activities on its behalf was rejected. The evidence in this case, in particular, the activities in which the applicant engaged and the requirement to interpret the notion of membership broadly afforded the Division a reasonable basis for concluding that the applicant was a member of the KDPI. This finding was within the range of possible conclusions open to the Division and its membership finding was therefore reasonable.

Finally, the question as to whether Canada's international law obligations require the Immigration Division, in interpreting paragraph 34(1)(b) of the Act, to exclude from inadmissibility those who participate in an organization that uses force in an attempt to subvert a government in

d'une organisation qui l'a fait. Le législateur souhaitait donc que l'examen de la légitimité du recours à la force relève du ministre sous le régime du paragraphe 34(2) de la Loi et non de la Section sous le régime du paragraphe 34(1). Il n'était pas nécessaire que la Section fasse appel au droit international pour déterminer si cette interprétation constante de l'alinéa 34(1)(b) de la Loi devrait être écartée dans le cas du demandeur, compte tenu de la clarté des dispositions de la Loi. Bien que le demandeur ait eu raison de faire observer que la common law présume que le législateur fédéral et les législateurs provinciaux entendent agir conformément au droit international et, plus particulièrement, conformément aux obligations contractées par le Canada en droit international, cette présomption ne doit pas être utilisée pour faire fi des dispositions claires d'une loi, comme le demandeur a tenté de faire en l'espèce. Par conséquent, la Section n'a pas commis d'erreur en refusant de recourir au droit international pour interpréter l'alinéa 34(1)(b) de la Loi. Elle a légitimement fait reposer sa décision quant au sens à accorder à l'expression « renversement [...] par la force » sur la jurisprudence établie, laquelle a permis de conclure que le KDPI est une organisation qui a tenté de renverser des gouvernements iraniens par la force. Ainsi donc, même si la Section avait commis une erreur en ne tenant pas compte du droit international — ce qui n'est pas le cas —, les principes du droit international n'appuieraient pas la prétention du demandeur selon laquelle le KDPI serait exclu du champ d'application de l'alinéa 34(1)(b) de la Loi. Par conséquent, la Section n'a pas commis d'erreur justifiant l'infirmité de sa décision en concluant que le KDPI était une organisation qui a été l'instigatrice ou l'auteur d'actes visant au renversement par la force des gouvernements iraniens et qu'elle tombait par conséquent sous le coup de l'alinéa 34(1)(b) de la Loi.

L'argument du demandeur voulant que la conclusion de la Section selon laquelle il était membre du KDPI ait été déraisonnable, compte tenu du fait qu'il n'avait jamais adhéré de façon officielle à cet organisme et qu'il n'avait accompli qu'un nombre limité d'activités pour le compte de cette organisation, a été rejeté. La preuve en l'espèce, en particulier les activités auxquelles le demandeur s'est livré et l'obligation d'interpréter la notion d'appartenance de façon large, permettait de façon raisonnable à la Section de conclure que le demandeur était membre du KDPI. Cette conclusion appartenait aux conclusions possibles qu'il était loisible à la Section de tirer et la conclusion qu'elle a tirée au sujet de l'appartenance était par conséquent raisonnable.

Enfin, la question de savoir si les obligations du Canada, en matière de droit international, obligent la Section de l'immigration, lors de son interprétation de l'alinéa 34(1)(b) de la Loi d'exclure de l'interdiction de territoire ceux qui participent dans une organisation qui utilise la force dans une

furtherance of an oppressed people's claimed right to self-determination was certified.

tentative de renverser un gouvernement en vue de faire avancer le droit revendiqué par un peuple opprimé à l'autodétermination a été certifiée.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b),(d).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(e) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11),(g).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3), 13, 25 (as am. by S.C. 2012, c. 17, s. 13), 34 (as am. by S.C. 2013, c. 16, s. 13), 35 (as am. *idem*, s. 14), 36, 37 (as am. *idem*, s. 15), 42.1(1) (as enacted *idem*, s. 18), 44(1), 45(d), 52(1), 74(d), 115(1),(2).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 39(c), 206, 207, 212.
Saskatchewan Human Rights Code (The), S.S. 1979, c. S-24.1.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), being Sch. V of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3 (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 6), Article 1(4).
 United Nations. *Importance of the universal realization of the right of peoples to self-determination and of the speedy granting of independence to colonial countries and peoples for the effective guarantee and observance of human rights*, adopted by General Assembly Resolution A/RES/37/43 of 3 December 1982.

CASES CITED

APPLIED:

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 87, [2014] 4 F.C.R. 326; *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487.

CONSIDERED:

Stables v. Canada (Citizenship and Immigration), 2011 FC 1319, [2013] 3 F.C.R. 240; *Al Yamani v. Canada*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b),(d).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)e) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11),(g).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3), 13, 25 (mod. par L.C. 2012, ch. 17, art. 13), 34 (mod. par L.C. 2013, ch. 16, art. 13), 35 (mod., *idem*, art. 14), 36, 37 (mod., *idem*, art. 15), 42.2(1) (édicte, *idem*, art. 18), 44(1), 45d), 52(1), 74d), 115(1),(2).
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 39c), 206, 207, 212.
Saskatchewan Human Rights Code (The), S.S. 1979, ch. S-24.1.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Nations Unies. *Importance, pour la garantie et l'observation effectives des droits de l'homme, de la réalisation universelle du droit des peuples à l'autodétermination et de l'octroi rapide de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution A/RES/37/43 du 3 décembre 1982.
Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole I), qui est l'annexe V de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3 (mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 6), Article 1(4).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 87, [2014] 4 R.C.F. 326; *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Stables c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2011 CF 1319, [2013] 3 R.C.F. 240; *Al Yamani c. Canada (Ministre*

(*Minister of Public Safety and Emergency Preparedness*), 2006 FC 1457, 149 C.R.R. (2d) 340; *Al Yamani v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 1 F.C. 174, (1995), 129 D.L.R. (4th) 226 (T.D.); *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; *Saskatchewan (Human Rights Tribunal) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, 91987), 78 A.R. 1; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Oremade v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1077, [2006] 1 F.C.R. 393; *Suleyman v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 780, 330 F.T.R. 205; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 138, [2003] 4 F.C. 95; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385.

REFERRED TO:

Toussaint v. Canada (Labour Relations Board) (1993), 160 N.R. 396 (F.C.A.); *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233, (1989), 58 D.L.R. (4th) 475 (C.A.); *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Daniels v. White and The Queen*, [1968] S.C.R. 517, (1968), 2 D.L.R. (3d) 1; *Eyakwe v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 409; *Maleki v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 131; *Faridi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 761; *Naeem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 123, [2007] 4 F.C.R. 658; *Jalil v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 246, [2006] 4 F.C.R. 471; *Kanendra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 923, 47 Imm. L.R. (3d) 265; *Hussain v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1196; *Kastrati v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1141; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*,

de la Sécurité publique et de la Protection civile), 2006 CF 1457; *Al Yamani c. Canada (Solliciteur général)*, [1996] 1 C.F. 174 (1^{re} inst.); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Saskatchewan (Human Rights Tribunal) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Oremade c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1077, [2006] 1 R.C.F. 393; *Suleyman c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 780; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 138, [2003] 4 C.F. 95; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

DÉCISIONS CITÉES :

Toussaint c. Canada (Conseil canadien des relations du travail), [1993] A.C.F. n° 616 (C.A.) (QL); *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233 (C.A.); *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Daniels v. White and The Queen*, [1968] R.C.S. 517; *Eyakwe c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 409; *Maleki c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 131; *Faridi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 761; *Naeem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 123, [2007] 4 R.C.F. 658; *Jalil c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 246, [2006] 4 R.C.F. 471; *Kanendra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 923; *Hussain c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1196; *Kastrati c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 1141; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*,

[1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Oremade v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1189; *Ismeal v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 198; *Qureshi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 7, 78 Imm. L.R. (3d) 8; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297, (2000), 195 D.L.R. (4th) 422 (C.A.); *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.); *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167; *Di Bianca v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 935, 224 F.T.R. 168.

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 25, 1st Sess., 37th Parl. (May 15, 2001).
House of Commons Debates, Vol. 137, 37th Parl., 1st Sess., No. 78 (13 June 2001), at p. 5099 (Madeleine Dalphond-Guiral).

APPLICATION for judicial review of a decision (2012 CanLII 95546) of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board determining that the applicant was inadmissible to Canada pursuant to paragraphs 34(1)(b) and (f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* due to his involvement with the Kurdish Democratic Party of Iran. Application dismissed.

APPEARANCES

Lorne Waldman and *Tamara Morgenthau* for applicant.
David Cranton and *Sophia Karantonis* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Waldman & Associates, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

[1998] 1 R.C.S. 27; *Oremade c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1189; *Ismeal c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 198; *Qureshi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 7; *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.); *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL); *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89; *Di Bianca c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 935.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, n° 25, 1^{re} sess., 37^e lég. (15 mai 2001).
Débats de la Chambre des Communes, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., n° 78 (13 juin 2011), à la p. 5099 (Madeleine Dalphond-Guiral).

DEMANDE de contrôle judiciaire présentée à l'encontre d'une décision (2012 CanLII 95546) de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle l'appelant était interdit de territoire au Canada conformément aux alinéas 34(1)(b) et f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* du fait de sa participation aux activités du Parti démocratique kurde d'Iran. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Lorne Waldman et *Tamara Morgenthau* pour le demandeur.
David Cranton et *Sophia Karantonis* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Waldman & Associates, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendu par

[1] GLEASON J.: The applicant is a citizen of Iran of Kurdish ethnicity. He came to Canada in 1999 and made a refugee claim that was accepted. However, he did not obtain permanent resident status because the respondent sought a declaration of his inadmissibility under section 34 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA or the Act).

[2] More specifically, on March 5, 2010, the respondent issued a report under subsection 44(1) of the Act and on March 2, 2011 referred the report to the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (the Division), seeking to have the applicant declared inadmissible due to his involvement with the Kurdish Democratic Party of Iran (the KDPI). The respondent claimed that there were reasonable grounds to believe that Mr. Najafi was a member of the KDPI and that the KDPI had engaged in the “subversion by force” of the Iranian government such that he was inadmissible to Canada by virtue of paragraphs 34(1)(b) and (f) of the IRPA.

[3] In a decision dated March 8, 2012 [2012 CanLII 95546], the Division agreed with the respondent and determined that Mr. Najafi was inadmissible, concluding there were reasonable grounds to believe that he was or had been a member of the KDPI and that the KDPI had engaged in subversion by force of two different governments in Iran. The Division therefore ruled that Mr. Najafi is inadmissible to Canada and issued a deportation order.

[4] In this application for judicial review, Mr. Najafi argues that the Division’s decision should be set aside for any one of the following three reasons:

i. The Division erred in basing its interpretation of the term “membership” in paragraph 34(1)(f) of the IRPA in part on Mr. Najafi’s involvement with the KDPI in Canada. He argues that in so doing the Division infringed his rights to freedom of association and freedom of expression guaranteed by paragraphs 2(d) and 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B,

[1] LA JUGE GLEASON : Le demandeur est un citoyen iranien d’origine kurde. Il est arrivé au Canada en 1999 et a présenté une demande d’asile, qui a été accueillie. Il n’a toutefois pas obtenu le statut de résident permanent parce que le défendeur a demandé qu’il soit interdit de territoire en vertu de l’article 34 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR ou la Loi).

[2] Plus précisément, le 5 mars 2010, le défendeur a établi un rapport conformément au paragraphe 44(1) de la Loi qu’il a présenté le 2 mars 2011 à la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la SPR), en vue de faire déclarer le demandeur interdit de territoire du fait de sa participation aux activités du Parti démocratique kurde d’Iran (le KDPI). Le défendeur affirmait qu’il existait des motifs raisonnables de croire que M. Najafi était membre du KDPI et que le KDPI était l’auteur d’actes visant « au renversement par la force » du gouvernement iranien, ce qui emportait interdiction de territoire du demandeur au Canada par application des alinéas 34(1)(b) et 34(1)f) de la LIPR.

[3] Dans une décision datée du 8 mars 2012 [2012 CanLII 95546], la SPR a donné gain de cause au défendeur et a déclaré M. Najafi interdit de territoire après avoir conclu qu’il existait des motifs raisonnables de croire qu’il était membre du KDPI et que le KDPI avait été l’auteur d’actes visant au renversement de deux gouvernements iraniens par la force. La SPR a par conséquent déclaré M. Najafi interdit de territoire au Canada et a pris une mesure d’expulsion contre lui.

[4] Dans la présente demande de contrôle judiciaire, M. Najafi affirme que la décision de la SPR devrait être annulée pour l’une ou l’autre des trois raisons suivantes :

i. La SPR a commis une erreur en tenant notamment compte dans son interprétation du terme « membre » à l’alinéa 34(1)f) de la LIPR de sa participation aux activités du KDPI au Canada. Le demandeur affirme que, ce faisant, la SPR a violé son droit à la liberté d’association et son droit à la liberté d’expression qu’il tire des alinéas 2d) et 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle*

Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter) because the KDPI is a legal organization in Canada;

ii. The Division erred in its interpretation of the term “subversion by force” in paragraph 34(1)(b) of the IRPA because the applicant claims that the acts of aggression committed by the KDPI against the Iranian government were authorized by international law as a justifiable use of force by a repressed people in furtherance of its right to self-determination. Mr. Najafi argues that the IRPA must be interpreted in accordance with international law and, accordingly, that basing an inadmissibility determination on a use of force that is recognized as legitimate under international law is incorrect; and

iii. The Division erred in finding that Mr. Najafi was a member of the KDPI because the evidence establishes that he had only minimal involvement with the organization and was never actually a formal member of it.

[5] The applicant submits that the correctness standard of review applies to the first two above errors and that the reasonableness standard applies to the final alleged error.

[6] The respondent, on the other hand, argues that the reasonableness standard of review applies to each of the errors alleged and that the Board’s interpretation of the terms “member” and “subversion by force” were reasonable, as was its determination that the applicant was sufficiently connected to the KDPI to be found to be a “member” of the organization within the meaning of section 34 of the IRPA. More specifically, the respondent asserts that the Division’s dismissal of the applicant’s Charter claims was reasonable, that there was no need for the Division to have resort to international law to interpret section 34 of the IRPA, that in any event, international law principles do not sanction the use of force by the KDPI and that there was a reasonable basis for the Division’s factual conclusions regarding the applicant’s membership in the KDPI.

de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), étant donné que le KDPI est une organisation légale au Canada;

ii. La SPR a commis une erreur dans son interprétation de l’expression « renversement [...] par la force » à l’alinéa 34(1)b) de la LIPR parce que le demandeur affirme que les actes d’agression commis par le KDPI contre le gouvernement iranien étaient autorisés par le droit international, étant donné qu’ils constituaient un recours justifié à la force par un peuple opprimé exerçant son droit à l’autodétermination. M. Najafi soutient que la LIPR doit être interprétée conformément au droit international et que, par conséquent, il est incorrect de faire reposer une déclaration d’interdiction de territoire sur le recours à une force reconnue comme étant légitime par le droit international;

iii. La SPR a commis une erreur en concluant que M. Najafi était membre du KDPI, étant donné que la preuve démontrait qu’il avait très peu participé aux activités de cet organisme et qu’il n’en avait jamais été officiellement membre.

[5] Le demandeur affirme que la norme de contrôle de la décision correcte s’applique aux deux premières erreurs susmentionnées, tandis que la norme de la décision raisonnable s’applique à la dernière erreur reprochée.

[6] En revanche, le défendeur affirme que c’est la norme de contrôle de la décision raisonnable qui s’applique à chacune des erreurs reprochées et que l’interprétation que la Commission a faite des termes « membre » et « renversement [...] par la force » était raisonnable, tout comme sa conclusion que les liens que le demandeur entretenait avec le KDPI étaient suffisants pour qu’on puisse conclure qu’il était « membre » de cette organisation au sens de l’article 34 de la LIPR. Plus précisément, le défendeur affirme que le rejet, par la SPR, des moyens invoqués par le demandeur sur le fondement de la Charte était raisonnable, qu’il n’était pas nécessaire que la SPR recoure au droit international pour interpréter l’article 34 de la LIPR, qu’en tout état de cause, les principes de droit international ne sanctionnent pas le recours à la force par le KDPI, et que la SPR pouvait

[7] For the reasons that follow, I have determined that the Division's decision should be upheld because it correctly determined that the applicant's Charter rights were not infringed, reasonably determined that he was or had been a member of the KDPI and reasonably held that the KDPI had engaged in "subversion by force" of the Iranian governments. Insofar as concerns the applicant's invocation of international law, I do not believe that the Division erred in finding there was no need to resort to international law or to depart from the settled interpretation of section 34 of the IRPA. Thus, for the reasons below, this application will be dismissed.

I. The Statutory Context

[8] Because the applicant's Charter argument relies in part on the effect of an inadmissibility finding under the Act and because the respondent's position on the inapplicability of international law rests on the wording of section 34 of the Act, it is necessary to review the provisions in the Act that are relevant to Mr. Najafi's claim. Central in this regard is section 34, which sets out the basis upon which an individual may be found inadmissible due to membership in an organization that has engaged in subversion by force of a government. At all times relevant to this application, it provided:

Security **34.** (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

(a) engaging in an act of espionage or an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada;

(b) engaging in or instigating the subversion by force of any government;

raisonnablement parvenir aux conclusions factuelles qu'elle a tirées au sujet de l'appartenance du demandeur au KDPI.

[7] Pour les motifs qui suivent, je suis arrivée à la conclusion que la décision de la SPR devrait être confirmée parce que la SPR a déterminé, à juste titre, que les droits que le demandeur tire de la Charte n'avaient pas été violés, a estimé de façon raisonnable que le demandeur était ou avait été membre du KDPI, et a jugé de façon raisonnable que le KDPI était l'instigateur d'actes visant au « renversement [...] par la force » de gouvernements iraniens. En ce qui concerne l'argument du demandeur relatif au droit international, je ne crois pas que la SPR a commis une erreur en concluant qu'il n'était pas nécessaire de recourir au droit international ou de s'écarter de l'interprétation de l'article 34 de la LIPR établie par la jurisprudence. Par conséquent, pour les motifs exposés ci-dessous, la présente demande sera rejetée.

I. Contexte législatif

[8] Comme le moyen que le demandeur tire de la Charte repose en partie sur les conséquences d'une déclaration d'interdiction de territoire faite en vertu de la Loi et que la thèse du défendeur en ce qui concerne l'inapplicabilité du droit international repose sur le libellé de l'article 34 de la Loi, il est nécessaire d'examiner les dispositions pertinentes de la Loi. L'article 34 joue à cet égard un rôle crucial, étant donné qu'il énumère les motifs permettant d'interdire quelqu'un de territoire en raison du fait qu'il est membre d'une organisation qui a commis des actes visant au renversement d'un gouvernement par la force. Durant toute la période en cause dans la présente demande, cet article était ainsi libellé :

34. (1) Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants : Sécurité

a) être l'auteur d'actes d'espionnage ou se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s'entend au Canada;

b) être l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force;

(c) engaging in terrorism;

(d) being a danger to the security of Canada;

(e) engaging in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada; or

(f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b) or (c).

c) se livrer au terrorisme;

d) constituer un danger pour la sécurité du Canada;

e) être l'auteur de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d'autrui au Canada;

f) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas a), b) ou c).

Exception

(2) The matters referred to in subsection (1) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

(2) Ces faits n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

Exception

[9] Section 34 is but one of the bases upon which individuals may be found to be inadmissible to Canada; other similar provisions include section 35, which renders those complicit in human or international rights violations inadmissible, and sections 36 and 37, which render inadmissible those who have engaged in serious criminality or who are involved in organized criminality. As Justice de Montigny noted in *Stables v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1319, [2013] 3 F.C.R. 240 (*Stables*), at paragraph 14, “The inadmissibility provisions of IRPA (sections 34, 35 and 37) aim to protect the safety of Canadian society by facilitating the removal of permanent residents or foreign nationals who constitute a risk to society on the basis of their conduct.”

[9] L'article 34 est un des articles qui peut être invoqué pour interdire quelqu'un de territoire au Canada. Parmi les autres dispositions qui permettent de faire cette déclaration, mentionnons l'article 35, qui prévoit qu'emporte interdiction de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux le fait de s'être rendu complice de violations des droits de la personne, et les articles 36 et 37, qui prévoient qu'emporte interdiction de territoire pour grande criminalité le fait d'avoir été impliqué dans des activités de grande criminalité ou de criminalité organisée. Ainsi que le juge de Montigny l'a fait observer dans le jugement *Stables c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1319, [2013] 3 R.C.F. 240 (*Stables*), au paragraphe 14, « [l]es dispositions de la LIPR relatives à l'interdiction de territoire (articles 34, 35 et 37) visent à assurer la protection de la société canadienne en facilitant le renvoi des résidents permanents ou des étrangers qui constituent un danger pour la société en raison de leur conduite ».

[10] In Mr. Najafi's case, the inadmissibility finding did not make him subject to immediate deportation from Canada. Because he has been granted refugee status, Mr. Najafi cannot be deported to Iran unless and until the respondent Minister (or one of his delegates) issues an opinion under subsection 115(2) of the IRPA, to the effect that Mr. Najafi “should not be allowed to remain in Canada” in light of “the nature and severity of [the] acts [he] committed” or in light of the “danger” his

[10] L'interdiction de territoire de M. Najafi ne l'a pas rendu passible d'une expulsion immédiate du Canada. Parce qu'il a obtenu le statut de réfugié, M. Najafi ne peut être expulsé en Iran tant que le ministre défendeur (ou l'un de ses délégués), après avoir mis en balance les risques auxquels le demandeur serait exposé s'il devait retourner en Iran, n'a pas émis, en vertu du paragraphe 115(2) de la LIPR, un avis selon lequel le demandeur « ne devrait pas être présent au Canada », en raison « de

continued presence in Canada would pose to “the security of Canada” when balanced with the risk he might face if returned to Iran.

[11] That said, the inadmissibility determination is not without impact on Mr. Najafi. In this regard, he is not entitled to obtain permanent residency on the same basis as other Convention refugees, but, rather, must instead seek a ministerial exemption to obtain permanent resident status in Canada. A ministerial exemption may be sought either through a humanitarian and compassionate (H&C) application under section 25 of the Act or through an application for ministerial relief under subsection 34(2) of the Act. (After the June 19, 2013 amendments, the ministerial relief provision is contained in subsection 42.1(1) [as enacted by S.C. 2013, c. 16, s. 18] of the IRPA.) The parties concur that the average processing time for an H&C application is currently approximately 32 to 40 months and that ministerial relief applications take on average 5 to 8 years to be processed. Mr. Najafi has no right to obtain ministerial relief under either section 25 or subsection 42.1(1) of the IRPA, but the Minister is bound to exercise his discretion under these provisions in accordance with Charter values, as is more fully discussed below.

[12] As a protected person without permanent residence status, Mr. Najafi cannot apply for citizenship or sponsor other family members for permanent residency (see the IRPA, section 13). His rights to work, study and enter and leave Canada are also different from those of a permanent resident. In order to work or study, he must apply for a permit (see *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations), sections 206 and 212). If entitled to work, he will have a social insurance number beginning with a “9” (and be easily identifiable as lacking permanent resident status or citizenship), and if entitled to study, Mr. Najafi may be required to pay international student fees. In order to travel as a protected person, Mr. Najafi must obtain a travel document and an authorization to re-enter Canada from Citizenship and Immigration Canada (see

la nature et de la gravité de ses actes passés » ou en raison du « danger » que sa présence au Canada constituerait « pour la sécurité du Canada ».

[11] Cela étant dit, la déclaration d’interdiction de territoire n’est pas sans conséquence pour M. Najafi. Ainsi, il n’a pas le droit d’obtenir la résidence permanente selon les mêmes modalités que les autres réfugiés au sens de la Convention. Pour obtenir le statut de résident permanent au Canada, il faut en effet qu’une exemption ministérielle lui soit accordée. Celle-ci s’obtient en présentant au ministre, en vertu de l’article 25 de la Loi, une demande fondée sur des raisons d’ordre humanitaire, ou en présentant une demande de dispense ministérielle en vertu du paragraphe 34(2) de la Loi (à la suite des modifications apportées le 19 juin 2013 à la LIPR, la Loi traite de la dispense ministérielle au paragraphe 42.1(1)) [édicte par L.C. 2013, ch. 16, art. 18]. Les parties s’entendent sur le fait que le délai moyen de traitement d’une demande fondée sur des raisons d’ordre humanitaire se situe présentement entre 32 et 40 mois et qu’il faut en moyenne attendre entre 5 et 8 ans pour que soit traitée une demande de dispense ministérielle. L’article 25 et le paragraphe 42.1(1) de la LIPR ne confèrent pas à M. Najafi un droit à l’exemption ministérielle, mais le ministre est tenu d’exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu de ces dispositions dans le respect des valeurs consacrées par la Charte, comme nous le verrons plus en détail plus loin.

[12] En tant que personne protégée ne disposant pas du statut de résident permanent, M. Najafi ne peut présenter une demande de citoyenneté ni parrainer d’autres membres de sa famille qui souhaiteraient obtenir la résidence permanente (voir l’article 13 de la LIPR). Ses droits de travailler, d’étudier et d’entrer au Canada et d’en sortir diffèrent également de ceux qui sont reconnus aux résidents permanents. Pour pouvoir travailler ou étudier au Canada, il doit demander un permis (voir le *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement), articles 206 et 212). Si on l’autorise à travailler, on lui attribuera un numéro d’assurance sociale commençant par un « 9 » (ce qui permet de l’identifier facilement comme personne n’ayant pas le statut de résident permanent et n’ayant pas la citoyenneté canadienne), et s’il est

the IRPA, subsection 52(1); Regulations, at paragraph 39(c)).¹

[13] Thus, while the inadmissibility determination will not automatically result in Mr. Najafi's deportation, it does nonetheless negatively impact him.

II. The Charter Claims

[14] With this background in mind, it is now possible to turn to the first issue, namely, the claim that the Division's decision violates Mr. Najafi's Charter rights.

A. Basis of the Claims

[15] As noted, Mr. Najafi asserts that the decision violates both his freedom of expression and freedom of association because the above-described consequences flow solely from his association with the KDPI. He notes that the KDPI is not a terrorist or criminal organization but, rather, is a perfectly legal group in Canada. This fact is not disputed by the respondent.

[16] In light of KDPI's legal status, Mr. Najafi claims that his case is distinguishable from all the decided cases where similar Charter claims were dismissed because in those cases, unlike his, the applicants were members of a terrorist or criminal organization but the KDPI is neither. (The cases so distinguished by Mr. Najafi are *Stables*; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*); and *Al Yamani v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2006 FC 1457, 149 C.R.R. (2d) 340 (*Al Yamani 2*)). He further argues that while it might have been permissible for the Division to premise its inadmissibility determination on his actions in Iran

autorisé à étudier, M. Najafi doit payer les frais de scolarité exigés des étudiants internationaux. Pour pouvoir voyager en tant que personne protégée, il doit obtenir un titre de voyage et l'autorisation de Citoyenneté et Immigration Canada de revenir au Canada (LIPR, paragraphe 52(1); Règlement, alinéa 39c))¹.

[13] Ainsi, bien qu'une déclaration d'interdiction de territoire n'emporte pas automatiquement l'expulsion de M. Najafi, elle a néanmoins des répercussions négatives sur lui.

II. Prétentions fondées sur la Charte

[14] Avec ce contexte à l'esprit, il est maintenant possible d'aborder la première question, en l'occurrence, celle de savoir si la décision de la SPR viole les droits garantis par la Charte à M. Najafi.

A. Fondement des prétentions

[15] Comme nous l'avons déjà fait observer, M. Najafi affirme que la décision de la SPR viole à la fois sa liberté d'expression et sa liberté d'association, parce que les conséquences susmentionnées découlent uniquement de son association avec le KDPI. Il signale que le KDPI n'est pas une organisation terroriste ou criminelle, mais bien un groupe parfaitement légal au Canada, ce que le défendeur ne conteste pas.

[16] M. Najafi affirme que, comme le KDPI est une organisation légale, la présente espèce se distingue de toutes les affaires dans lesquelles des prétentions analogues fondées sur la Charte ont été rejetées, étant donné que, contrairement à lui, les demandeurs étaient, dans les affaires en question, membres d'organisations terroristes ou criminelles, alors que le KDPI n'est ni l'un ni l'autre (les affaires qui, selon M. Najafi, doivent être distinguées de la présente sont les affaires *Stables*; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*); et *Al Yamani c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 1457 (*Al Yamani 2*)).

¹ Copies of the sections from the Act and Regulations mentioned are attached as an appendix to this decision.

¹ Les dispositions de la Loi et du Règlement dont il est fait mention sont reproduites à l'annexe jointe à la présente décision.

(as the Charter does not have extra-territorial reach), the Division's reliance on his involvement with the KDPI in Canada violates his Charter rights because the mere fact of his association with the KDPI—a legal organization—has been used by the Division to deprive him of important advantages under the IRPA that other refugees are afforded. He argues that the Division is bound to comply with the Charter and that its decision does not do so because his legal association with the KDPI in Canada has been used to ground the inadmissibility finding. He asserts that this erroneous finding is reviewable on the correctness standard.

[17] Mr. Najafi relies principally on the decision of this Court in *Al Yamani v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 1 F.C. 174 (T.D.) (*Al Yamani 1*) in support of this Charter argument. In that case, Justice MacKay held that a decision of the Security Intelligence Review Committee and an Order in Council, issued under predecessor legislation to the IRPA, violated that applicant's freedom of association as the deportation order was based solely on Mr. Al Yamani's association with the Popular Front for the Liberation of Palestine (PFLP), an affiliate of the Palestine Liberation Organization.

[18] The provision in issue in that case—paragraphs 19(1)(e) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] and (g) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2—are somewhat similar to paragraph 34(1)(f) of the IRPA. They provided:

Inadmissible persons **19.** (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(e) persons who there are reasonable grounds to believe

...

M. Najafi ajoute que, bien qu'il eût peut-être été permis à la SPR de faire reposer sa déclaration d'interdiction de territoire sur ses actions en Iran (étant donné que la Charte n'a aucune portée extraterritoriale), la SPR, en se fondant sur son implication au sein du KDPI au Canada, a violé les droits que la Charte lui reconnaît, parce que le simple fait qu'il était associé au KDPI — une organisation parfaitement légale — a mené à la privation d'avantages importants que la LIPR reconnaît aux autres réfugiés. Le demandeur ajoute que la SPR est tenue de se conformer à la Charte, et que sa décision y contrevient dans la mesure où elle a fait reposer sa déclaration d'interdiction de territoire sur les liens légaux qu'il entretenait avec le KDPI au Canada. Le demandeur affirme que cette conclusion erronée est susceptible de contrôle selon la norme de contrôle de la décision correcte.

[17] M. Najafi se fonde principalement sur la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *Al Yamani c. Canada (Solliciteur général)*, [1996] 1 C.F. 174 (1^{re} inst.) (*Al Yamani 1*) pour appuyer cette prétention fondée sur la Charte. Dans cette affaire, le juge MacKay a estimé que la décision du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité et le décret pris en vertu de la loi antérieure à la LIPR violaient la liberté d'association de M. Al Yamani, étant donné que la mesure d'expulsion prise contre lui reposait uniquement sur son association avec le Front populaire de la libération de la Palestine (FPLP), un organisme affilié à l'Organisation de libération de la Palestine.

[18] Les dispositions en litige dans cette affaire — les alinéas 19(1)e) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] et 19(1)g) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 — sont quelque peu semblables à l'alinéa 34(1)f) de la LIPR. Elles étaient ainsi libellées :

Personnes non admissibles **19.** (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

[...]

e) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles :

[...]

(iv) are members of an organization that there are reasonable grounds to believe will

(A) engage in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada,

(B) engage in or instigate the subversion by force of any government, or

(C) engage in terrorism;

...

(g) persons who there are reasonable grounds to believe will engage in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada or are members of or are likely to participate in the unlawful activities of an organization that is likely to engage in such acts of violence;

(iv) soit sont membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle :

(A) soit commettra des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada,

(B) soit travaillera ou incitera au renversement d'un gouvernement par la force,

(C) soit commettra des actes de terrorisme.

[...]

g) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles commettront des actes de violence de nature à porter atteinte à la vie ou à la sécurité humaines au Canada, ou qu'elles appartiennent à une organisation susceptible de commettre de tels actes ou qu'elles sont susceptibles de prendre part aux activités illégales d'une telle organisation;

[19] In finding that the former provision in the *Immigration Act* violated Mr. Al Yamani's freedom of association, Justice MacKay wrote (at pages 225 and 226):

... by providing ultimately for deportation of permanent residents who are members of an organization loosely defined, the statute does infringe on the freedom of permanent residents to associate together in organizations. Often such persons, at least those comparatively new to this country, may maintain association or membership with organizations, associated with their homelands, many of which may have had some historic record of violence but which serve a variety of purposes, as the PFLP was found to do in this case. To expose all permanent residents to the possibility of deportation because of their membership in such organizations, in my view clearly infringes on their freedom of association.

[20] The applicant urges that a similar finding be made in this case. However, as is more fully discussed below, *Al Yamani 1* has been overtaken by subsequent jurisprudence of the Supreme Court of Canada and this Court.

[19] Pour conclure que les anciennes dispositions de la *Loi sur l'immigration* violaient la liberté d'association de M. Al Yamani, le juge MacKay a écrit ce qui suit (aux pages 225 et 226) :

[...] en prévoyant ultimement l'expulsion des résidents permanents qui appartiennent à une organisation sans définition étroite, la loi porte atteinte effectivement à la liberté des résidents permanents de s'associer à d'autres personnes dans le cadre d'organisations. Il arrive souvent que ces personnes, du moins celles qui viennent d'arriver au pays, conservent des liens avec des organisations associées à leur patrie d'origine, dont beaucoup peuvent avoir des antécédents violents, mais qui poursuivent des objectifs divers, comme on a vu que c'était le cas du FPLP en l'espèce. Le fait d'exposer tous les résidents permanents au risque d'être expulsés à cause de leur appartenance à ce genre d'organisations enfreint selon moi leur liberté d'association.

[20] Le demandeur invite la Cour à tirer une conclusion semblable en l'espèce. Toutefois, comme nous le verrons plus en détail plus loin, la décision *Al Yamani 1* a été supplantée par la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême du Canada et de notre Cour.

B. Analysis

i. *Freedom of Expression*

[21] Turning, first, to the alleged violation of the right to freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter, this claim may be disposed of quickly as Mr. Najafi did not advance it before the Division and this, in and of itself, warrants the dismissal of the claim (*Stables*, at paragraph 30; *Toussaint v. Canada (Labour Relations Board)* (1993), 160 N.R. 396 (F.C.A.), at paragraph 6; *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233 (C.A.), at page 243).

[22] Moreover, even if this were not the case, it is unlikely that Mr. Najafi's activities with the KDPI in Canada (which are the only activities he alleges are deserving of Charter protection) would constitute an expressive act to which the Charter's guarantee of freedom of expression could apply. In this regard, in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, the Supreme Court of Canada defined an expressive activity to which paragraph 2(b) of the Charter applies as one that "attempts to convey meaning". It is unlikely that Mr. Najafi's actions with the KDPI in Canada would fall into this category as he testified that the organization was a social and cultural one and that he participated in its activities to meet others of Kurdish ethnicity. It is difficult to see how such actions have any expressive content. Indeed, that is precisely what Justice MacKay determined in *Al Yamani 1*, where he held that paragraph 2(b) of the Charter was not engaged by a similar claim.

ii. *The Division's Treatment of the Claimed Violation of Freedom of Association*

[23] In terms of the alleged violation of his freedom of association, Mr. Najafi did make this claim to the Division, which rejected it. In this regard, the Division held that the inadmissibility finding did not have sufficient negative consequences for Mr. Najafi to constitute

B. Analyse

i. *Liberté d'expression*

[21] Pour ce qui est tout d'abord de l'allégation de violation du droit à la liberté d'expression garanti à l'alinéa 2b) de la Charte, il est possible de disposer de cette prétention rapidement, étant donné que M. Najafi ne l'a pas invoqué devant la SPR, ce qui, en soi, en justifie le rejet (*Stables*, au paragraphe 30; *Toussaint c. Canada (Conseil canadien des relations du travail)*, [1993] A.C.F. n° 616 (C.A.) (QL), au paragraphe 6; *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233 (C.A.), à la page 243).

[22] Qui plus est, même si l'on ne rejetait pas cette prétention, il est peu probable que les activités que M. Najafi a exercées au sein du KDPI au Canada — qui, selon ce qu'il affirme, sont les seules activités qui méritent d'être protégées par la Charte — constituent le type d'expression visée par la liberté d'expression garantie par la Charte. À cet égard, dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, la Cour suprême du Canada a expliqué que les activités expressives auxquelles l'alinéa 2b) de la Charte s'applique sont celles qui « tentent de transmettre une signification ». Il est peu probable que les activités exercées par M. Najafi au sein du KDPI au Canada entreraient dans cette catégorie, étant donné qu'il a expliqué que l'organisation en question était une association sociale et culturelle et qu'il participait à ses activités dans le but de rencontrer d'autres personnes d'origine ethnique kurde. On voit mal en quoi ces activités auraient un contenu expressif. D'ailleurs, c'est précisément ce que le juge McKay a conclu dans l'affaire *Al Yamani 1*, dans laquelle il a jugé qu'une prétention semblable ne donnait pas lieu à l'application de l'alinéa 2b) de la Charte.

ii. *Suite donnée par la SPR à l'allégation de violation de la liberté d'association*

[23] Pour ce qui est de l'allégation de violation de sa liberté d'association, M. Najafi a effectivement formulé cette prétention devant la SPR, qui l'a rejetée. À cet égard, la SPR a jugé que la déclaration d'interdiction de territoire n'emportait pas de conséquences suffisamment

a breach of his Charter right to freedom of association as guaranteed by paragraph 2(d). The Division reasoned that this was so because it was unlikely that a danger opinion would be issued under subsection 115(2) of the Act, given that the evidence indicated that Mr. Najafi had not engaged in any behavior that might give rise to such an opinion. Thus, the Division concluded that it was unlikely that he would be deported. As for any inconvenience associated with his possessing only protected person—as opposed to permanent resident—status, the Division held that Mr. Najafi could apply for ministerial relief under subsection 34(2) of the IRPA, which could well be granted and, therefore, that one could not assume that the inadmissibility finding would have any significant negative consequences for Mr. Najafi. The Division thus held that premising its inadmissibility determination in part on Mr. Najafi's legal activities in Canada did not violate his freedom of association.

[24] Assessment of whether the Division's decision on this point should be upheld requires, first, determination of the applicable standard of review and second, assessment of the Division's ruling against that standard.

iii. The Standard of Review Applicable to the Division's Charter Determination

[25] As noted, the respondent asserts that the reasonableness standard of review is applicable to the Division's consideration of Mr. Najafi's Charter claim. In support of this argument the respondent relies on the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395 (*Doré*), where Justice Abella, writing for the Court, held that the reasonableness standard of review was to be applied to the assessment of Mr. Doré's claim that the decision of the Disciplinary Council of the Barreau du Québec violated his right to freedom of expression. In that case, the Council sanctioned Mr. Doré for writing an intemperate letter to a judge and imposed a 21-day suspension of his ability to practice law. In so deciding, the Council exercised the discretion it was

négatives pour M. Najafi pour constituer une violation de son droit à la liberté d'association garantie par l'alinéa 2d) de la Charte. La SPR a expliqué qu'il en était ainsi parce qu'il était fort peu probable que le ministre émette un avis de danger en vertu du paragraphe 115(2) de la Loi, étant donné que, d'après la preuve, M. Najafi n'avait eu aucun comportement susceptible de donner lieu à la formulation d'un tel avis. La SPR a par conséquent conclu qu'il était peu probable que M. Najafi soit expulsé. Quant aux inconvénients découlant du fait que M. Najafi n'avait que la qualité de personne à protéger — par opposition au statut de résident permanent — la SPR a rappelé que M. Najafi avait la possibilité de demander une dispense ministérielle en vertu du paragraphe 34(2) de la LIPR et qu'il avait de bonnes chances de l'obtenir, de sorte que nul ne pouvait présumer que l'interdiction de territoire aurait pour lui des répercussions défavorables importantes. La SPR a par conséquent estimé qu'il n'y avait pas eu d'atteinte à sa liberté d'association du fait que la déclaration d'interdiction reposait en partie sur ses activités légales au Canada.

[24] Pour déterminer s'il y a lieu de confirmer la décision de la SPR sur ce point, il faut tout d'abord déterminer la norme de contrôle applicable et, en second lieu, examiner la décision de la SPR en fonction de cette norme.

iii. Norme de contrôle applicable à la conclusion de la SPR sur la Charte

[25] Comme nous l'avons déjà souligné, le défendeur affirme que la norme de contrôle de la décision raisonnable est celle qui s'applique à l'examen que la SPR a fait de la prétention de M. Najafi fondée sur la Charte. À l'appui de cet argument, le défendeur invoque l'arrêt récent, rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395 (*Doré*), dans lequel la juge Abella, qui écrivait au nom de la Cour, a estimé que la norme de contrôle de la décision raisonnable était celle qui devait s'appliquer à l'examen de la prétention de M. Doré que la décision du Comité de discipline du Barreau du Québec violait son droit à la liberté d'expression. Dans cette affaire, le Comité avait sanctionné M. Doré pour avoir écrit une lettre outrancière à un juge et avait

provided under legislation governing the legal profession in Québec, which affords it the duty to govern the profession and impose sanctions as it deems necessary for failure to meet appropriate professional standards.

[26] In her analysis, Justice Abella first noted that the Council, as an administrative decision maker, was bound to “act consistently with the values underlying the grant of discretion, including *Charter* values” (at paragraph 24). She then considered both the analytical framework to be applied by a reviewing court to the Charter breach claimed by Mr. Doré and the standard of review to be used by a court in applying that framework.

[27] In terms of the former, Justice Abella noted that the customary test from *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 (*Oakes*) for assessing whether a *prima facie* Charter breach is justified under section 1 of the Charter (the so-called “*Oakes* test”), does not fit well when what is being reviewed is a discretionary decision as opposed to a claim that legislation violates the Charter. The *Oakes* test requires assessment of four criteria to determine if a *prima facie* breach of a guaranteed right is nonetheless allowable as a “reasonable [limit] prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”, and thus permitted by virtue of section 1 of the Charter. First, the court must assess whether the law being challenged pursues a valid objective that is sufficiently important (or “pressing and substantial”) so as to warrant overriding a Charter right. Second, the court must assess whether the impugned law is rationally connected to that valid objective. Third, the court is called upon to assess whether the means adopted by the legislator to address the valid objective impair the rights in question as little as possible. Finally, the law must not have a disproportionately severe effect on those to whom it applies (see *Oakes*, at pages 138–140).

suspendu son droit de pratique durant 21 jours. Pour rendre sa décision, le Conseil a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui conférait la loi régissant la profession d’avocat au Québec, qui lui imposait l’obligation d’encadrer la profession et lui permettait d’infliger des sanctions lorsqu’il l’estimait nécessaire en cas de défaut d’un avocat de respecter les normes professionnelles applicables.

[26] La juge Abella a commencé son analyse en faisant observer qu’en tant que tribunal administratif, le Conseil était tenu d’agir « de manière compatible avec les valeurs sous-jacentes à l’octroi d’un pouvoir discrétionnaire, y compris les valeurs consacrées par la *Charte* » (au paragraphe 24). Elle a ensuite examiné le cadre analytique à appliquer par la juridiction de révision à la violation de la *Charte* alléguée par M. Doré ainsi que la norme de contrôle à appliquer par la Cour pour appliquer ce cadre.

[27] S’agissant du cadre analytique, la juge Abella a fait observer que le critère habituel proposé par l’arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 (*Oakes*), pour déterminer si une atteinte *prima facie* à la *Charte* était justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte* (appelé le « critère de l’arrêt *Oakes* ») convenait peu lorsque le contrôle concerne une décision discrétionnaire plutôt qu’un argument suivant lequel une disposition législative porte atteinte à la *Charte*. Le critère de l’arrêt *Oakes* exige que l’on applique quatre critères pour déterminer si ce qui constitue une atteinte *prima facie* à un droit garanti par la *Charte* est néanmoins acceptable en tant que limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique et, partant, permise en vertu de l’article premier de la *Charte*. En premier lieu, le tribunal doit se demander si la loi contestée vise un objectif valide suffisamment important (ou suffisamment « urgent et réel ») pour justifier la suppression d’un droit garanti par la *Charte*. Deuxièmement, le tribunal doit se demander s’il existe un lien rationnel entre la loi contestée et l’objectif valable en question. Troisièmement, le tribunal est appelé à se demander si les moyens adoptés par le législateur

[28] In *Doré*, Justice Abella rejected the foregoing analysis in favour of a less structured approach for discretionary administrative decisions that are alleged to affect an individual's Charter rights. She held in this regard that, as opposed to applying the *Oakes* test, an administrative tribunal is instead required to balance Charter values with the statutory objectives enshrined in the statute it is called upon to apply. This, in turn, requires the decision maker to, first, consider the statutory objectives and, second, assess "how the *Charter* value at issue will best be protected in view of the statutory objectives" (at paragraph 56).

[29] On review of this sort of discretionary decision, Justice Abella held that the reviewing court is to apply the reasonableness standard and assess whether, under that standard, "the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* protections at play ... [which] calls for integrating the spirit of s. 1 into judicial review" (at paragraph 57). Under the reasonableness standard, the court is required to assess whether the result reached by the administrative tribunal falls "within a range of reasonable alternatives" or "possible, acceptable outcomes" (at paragraph 56).

[30] The respondent argues that the foregoing analysis is applicable to the assessment of the Division's ruling on Mr. Najafi's Charter claim. I disagree because I believe the framework set out by Justice Abella in *Doré* applies only to discretionary decisions of administrative tribunals (which must reflect Charter values) and not to cases where tribunals are called upon to make substantive rulings on Charter rights. I am of this view for two reasons.

pour atteindre l'objectif valide en question portent le moins possible atteinte aux droits en question. Enfin, les effets de la loi en cause ne doivent pas avoir une gravité disproportionnée sur les personnes qu'elle vise (arrêt *Oakes*, aux pages 138 à 140).

[28] Dans l'arrêt *Doré*, la juge Abella a écarté l'analyse qui précède en faveur d'une approche moins structurée lorsqu'une décision discrétionnaire administrative qui porterait atteinte aux droits qu'une personne tire de la Charte est en cause. Elle a estimé, à cet égard, que plutôt que d'appliquer le critère de l'arrêt *Oakes*, le tribunal administratif devait mettre en balance les valeurs consacrées par la Charte avec les objectifs législatifs reconnus par la loi qu'il est appelé à appliquer. Pour ce faire, le tribunal administratif doit d'abord déterminer les objectifs de la loi et ensuite se demander « comment protéger au mieux la valeur en jeu consacrée par la *Charte* compte tenu des objectifs visés par la loi » (au paragraphe 56).

[29] La juge Abella a expliqué que, lors du contrôle judiciaire de ce type de décision discrétionnaire, la juridiction de révision doit appliquer la norme de la décision raisonnable et se demander si, selon cette norme, « la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte*, [...] [ce qui] requiert d'intégrer l'"esprit" de l'article premier dans la révision judiciaire » (au paragraphe 57). Lorsqu'elle applique la norme de la décision raisonnable, la juridiction de révision est tenue de déterminer si la décision du tribunal administratif « se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables » ou « "[appartient] aux issues possibles acceptables" » (au paragraphe 56).

[30] Le défendeur soutient que l'analyse qui précède s'applique à l'appréciation de la décision rendue par la SPR au sujet de la prétention fondée sur la Charte invoquée par M. Najafi. Je ne suis pas de cet avis, parce que j'estime que le cadre proposé par la juge Abella dans l'arrêt *Doré* ne s'applique qu'aux décisions discrétionnaires des tribunaux administratifs — lesquelles doivent tenir compte des valeurs consacrées par la Charte) — et qu'il ne s'applique pas lorsqu'ils sont appelés à rendre des décisions sur le fond au sujet des droits garantis par la Charte. Je suis de cet avis pour deux raisons.

[31] First, the language used by Justice Abella in *Doré* consistently states that the types of administrative decisions to which the framework she posits applies are *discretionary* decisions. Thus, there is nothing in that case which would mandate its extension to situations where administrative tribunals are making substantive decisions on a Charter claim.

[32] Second, it has long been considered settled law that in situations where, as opposed to making a discretionary decision, an administrative tribunal is instead called upon to rule upon a substantive Charter claim (like a claim that legislation is invalid due to its infringement of a Charter right), the correctness standard of review is applicable to the judicial review of that decision. This was recognized by Justice Abella in *Doré*, relying on *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*): “There is no doubt that when a tribunal is determining the constitutionality of a law, the standard of review is correctness (*Dunsmuir*, at para. 58)” (*Doré*, at paragraph 43).

[33] Recently, in *Saskatchewan (Human Rights Tribunal) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467 (*Whatcott*), which was issued after *Doré*, Justice Rothstein, writing for a unanimous Supreme Court, applied a correctness review to the Saskatchewan Human Rights Tribunal’s decision that the hate speech provisions in *The Saskatchewan Human Rights Code* [S.S. 1979, c. S-24.1] did not violate Mr. Whatcott’s freedom of expression.

[34] Thus, the *Doré* analysis does not apply to non-discretionary decisions of administrative tribunals where the tribunal adjudicates a Charter claim. In those cases, the applicable standard of review is correctness.

[35] Turning, then, to this case, to determine whether the Division made a discretionary decision, regard must be given both to the nature of the Division’s

[31] Premièrement, dans l’arrêt *Doré*, la juge Abella affirme invariablement que les décisions administratives auxquelles s’applique le cadre qu’elle propose sont les décisions administratives *discrétionnaires*. Il n’y a donc rien dans cet arrêt qui justifierait d’étendre la portée de l’application de ce cadre d’analyse pour le faire entrer en jeu lorsque les tribunaux administratifs se prononcent sur le fond d’une prétention fondée sur la Charte.

[32] Deuxièmement, il est de jurisprudence constante que lorsqu’un tribunal administratif est appelé, non pas à rendre une décision discrétionnaire, mais à statuer sur le fond d’une prétention fondée sur la Charte (par ex. dans le cas où il est soutenu que la loi est invalide parce qu’elle porte atteinte à un droit garanti par la Charte), la norme de contrôle de la décision correcte est celle qui s’applique au contrôle judiciaire de cette décision. C’est ce que la juge Abella a reconnu dans l’arrêt *Doré*, dans lequel elle a dit, en se fondant sur l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), qu’« [i]l ne fait aucun doute que la décision d’un tribunal administratif au sujet de la constitutionnalité d’une loi s’examine suivant la norme de la décision correcte (*Dunsmuir*, par. 58) » (*Doré*, au paragraphe 43).

[33] Récemment, dans l’arrêt *Saskatchewan (Human Rights Tribunal) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467 (*Whatcott*), qui a été rendu après l’arrêt *Doré*, le juge Rothstein, qui exprimait l’opinion unanime de la Cour suprême, a appliqué la norme de contrôle de la décision correcte à la décision dans laquelle le tribunal des droits de la personne de la Saskatchewan a conclu que les dispositions du *Saskatchewan Human Rights Code* [S.S. 1979, ch. S-24.1] relatives aux propos haineux ne portaient pas atteinte à la liberté d’expression de M. Whatcott.

[34] L’analyse proposée dans l’arrêt *Doré* ne s’applique donc pas aux décisions non discrétionnaires dans lesquelles les tribunaux administratifs se prononcent sur une prétention fondée sur la Charte. En pareil cas, la norme applicable est celle de la décision correcte.

[35] Pour ce qui est par conséquent de la présente affaire, pour déterminer si la SPR a rendu une décision discrétionnaire ou non, il faut tenir compte de la

decision-making powers under the IRPA and to the type of decision it made in the present case.

[36] In terms of the former, the wording of subsection 34(1) of the Act makes it clear that the Division is not charged with making discretionary decisions but, rather, with adjudicating as a matter of right. If the claimant falls within the statutory definitions, the Division must issue a removal order. It has no discretion in this regard (see the IRPA, at paragraph 45(d)). The Division's role is thus entirely different from that of the Minister under subsection 34(2) (now 42.1(1)) of the Act; the Minister, unlike the Division, is exercising a statutory discretion and, thus, his decisions are reviewable under the reasonableness standard for compliance with the Charter in accordance with *Doré*, but the Division's decisions are not.

[37] In the second place, Mr. Najafi's claim before the Division called for an adjudication of his Charter rights as opposed to an exercise of discretion. He argued that he could not be found to be a "member" of the KDPI, within the meaning of subsection 34(1) of the IRPA, due to his activities in Canada because such a holding would violate his Charter rights. This claim is conceptually indistinguishable from a claim that the statutory provisions are invalid as being overly broad: in both cases the argument is the same, namely, that the applicant's Charter rights prevent the application of the statutory definition to him. This is not a matter for the Division's discretion—the applicant either possesses the claimed rights or he does not.

[38] Thus, both in light of the nature of the tasks assigned to the Division under the IRPA and in light of the nature of the question it was called upon to decide, the Division's decision in respect of Mr. Najafi's Charter claim was not a discretionary one. And it follows from the previous discussion that in light of this conclusion

nature des pouvoirs que la LIPR confère à la SPR sur le plan décisionnel ainsi que du type de décision que la SPR a rendue en l'espèce.

[36] Dans le premier cas, le libellé du paragraphe 34(1) de la Loi démontre bien que la SPR n'est pas chargée de rendre des décisions discrétionnaires, mais plutôt de rendre des décisions sur le fond. Si le demandeur d'asile répond aux définitions prévues par la Loi, la SPR doit prendre une mesure d'expulsion : elle n'a aucune latitude à cet égard (voir la LIPR, à l'alinéa 45d)). Le rôle que joue la SPR est donc entièrement différent de celui confié au ministre par le paragraphe 34(2) (maintenant le paragraphe 42.1(1)) de la Loi : à la différence de la SPR, le ministre exerce un pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par la Loi et ses décisions sont par conséquent assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable en vue de vérifier si elles sont conformes à la Charte au sens de l'arrêt *Doré*, alors que les décisions de la SPR ne sont pas assujetties à cette norme.

[37] En second lieu, en raison du moyen invoqué par M. Najafi devant la SPR, cette dernière était appelée à se prononcer sur les droits que M. Najafi tire de la Charte plutôt qu'à exercer un pouvoir discrétionnaire. M. Najafi soutenait qu'il ne pouvait être considéré comme un « membre » du KDPI au sens du paragraphe 34(1) de la LIPR du fait de ses activités au Canada parce qu'une telle conclusion porterait atteinte aux droits reconnus par la Charte. Sur le plan conceptuel, une telle prétention ne peut être distinguée de l'argument que les dispositions législatives sont invalides parce qu'elles ont une portée trop large : dans les deux cas, l'argument est le même, en l'occurrence que les droits que la Charte garantit au demandeur empêchent d'appliquer à ce dernier la définition énoncée dans la Loi. La SPR n'a aucune latitude à cet égard : ou bien le demandeur possède les droits dont il se réclame ou bien il ne les possède pas.

[38] Ainsi, tant en raison de la nature des fonctions assignées à la SPR par la LIPR que de la nature de la question qu'elle était appelée à décider en l'espèce, la décision rendue par la SPR sur la prétention de M. Najafi fondée sur la Charte n'était pas une décision discrétionnaire. Il découle de la discussion qui précède que,

the correctness standard of review applies to this portion of the Division's decision.

iv. Freedom of Association

[39] In terms of the merits of the Charter claim, as noted, Mr. Najafi relies principally on *Al Yamani 1* in support of his assertion that the Division's decision violated his freedom of association. The respondent attempts to find a material distinction between the wording of the *Immigration Act* and the IRPA, which I do not find convincing. However, the respondent also argues that *Al Yamani 1* has been overtaken by subsequent case law, notably by the decision of the Supreme Court of Canada in *Suresh* and by Justice Snider's subsequent decision in Mr. Al Yamani's case in *Al Yamani 2*. The respondent further asserts that application of subsection 34(1) of the IRPA to Mr. Najafi does not violate his freedom of association as he was not prevented from joining the KDPI but rather all that flowed from the association was loss of the opportunity to gain permanent residence on the same basis as other refugee claimants. The respondent argues, in reliance on *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (*Reference Re PSERA*) and *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209 (*Advance Cutting & Coring*), that freedom of association extends only to protecting the right of individuals to join an organization to pursue collectively common goals and that there is nothing in section 34 of the IRPA which prevented Mr. Najafi from joining the KDPI.

[40] I disagree with the last point advanced by the respondent for two reasons. First, the narrow definition of freedom of association offered by the Supreme Court of Canada in *Reference Re PSERA* and *Advance Cutting & Coring* has been abandoned by the Supreme Court in subsequent jurisprudence. Notably, in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016 (*Dunmore*), *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British*

vu cette conclusion, la norme de contrôle de la décision correcte est celle qui s'applique à cet aspect de la décision de la SPR.

iv. Liberté d'association

[39] Pour ce qui est du bien-fondé de la prétention fondée sur la Charte, comme nous l'avons déjà fait observer, M. Najafi table surtout sur le jugement *Al Yamani 1* pour affirmer que la décision de la SPR a porté atteinte à sa liberté d'association. Le défendeur a cherché en vain à me convaincre qu'il existe une distinction importante entre le libellé de la *Loi sur l'immigration* et celui de la LIPR. Le défendeur soutient toutefois également que le jugement *Al Yamani 1* a été supplanté par la jurisprudence ultérieure, notamment par l'arrêt *Suresh* de la Cour suprême du Canada et par la décision subséquente rendue par la juge Snider dans l'affaire *Al Yamani 2*. Le défendeur affirme en outre que l'application du paragraphe 34(1) de la LIPR à M. Najafi ne viole pas la liberté d'association de ce dernier, étant donné qu'il n'a pas été empêché d'adhérer au KDPI, mais que la seule conséquence qu'a entraîné le fait qu'il était membre de cette association a été la perte de la possibilité d'obtenir la résidence permanente aux mêmes conditions que les autres demandeurs d'asile. Le défendeur soutient, en se fondant sur le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (*Renvoi relatif à la PSERA*) et sur l'arrêt *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209 (*Advance Cutting & Coring*), que la liberté d'association a seulement pour effet de protéger le droit des individus d'adhérer à un organisme en vue de poursuivre collectivement des objectifs communs, ajoutant que l'article 34 de la LIPR n'empêchait aucunement M. Najafi de devenir membre du KDPI.

[40] Je ne suis pas d'accord avec le dernier point avancé par le défendeur, et ce, pour deux raisons. En premier lieu, la définition étroite de la liberté d'association proposée par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la PSERA* et dans l'arrêt *Advance Cutting & Coring* a été abandonnée par la Cour suprême dans ses décisions ultérieures. Plus précisément, dans les arrêts *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016 (*Dunmore*), *Health*

Columbia, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391 (*BC Health Services*), and *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3 (*Fraser*), the Supreme Court held that freedom of association extends not only to the bare right of an individual to join an association and participate in its activities but also to certain of the collective activities of the association itself, like pursuit of labour negotiations on a collective basis. Secondly, the removal of legislated benefits—as opposed to the imposition of a penal sanction for the act of association—may well violate paragraph 2(d) of the Charter. Indeed, the violations found in *Dunmore* and *BC Health Services* were premised on a disentitlement to legislative benefits that others were afforded. Thus, the second argument of the respondent is without merit.

[41] The same, however, cannot be said of the respondent's first argument as the respondent is correct in asserting that *Al Yamani 1* has been overtaken by subsequent jurisprudence. In this regard, the Supreme Court of Canada's decision in *Suresh*, in my view, firmly forecloses Mr. Najafi's claim to a violation of his paragraph 2(d) Charter rights. In *Suresh*, the Court held, in very clear terms, that freedom of association does not extend to protect the act of joining or belonging to an organization that engages in violence, noting that "s. 2 of the *Charter* does not protect expressive or associational activities that constitute violence" (at paragraph 107).

[42] The Court also dealt with and squarely dismissed a claim similar to that made by Mr. Najafi regarding the legality of his actions in Canada: Mr. Suresh argued that all he had done in Canada was raise funds, which is a perfectly legal activity. The Supreme Court gave short shrift to this argument, finding that constitutional protection was not warranted in light of the violent activities of the organization for which Mr. Suresh raised funds. That organization was the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE), which the Canadian Security Intelligence Service had determined to be a terrorist organization. In addition, the Court noted that any over-breadth in

Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391 (*BC Health Services*), et *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3 (*Fraser*), la Cour suprême a jugé que la liberté d'association vise non seulement le simple droit d'une personne d'adhérer à une association et de participer à ses activités, mais également celui de participer à certaines des activités collectives de l'association elle-même, telles les négociations collectives. En second lieu, la suppression d'avantages conférés par une loi — par opposition à l'infliction d'une sanction pénale dont l'objet est l'acte d'association — risque fort de constituer une violation de l'alinéa 2d) de la Charte. D'ailleurs, les violations constatées dans les affaires *Dunmore* et *BC Health Services* découlaient du fait que l'on avait privé les intéressés des avantages que la loi reconnaissait à d'autres personnes. Par conséquent, le second argument du défendeur est mal fondé.

[41] On ne peut toutefois en dire autant du premier argument du défendeur, étant donné qu'il affirme avec raison que le jugement *Al Yamani 1* a été supplanté par la jurisprudence ultérieure. À cet égard, il ne fait nul doute que l'arrêt *Suresh* de la Cour suprême du Canada empêche M. Najafi de prétendre que les droits qu'il tire de l'alinéa 2d) de la Charte ont été violés. Dans l'arrêt *Suresh*, la Cour a déclaré dans les termes les plus nets que la liberté d'association ne s'étendait pas à la protection de l'acte consistant à adhérer ou à appartenir à une organisation qui se livre à des actes de violence, en faisant observer que « l'art. 2 de la *Charte* ne protège pas les formes d'expression ou d'association violentes » (au paragraphe 107).

[42] Dans cet arrêt, la Cour a également examiné et carrément rejeté une prétention semblable à celle de M. Najafi en ce qui concerne la légalité de ses actes au Canada. M. Suresh a soutenu qu'il n'avait fait rien d'autre que de recueillir des fonds au Canada, une activité parfaitement légale. La Cour suprême a balayé cet argument du revers de la main en estimant que la protection constitutionnelle n'était pas justifiée, compte tenu des activités violentes auxquelles s'adonnait l'organisation pour laquelle M. Suresh avait collecté des fonds. L'organisation en question était les Tigres de libération de l'Eelam tamoul (les TLET), un groupe

the exclusion provisions, which could be read as extending to those who innocently joined a terrorist organization without knowledge of its activities, was addressed through a provision similar to subsection 34(2) of the IRPA, under which the Minister, if acting constitutionally, would be prevented from deporting such an individual. The Court stated in this regard (at paragraph 110):

We believe that it was not the intention of Parliament to include in the s. 19 class of suspect persons those who innocently contribute to or become members of terrorist organizations. This is supported by the provision found at the end of s. 19, which exempts from the s. 19 classes “persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest”. Section 19 must therefore be read as permitting a refugee to establish that his or her continued residence in Canada will not be detrimental to Canada, notwithstanding proof that the person is associated with or is a member of a terrorist organization. This permits a refugee to establish that the alleged association with the terrorist group was innocent. In such case, the Minister, exercising her discretion constitutionally, would find that the refugee does not fall within the targeted s. 19 class of persons eligible for deportation on national security grounds.

[43] Following the release of the Supreme Court’s decision in *Suresh*, in *Al Yamani 2*, Justice Snider was faced with the adjudication of a judicial review application of Mr. Al Yamani in respect of a subsequent exclusion decision, this time made under subsection 34(1) of the IRPA. (The matter was heard following the first successful judicial review of the initial decision through Justice MacKay’s decision in *Al Yamani 1*, discussed above.)

[44] Before Justice Snider, Mr. Al Yamani made arguments similar to those raised by Mr. Najafi in this case. He asserted that the exclusion finding violated his right to freedom of association (and expression) as well as his right to participate in the Palestinian people’s self-determination, arguing that “ the right to

considéré comme une association terroriste par le Service canadien du renseignement de sécurité. Qui plus est, la Cour avait fait observer qu’une disposition semblable au paragraphe 34(2) de la LIPR en vertu de laquelle le ministre, dans la mesure où il exerce son pouvoir en conformité avec la constitution, serait empêché d’expulser un tel individu palliait la portée excessive des dispositions d’exclusion, que l’on pouvait interpréter comme s’étendant aux personnes qui adhèrent de bonne foi à une organisation terroriste sans être au courant de ses activités. La Cour a déclaré à cet égard (au paragraphe 110) :

Nous croyons que le législateur n’avait pas l’intention d’inclure dans la catégorie de personnes suspectes décrite à l’art. 19 celles qui, en toute innocence, apportent une contribution à des organisations terroristes ou en deviennent membres. Cette interprétation trouve appui dans la disposition édictée à la fin de l’art. 19, qui exclut des catégories décrites à l’art. 19 les personnes qui « convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national ». L’article 19 doit donc être considéré comme ayant pour effet de permettre à un réfugié de prouver que le fait qu’il continue de résider au Canada ne sera pas préjudiciable au Canada, malgré la preuve qu’il est associé à une organisation terroriste ou qu’il en est membre. Un réfugié peut ainsi établir que l’association avec le groupe terroriste qu’on lui reproche avait un caractère innocent. En pareil cas, la ministre exercerait son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la Constitution en concluant que le réfugié n’appartient pas à la catégorie — visée à l’art. 19 — de personnes susceptibles d’expulsion pour des raisons de sécurité nationale.

[43] Après le prononcé de l’arrêt *Suresh* de la Cour suprême, la juge Snider a été saisie, dans l’affaire *Al Yamani 2*, d’une demande de contrôle judiciaire présentée par M. Al Yamani relativement à une mesure d’exclusion ultérieure qui avait été prise cette fois en vertu du paragraphe 34(1) de la LIPR. (Cette affaire avait été entendue à la suite de la décision favorable rendue par le juge MacKay dans l’affaire *Al Yamani 1* relativement à la demande de contrôle judiciaire de la première décision, dont nous avons déjà discuté).

[44] Devant la juge Snider, M. Al Yamani a formulé des arguments semblables à ceux invoqués par M. Najafi en l’espèce. Il affirmait que son interdiction de territoire portait atteinte à son droit à la liberté d’association (et à la liberté d’expression), de même qu’à son droit de participer à l’exercice du droit à l’autodétermination

self-determination is protected internationally and that there is an internationally recognized right to belong to an organization that asserts self-determination, even where one or more of the organizations within the umbrella organization may be classified as ‘terrorist’” (at paragraph 41). Justice Snider found this argument to be foreclosed by *Suresh*, reasoning that Mr. Al Yamani’s case was “completely on all fours with the issue before the Supreme Court of Canada in *Suresh*” (at paragraph 43). She thus dismissed Mr. Al Yamani’s Charter claims.

[45] A very similar ruling was made by Justice de Montigny in *Stables*. There, the applicant was excluded under paragraph 37(1)(a) of the IRPA for organized criminality by reason of his membership in the Hell’s Angels. He argued that he had not committed any crimes and that the exclusionary provision violated his freedom of association. He also noted that ministerial relief was increasingly difficult to obtain in the years following *Suresh* and that this provided a basis for distinguishing his situation from the holding in *Suresh*, echoing some of the arguments advanced by Mr. Najafi in this case. Justice de Montigny disagreed, and, based on *Suresh*, held that Mr. Stables’ right to freedom of association guaranteed by the Charter was not violated by the inadmissibility finding, holding in this regard that “freedom of association has been found to encompass only lawful activities and cannot protect a person who chooses to belong to a criminal organization” (at paragraph 33).

[46] The applicant argues that *Suresh*, *Al Yamani 2* and *Stables* are distinguishable. He asserts that the organizations in those cases were found to have been engaged in terrorism or in criminality but that the KDPI has only engaged in attempts to subvert the Iranian governments of the Shah and Islamic Republic by force. In my view, this is not a meaningful distinction, especially on the facts of this case. *Suresh* turns not so much on the LTTE

du peuple palestinien, en faisant valoir que « le droit à l’autodétermination jouit d’une protection internationale, et qu’on reconnaît internationalement le droit d’appartenir à une organisation qui promeut une telle autodétermination, même lorsqu’une ou plusieurs des organisations secondaires chapeautées par cette organisation pourraient être qualifiées de “terroristes” » (au paragraphe 41). La juge Snider a estimé que l’arrêt *Suresh* rendait cet argument irrecevable, en expliquant que « la question posée par M. Al Yamani cadre parfaitement avec celle dont la Cour suprême du Canada était saisie dans *Suresh* » (au paragraphe 43). Elle a par conséquent rejeté les prétentions fondées sur la Charte que M. Al Yamani invoquait.

[45] Le juge de Montigny a rendu une décision très semblable dans l’affaire *Stables*. Dans cette affaire, le demandeur avait été interdit de territoire en application de l’alinéa 37(1)a) de la LIPR pour criminalité organisée du fait de son appartenance aux Hell’s Angels. Il soutenait qu’il n’avait commis aucun crime et que la disposition en vertu de laquelle il avait été interdit de territoire portait atteinte à son droit d’association. Il signalait également qu’il était de plus en plus difficile d’obtenir une dispense ministérielle depuis le prononcé de l’arrêt *Suresh*, ce qui permettait d’établir une distinction entre sa situation et celle dont il était question dans l’affaire *Suresh*, ce qui n’est pas sans rappeler certains des arguments invoqués par M. Najafi en l’espèce. Le juge de Montigny n’a pas retenu cet argument et, se fondant sur l’arrêt *Suresh*, il a jugé que le droit à la liberté d’association garanti à M. Stables par la Charte n’avait pas été violé par la déclaration d’interdiction de territoire. Voici ce qu’il écrit à cet égard : « il a été jugé que la liberté d’association englobe seulement les activités licites et ne peut servir à protéger une personne qui choisit d’appartenir à une organisation criminelle » (au paragraphe 33).

[46] Le demandeur soutient qu’il y a lieu d’établir une distinction entre la présente espèce et les affaires *Suresh*, *Al Yamani 2* et *Stables*. Il soutient qu’il a été jugé que les organisations dont il était question dans ces affaires s’étaient livrées à du terrorisme ou à des activités de criminalité, alors que le KDPI a simplement tenté de renverser par la force les gouvernements iraniens du Shah et de la République islamique. À mon avis, cette

being a terrorist organization but, rather, on the fact that it had engaged in violence. And, as concerns freedom of association, the case stands for the proposition that the Charter does not extend protection to the right to join or participate in associations that engage in violence.

[47] That the KDPI is such an organization is not disputed. Indeed, the evidence before the Division established that the KDPI had engaged in years of violent actions, including a violent insurrection against the Shah in 1967-1968 and armed struggle with the Iranian government in the 1980s and 1990s.

[48] The notion of “subversion by force” may well include a broader range of activities than engaging in violence to overthrow a regime. In *Oremade v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1077, [2006] 1 F.C.R. 393, Justice Phelan held (at paragraph 27):

... the term “by force” is not simply the equivalent of “by violence”. “By force” includes coercion or compulsion by violent means, coercion or compulsion by threats to use violent means, and ... reasonably perceived potential for the use of coercion by violent means.

This expanded definition has been accepted in other cases, which have indicated that the notion that subversion by force includes accomplishing governmental change by illicit or improper means (see e.g. *Suleyman v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 780, 330 F.T.R. 205 (*Suleyman*), at paragraphs 62–64; *Eyakwe v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 409 (*Eyakwe*), at paragraphs 30 and 31; *Maleki v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 131, at paragraph 8).

[49] I need not decide in this case whether this broader definition of “subversion by force” might violate some other claimant’s paragraph 2(d) Charter rights if the association to which he or she belonged was found to come within the scope of the paragraph 34(1)(f) of the IRPA by reason only of having made a threat to use

distinction n’est pas valable, surtout à la lumière des faits de l’espèce. L’arrêt *Suresh* ne reposait pas tant sur le fait que les TLET étaient une organisation terroriste, mais plutôt sur le fait qu’elle s’était livrée à des actes de violence. Et, en ce qui concerne la liberté d’association, cet arrêt appuie la proposition que la Charte ne va pas jusqu’à protéger le droit d’adhérer ou de participer à des associations qui se livrent à des actes de violence.

[47] Le fait que le KDPI soit une organisation de cette nature n’est pas contesté. D’ailleurs, suivant la preuve présentée à la SPR, le KDPI s’est livré pendant des années à des actes de violence, notamment lors de l’insurrection violente contre le Shah en 1967-1968 et en menant une lutte armée contre le gouvernement iranien dans les années 80 et 90.

[48] La notion de « renversement par la force » englobe sans doute d’autres activités que le recours à la violence pour renverser un régime. Dans le jugement *Oremade c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 1077, [2006] 1 R.C.F. 393, le juge Phelan déclare ce qui suit (au paragraphe 27) :

[...] l’expression « par la force » n’équivaut tout simplement pas aux termes « par la violence ». L’expression « par la force » comprend la coercition ou la contrainte par des moyens violents, la coercition ou la contrainte par des menaces d’user de moyens violents et [...] la perception raisonnable du risque qu’on exerce une coercition par des moyens violents.

Cette définition élargie a été acceptée dans d’autres décisions, dans lesquelles il a été expliqué que la notion de « renversement par la force » comprend les actes visant à renverser un gouvernement par des moyens illégitimes ou injustifiés (voir, par ex., *Suleyman c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 780 (*Suleyman*), aux paragraphes 62 à 64; *Eyakwe c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 409 (*Eyakwe*), aux paragraphes 30 et 31; *Maleki c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 131, au paragraphe 8).

[49] Il n’est pas nécessaire que je décide, dans le cas qui nous occupe, si cette définition élargie de l’expression « renversement par la force » est susceptible de porter atteinte à certains des droits d’un autre demandeur d’asile visés à l’alinéa 2d), s’il était jugé que l’organisation à laquelle il appartient tombe sous le coup de

violence or the perception that it might use violence. These issues simply do not arise here because, as noted, the KDPI *did* engage in violent acts as part of its campaign to overthrow two different regimes in Iran. Thus, the holding in *Suresh* applies to the applicant, who was associated with an organization that engaged in violence.

[50] It follows, then, that the Division did not err in finding that the Charter did not preclude an exclusion finding based on Mr. Najafi's association with the KDPI in Iran and Canada. This finding is correct but not necessarily for the reasons offered by the Division. As indicated, I have determined there was no violation of Mr. Najafi's Charter guarantee of freedom of association because the KDPI is an organization that has engaged in violence and the Charter does not extend a constitutional right to belong to or participate in the affairs of organizations that engage in violence.

[51] I make no finding as to whether the rationale offered by the Division for its Charter determination is correct. As noted, the Division premised its finding on the conclusion that the impact of the exclusion decision on Mr. Najafi was too minimal to warrant Charter protection. This may well be incorrect as the impacts of the decision on Mr. Najafi are not trivial, as noted above. However, whether such negative impacts are sufficiently important to warrant Charter protection is more appropriately determined in a case where, unlike here, the issue squarely arises. Thus, I decline to comment on this issue and instead uphold the Division's Charter determination for the reasons set out above.

l'alinéa 34(1)f) de la LIPR uniquement en raison du fait qu'elle a menacé de recourir à la violence ou de la perception qu'elle pourrait recourir à la violence. La présente affaire ne soulève tout simplement pas ces questions, parce que, comme nous l'avons déjà fait observer, le KDPI s'est *effectivement* livré à des actes de violence dans le cadre de la campagne qu'il a menée pour renverser deux régimes différents en Iran. Par conséquent, l'arrêt *Suresh* s'applique au demandeur, qui s'est associé à une organisation qui s'est livrée à des actes de violence.

[50] Il s'ensuit donc que la SPR n'a pas commis d'erreur en concluant que la Charte n'empêchait pas de prendre une mesure d'exclusion sur le fondement de l'association de M. Najafi au KDPI en Iran et au Canada. Cette conclusion est bien fondée, mais pas nécessairement pour les motifs exposés par la SPR. Comme je l'ai déjà expliqué, je suis arrivée à la conclusion que le droit à la liberté d'association que M. Najafi tire de la Charte n'avait pas été violé, étant donné que le KDPI est une organisation qui s'est livrée à des actes de violence et que la Charte ne confère pas un droit constitutionnel d'appartenir à des organisations qui se livrent à des actes de violence ou de participer à leurs activités.

[51] Je ne tire pas de conclusion quant à la question de savoir si le raisonnement proposé par la SPR pour justifier ses conclusions en ce qui concerne la Charte est juste. Comme j'ai déjà fait observer, la SPR a fait reposer sa décision sur la conclusion que les répercussions de la mesure d'exclusion sur M. Najafi étaient trop minimes pour justifier la protection de la Charte. Il se peut fort bien que cette conclusion soit inexacte, étant donné que les répercussions de la décision sur M. Najafi ne sont pas anodines, comme je l'ai déjà fait observer. Toutefois, la question de savoir si ces répercussions négatives étaient suffisamment importantes pour justifier la protection de la Charte devrait plutôt être tranchée dans une affaire dans laquelle, contrairement à la présente, elle serait directement soulevée. Je préfère donc m'abstenir de formuler des commentaires à ce sujet et je confirme plutôt la conclusion tirée par la SPR au sujet de la Charte pour les motifs que j'ai déjà exposés.

III. The International Law Claims

[52] Turning to the second argument advanced by Mr. Najafi, as indicated, this argument involves the claim that the Division erred in failing to appropriately apply international law principles to its interpretation of “subversion by force” in paragraph 34(1)(b) of the IRPA.

A. Basis of the Claims

[53] More specifically, Mr. Najafi asserts that both the common law and subsection 3(3) of the IRPA require that the Act be interpreted in a manner consistent with international law. He argues that international law recognizes the legality of the use of force in pursuit of a people’s right to self-determination if they are “non-self-governing, and subject to a racist regime, alien subjugation, foreign domination, and exploitation/oppression/repression” (applicant’s memorandum of fact and law, at paragraph 61). Mr. Najafi filed expert evidence with the Division from two international law experts, which supports the argument that the Kurds in Iran meet this definition of a “people” who may legitimately resort to the use of force in pursuit of its right to self-determination.

[54] One of those experts, Professor Craig Forcece, relies on the language of Article 1(4) of *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, [being Sch. V of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3 (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 6)] 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 3 (entered into force 7 December 1979, ratified in Canada in 1990) (Additional Protocol I), which states that it applies to “armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist régimes in the exercise of their right of self-determination, as enshrined in the Charter of the United Nations and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations.” Professor

III. Prétentions fondées sur le droit international

[52] En ce qui concerne le second moyen invoqué par M. Najafi, comme je l’ai déjà expliqué, cet argument part du principe que la SPR a commis une erreur en n’appliquant pas comme elle l’aurait dû les principes de droits internationaux pour interpréter l’expression « renversement [...] par la force » à l’alinéa 34(1)(b) de la LIPR.

A. Fondement des arguments

[53] Plus précisément, M. Najafi affirme que tant la common law que le paragraphe 3(3) de la LIPR exigent que la Loi soit interprétée d’une manière conforme au droit international. M. Najafi soutient que le droit international reconnaît la légalité du recours à la force pour exercer le droit d’un peuple à l’autodétermination si le peuple en question [TRADUCTION] « n’est pas indépendant sur le plan politique et fait l’objet d’un régime raciste, d’un asservissement étranger, d’une domination étrangère, et est victime d’exploitation, d’oppression et de répression » (mémoire du demandeur, au paragraphe 61). M. Najafi a déposé auprès de la SPR le témoignage de deux experts en droit international qui appuient l’argument suivant lequel, en Iran, les Kurdes répondent à cette définition de « peuple » pouvant recourir légitimement à la force pour faire valoir son droit à l’autonomie.

[54] L’un de ces experts, le professeur Craig Forcece, s’appuie sur le libellé de l’Article 1(4) du *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole I)* [qui est l’annexe V de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3 (mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 6)], 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3 (entré en vigueur le 7 décembre 1979, ratifié par le Canada en 1990) (Protocole additionnel I), qui déclare qu’il s’applique aux « conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l’occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l’exercice du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes, consacré dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte

Forcese argues that peoples using force to pursue self-determination should be considered to be engaged in an internal armed conflict as part of an armed force and thus protected by combatant's privilege (or combatant immunity) under international law, in light of Article 1(4) of Additional Protocol I.

[55] The other expert, Professor René Provost, argues that “the right of peoples to self-determination is now well entrenched in treaty and customary public international law” and that this right provides, in exceptional circumstances, a legal right to use of force to bring about “external” self-determination (i.e. to create their own state) where the people is being denied the right of self-determination within the state. Professor Provost also suggests that combatant immunity would apply to such individuals and prevent the imposition of criminal sanction against those who participate in an armed struggle in pursuit of self-determination in such circumstances. He submits that a third state which surrendered an individual to be punished for participation in such an armed struggle would also be violating international law.

[56] Assessment of Mr. Najafi's international law-based argument requires consideration of the following issues: first, what standard of review is applicable to this portion of the Division's decision; second, did the Division commit a reviewable error in failing to consider international law; and, finally, if so, does international law mandate the interpretation Mr. Najafi advances, namely, that one must exclude from paragraph 34(1)(b) of the IRPA those organizations who legitimately use force in support of a right of self-determination?

B. Standard of Review

[57] In terms of the standard of review, there is a long line of authority which provides that the reasonableness standard is applicable to a decision that an organization falls within paragraph 34(1)(a), (b), or (c) of the IRPA as such determinations involve matters of mixed fact and

des Nations Unies ». Le professeur Forcese soutient que les peuples qui recourent à la force dans l'exercice de leur droit à disposer d'eux-mêmes devraient être considérés comme se livrant à un conflit armé interne en tant qu'élément d'une force armée et qu'ils devraient donc être protégés par le privilège du combattant (ou immunité du combattant) en vertu du droit international, compte tenu de l'Article 1(4) du Protocole additionnel I.

[55] L'autre expert, le professeur René Provost, soutient que [TRADUCTION] « le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est maintenant bien consacré par les traités et en droit international public coutumier », ajoutant que ce droit comporte, dans des circonstances exceptionnelles, le droit légitime de recourir à la force pour parvenir à l'autonomie « externe » (c.-à-d. le droit de créer son propre État) lorsqu'un peuple se voit refuser ce droit à l'autonomie au sein d'un État. Le professeur Provost affirme également que l'immunité du combattant s'appliquerait à de telles personnes et empêcherait d'imposer des sanctions criminelles à ceux qui participent à une lutte armée en vue d'atteindre l'autonomie en pareilles circonstances. Il affirme que l'État tiers qui livrerait un individu pour qu'il soit puni pour sa participation à une lutte armée de cette nature violerait également le droit international.

[56] Pour apprécier l'argument de M. Najafi fondé sur le droit international, il faut examiner les questions suivantes : premièrement, quelle est la norme de contrôle applicable à cet aspect de la décision de la SPR; deuxièmement, la SPR a-t-elle commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en ne tenant pas compte du droit international; et, enfin, dans l'affirmative, le droit international exige-t-il que l'on retienne l'interprétation proposée par M. Najafi, en l'occurrence, qu'il y a lieu d'exclure de la portée de l'alinéa 34(1)b) de la LIPR les organisations qui recourent légitimement à la force pour faire valoir leur droit à l'autonomie?

B. Norme de contrôle

[57] En ce qui concerne la norme de contrôle, il est de jurisprudence constante que c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique à une décision portant qu'un organisme relève des alinéas 34(1)a), b), ou c) de la LIPR, étant donné que ces décisions comportent des

law (*Eyakwe*, at paragraph 20; *Faridi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 761, at paragraph 16; *Naeem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 123, [2007] 4 F.C.R. 658, at paragraph 40; *Jalil v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 246, [2006] 4 F.C.R. 471, at paragraph 19; *Kanendra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 923, 47 Imm. L.R. (3d) 265 (*Kanendra*), at paragraph 12; *Hussain v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1196, at paragraph 13). The applicant submits that this long line of authority should not be applied in this case as his argument raises a pure question of law and legal issues are subject to review on the correctness standard. He relies on the decision in *Kastrati v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1141 (*Kastrati*) in support of the proposition that legal determinations are reviewable on the correctness standard.

[58] *Kastrati*, however, has been overruled by several recent cases from the Supreme Court of Canada, which have followed *Dunsmuir*. In *Dunsmuir*, the Court indicated that typically a tribunal's interpretation of its constituent statute falls within the scope of the tribunal's expertise and thus should normally be afforded deference. In the words of Justices LeBel and Bastarache, writing for the majority, "[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity" (at paragraph 54). The Supreme Court has reconfirmed this in several subsequent cases, underscoring that the reasonableness standard normally should be applied to a tribunal's interpretation of its home statute, except when the question is one of general importance for the legal system as a whole, raises constitutional issues (with the exception for discretionary administrative decisions noted above in *Doré*), or, possibly, involves a question as to the tribunal's jurisdiction or a so-called "true questions of *vires*" (*Dunsmuir*, at paragraphs 57–59; see also *Whatcott*, at paragraph 167; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 30; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at paragraph 16; *Smith*

questions mixtes de fait et de droit (*Eyakwe*, au paragraphe 20; *Faridi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 761, au paragraphe 16; *Naeem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 123, [2007] 4 R.C.F. 658, au paragraphe 40; *Jalil c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 246, [2006] 4 R.C.F. 471, au paragraphe 19; *Kanendra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 923 (*Kanendra*), au paragraphe 12; *Hussain c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1196, au paragraphe 13). Le demandeur affirme que cette jurisprudence constante ne s'applique pas dans son cas, étant donné que l'argument qu'il invoque soulève une pure question de droit et que les questions de droit sont assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte. Il invoque le jugement *Kastrati c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 1141 (*Kastrati*), à l'appui de la proposition que les conclusions de droit sont assujetties à la norme de la décision correcte.

[58] Toutefois, dans la foulée de l'arrêt *Dunsmuir* plusieurs arrêts récents de la Cour suprême du Canada n'ont pas retenu la position adoptée dans le jugement *Kastrati*. Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour a expliqué que, normalement, l'interprétation qu'un tribunal administratif fait de sa loi constitutive relève du champ de compétence de ce tribunal et commande habituellement la déférence. Pour reprendre les mots employés par les juges LeBel et Bastarache, qui écrivaient au nom de la majorité, « [l]orsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » (au paragraphe 54). La Cour suprême a reconfirmé cet énoncé dans plusieurs arrêts subséquents en soulignant que c'est normalement la norme de la décision raisonnable qui s'applique à l'interprétation qu'un tribunal administratif fait de sa propre loi constitutive, sauf lorsque la question revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, soulève des questions constitutionnelles (à l'exception des décisions administratives discrétionnaires dont il est question dans l'arrêt *Doré*), ou porte possiblement sur une question relative à la compétence du tribunal administratif ou sur une « question touchant véritablement la constitutionnalité » (*Dunsmuir*, aux paragraphes 57, 58 et 59; voir également

v. Alliance Pipeline Ltd., 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paragraph 26; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at paragraph 34; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at paragraph 34). *Dunsmuir* also indicates that where the previous case law “has already determined in a satisfactory manner” the standard applicable to a particular question, that standard should be applied in subsequent cases without the necessity of resorting to a detailed standard of review analysis (at paragraph 62).

[59] Here, the Division was called upon to determine if the KDPI had engaged in the “subversion by force of any government”, within the meaning of paragraph 34(1)(b) of the IRPA. This inquiry involves a factual component—regarding what the KDPI did and stood for—and a legal component—regarding the meaning that should be given to “subversion by force”. The long line of authority referred to above indicates that these two inquires are not to be uncoupled from each other to determine the standard of review and that a single standard—that of reasonableness—is applicable. In addition, the legal component of the question involves interpretation of the IRPA, the Division’s constituent statute and a matter in respect of which the Division possesses considerable expertise. The recent decisions from the Supreme Court of Canada, discussed above, indicate that the reasonableness standard should be applied to review this sort of legal determination.

[60] The standard of review issue in respect of this portion of the Division’s decision is very similar to the issue recently canvassed by the Federal Court of Appeal in *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 87, [2014] 4 F.C.R.326. There, the Court was called upon to review the decision of the Division, interpreting the anti-smuggling provisions contained in paragraph 37(1)(b) of the IRPA. Justice Dawson, writing

les arrêts *Whatcott*, au paragraphe 167; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 30; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, au paragraphe 16; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, au paragraphe 26; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 34; et *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, au paragraphe 34). Suivant l’arrêt *Dunsmuir*, si la jurisprudence « établit déjà de manière satisfaisante » le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier, cette norme devrait s’appliquer dans les affaires subséquentes sans qu’il y ait lieu de procéder à une analyse plus poussée de la norme de contrôle (au paragraphe 62).

[59] En l’espèce, la SPR était appelée à déterminer si le KDPI était l’instigateur ou l’auteur d’actes « visant au renversement d’un gouvernement par la force » au sens de l’alinéa 34(1)(b) de la LIPR. Cette analyse comporte un volet factuel — concernant les actes accomplis par le KDPI et les idées qu’il défendait — ainsi qu’un volet juridique — concernant le sens à accorder à l’expression « renversement par la force ». Il ressort de la jurisprudence constante susmentionnée que ces deux volets ne doivent pas être dissociés l’un de l’autre lorsqu’il s’agit d’arrêter la norme de contrôle applicable et qu’une seule norme, en l’occurrence celle de la décision raisonnable, s’applique. Par ailleurs, le volet juridique de la question suppose que l’on interprète la LIPR, qui est la loi constitutive de la SPR et qui constitue une question sur laquelle la SPR possède une expertise considérable. Il ressort des arrêts récents de la Cour suprême dont nous avons déjà fait état que c’est la norme de la décision correcte qui s’applique à ce genre de conclusion de droit.

[60] La question de la norme de contrôle applicable à ce volet de la décision de la SPR s’apparente sensiblement à la question que la Cour d’appel fédérale a récemment examinée dans l’affaire *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 87, [2014] 4 R.C.F. 326. Dans cette affaire, la Cour était appelée à examiner une décision de la SPR portant sur l’interprétation des dispositions interdisant le passage de

for the Court, determined that the reasonableness standard applied in light of recent guidance from the Supreme Court of Canada and in light of the fact that the Division was interpreting provisions in the IRPA, as opposed to the international treaties on a related issue. Likewise, here, the Division was called upon to interpret the IRPA and did not interpret international law, as it found it unnecessary to do so as is more fully discussed below.

[61] Thus, the reasonableness standard is to be applied to review the Division's determination that the KDPI had engaged in subversion by force of the governments of the Shah and Islamic Republic in Iran. I would note, however, that nothing in this case turns on the selection of the standard of review as the Division's determination that the KDPI falls within the scope of paragraph 34(1)(b) of the IRPA is both reasonable and, in my view, correct.

C. *The Division's Decision*

[62] Having settled the issue of the standard of review applicable to the Division's determination on this point, it is useful to briefly set out the Division's reasoning. In this regard, it commenced by reviewing several cases from this Court and the Federal Court of Appeal, which define subversion and indicate "that paragraph 34(1)(b) [of the IRPA] applies no matter what type of government is involved, and that Parliament intended it to have this broad sweep" (decision, at paragraph 30). Based on this case law, the Division held that, "subversion by force of a government specifically involves using force with the goal of overthrowing [the] government, either in some part of its territory or in the entire country" (decision, at paragraph 32). It continued, that it was "satisfied that 'any government' includes even a despotic regime [and that] the government's actions, however oppressive they may be, are not relevant to this analysis" (decision, at paragraph 32). The Division then moved on to consider Mr. Najafi's argument based on international law and rejected it, holding that previous jurisprudence of this Court, including notably the decisions in *Suleyman* and

clandestins figurant à l'alinéa 37(1)b) de la LIPR. La juge Dawson, qui s'exprimait au nom de la Cour, a estimé que c'était la norme de la décision raisonnable qui s'appliquait, compte tenu des balises récentes données par la Cour suprême du Canada et du fait que la SPR interprétait des dispositions de la LIPR et non des traités internationaux portant sur une question connexe. Dans le même ordre d'idées, dans le cas qui nous occupe, la SPR était appelée à interpréter la LIPR et elle n'a pas interprété le droit international, étant donné qu'elle a estimé qu'il n'était pas nécessaire de le faire, ainsi que nous le verrons plus en détail plus loin.

[61] C'est donc la norme de la décision raisonnable qui s'applique au contrôle de la conclusion de la SPR suivant laquelle le KDPI a accompli des actes visant au renversement par la force des gouvernements du Shah et de la République islamique en Iran. Je tiens toutefois à signaler que le choix de la norme de contrôle n'a aucune incidence en l'espèce étant donné que la conclusion de la SPR que le KDPI tombe sous le coup de l'alinéa 34(1)b) de la LIPR était à la fois raisonnable et, à mon avis, bien fondée.

C. *Décision de la SPR*

[62] Ayant réglé la question de la norme de contrôle applicable à la conclusion tirée par la SPR sur la question susmentionnée, il est utile d'exposer brièvement le raisonnement suivi par la SPR. La SPR a commencé par passer en revue plusieurs décisions de notre Cour et de la Cour d'appel fédérale qui définissent la notion de « renversement » et suivant lesquelles « l'alinéa 34(1)b) [de la LIPR] s'appliqu[e] peu importe le genre de gouvernement en cause et [...] le législateur avait l'intention de donner à la disposition une large portée » (décision, au paragraphe 30). Se fondant sur cette jurisprudence, la SPR a estimé que « la subversion par la force d'un gouvernement implique précisément le recours à la force dans le but de renverser ce gouvernement, que ce soit dans certaines parties de son territoire ou dans le pays en entier » (décision, au paragraphe 32). Elle a poursuivi en affirmant qu'elle était convaincue que l'expression « un gouvernement » « comprend même un régime despotique [et que] les mesures prises par le gouvernement, qu'elles soient oppressives ou non, ne sont pas pertinentes dans le cadre de la présente analyse »

Maleki, must necessarily result in the rejection of the argument. The Division noted on this point (at paragraph 33):

The Federal Court's repeated finding that 'subversion by force of any government' applies regardless of the kind of regime subverted indicates that an analysis of the legitimacy or legality of an organization's armed struggle is not called for in the context of an admissibility hearing— although presumably it may be very relevant to an application pursuant to IRPA 34(2).

The Division therefore rejected Mr. Najafi's argument based on international law.

D. Analysis

[63] The foregoing analysis offered by the Division, in my view, is both reasonable and, indeed, correct. The hallmarks of a reasonable decision are that it must be transparent, intelligible and justifiable and that the result reached must fall within the range of results that are acceptable in light of the facts and applicable law (*Dunsmuir*, at paragraph 47). Here, the Division's decision on this aspect of Mr. Najafi's claim meets the first of these criteria as the reasons offered are understandable, logical and sufficient to support the conclusions reached. The second criterion is also met because the result reached is certainly a possible one in light of the wording contained in subsection 34(1) of the IRPA and the case law interpreting that provision. Indeed, as indicated, the result reached is also correct.

[64] In terms of the Act, paragraph 34(1)(b) must be contrasted with the preceding paragraph. At all times relevant to this application, the two provided:

Security **34.** (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

(a) engaging in an act of espionage or an act of subversion against a democratic government,

(décision, au paragraphe 32). La SPR a ensuite examiné l'argument de M. Najafi fondé sur le droit international; elle l'a rejeté, estimant que la jurisprudence de notre Cour, notamment les jugements *Suleyman* et *Maleki*, exigeait nécessairement qu'on l'écarte. La SPR a fait observer ce qui suit à ce propos (au paragraphe 33) :

La conclusion répétée de la Cour fédérale voulant que « le renversement d'un gouvernement par la force » s'applique peu importe le genre de régime renversé démontre qu'une analyse de la légitimité ou de la légalité d'une lutte armée d'une organisation n'est pas nécessaire dans le contexte d'une enquête – bien qu'elle soit sans doute très pertinente dans le cadre d'une demande au titre du paragraphe 34(2) de la LIPR.

La SPR a par conséquent rejeté l'argument de M. Najafi fondé sur le droit international.

D. Analyse

[63] L'analyse proposée par la SPR est, à mon avis, raisonnable et, de fait, juste. Le caractère raisonnable d'une décision tient à sa justification, sa transparence et son intelligibilité, et le résultat proposé doit faire partie des issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, au paragraphe 47). Dans le cas qui nous occupe, la décision rendue par la SPR sur cet aspect de la demande de M. Najafi répond au premier de ces critères, étant donné que les motifs proposés sont compréhensibles, logiques et suffisants pour appuyer la conclusion tirée. Le second critère a également été respecté, étant donné que la solution retenue était certainement une des issues possibles, vu le libellé du paragraphe 34(1) de la LIPR et la jurisprudence portant sur l'interprétation de cette disposition. D'ailleurs, comme je l'ai déjà affirmé, la solution retenue par la SPR est en outre correcte.

[64] En ce qui concerne la Loi, l'alinéa 34(1)(b) doit être mis en contraste avec l'alinéa qui le précède. Pendant toute la période visée par la présente demande, ces deux dispositions étaient ainsi libellées :

34. (1) Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants : Sécurité

a) être l'auteur d'actes d'espionnage ou se livrer à la subversion contre toute institution

institution or process as they are understood in Canada;

(b) engaging in or instigating the subversion by force of any government;

démocratique, au sens où cette expression s’entend au Canada;

b) être l’instigateur ou l’auteur d’actes visant au renversement d’un gouvernement par la force;

[65] Given the difference in wording between the two paragraphs, it is clear that Parliament intended that different criteria apply when force is used to subvert a government. When force is present, paragraph 34(1)(b) of the IRPA stipulates that exclusion will follow if the individual or the organization he or she is a member of uses force to subvert “any” government. In contrast, if force is not present, exclusion will follow only if the government subverted is a democratic one. Parliament therefore clearly intended that paragraph 34(1)(b) of the Act should be given broad sweep to include all sorts of regimes, including those that are non-democratic.²

[66] As the respondent convincingly argues, such intention is evident from the House of Commons debates and the testimony before the Standing Committee on Citizenship and Immigration, when these provisions were discussed. The applicant does not contest the appropriateness of having regard to debates in the House of Commons and Committee testimony in interpreting subsection 34(1) and the Supreme Court of Canada has recognized the validity of looking to legislative history in statutory interpretation cases for background as to the purpose of legislation (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 35). As such, the legislative history of section 34 can provide helpful context as to its purpose and scope.

[67] On May 15, 2001, at the Standing Committee on Citizenship and Immigration, a Bloc Québécois (BQ) member sought to secure an amendment to paragraph

[65] Compte tenu de la différence de libellé entre ces deux alinéas, il est évident que le législateur souhaitait que des critères différents s’appliquent en cas de recours à la force en vue de renverser un gouvernement. L’alinéa 34(1)b) de la LIPR précise que le fait pour l’individu ou l’organisation dont il est membre de recourir à la force pour renverser « un » gouvernement emporte interdiction de territoire pour cet individu. En revanche, s’il n’y a pas recours à la force, il n’y a interdiction de territoire que si le gouvernement qui a été renversé était un régime démocratique. Le législateur a par conséquent clairement exprimé sa volonté de donner une vaste portée à l’alinéa 34(1)b) de la Loi de manière à ce qu’il englobe tout type de régime, y compris ceux qui ne sont pas démocratiques².

[66] Ainsi que le défendeur le soutient avec conviction, cette volonté du législateur ressort à l’évidence des débats de la Chambre des communes et des témoignages entendus devant le Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration au moment où ces dispositions ont été débattues. Le demandeur ne conteste pas la pertinence de tenir compte des débats de la Chambre des communes et des témoignages donnés devant le Comité pour interpréter le paragraphe 34(1). D’ailleurs, la Cour suprême du Canada a reconnu la pertinence de l’examen de l’historique législatif en matière d’interprétation des lois pour connaître le contexte et l’objet d’un texte législatif (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 35). L’historique législatif de l’article 34 peut par conséquent aider à déterminer son objet et sa portée.

[67] Le 15 mai 2001, à l’occasion d’une séance du Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration, une députée du Bloc Québécois (le Bloc) a tenté

² The text of the IRPA reproduced above reflects the wording of the law when this proceeding was initiated. On June 19, 2013, section 34 of the IRPA was amended to merely renumber the relevant provisions.

² Le libellé de la LIPR reproduit ci-dessus correspond à la version de la Loi qui était en vigueur au moment où la présente instance a été introduite. Le 19 juin 2013, l’article 34 de la LIPR a été modifié, simplement pour renuméroter les dispositions pertinentes.

34(1)(b) of the Act by replacing the words “any government” with “democratically elected government”, arguing that “people who want to overthrow a dictatorship should sometimes be thanked” (Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence* [No. 25, 1st Sess., 37th Parl.] (May 15, 2001): Motion by Ms. Madeleine Dalphond-Guiral). In reply, government members of the Committee and departmental experts indicated that paragraph 34(1)(b) was deliberately intended to have a broad sweep and to render inadmissible those who engage in violence against any type of government. They noted that the desirability of nonetheless allowing such individuals admission to Canada would be decided through the exercise of ministerial discretion under subsection 34(2) in appropriate cases (Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence* (15 May 2001): Responses to motion of Ms. Dalphond-Guiral by Mr. Steve Mahoney, Ms. Elizabeth Tromp and Mr. Daniel Therrien). During the House of Commons debate at third reading, the BQ member noted that if paragraph 34(1)(b) had been in force 40 years ago, Nelson Mandela would have been determined inadmissible as a member of an organization that sought to subvert the South African government because it had on occasion utilized force to accomplish this end (*House of Commons Debates*, Vol. 137, 37th Parl., 1st Sess., No. 78 (13 June 2001), at page 5099 (Madeleine Dalphond-Guiral)).

[68] In light of the debates, it is clear that Parliament was very much alive to the arguments like those advanced by Mr. Najafi when it enacted paragraph 34(1)(b) of the IRPA. The legislator therefore must be taken to have chosen to render individuals inadmissible in the first instance if, amongst other things, they or their organizations engaged in the use of force to subvert any government. This includes despotic or oppressive regimes and even regimes that engaged in widespread human rights abuses, like the former government in South Africa. Someone like Nelson Mandela would be entitled to favourable consideration under subsection 34(2) of the IRPA but not under subsection 34(1). Thus, it is clear that Parliament intended that the balancing of the soundness of motive for the use of force be a matter

d’obtenir un amendement à l’alinéa 34(1)(b) de la Loi consistant à ajouter les mots « démocratiquement élu » aux mots « un gouvernement », en faisant valoir que « quelqu’un qui veut renverser une dictature devrait parfois être remercié » (Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration, *Témoignages* [n° 25, 1^{re} sess., 37^e lég.] (15 mai 2001), motion présentée par M^{me} Madeleine Dalphond-Guiral). En réponse, des représentants du gouvernement qui faisaient partie du Comité et des experts ministériels ont expliqué que l’alinéa 34(1)(b) avait été délibérément libellé de manière à ce qu’il ait une vaste portée et à frapper d’interdiction de territoire ceux qui se livrent à des actes de violence contre tout type de gouvernement. Ils ont fait observer qu’il revient au ministre de décider dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 34(2) s’il y a néanmoins lieu d’admettre ces individus (Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration, *Témoignages* (15 mai 2001) : réponse de M. Steve Mahoney, M^{me} Elizabeth Tromp et M. Daniel Therrien à la motion de M^{me} Dalphond-Guiral). Au cours des débats de la Chambre des communes, à l’étape de la troisième lecture, la députée du Bloc a fait valoir que, si l’alinéa 34(1)(b) de la Loi avait été en vigueur il y a 40 ans, Nelson Mandela aurait été déclaré interdit de territoire en tant que membre d’une organisation visant au renversement du gouvernement sud-africain, parce que cette organisation avait à l’occasion recouru à la force pour parvenir à ses fins (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 37^e Lég., 1^{re} sess., n° 78 (13 juin 2001), à la p. 5099 (Madeleine Dalphond-Guiral)).

[68] À la lumière des débats, il est évident que, lorsqu’il a adopté l’alinéa 34(1)(b) de la LIPR, le législateur était parfaitement au fait d’arguments s’accordant avec le point de vue de M. Najafi. Il y a donc lieu de présumer que le législateur a choisi d’interdire de territoire à la première étape l’individu qui, entre autres choses, a eu recours à la force pour renverser un gouvernement ou qui fait partie d’une organisation qui l’a fait. Sont visés par ces dispositions les régimes despotiques ou oppressifs et même les régimes se livrant à des violations systématiques des droits de la personne, comme l’ancien gouvernement de l’Afrique du Sud. Ainsi, un examen en vertu du paragraphe 34(2) de la LIPR serait favorable à une personne comme Nelson Mandela, mais non celui effectué en vertu du paragraphe 34(1). Il est

for consideration by the Minister under subsection 34(2) of the IRPA and not for the Division under subsection 34(1).

[69] The case law supports this interpretation. As Justice Mactavish noted in *Suleyman*, paragraph 34(1)(b) of the IRPA “proscrib[es] those who have engaged in the subversion ‘by force of any government’ ... regardless of the kind of government which is the target of the subversion” (at paragraph 60). She thus rejected the applicant’s claim that he ought not have been excluded because the Kurdistan Workers Party was entitled to use force as a last resort against the claimed tyranny of the regime in Turkey and its alleged mistreatment of the Kurdish people. As was noted by Justice Mactavish, a similar conclusion was reached by Justice Strayer in *Oremade v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1189.

[70] In my view, there was no need for the Division to resort to international law to consider whether this well-settled interpretation of paragraph 34(1)(b) of the IRPA ought to be discarded in the applicant’s case in light of the clarity of the provisions in the IRPA. The applicant is correct in noting that the common law presumes that Parliament and provincial legislatures intend to act in accordance with international law and, most particularly, with Canada’s international law obligations (*R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at paragraph 53; *Daniels v. White and The Queen*, [1968] S.C.R. 517 (*Daniels*), at page 541). Indeed, this presumption is enshrined in paragraph 3(3)(f) of the IRPA, which provides:

3. ...

Application (3) This Act is to be construed and applied in a manner that

...

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

donc évident que le législateur souhaitait que l’examen de la légitimité du recours à la force relève du ministre sous le régime du paragraphe 34(2) de la LIPR et non de la SPR sous le régime du paragraphe 34(1).

[69] La jurisprudence appuie cette interprétation. Ainsi que la juge Mactavish l’a fait observer dans l’arrêt *Suleyman*, l’alinéa 34(1)(b) de la LIPR interdit « les actes visant “le renversement d’un gouvernement par la force”, peu importe le genre de gouvernement en cause » (au paragraphe 60). Elle a par conséquent rejeté l’argument du demandeur suivant lequel il n’aurait pas dû être interdit de territoire étant donné que le Parti des travailleurs du Kurdistan avait le droit d’utiliser en dernier recours la force contre la présumée tyrannie du régime turc et des présumés sévices infligés au peuple kurde. Comme la juge Mactavish l’a signalé, le juge Strayer est arrivé à une conclusion semblable dans le jugement *Oremade c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1189.

[70] À mon avis, il n’était pas nécessaire que la SPR fasse appel au droit international pour déterminer si cette interprétation constante de l’alinéa 34(1)(b) de la LIPR devrait être écartée dans le cas du demandeur, compte tenu de la clarté des dispositions de la LIPR. Le demandeur a raison de faire observer que la common law présume que le législateur fédéral et les législateurs provinciaux entendent agir conformément au droit international et, plus particulièrement, conformément aux obligations contractées par le Canada en droit international (*R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, au paragraphe 53; *Daniels v. White and The Queen*, [1968] R.C.S. 517 (*Daniels*), à la page 541). D’ailleurs, cette présomption est consacrée à l’alinéa 3(3)(f) de la LIPR, qui dispose :

3. [...]

(3) L’interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

[...]

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire.

Interprétation et mise en œuvre

[71] The presumption that a legislator intends that legislation comply with international law, however, cannot be used to override clear provisions of a statute, which is what the applicant would seek to do in this case. He argues that the words “any government” in paragraph 34(1)(b) of the IRPA cannot actually mean what they say, but, rather mean only some governments, namely, those against whom the use of force is not authorized by international law. In so arguing, Mr. Najafi seeks to have international law fulfill a function that it cannot, namely to take precedence over clear legislative language. In effect, Mr. Najafi argues that his interpretation of international law should be used in a fashion similar to the Charter and render the unambiguous dispositions of the IRPA inoperative in his case.

[72] International law does not function in this fashion in my view as the presumption of compliance with international law is a rebuttable one and may be ousted by clear wording in a statute (*Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281 (*Németh*), at paragraphs 34 and 35; *Daniels*, at page 541; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 138, [2003] 4 F.C. 95 (*Pfizer*), at paragraph 20). In *Németh*, Justice Cromwell, writing for the Supreme Court of Canada, stated to this effect (at paragraphs 34 and 35):

I also accept, of course, that, where possible, statutes should be interpreted in a way which makes their provisions consistent with Canada’s international treaty obligations and principles of international law [... however.] [t]he presumption that legislation implements Canada’s international obligations is rebuttable.

Even more directly, in *Pfizer*, Justice Strayer indicated (at paragraph 20):

... I am of the view that there is no need to resort to these instruments in this case. I base this conclusion on the long-established jurisprudence that while Parliament is presumed not to intend to legislate contrary to international treaties or general principles of international law, this is only a presumption: where the legislation is clear one need not and should not look to international law.

[71] La présomption que le législateur entend que les lois soient conformes au droit international ne doit toutefois pas être utilisée pour faire fi des dispositions claires d’une loi, comme le demandeur tente de faire en l’espèce. Le demandeur affirme en effet que les mots « un gouvernement » à l’alinéa 34(1)(b) de la LIPR ne sauraient signifier ce qu’ils disent en fait, mais qu’ils visent plutôt que seulement certains gouvernements, en l’occurrence ceux contre lesquels le recours à la force n’est pas autorisé par le droit international. Ce faisant, M. Najafi cherche à faire jouer au droit international un rôle qu’il ne peut jouer, c’est-à-dire avoir préséance sur le texte clair d’une loi. De fait, M. Najafi soutient que son interprétation du droit international devrait être utilisée d’une façon analogue à la Charte, de façon à rendre des dispositions pourtant non ambiguës de la LIPR inopérantes dans son cas.

[72] Le droit international ne fonctionne pas de cette manière étant donné que la présomption de conformité au droit international est réfutable et peut être écartée par un texte de loi clair (*Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281 (*Németh*), aux paragraphes 34 et 35; *Daniels*, à la page 541; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 138, [2003] 4 C.F. 95 (*Pfizer*), au paragraphe 20). Dans l’arrêt *Németh*, le juge Cromwell, qui écrivait au nom de la Cour suprême du Canada, déclare à cet égard (aux paragraphes 34 et 35) :

Je reconnais aussi, bien sûr, que les lois doivent, autant que possible, recevoir une interprétation compatible avec les obligations du Canada issues de traités internationaux et avec les principes du droit international. [Toutefois], [l]a présomption que la loi met en œuvre les obligations internationales du Canada est réfutable.

De façon encore plus directe, dans l’arrêt *Pfizer*, le juge Strayer affirme ce qui suit (au paragraphe 20) :

[...] je suis d’avis qu’il n’est pas nécessaire, en l’espèce, de recourir à ces instruments. Ma conclusion est étayée par la jurisprudence bien établie selon laquelle on doit présumer que le Parlement n’a pas l’intention de légiférer à l’encontre des traités internationaux ou des principes du droit international, mais cela n’est qu’une présomption : lorsque la législation est claire, on n’a pas besoin, et on ne devrait pas, regarder le droit international.

[73] Thus, the Division did not err in declining to consult international law to interpret paragraph 34(1)(b) of the IRPA. It appropriately premised its decision regarding the meaning to be given to “subversion by force” on settled jurisprudence, which leads to the conclusion that the KDPI is an organization that attempted to subvert the governments in Iran by force.

[74] In addition, even if the Division erred in not giving further consideration to Mr. Najafi’s international law argument, I do not find that he has established that international law would require the interpretation of the IRPA he advances. In this regard, it is far from certain that international law recognizes a right to use force in furtherance of self-determination in the manner Mr. Najafi suggests.

[75] As a starting point, I note that there is no debate that international law recognizes the right of peoples to self-determination. As both parties submitted, this right is contained in numerous international treaties and was recognized by the Supreme Court of Canada in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217. Nor is the question of whether this right must be exercised within existing national boundaries or whether, in certain circumstances, unilateral secession may be pursued before me. The only issue arising in the present case is whether international law provides the right to *use force* in pursuit of self-determination.

[76] In suggesting that international law does provide this right, and as noted, both of the applicant’s international law experts relied on the concept of “combatant’s privilege”. This principle emanates from Additional Protocol I and provides that those participating in armed conflict (that falls within the bounds of the Protocol and Geneva Conventions) are immunized from the criminal punishment that would normally apply to their actions. Professor Forcese asserts that an individual participating in an armed struggle in pursuit of self-determination may be able to benefit from this criminal immunity if certain criteria are met. Professor Provost states that Canada would be in violation of its international

[73] Par conséquent, la SPR n’a pas commis d’erreur en refusant de recourir au droit international pour interpréter l’alinéa 34(1)(b) de la LIPR. Elle a légitimement fait reposer sa décision quant au sens à accorder à l’expression « renversement par la force » sur la jurisprudence établie, laquelle permet de conclure que le KDPI est une organisation qui a tenté de renverser des gouvernements iraniens par la force.

[74] Par ailleurs, même si la SPR avait commis une erreur en n’examinant pas davantage l’argument de M. Najafi fondé sur le droit international, j’estime que M. Najafi n’a pas démontré que le droit international cautionne l’interprétation de la LIPR qu’il propose. À cet égard, il est loin d’être certain que le droit international reconnaît le droit de recourir à la force pour défendre le droit d’un peuple à disposer de lui-même de la manière suggérée par M. Najafi.

[75] D’entrée de jeu, je tiens à signaler que nul ne conteste que le droit international reconnaît le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes. Ainsi que les deux parties l’ont fait valoir, ce droit est reconnu par divers traités internationaux, et a été reconnu par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la cessation du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. Les parties ne peuvent par ailleurs débattre devant moi de la question de savoir si ce droit doit être exercé en fonction des frontières nationales existantes ou si, dans certaines circonstances, une sécession unilatérale est possible. La seule question qui se pose en l’espèce est celle de savoir si le droit international reconnaît le droit de *recourir à la force* pour faire valoir le droit à l’autodétermination.

[76] Pour soutenir que le droit international ne reconnaît pas ce droit, comme nous l’avons signalé, les deux experts en droits internationaux que le demandeur a fait entendre se fondent sur le concept du « privilège du combattant ». Selon ce principe qui découle du Protocole additionnel I, ceux qui participent à des conflits armés (visés par le Protocole et les Conventions de Genève) sont immunisés contre les sanctions pénales qu’entraîneraient normalement leurs agissements. Le professeur Forcese affirme que l’individu qui prend part à une lutte armée dans le cadre de l’exercice du droit à l’autodétermination peut bénéficier de cette immunité pénale s’il est satisfait à certains critères. Le professeur Provost

obligations if it were to “give support to the unlawful denial [of the right to self-determination] by [another] state” (affidavit of René Provost, at paragraph 40).

[77] There are three central problems with the applicability of “combatant’s privilege” to the applicant. First, even if one accepts that the interpretation of combatant’s privilege asserted by Professor Forcese is correct, the applicant would not meet one of the prerequisites identified by the professor in that he did not “perform a continuous combat function” (affidavit of Craig Forcese, at paragraph 43). Second, even if the applicant were to be considered a combatant, which I find unlikely, he would only be protected from criminal sanction, not guaranteed refugee protection. Third, I do not accept that in finding the applicant to be inadmissible under subsection 34(1), Canada is “giving support to the unlawful denial of the right to self-determination by another state”, given the protections provided for in the Act under section 25 and subsection 34(2). Thus, I do not find the concept of combatant’s privilege to be of assistance to the applicant.

[78] Professor Provost constructs an additional argument based on the lack of explicit prohibition of the use of force in pursuit of the right of self-determination in international law. However, it is self-evident that a lack of prohibition of the use of force is not the same as a recognized and established positive right that should inform Canadian domestic law. I would additionally note that the applicability of such a norm to Canada, even if it were clearly established, would be uncertain, as, on at least one occasion, Canada has voted against a United Nations General Assembly Resolution that sought to more explicitly recognize the right of peoples to pursue self-determination (see U.N. General Assembly Resolution A/RES/37/43, *Importance of the universal realization of the right of peoples to self-determination and of the speedy granting of independence to colonial countries and peoples for the effective guarantee and observance of human rights*).

affirme que le Canada violerait ses obligations internationales s’il devait [TRADUCTION] « donner son appui au refus illégal [du droit à l’autodétermination] d’un autre État » (affidavit de René Provost, au paragraphe 40).

[77] L’applicabilité du « privilège du combattant » au demandeur pose trois problèmes cruciaux. En premier lieu, même si l’on accepte que l’interprétation que le professeur Forcese donne du privilège du combattant revendiqué est correcte, le demandeur ne satisferait pas à l’une des conditions préalables mentionnées par le professeur, étant donné qu’il n’a pas [TRADUCTION] « exercé des fonctions de combattant de façon continue » (affidavit de Craig Forcese, au paragraphe 43). Deuxièmement, même si le demandeur devait être considéré comme un combattant — ce que j’estime peu probable — il ne serait protégé que contre les sanctions pénales et ne pourrait avoir l’assurance d’obtenir le droit d’asile. Troisièmement, je n’accepte pas qu’en déclarant le demandeur interdit de territoire par application du paragraphe 34(1), le Canada [TRADUCTION] « donne son appui au refus illégal [du droit à l’autodétermination] d’un autre État », compte tenu des protections prévues par la Loi à l’article 25 et au paragraphe 34(2). J’estime donc que le concept du privilège du combattant n’est d’aucune utilité pour le demandeur.

[78] Le professeur Provost avance un argument supplémentaire en se fondant sur l’absence d’interdiction expresse au recours à la force pour exercer le droit à l’autodétermination en droit international. Il va toutefois de soi que l’absence d’interdiction au recours à la force ne saurait être placée sur le même pied qu’un droit positif reconnu et établi en droit interne canadien. Je tiens par ailleurs à signaler que l’applicabilité d’une pareille norme au Canada, même si elle était clairement reconnue, serait incertaine, étant donné qu’à au moins une reprise, le Canada a voté contre la résolution de l’assemblée générale des Nations Unies qui cherchait à faire reconnaître de façon plus explicite le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes (voir résolution A/RES/37/43 de l’Assemblée générale de l’ONU sur [l’] *Importance, pour la garantie et l’observation effective des droits de l’homme, de la réalisation universelle du droit des peuples à l’autodétermination et de l’octroi rapide de l’indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*).

[79] Thus, even if the Division had erred in not considering international law (which it did not), international law principles would not support Mr. Najafi's claim to exclude the KDPI from the purview of paragraph 34(1)(b) of the IRPA.

[80] For these reasons, the Division did not commit a reviewable error in finding that the KDPI was an organization that had engaged in subversion by force of the governments in Iran and therefore falls within the scope of paragraph 34(1)(b) of the IRPA.

IV. The Interpretation of Membership

[81] Mr. Najafi finally argues that the Division made an unreasonable determination in finding him to be a member of the KDPI, given the fact that he was never actually a formal member of the organization and only performed a limited number of activities on its behalf. He testified that while in Iran, he collected medicines and monies for the KDPI and, on a few occasions, delivered pamphlets on its behalf and that while in Canada participated in social and cultural activities. He asserts that this type of activity is so minimal that the Division's membership determination must be set aside. However, he mistakenly identified himself as a member of the KDPI during interviews with immigration authorities, thus demonstrating that he at one point believed he was a formal member of the Party. He does not deny supporting its goals and aims, but indicates that he does not support the use of force in pursuit of them.

[82] There is no dispute that the standard of review applicable to the Division's membership determination is reasonableness (see e.g. *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487 (*Poshteh*), at paragraphs 21–24; *Ismeal v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 198 (*Ismeal*), at paragraph 15; *Qureshi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 7, 78

[79] Ainsi donc, même si la SPR avait commis une erreur en ne tenant pas compte du droit international — ce qui n'est pas le cas —, les principes du droit international n'appuieraient pas la prétention de M. Najafi selon laquelle le KDPI serait exclu du champ d'application de l'alinéa 34(1)b) de la LIPR.

[80] Pour ces motifs, j'estime que la SPR n'a pas commis d'erreur justifiant l'infirmité de sa décision en concluant que le KDPI est une organisation qui a été l'instigatrice ou l'auteure d'actes visant au renversement par la force des gouvernements iraniens et qu'elle tombe par conséquent sous le coup de l'alinéa 34(1)b) de la LIPR.

IV. Interprétation de la notion de « membre »

[81] M. Najafi soutient en dernier lieu que la conclusion de la SPR selon laquelle il était membre du KDPI est déraisonnable, compte tenu du fait qu'il n'avait jamais adhéré de façon officielle à cet organisme et qu'il n'avait accompli qu'un nombre limité d'activités pour le compte de cette organisation. Il a expliqué qu'alors qu'il était en Iran, il recueillait des médicaments et des sommes d'argent pour le KDPI et qu'à quelques reprises il avait distribué des tracts en son nom, ajoutant que, depuis son arrivée au Canada, il n'a pris part qu'à des activités sociales et culturelles. Il affirme que ces activités sont à ce point minimes que la conclusion suivant laquelle il est membre de la SPR ne saurait être maintenue. Il s'est toutefois identifié par erreur comme un membre du KDPI lors de ses entrevues avec les autorités de l'immigration, ce qui démontre qu'il a cru à un certain moment qu'il était un membre en règle du parti. Il ne nie pas qu'il appuie les objectifs et les visées du KDPI, mais ajoute qu'il n'est pas en faveur du recours à la force pour parvenir aux fins en question.

[82] Il est de jurisprudence constante que la norme de contrôle applicable aux décisions rendues par la SPR quant à la question de savoir si un individu est membre d'un groupe est celle de la décision raisonnable (voir, par ex, les décisions *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487 (*Poshteh*), aux paragraphes 21 à 24; *Ismeal c. Canada (Sécurité publique et Protection*

Imm. L.R. (3d) 8 (*Qhreshi*), at paragraph 16; *Kanendra*, at paragraph 12). In my view, the Division's membership determination was a reasonable one in light of the case law interpreting what types of actions may give rise to a membership finding and in light of the activities in which Mr. Najafi engaged.

[83] Two main propositions from the jurisprudence are relevant here. First, the Division is to be granted considerable deference in terms of its membership finding, as is evidenced by the applicable reasonableness standard of review. Second, the concept of membership has been given a broad interpretation so that various levels and degrees of involvement falling short of formal membership in an organization may give rise to a membership determination under paragraph 34(1)(f) of the IRPA (see *Poshteh*, at paragraphs 27 and 28; *Ismeal*, at paragraph 20; *Qureshi*, at paragraphs 19-25; *Kanendra*, at paragraphs 21-23; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297 (C.A.), at paragraphs 56 and 57).

[84] This case is similar to *Poshteh*. There, the Federal Court of Appeal upheld a membership finding based solely on the applicant's having distributed propaganda for the proscribed organization. Here, the applicant did that and also admitted to collecting medicines and money for the KDPI. In his Personal Identification Form, filed in support of his claim for refugee protection, he wrote that he "became interested and active in the Kurdish Democratic Party of Iran ... verbally promoting the party's goals and ideology and distributing their monthly publication" and also noted that he solicited funds and medication for the Party. These facts, coupled with the requirement to interpret the notion of membership broadly, afforded the Division a reasonable basis for concluding that Mr. Najafi was a member of the KDPI. In short, this finding is within the range of

civile), 2010 CF 198 (*Ismeal*), au paragraphe 15; *Qureshi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 7 (*Qureshi*), au paragraphe 16; *Kanendra*, au paragraphe 12). À mon avis, la conclusion tirée par la SPR au sujet de l'appartenance du demandeur au KDPI était raisonnable compte tenu de la jurisprudence portant sur le type d'agissements susceptibles de justifier une conclusion en ce sens et compte tenu des activités auxquelles M. Najafi s'est livré.

[83] Deux grands principes qui se dégagent de la jurisprudence sont pertinents dans le cas qui nous occupe. En premier lieu, il faut faire preuve d'un degré élevé de déférence à l'égard de la conclusion tirée par la SPR au sujet de la question de savoir si le demandeur était membre ou non du KDPI, ce qui concorde avec la norme de contrôle de la décision raisonnable applicable. En second lieu, le concept de « membre » a fait l'objet d'une interprétation large, de sorte que divers degrés et niveaux d'implication, qui ne permettent pas d'aller jusqu'à dire que l'intéressé était un membre en règle de l'organisation en question, peuvent justifier la conclusion qu'il en était membre au sens de l'alinéa 34(1)f) de la LIPR (voir les décisions *Poshteh*, aux paragraphes 27 et 28; *Ismeal*, au paragraphe 20; *Qureshi*, aux paragraphes 19 à 25; *Kanendra*, aux paragraphes 21 à 23; et *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.), aux paragraphes 56 et 57).

[84] La présente espèce ressemble à l'affaire *Poshteh*. Dans cet arrêt, la Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion suivant laquelle M. Poshteh était membre de l'organisation en question en se fondant uniquement sur le fait que le demandeur avait distribué de la propagande au nom d'une organisation prohibée. En l'espèce, le demandeur a fait la même chose, et il a de plus admis avoir recueilli des médicaments et de l'argent pour le KDPI. Dans son Formulaire de renseignements personnels, déposé à l'appui de sa demande d'asile, le demandeur a écrit qu'il avait [TRADUCTION] « commencé à éprouver de l'intérêt pour le KDPI et à prendre part à ses activités [...], en promouvant verbalement ses objectifs et son idéologie et en distribuant ses publications mensuelles » et il a également signalé qu'il avait recueilli des fonds et des médicaments pour le parti. Ces faits,

possible conclusions open to the Division. Its membership finding is therefore reasonable.

V. Conclusion and Certified Question

[85] Thus, for these reasons, I am dismissing the present application. The Division correctly determined that Mr. Najafi's Charter guarantee of freedom of association was not violated by its decision. It also reasonably concluded that the KDPI was an organization that engaged in subversion by force of the governments in Iran and that Mr. Najafi was a member of the KDPI, within the expanded meaning afforded to that term under paragraph 34(1)(f) of the IRPA.

[86] In light of the complexity of the issues in this case, I agreed, on an exceptional basis, to grant counsel's request to make submissions on possible certified questions following the release of draft reasons. Following receipt of a draft of these reasons, counsel for the applicant proposed the following two questions:

1. Is it a breach of paragraph 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) to base a finding of inadmissibility on a person's legal activities in support of an organization that is legal in Canada? In assessing the applicability of paragraph 2(d) to this analysis, can violent conduct of organization's activity abroad be considered when there is no link between the organization's activities here in Canada and the violent activity abroad?
2. Is paragraph 34(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) an express derogation from Canada's obligation to respect the right to self-determination under international law?

ajoutés à l'obligation d'interpréter la notion d'appartenance de façon large, permettraient de façon raisonnable à la SPR de conclure que M. Najafi était membre du KDPI. En résumé, cette conclusion appartenait aux conclusions possibles qu'il était loisible à la SPR de tirer. La conclusion que la SPR a tirée au sujet de l'appartenance de M. Najafi au KDPI était par conséquent raisonnable.

V. Dispositif et question certifiée

[85] Par conséquent, pour ces motifs, je rejette la présente demande. La SPR a jugé à bon droit que sa décision ne portait pas atteinte au droit à la liberté d'association que M. Najafi tire de la Charte. Elle a également conclu de façon raisonnable que le KDPI était une organisation qui était l'auteur d'actes visant au renversement des gouvernements iraniens par la force et que M. Najafi était « membre » du KDPI, suivant le sens large donné à ce terme dans le contexte de l'alinéa 34(1)f) de la LIPR.

[86] Vu la complexité des questions en litige dans la présente affaire, j'ai accepté, à titre exceptionnel, de faire droit à la demande des avocats de présenter des observations sur d'éventuelles questions certifiées à la suite de la publication de l'ébauche des motifs. À la suite de la réception de l'ébauche des motifs de la présente décision, l'avocat du demandeur a proposé les deux questions suivantes :

1. Le fait de fonder une conclusion d'interdiction de territoire sur les activités licites exercées par une personne pour appuyer une organisation qui est légale au Canada porte-t-elle atteinte à l'alinéa 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte)? Pour déterminer l'applicabilité de l'alinéa 2d) dans ce contexte, peut-on tenir compte des actes violents commis par cette organisation à l'étranger lorsqu'il n'existe pas de lien entre les activités exercées par cette organisation au Canada et celles qui sont exercées à l'étranger?
2. L'alinéa 34(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) constitue-t-il une dérogation explicite à l'obligation qu'a le Canada de respecter le droit à l'autodétermination en droit

If not, do Canada's obligations to respect the right to self-determination require that paragraph 34(1)(b) be interpreted to exclude persons pursuing this right.

[87] Counsel for the respondent argues that neither of these questions is appropriate for certification as the issues posed have either already been settled by the case law or are not determinative of any appeal.

[88] Paragraph 74(d) of the IRPA provides that "an appeal to the Federal Court of Appeal may be made only if, in rendering judgment, the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question." The case law establishes three criteria for such a question, namely, that it must transcend the interest of the parties, must concern issues of broad significance or general application and must be determinative of the appeal (*Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.); *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, at paragraph 11; *Di Bianca v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 935, 224 F.T.R. 168, at paragraph 22).

[89] Here, the first group of questions proposed by Mr. Najafi does not raise an issue of general importance or broad significance because they have been settled by the previous case law, notably the decision of the Supreme Court of Canada in *Suresh*. As discussed, in my view, *Suresh* establishes that paragraph 2(d) of the Charter does not protect association with an organization that engages in violence, regardless of whether the individual seeking Charter protection personally engaged in violent acts and also regardless of whether the violent activities of the organization were undertaken inside or outside Canada. I, therefore, find that the first group of questions proposed by the applicant is not appropriate for certification under paragraph 74(d) of the IRPA.

international? Dans la négative, l'obligation du Canada de respecter le droit à l'autodétermination exige-t-il que l'on interprète l'alinéa 34(1)(b) de manière à exclure de son champ d'application les personnes qui revendiquent ce droit?

[87] L'avocat du défendeur soutient qu'aucune de ces questions ne se prête à une certification, étant donné qu'elles ont déjà été tranchées par les tribunaux et qu'elles ne seraient pas déterminantes dans le cadre d'un appel.

[88] L'alinéa 74(d) de la LIPR prévoit que « le jugement consécutif au contrôle judiciaire n'est susceptible d'appel en Cour d'appel fédérale que si le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci ». Il est de jurisprudence constante que trois conditions doivent être remplies pour certifier une question, à savoir que celle-ci doit transcender les intérêts des parties, aborder des éléments qui ont des conséquences importantes ou qui sont de portée générale et être déterminante quant à l'issue de l'appel (*Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL); *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89, au paragraphe 11; *Di Bianca c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 935, au paragraphe 22).

[89] En l'espèce, le premier groupe de questions proposées par M. Najafi ne soulève pas de questions ayant des répercussions importantes ou ayant une portée générale parce que ces questions ont déjà été tranchées par les tribunaux et notamment par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Suresh*. Comme je l'ai déjà expliqué, j'estime que l'arrêt *Suresh* établit que l'alinéa 2d) de la Charte ne protège pas l'association avec une organisation qui se livre à la violence, peu importe que la personne qui cherche à obtenir la protection de la Charte se soit personnellement ou non livrée à des actes de violence et peu importe également que les actes violents de l'organisation aient ou non été commis au Canada ou à l'étranger. Je conclus donc que le premier groupe de questions proposées par le demandeur ne comporte pas de questions susceptibles de certification en application de l'alinéa 74d) de la LIPR.

[90] I am, however, prepared to certify a question concerning the interplay of the right alleged to exist under international law, to use force in furtherance of an oppressed people's right to self-determination, and the interpretation to be afforded to paragraph 34(1)(b) of the IRPA, as this issue has not been squarely addressed in the previous jurisprudence and my conclusions, to a certain extent, do involve extending case law from other types of arguments to apply to Mr. Najafi's international law argument. In addition, this issue may well have implications beyond the applicant's circumstances as the arguments made with respect to the alleged legitimacy of the KDPI's actions could well arise in other contexts. I believe, however, that the applicant's proposed questions on this issue should be modified so as to not presume that there is a right to use force in pursuance of a right to self-determination in the way the applicant asserts and also so as to reflect the standard of review that I have found to be applicable. I have therefore reworded that question to be certified as follows:

“Do Canada's international law obligations require the Immigration Division, in interpreting paragraph 34(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, to exclude from inadmissibility those who participate in an organization that uses force in an attempt to subvert a government in furtherance of an oppressed people's claimed right to self-determination?”

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. This application is dismissed;
2. The following question is certified under paragraph 74(d) of the IRPA:

“Do Canada's international law obligations require the Immigration Division, in interpreting paragraph 34(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, to exclude from inadmissibility those who par-

[90] Je suis toutefois disposée à certifier une question concernant l'interaction entre, d'une part, le présumé droit reconnu par le droit international de recourir à la force pour faire valoir le droit à l'autodétermination d'un peuple opprimé et, d'autre part, l'interprétation à donner à l'alinéa 34(1)(b) de la LIPR, étant donné que cette question n'a pas encore été examinée comme telle dans la jurisprudence et compte tenu du fait que, dans une certaine mesure, mes conclusions supposent que j'applique des décisions portant sur d'autres types d'arguments à celui qu'a fait valoir M. Najafi sur le fondement du droit international. Par ailleurs, cette question est susceptible d'avoir une incidence sur d'autres cas que celui du demandeur, étant donné que les arguments formulés en ce qui concerne la présumée légitimité des agissements du KDPI pourraient fort bien être soulevés dans d'autres contextes. J'estime toutefois que les questions proposées par le demandeur à cet égard devraient être modifiées pour que nul ne puisse présumer qu'il existe un droit de recourir à la force pour faire valoir le droit à l'autodétermination de la manière revendiquée par le demandeur et également pour tenir compte de la norme de contrôle que j'ai jugée applicable. J'ai par conséquent reformulé la question à certifier comme suit :

« Est-ce que les obligations du Canada, en matière de droit international, obligent la Section de l'immigration, lors de son interprétation de l'alinéa 34(1)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2011, ch. 27, d'exclure de l'interdiction de territoire ceux qui participent dans une organisation qui utilise la force dans une tentative de renverser un gouvernement en vue de faire avancer le droit revendiqué par un peuple opprimé à l'autodétermination? »

JUGEMENT

LA COUR :

1. REJETTE la présente demande;
2. CERTIFIE la question suivante en application de l'alinéa 74d) de la LIPR :

« Est-ce que les obligations du Canada, en matière de droit international, obligent la Section de l'immigration, lors de son interprétation de l'alinéa 34(1)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2011, ch. 27,

ticipate in an organization that uses force in an attempt to subvert a government in furtherance of an oppressed people's claimed right to self-determination?"; and

d'exclure de l'interdiction de territoire ceux qui participent dans une organisation qui utilise la force dans une tentative de renverser un gouvernement en vue de faire avancer le droit revendiqué par un peuple opprimé à l'autodétermination? »

3. There is no order as to costs.

3. N'ADJUGE aucuns dépens.

APPENDIX: Cited Legislation and Regulations

ANNEXE : Lois et règlements cités

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27 [s. 25 (as am. by S.C. 2012, c. 17, s. 13)]

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27 [art. 25 (mod. par L.C. 2012, ch. 17, art. 13)]

3. ...

3. [...]

Application

(3) This Act is to be construed and applied in a manner that

(3) L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

Interprétation et mise en œuvre

...

[...]

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

...

[...]

Sponsorship of foreign nationals

13. (1) A Canadian citizen or permanent resident, or a group of Canadian citizens or permanent residents, a corporation incorporated under a law of Canada or of a province or an unincorporated organization or association under federal or provincial law — or any combination of them — may sponsor a foreign national, subject to the regulations.

13. (1) Tout citoyen canadien, résident permanent ou groupe de citoyens canadiens ou de résidents permanents ou toute personne morale ou association de régime fédéral ou provincial — ou tout groupe de telles de ces personnes ou associations — peut, sous réserve des règlements, parrainer un étranger.

Parrainage de l'étranger

...

[...]

Humanitarian and compassionate considerations — request of foreign national

25. (1) Subject to subsection (1.2), the Minister must, on request of a foreign national in Canada who applies for permanent resident status and who is inadmissible or does not meet the requirements of this Act, and may, on request of a foreign national outside Canada who applies for a permanent resident visa, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligations of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and

25. (1) Sous réserve du paragraphe (1.2), le ministre doit, sur demande d'un étranger se trouvant au Canada qui demande le statut de résident permanent et qui soit est interdit de territoire, soit ne se conforme pas à la présente loi, et peut, sur demande d'un étranger se trouvant hors du Canada qui demande un visa de résident permanent, étudier le cas de cet étranger; il peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger le justifient,

Séjour pour motif d'ordre humanitaire à la demande de l'étranger

compassionate considerations relating to the foreign national, taking into account the best interests of a child directly affected.

compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché.

...

[...]

Security

34. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

34. (1) Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants :

Sécurité

(a) engaging in an act of espionage or an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada;

a) être l'auteur d'actes d'espionnage ou se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s'entend au Canada;

(b) engaging in or instigating the subversion by force of any government;

b) être l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force;

(c) engaging in terrorism;

c) se livrer au terrorisme;

(d) being a danger to the security of Canada;

d) constituer un danger pour la sécurité du Canada;

(e) engaging in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada; or

e) être l'auteur de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d'autrui au Canada;

(f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b) or (c).

f) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas a), b) ou c).

Exception

(2) The matters referred to in subsection (1) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

(2) Ces faits n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

Exception

As of June 19, 2013, section 34 was amended [as am. by S.C. 2013, c. 16, s. 13] as follows:

Depuis le 19 juin 2013, l'article 34 a été modifié [mod. par L.C. 2013, ch. 16, art. 13] comme suit :

Security

34. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

34. (1) Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants :

Sécurité

(a) engaging in an act of espionage that is against Canada or that is contrary to Canada's interests;

a) être l'auteur de tout acte d'espionnage dirigé contre le Canada ou contraire aux intérêts du Canada;

(b) engaging in or instigating the subversion by force of any government;

b) être l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force;

(b.1) engaging in an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada;

(c) engaging in terrorism;

(d) being a danger to the security of Canada;

(e) engaging in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada; or

(f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b), (b.1) or (c).

(2) [Repealed, 2013, c. 16, s. 13]

Human or international rights violations

35. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of violating human or international rights for

(a) committing an act outside Canada that constitutes an offence referred to in sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*;

(b) being a prescribed senior official in the service of a government that, in the opinion of the Minister, engages or has engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations, or genocide, a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsections 6(3) to (5) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*; or

(c) being a person, other than a permanent resident, whose entry into or stay in Canada is restricted pursuant to a decision, resolution or measure of an international organization of states or association of states, of which Canada is a member, that imposes sanctions on a country against which Canada has imposed or has agreed to impose sanctions in concert with that organization or association.

Exception

(2) Paragraphs (1)(b) and (c) do not apply in the case of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their

b.1) se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s'entend au Canada;

c) se livrer au terrorisme;

d) constituer un danger pour la sécurité du Canada;

e) être l'auteur de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d'autrui au Canada;

f) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas a), b), b.1) ou c).

(2) [Abrogé, 2013, ch. 16, art. 13]

35. (1) Empoignent interdiction de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux les faits suivants :

Atteinte aux droits humains ou internationaux

a) commettre, hors du Canada, une des infractions visées aux articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*;

b) occuper un poste de rang supérieur — au sens du règlement — au sein d'un gouvernement qui, de l'avis du ministre, se livre ou s'est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou commet ou a commis un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre au sens des paragraphes 6(3) à (5) de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*;

c) être, sauf s'agissant du résident permanent, une personne dont l'entrée ou le séjour au Canada est limité au titre d'une décision, d'une résolution ou d'une mesure d'une organisation internationale d'États ou une association d'États dont le Canada est membre et qui impose des sanctions à l'égard d'un pays contre lequel le Canada a imposé — ou s'est engagé à imposer — des sanctions de concert avec cette organisation ou association.

(2) Les faits visés aux alinéas (1)b) et c) n'empotent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc

Exception

presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

As of June 19, 2013, section 35 was amended [as amended, s. 14] as follows:

Depuis le 19 juin 2013, l'article 35 a été modifié [modifié, art. 14] comme suit :

Human or international rights violations

35. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of violating human or international rights for

35. (1) Emportent interdiction de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux les faits suivants :

Atteinte aux droits humains ou internationaux

(a) committing an act outside Canada that constitutes an offence referred to in sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*;

a) commettre, hors du Canada, une des infractions visées aux articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*;

(b) being a prescribed senior official in the service of a government that, in the opinion of the Minister, engages or has engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations, or genocide, a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsections 6(3) to (5) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*; or

b) occuper un poste de rang supérieur — au sens du règlement — au sein d'un gouvernement qui, de l'avis du ministre, se livre ou s'est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou commet ou a commis un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre au sens des paragraphes 6(3) à (5) de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*;

(c) being a person, other than a permanent resident, whose entry into or stay in Canada is restricted pursuant to a decision, resolution or measure of an international organization of states or association of states, of which Canada is a member, that imposes sanctions on a country against which Canada has imposed or has agreed to impose sanctions in concert with that organization or association.

c) être, sauf s'agissant du résident permanent, une personne dont l'entrée ou le séjour au Canada est limité au titre d'une décision, d'une résolution ou d'une mesure d'une organisation internationale d'États ou une association d'États dont le Canada est membre et qui impose des sanctions à l'égard d'un pays contre lequel le Canada a imposé — ou s'est engagé à imposer — des sanctions de concert avec cette organisation ou association.

(2) [Repealed, 2013, c. 16, s. 14]

(2) [Abrogé, 2013, ch. 16, art. 14]

Serious criminality

36. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

36. (1) Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :

Grande criminalité

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

(b) having been convicted of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of

b) être déclaré coupable, à l'extérieur du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi

	Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years; or	fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;	
	(c) committing an act outside Canada that is an offence in the place where it was committed and that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years.	c) commettre, à l'extérieur du Canada, une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans.	
Criminality	(2) A foreign national is inadmissible on grounds of criminality for	(2) Emportent, sauf pour le résident permanent, interdiction de territoire pour criminalité les faits suivants :	Criminalité
	(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by way of indictment, or of two offences under any Act of Parliament not arising out of a single occurrence;	a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de deux infractions à toute loi fédérale qui ne découlent pas des mêmes faits;	
	(b) having been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an indictable offence under an Act of Parliament, or of two offences not arising out of a single occurrence that, if committed in Canada, would constitute offences under an Act of Parliament;	b) être déclaré coupable, à l'extérieur du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de deux infractions qui ne découlent pas des mêmes faits et qui, commises au Canada, constitueraient des infractions à des lois fédérales;	
	(c) committing an act outside Canada that is an offence in the place where it was committed and that, if committed in Canada, would constitute an indictable offence under an Act of Parliament; or	c) commettre, à l'extérieur du Canada, une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation;	
	(d) committing, on entering Canada, an offence under an Act of Parliament prescribed by regulations.	d) commettre, à son entrée au Canada, une infraction qui constitue une infraction à une loi fédérale précisée par règlement.	
Application	(3) The following provisions govern subsections (1) and (2):	(3) Les dispositions suivantes régissent l'application des paragraphes (1) et (2) :	Application
	(a) an offence that may be prosecuted either summarily or by way of indictment is deemed to be an indictable offence, even if it has been prosecuted summarily;	a) l'infraction punissable par mise en accusation ou par procédure sommaire est assimilée à l'infraction punissable par mise en accusation, indépendamment du mode de poursuite effectivement retenu;	
	(b) inadmissibility under subsections (1) and (2) may not be based on a conviction in respect of which a record suspension has been ordered and has not been revoked or ceased to have effect under the <i>Criminal Records Act</i> , or in respect of which there has been a final determination of an acquittal;	b) la déclaration de culpabilité n'emporte pas interdiction de territoire en cas de verdict d'acquittement rendu en dernier ressort ou en cas de suspension du casier — sauf cas de révocation ou de nullité — au titre de la <i>Loi sur le casier judiciaire</i> ;	

(c) the matters referred to in paragraphs (1)(b) and (c) and (2)(b) and (c) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or foreign national who, after the prescribed period, satisfies the Minister that they have been rehabilitated or who is a member of a prescribed class that is deemed to have been rehabilitated;

(d) a determination of whether a permanent resident has committed an act described in paragraph (1)(c) must be based on a balance of probabilities; and

(e) inadmissibility under subsections (1) and (2) may not be based on an offence

(i) designated as a contravention under the *Contraventions Act*,

(ii) for which the permanent resident or foreign national is found guilty under the Young Offenders Act, chapter Y-1 of the Revised Statutes of Canada, 1985, or

(iii) for which the permanent resident or foreign national received a youth sentence under the *Youth Criminal Justice Act*.

Organized
criminality

37. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for

(a) being a member of an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment, or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence, or engaging in activity that is part of such a pattern; or

(b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

c) les faits visés aux alinéas (1)b) ou c) et (2)b) ou c) n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui, à l'expiration du délai réglementaire, convainc le ministre de sa réadaptation ou qui appartient à une catégorie réglementaire de personnes présumées réadaptées;

d) la preuve du fait visé à l'alinéa (1)c) est, s'agissant du résident permanent, fondée sur la prépondérance des probabilités;

e) l'interdiction de territoire ne peut être fondée sur les infractions suivantes :

(i) celles qui sont qualifiées de contraventions en vertu de la *Loi sur les contraventions*,

(ii) celles dont le résident permanent ou l'étranger est déclaré coupable sous le régime de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, chapitre Y-1 des Lois révisées du Canada (1985),

(iii) celles pour lesquelles le résident permanent ou l'étranger a reçu une peine spécifique en vertu de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*.

37. (1) Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants :

Activités de
criminalité
organisée

a) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction, ou se livrer à des activités faisant partie d'un tel plan;

b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

Application	<p>(2) The following provisions govern subsection (1):</p> <p>(a) subsection (1) does not apply in the case of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest; and</p> <p>(b) paragraph (1)(a) does not lead to a determination of inadmissibility by reason only of the fact that the permanent resident or foreign national entered Canada with the assistance of a person who is involved in organized criminal activity.</p>	<p>(2) Les dispositions suivantes régissent l'application du paragraphe (1) :</p> <p>a) les faits visés n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national;</p> <p>b) les faits visés à l'alinéa (1)a) n'emportent pas interdiction de territoire pour la seule raison que le résident permanent ou l'étranger est entré au Canada en ayant recours à une personne qui se livre aux activités qui y sont visées.</p>	Application
As of June 19, 2013, section 37 [as am. <i>idem</i> , s. 15] was amended as follows:		Depuis le 19 juin 2013, l'article 37 a été modifié [mod., <i>idem</i> , art. 15] comme suit :	
Organized criminality	<p>37. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for</p> <p>(a) being a member of an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment, or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence, or engaging in activity that is part of such a pattern; or</p> <p>(b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.</p>	<p>37. (1) Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants :</p> <p>a) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction, ou se livrer à des activités faisant partie d'un tel plan;</p> <p>b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.</p>	Activités de criminalité organisée
Application	<p>(2) Paragraph (1)(a) does not lead to a determination of inadmissibility by reason only of the fact that the permanent resident or foreign national entered Canada with the assistance of a person who is involved in organized criminal activity.</p>	<p>(2) Les faits visés à l'alinéa (1)a) n'emportent pas interdiction de territoire pour la seule raison que le résident permanent ou l'étranger est entré au Canada en ayant recours à une personne qui se livre aux activités qui y sont visées.</p>	Application

...

[...]

As of June 19, 2013, the following section was added [section 42.1 (as enacted *idem*, s. 18)]:

Exception
— applica-
tion to
Minister

42.1 (1) The Minister may, on application by a foreign national, declare that the matters referred to in section 34, paragraphs 35(1)(b) and (c) and subsection 37(1) do not constitute inadmissibility in respect of the foreign national if they satisfy the Minister that it is not contrary to the national interest.

...

No return
without
prescribed
authoriza-
tion

52. (1) If a removal order has been enforced, the foreign national shall not return to Canada, unless authorized by an officer or in other prescribed circumstances.

...

Principle of Non-refoulement

Protection

115. (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

Exceptions

(2) Subsection (1) does not apply in the case of a person

(a) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227

Entry
permitted

39. An officer shall allow the following persons to enter Canada following an examination:

Depuis le 19 juin 2013, l'article suivant a été ajouté [art. 42.1 (édicte, *idem*, art. 18)] :

42.1 (1) Le ministre peut, sur demande d'un étranger, déclarer que les faits visés à l'article 34, aux alinéas 35(1)b) ou c) ou au paragraphe 37(1) n'emportent pas interdiction de territoire à l'égard de l'étranger si celui-ci le convainc que cela ne serait pas contraire à l'intérêt national.

Interp-
demande au
ministre

[...]

52. (1) L'exécution de la mesure de renvoi emporte interdiction de revenir au Canada, sauf autorisation de l'agent ou dans les autres cas prévus par règlement.

Interdiction
de retour

[...]

Principe du non-refoulement

115. (1) Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

Principe

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'interdit de territoire :

Exclusion

a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227

39. L'agent permet, à l'issue d'un contrôle, aux personnes suivantes d'entrer au Canada :

Entrée
permise

	...	[...]	
	(c) persons who are in possession of refugee travel papers issued to them by the Minister of Foreign Affairs that are valid for return to Canada.	c) la personne en possession d'un titre de voyage de réfugié que lui a délivré le ministre des Affaires étrangères et qui est valide pour revenir au Canada.	
	...	[...]	
	Issuance of Work Permits	Délivrance du permis de travail	
	...	[...]	
No other means of support	206. (1) A work permit may be issued under section 200 to a foreign national in Canada who cannot support themself without working, if the foreign national	206. (1) Un permis de travail peut être délivré à l'étranger au Canada en vertu de l'article 200 si celui-ci ne peut subvenir à ses besoins autrement qu'en travaillant et si, selon le cas :	Aucun autre moyen de subsistance
	(a) has made a claim for refugee protection that has been referred to the Refugee Protection Division but has not been determined; or	a) sa demande d'asile a été déferée à la Section de la protection des réfugiés, mais n'a pas encore été réglée;	
	(b) is subject to an unenforceable removal order.	b) il fait l'objet d'une mesure de renvoi qui n'a pu être exécutée.	
Exception	(2) Despite subsection (1), a work permit must not be issued to a claimant referred to in subsection 111.1(2) of the Act unless at least 180 days have elapsed since their claim was referred to the Refugee Protection Division.	(2) Malgré le paragraphe (1), un permis de travail ne peut être délivré à un demandeur visé au paragraphe 111.1(2) de la Loi que si au moins cent quatre-vingts jours se sont écoulés depuis que sa demande d'asile a été déferée à la Section de la protection des réfugiés.	Exception
Applicants in Canada	207. A work permit may be issued under section 200 to a foreign national in Canada who	207. Un permis de travail peut être délivré à l'étranger au Canada, en vertu de l'article 200, dans les cas suivants :	Demandeur au Canada
	(a) is a member of the live-in caregiver class set out in Division 3 of Part 6 and meets the requirements of section 113;	a) l'étranger fait partie de la catégorie des aides familiaux prévue à la section 3 de la partie 6, et il satisfait aux exigences prévues à l'article 113;	
	(b) is a member of the spouse or common-law partner in Canada class set out in Division 2 of Part 7;	b) il fait partie de la catégorie des époux ou conjoints de fait au Canada prévue à la section 2 de la partie 7;	
	(c) is a protected person within the meaning of subsection 95(2) of the Act;	c) il est une personne protégée au sens du paragraphe 95(2) de la Loi;	
	(d) has applied to become a permanent resident and the Minister has granted them an exemption under subsection 25(1), 25.1(1) or 25.2(1) of the Act; or	d) il a demandé le statut de résident permanent et le ministre a levé, aux termes des paragraphes 25(1), 25.1(1) ou 25.2(1) de la Loi, tout ou partie des critères et obligations qui lui sont applicables;	

(*e*) is a family member of a person described in any of paragraphs (*a*) to (*d*).

e) il est membre de la famille d'une personne visée à l'un des alinéas *a*) à *d*).

...

[...]

Study
permit
required

212. A foreign national may not study in Canada unless authorized to do so by a study permit or these Regulations.

212. L'étranger ne peut étudier au Canada sans y être autorisé par un permis d'études ou par le présent règlement.

Permis
d'études

A-497-11
2013 FCA 199

A-497-11
2013 CAF 199

Paul Slansky (*Applicant*)

Paul Slansky (*demandeur*)

v.

c.

Attorney General of Canada, Her Majesty the Queen
(*Respondents*)

Procureur général du Canada, Sa majesté la Reine
(*intimés*)

and

et

Canadian Judicial Council (*Intervener*)

Conseil canadien de la magistrature (*intervenant*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. SLANSKY

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. SLANSKY

Federal Court of Appeal, Evans, Stratas and Mainville
J.J.A.—Toronto, April 16; Ottawa, September 9, 2013.

Cour d'appel fédérale, juges Evans, Stratas et Mainville,
J.C.A.—Toronto, 16 avril; Ottawa, 9 septembre 2013.

Practice — Privilege — Appeal from Federal Court decision determining that report by Canadian Judicial Council (CJC) subject to both legal advice, public interest privilege — Appellant, lawyer, complaining to CJC about alleged misconduct of Ontario Superior Court of Justice judge — CJC Chairperson dismissing complaint, relying on report by counsel — CJC not disclosing report as part of tribunal record, claiming report legal advice, protected by solicitor-client privilege, subject to public interest privilege — Appellant's motion to compel disclosure of report granted by Federal Court Prothonotary — However, that decision reversed by Federal Court — Federal Court finding that report subject to legal advice, public interest privilege; declining to sever parts of report — Scope of counsel's mandate set out in retainer letter — That letter stating that role of counsel to, inter alia, gather information, collect, analyze documentation — CJC indicating counsel's role of "fact-finder" broader than might be inferred — Whether report subject to solicitor-client privilege, factual components severable — Per Evans J.A.: Letter of engagement not expressly including provision of legal advice — Supreme Court of Canada in Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health (Blood Tribe) deciding that lawyer, client relationship established if lawyer engaged to provide services in legal context for which lawyer's skills, knowledge necessary, even if services not regarded as provision of legal advice in ordinary sense — Terms in retainer letter not conclusive — Analysis of documents by counsel herein requiring extensive knowledge of criminal law, trial process — Inferred from nature of allegations that counsel's role involving legal, factual analyses — Counsel engaged in capacity as lawyer — Report therefore subject to legal advice privilege — Not permissible to sever findings of fact made in investigative report covered by solicitor-client

Pratique — Privilège — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a déterminé que le rapport du Conseil canadien de la magistrature (CCM) relevait du conseil juridique et était donc protégé par un privilège d'intérêt public — Le demandeur, un avocat, s'est plaint auprès du CCM de l'inconduite alléguée d'un juge de la Cour supérieure de l'Ontario — Le président du CCM a rejeté la plainte, s'appuyant sur un rapport rédigé par un conseiller juridique — Le CCM a refusé de divulguer le rapport avec les autres documents du dossier du tribunal, affirmant que le contenu relevait du conseil juridique et que le rapport était donc protégé par le secret professionnel de l'avocat ainsi que par un privilège d'intérêt public — La requête du demandeur en vue de contraindre le CCM à inclure le rapport dans son dossier a été accueillie par la protonotaire de la Cour fédérale — Cependant, cette décision a été infirmée par la Cour fédérale — La Cour fédérale a conclu que le rapport était protégé en tant que conseil juridique et par un privilège d'intérêt public, et a refusé de faire retrancher des parties du rapport — La portée du mandat du conseiller juridique était établie dans une lettre d'engagement — Cette lettre indique que le rôle de l'avocat consiste, entre autres, à obtenir un complément d'information, et à amasser des documents et procéder à leur analyse — Le CCM a indiqué que le rôle d'« enquêteur » du conseiller juridique est plus grand que l'on pourrait le croire — Il s'agissait de savoir si le rapport était protégé par le secret professionnel de l'avocat et s'il était possible de prélever les éléments factuels du rapport — Le juge Evans, J.C.A. : La lettre d'engagement ne parlait pas expressément de la prestation de conseils juridiques — La Cour suprême du Canada a conclu dans l'arrêt Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health (Blood Tribe) qu'une relation entre un avocat et son client est établie si l'avocat est chargé de

privilege when forming basis of, inextricably linked to, legal advice provided — Appeal dismissed — Per Mainville J.A. (concurring): Report subject to public interest privilege — CJC decision not to disclose report reasonable — Damage to public interest non-existent or minimal — Disclosure of report would negate undertakings of confidentiality provided to third parties — Trial Judge not obligated to justify conduct of trial to appellant or Federal Court — CJC amply discharging its duty of disclosure by informing appellant of disposition of complaint — Federal Court committing no error — Per Stratas J.A. (dissenting): No solicitor-client, public interest privileges here — Retainer letter must predominate in assessing claim of privilege — Counsel not performing legal analysis — Otherwise running counter to letter's explicit instructions — Word "analyzed" in letter meaning identifying, gathering, summarizing bits of information from documents — Lawyer cannot make secret informational document by unilaterally inserting analyses, recommendations, advice that formed no part of retainer — "Advice" having to be broadly construed in assessing whether lawyer retained only to gather information or to gather information as part of larger exercise of providing legal advice — Here, letter showing that CJC leaving for itself task of analysis — Supreme Court comment "otherwise acting as a lawyer" in *Blood Tribe* may have been allusion to litigation privilege — Not open to Court to reify words "otherwise acting as a lawyer" to level of general principle, apply that principle to impose secrecy over information gathering report when no legal advice sought — Privilege, if present, waived by CJC when report given to third party — CJC not permitted to disclose some information supporting its decision, withhold rest — Report should be included in record — Report not protected by public interest privilege — CJC failing to demonstrate interest in confidentiality — Report hidden from reviewing court if public interest claim upheld — Immunizing part of CJC's decision offending principle that holders of public power accountable for exercise of power — Allowing reviewing court to view report strengthening judicial independence.

fournir des services dans un contexte juridique exigeant les compétences et les connaissances d'un avocat, même si ces services peuvent ne pas être perçus comme étant des services juridiques au sens courant du terme — Les modalités du mandat n'étaient pas nécessairement déterminantes — L'analyse des documents et des enregistrements exigeaient de la part d'un avocat une connaissance approfondie du droit pénal et des procès criminels — Il était possible de conclure à partir de la nature des allégations que le rôle du conseiller juridique supposait des analyses juridiques et factuelles — Le conseiller juridique a été embauché en sa qualité d'avocat — Le rapport était donc protégé par le secret professionnel de l'avocat — Le prélèvement des constatations de faits contenues dans un rapport d'enquête protégé par le secret professionnel de l'avocat lorsque celles-ci sont le fondement des conseils juridiques fournis et y sont inextricablement liées n'est pas permis — Appel rejeté — Le juge Mainville, J.C.A. (motifs concourants) : Le rapport fait l'objet d'un privilège d'intérêt public — La décision du CCM de ne pas divulguer le rapport était raisonnable — L'atteinte à l'intérêt public est minime, voire inexistante — La divulgation du rapport bafouerait la promesse de confidentialité faite aux tierces parties — Le juge du procès n'a pas à justifier sa conduite durant le procès devant le demandeur ou devant la Cour fédérale — Le CCM s'est amplement acquitté de son devoir de divulgation en informant le demandeur de l'issue du traitement de la plainte — La Cour fédérale n'a commis aucune erreur — Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : Il n'y a aucun privilège du secret professionnel de l'avocat et aucun privilège d'intérêt public en l'espèce — Lorsqu'il s'agit d'examiner une demande de privilège, une lettre de mandat doit être le principal élément pris en compte — Le conseiller juridique n'a pas effectué une analyse de nature juridique — Effectuer une telle analyse serait contraire à la directive explicite de la lettre de mandat — Le mot « analyse » dans le mandat ne peut renvoyer qu'au fait de circonscrire, de réunir et de résumer les éléments d'information contenus dans les documents — Un avocat ne peut pas prendre un document purement informatif et en faire instantanément un document entièrement secret en y ajoutant de façon unilatérale des analyses, des recommandations, et des conseils, alors que cela ne faisait pas partie de son mandat — Il convient de donner un sens large au mot « conseil » lorsqu'il s'agit d'évaluer la situation d'un avocat chargé seulement de recueillir des renseignements et celle d'un avocat chargé de recueillir des renseignements dans le cadre d'une tâche plus large consistant à fournir des conseils juridiques — En l'espèce, la lettre de mandat montre que le CCM s'est réservé la tâche d'examiner les faits — Lorsque la Cour suprême a ajouté le commentaire « ou agit, d'une autre manière, en qualité d'avocat » dans l'arrêt *Blood Tribe*, cela pouvait faire allusion au privilège de la poursuite — Il n'appartient pas à la Cour d'ériger l'expression « agit, d'une autre manière, en qualité d'avocat » en principe général, puis, d'appliquer ce principe pour imposer la confidentialité d'un rapport d'enquête lorsqu'aucun conseil juridique n'est demandé — Le CCM a renoncé à tout privilège,

Judges and Courts — Appellant, lawyer, complaining to Canadian Judicial Council (CJC) about alleged serious misconduct of Ontario Superior Court of Justice judge during murder trial — CJC Chairperson dismissing complaint, closing file — In making decision, Chairperson relying on report from counsel — Appellant seeking judicial review of Chairperson's decision — CJC not disclosing report as part of tribunal record, claiming report legal advice, protected by solicitor-client privilege, subject to public interest privilege — Appellant's motion to compel disclosure of report granted by Federal Court Prothonotary — However, that decision reversed by Federal Court — Federal Court finding that report subject to legal advice, public interest privilege; declining to sever parts of report — Appellant alleging, inter alia, that CJC's investigation of complaint inadequate, interpretation of Judge's conduct wrong in law, CJC exceeding jurisdiction by passing "erroneous and flawed judgment" on appellant's conduct at trial as excuse for Judge's misconduct — Whether report subject to solicitor-client privilege, factual components severable — Counsel's role involving legal, factual analyses — Counsel engaged in capacity as lawyer — Report therefore subject to legal advice privilege — Not permissible to sever findings of fact made in investigative report covered by solicitor-client privilege when forming basis of, inextricably linked to, legal advice provided — Appeal dismissed, Stratas J.A. dissenting.

This was an appeal from a decision of the Federal Court setting aside the Prothonotary's decision and determining that

s'il existe, en remettant volontairement le rapport à une tierce partie — Le CCM ne devrait pas être autorisé à divulguer certains éléments d'information pour appuyer cette décision, mais à préserver la confidentialité du reste du rapport — Le rapport devrait être versé au dossier de la Cour — Le rapport n'est pas protégé par un privilège d'intérêt public — Le CCM n'a pas démontré l'existence d'un intérêt à l'égard de la confidentialité — Si la demande de privilège d'intérêt public est accueillie, la cour de révision n'aura pas accès au rapport — Mettre à l'abri de tout contrôle une partie de la décision du CCM enfreint le principe selon lequel tous les titulaires de pouvoirs publics doivent rendre compte de la façon dont ils exercent ces pouvoirs — Permettre à la cour de révision de consulter le rapport vient renforcer l'indépendance judiciaire.

Juges et Tribunaux — Le demandeur, un avocat, s'est plaint auprès du Conseil canadien de la magistrature (CCM) de l'inconduite alléguée d'un juge de la Cour supérieure de l'Ontario durant un procès pour meurtre au premier degré — Le président du CCM a rejeté la plainte et a fermé le dossier — Pour rendre sa décision, le président s'était appuyé sur un rapport rédigé par un conseiller juridique — Le demandeur sollicite le contrôle judiciaire de la décision du président — Le CCM a refusé de divulguer le rapport avec les autres documents du dossier du tribunal, affirmant que le contenu relevait du conseil juridique et que le rapport était donc protégé par le secret professionnel de l'avocat ainsi que par un privilège d'intérêt public — La requête du demandeur en vue de contraindre le CCM à inclure le rapport dans son dossier a été accueillie par la protonotaire de la Cour fédérale — Cependant, cette décision a été infirmée par la Cour fédérale — La Cour fédérale a conclu que le rapport était protégé en tant que conseil juridique et par un privilège d'intérêt public, et a refusé de faire retrancher des parties du rapport — Le demandeur a allégué, entre autres choses, que l'enquête menée par le CCM au sujet de la plainte était inadéquate et que le CCM avait outrepassé sa compétence en « jugeant de façon erronée et viciée » que le comportement du demandeur durant le procès excusait l'inconduite du juge — Il s'agissait de savoir si le rapport était protégé par le secret professionnel de l'avocat et s'il était possible de prélever les éléments factuels du rapport — Le rôle du conseiller juridique supposait des analyses juridiques et factuelles — Le conseiller juridique a été embauché en sa qualité d'avocat — Le rapport était donc protégé par le secret professionnel de l'avocat — Le prélèvement des constatations de faits contenues dans un rapport d'enquête protégé par le secret professionnel de l'avocat lorsque celles-ci sont le fondement des conseils juridiques fournis et y sont inextricablement liées n'est pas permis — Appel rejeté, le juge Stratas, J.C.A., dissident.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a annulé la décision de la protonotaire et

a report by the Canadian Judicial Council (CJC) was subject to both legal advice and public interest privilege.

The appellant, a lawyer, complained to the CJC about the alleged serious misconduct of an Ontario Superior Court of Justice judge during a long and difficult first degree murder trial before a jury, in which the appellant was representing the accused. The CJC Chairperson dismissed the complaint and closed the file without referring it to an Inquiry Committee of the CJC. In making this decision, the Chairperson relied on a report from Professor Martin Friedland (Friedland Report). The appellant brought an application for judicial review of the Chairperson's decision. Although the Friedland Report had been taken into account by the Chairperson, the CJC refused to disclose it as part of the tribunal record pursuant to rule 317 of the *Federal Courts Rules* (Rules), claiming that it constituted legal advice and was protected by solicitor-client privilege, and subject to public interest privilege. A Federal Court Prothonotary granted the appellant's motion to compel disclosure of the report and rejected the CJC's privilege arguments. The Federal Court allowed the CJC's motion brought under rule 51 of the Rules and reversed the Prothonotary's decision. The Federal Court found that the Friedland Report was subject to both legal advice and public interest privilege. It declined to sever parts of the report, and exercised its discretion not to convert the application into an action.

The scope of Professor Friedland's mandate was set out in a letter stating, *inter alia*, that "[t]he role of Counsel in conducting further inquiries is, essentially, to gather further information Documentation may be collected and analyzed. It is not the role of Counsel conducting further inquiries to weigh the merits of a complaint or to make any recommendation as to the determination that a Chairperson or a Panel should make." The Executive Director and General Counsel of the CJC indicated that counsel's role of "fact-finder" was broader than might be inferred and expected that the report would constitute legal advice.

The appellant alleged, *inter alia*, that the CJC's investigation of the complaint was inadequate, the interpretation of the Judge's conduct was wrong in law, and the CJC had exceeded its jurisdiction by passing "erroneous and flawed judgment" on the appellant's conduct at trial as an excuse for the Judge's misconduct.

qui a déterminé que le rapport du Conseil canadien de la magistrature (CCM) relevait du conseil juridique et était protégé par un privilège d'intérêt public.

Le demandeur, un avocat, s'est plaint auprès du CCM de l'inconduite grave alléguée d'un juge de la Cour supérieure de justice de l'Ontario au cours d'un long et difficile procès devant jury pour meurtre au premier degré dans le cadre duquel le demandeur représentait l'accusé. Le président du CCM a rejeté la plainte et fermé le dossier sans le renvoyer à un comité d'enquête du CCM. Pour rendre sa décision, le président s'était appuyé sur un rapport rédigé par un conseiller juridique, le professeur Martin Friedland (le rapport Friedland). Le demandeur a présenté une demande de contrôle judiciaire de la décision du président. Quoique le président ait tenu compte du rapport Friedland pour rendre sa décision, le CCM a refusé de le divulguer avec les autres documents du dossier du tribunal conformément à la règle 317 des *Règles des Cours fédérales* (les Règles), affirmant que le contenu du rapport relevait du conseil juridique et que le rapport était donc protégé par le secret professionnel de l'avocat ainsi que par un privilège d'intérêt public. Une protonotaire de la Cour fédérale a accueilli la requête du demandeur en vue de contraindre le CCM à inclure le rapport dans son dossier et a rejeté les arguments du CCM concernant le privilège. La Cour fédérale a accueilli la requête du CCM présentée en application de la règle 51 des Règles et a infirmé la décision de la protonotaire. La Cour fédérale a conclu que le rapport Friedland était protégé en tant que conseil juridique et par un privilège d'intérêt public. Il a refusé de faire retrancher des parties du rapport et a exercé son pouvoir discrétionnaire pour refuser de convertir la demande en action.

La portée du mandat confié au professeur Friedland a été établie dans une lettre indiquant, entre autres choses, que « [l]e rôle de l'avocat menant une enquête supplémentaire consiste essentiellement à obtenir un complément d'information [...] Il est possible que l'on amasse des documents et que l'on procède à leur analyse. Il ne revient pas à l'avocat menant une enquête supplémentaire d'évaluer le bien-fondé d'une plainte ou de faire des recommandations quant à la décision qui devrait être prise par le président ou le sous-comité ». Le directeur exécutif et avocat général principal du CCM a précisé que le rôle d'« enquêteur » du conseiller juridique est plus grand que l'on pourrait le croire à la lecture de la politique et que le rapport de l'avocat constituerait un avis juridique.

Le demandeur a allégué, entre autres choses, que l'enquête menée par le CCM au sujet de la plainte était inadéquate, que l'interprétation de la conduite du juge était erronée en droit et que le CCM avait outrepassé sa compétence en « jugeant de façon erronée et viciée » que le comportement du demandeur durant le procès excusait l'inconduite du juge.

The main issues were whether the Friedland Report was subject to solicitor-client privilege and whether its factual components were severable.

Held (Stratas J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

Per Evans J.A.: The central question in this case was whether the Chairperson engaged Professor Friedland in his capacity as a lawyer to provide legal advice to assist him in deciding whether to dismiss the complaint or refer it to a hearing. Professor Friedland's letter of engagement did not expressly include the provision of legal advice to the Chairperson. Indeed, he was specifically instructed not to advise the Chairperson on the decision he should make regarding the complaint. However, the Supreme Court in *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health* somewhat modified the law as formulated in *Gower v. Tolko Manitoba Inc.* and *College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* in that a lawyer and client relationship will be established if the lawyer has been engaged to provide services in a legal context for which a lawyer's skills and knowledge are necessary, even if the services might not be regarded as the provision of legal advice in the ordinary sense. While the retainer is important evidence of whether a solicitor-client relationship has been established, the terms of the retainer are not necessarily conclusive and must be construed in light of all the relevant circumstances. Inquiring into the appellant's allegations called for an analysis of documents and tapes that required a lawyer who had an extensive knowledge of criminal law and criminal trial process. The documents that had to be analysed to enable Professor Friedland to conduct further inquiries into the appellant's allegations called for a lawyer's expertise. A lawyer's knowledge was required to make the distinction between judicial errors that are appropriately remedied by an appeal and misconduct that might warrant removal from the Bench. Thus, despite the engagement letter's description of counsel's role as that of a gatherer and finder of the facts, it can be inferred from the nature of the allegations into which the letter stated that Professor Friedland was to conduct his inquiries that his role involved legal and factual analyses that required the skills and knowledge of a lawyer. Accordingly, when assisting the Chairperson in deciding how to proceed with the complaint, Professor Friedland was engaged in his capacity as a lawyer. The report of his inquiries was therefore subject to legal advice privilege.

Finally, it is not permissible to sever findings of fact made in an investigative report covered by solicitor-client privilege

Il s'agissait de savoir principalement si le rapport était protégé par le secret professionnel de l'avocat et s'il était possible de prélever les éléments factuels du rapport.

Arrêt (le juge Stratas, J.C.A., dissident) : l'appel doit être rejeté.

Le juge Evans, J.C.A. : La principale question à trancher en l'espèce était celle de savoir si le président a eu recours aux services du professeur Friedland à titre d'avocat pour qu'il lui fournisse des conseils juridiques afin de l'aider à décider s'il devait rejeter la plainte ou la déférer à une audience. La lettre d'engagement du professeur Friedland ne parlait pas expressément de la prestation de conseils juridiques au président. Le professeur Friedland a plutôt reçu pour instruction précise de ne pas conseiller le président à l'égard de la décision qu'il devrait rendre selon lui au sujet de la plainte. Cependant, la Cour suprême dans l'arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) v. Blood Tribe Department of Health* est venu modifier dans une certaine mesure le droit formulé dans le cadre des décisions *Gower c. Tolko Manitoba Inc.* et *College of Physicians and Surgeons of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* en précisant qu'une relation entre un avocat et son client est établie si l'avocat est chargé de fournir des services dans un contexte juridique exigeant les compétences et les connaissances d'un avocat, même si ces services peuvent ne pas être perçus comme étant des services juridiques au sens courant du terme. Quoique le mandat constitue une preuve importante de l'établissement d'une relation entre un avocat et son client, les modalités de celui-ci ne sont pas nécessairement déterminantes, et elles doivent être interprétées à la lumière de toutes les circonstances pertinentes. L'enquête concernant les allégations du demandeur supposait une analyse des documents et des enregistrements exigeant qu'un avocat possède une connaissance approfondie du droit pénal et des procès criminels. L'analyse des documents que le professeur Friedland devait examiner pour mener une enquête supplémentaire sur les allégations formulées par l'avocat exigeait l'expertise d'un avocat. Les connaissances d'un avocat étaient nécessaires pour distinguer les erreurs judiciaires pouvant être réparées adéquatement en appel et l'inconduite justifiant la destitution du juge. Ainsi, même si la lettre d'engagement décrit le rôle de l'avocat comme étant celui d'un enquêteur, il est possible de conclure à partir de la nature des allégations qui devaient faire l'objet de l'enquête du professeur Friedland selon cette lettre que son rôle supposait des analyses juridiques et factuelles exigeant les compétences et les connaissances d'un avocat. Par conséquent, lorsqu'il a aidé le président à décider de la façon de traiter la plainte, le professeur Friedland a été embauché en sa qualité d'avocat. Son rapport d'enquête était donc visé par le privilège de la consultation juridique.

Enfin, le prélèvement des constatations de faits contenues dans un rapport d'enquête protégé par le secret professionnel

when they form the basis of, and are inextricably linked to, the legal advice provided. The disclosure of documents ordered by the Federal Court substantively satisfied any possible duty to sever. To go further would erode the confidentiality on which the lawyer-client relationship fundamentally rests.

Per Mainville J.A. (concurring): The report of Professor Friedland was subject to public interest privilege on the grounds raised by the CJC. The CJC's decision that the Friedland Report should not be disclosed on the ground of public interest privilege was reasonable in the circumstances of this case. Any resulting damage to the public interest in the due administration of justice was non-existent or minimal at best. On the other hand, the disclosure of the report would negate, without justification, the undertakings of confidentiality provided by the CJC to the third parties who participated in the process, undertakings which were made at the behest of the appellant himself. Though the trial Judge may well have provided justifications to the CJC concerning his conduct of the trial or his decisions, this does not mean that these justifications must be disclosed to the appellant or to the Federal Court. Under the principle of judicial independence, he need not (and should not) justify his conduct of the trial, or any of his judicial decisions, to either the appellant or the Federal Court. The trial Judge may well wish to explain to the CJC his management of the trial and the reasons for his trial decisions, but that does not entail that he must do so publicly. The limited duty of disclosure owed under the CJC's Complaints Procedures is simply to inform the complainant of the disposition of the complaint. This was amply discharged in this case. The CJC owed no further duty of disclosure to the appellant. Since, in this case, the CJC justifiably raised a public interest privilege over the Friedland Report, and since the disclosure of this report was not necessary in order for the appellant to pursue his judicial review application, the Federal Court did not commit an error in concluding that the motion seeking its disclosure should have been dismissed by the Prothonotary.

Per Stratas J.A. (dissenting): The prerequisites for the solicitor-client privilege and the public interest privilege were not present here.

In assessing a claim of privilege, the retainer letter, if there is one, must predominate. The retainer letter defines, with binding contractual force, the nature of the relationship, the purpose of the lawyer's retainer, whether any advice is to be given, and the nature of that advice. In the present case, while the retainer letter mentioned that "[d]ocumentation may be collected and analyzed", to suggest that Professor Friedland was performing legal analysis is a leap too far. It would run

de l'avocat lorsque celles-ci sont le fondement des conseils juridiques fournis et y sont inextricablement liées n'est pas permis. La divulgation des documents que la Cour fédérale a ordonnée permet en grande partie l'acquittement de tout devoir de prélèvement. Aller plus loin viendrait éroder la confidentialité dont la relation entre un avocat et son client est fondamentalement tributaire.

Le juge Mainville, J.C.A. (motifs concourants) : Le rapport du professeur Friedland fait l'objet d'un privilège d'intérêt public pour les raisons invoquées par le CCM. La décision du CCM selon laquelle le rapport Friedland ne devrait pas être divulgué à cause de l'existence d'un privilège d'intérêt public est raisonnable, compte tenu des circonstances de l'espèce. L'atteinte à l'intérêt public par entrave à l'administration de la justice découlant de la non-divulgation était minime, voire inexistante. La divulgation du rapport bafouerait par contre de façon injustifiée la promesse de confidentialité faite par le CCM aux tierces parties qui ont participé au processus, promesse qu'a lui-même demandée le demandeur. Il se peut très bien que le juge ait justifié devant le CCM sa conduite durant le procès et ses décisions, mais cela n'entraîne pas automatiquement la divulgation de ses justifications au demandeur ou à la Cour fédérale. Selon le principe de l'indépendance judiciaire, il n'a pas à justifier sa conduite durant le procès ni aucune des décisions judiciaires qu'il a rendues devant l'appelant ni devant la Cour fédérale (et il ne devrait pas le faire). Il se peut très bien que le juge du procès souhaite expliquer au CCM la façon dont il a mené le procès et le fondement des décisions qu'il a rendues durant celui-ci, mais cela ne l'oblige pas à le faire publiquement. Le devoir de divulgation limité dont le CCM doit s'acquitter conformément à ses Procédures relatives aux plaintes consiste simplement à informer le plaignant de l'issue du traitement de la plainte. Le CCM s'est amplement acquitté de ce devoir en l'espèce. Il n'avait plus de devoir de divulgation envers le demandeur. Comme le CCM a invoqué avec raison un privilège d'intérêt public à l'égard du rapport Friedland, et comme la divulgation du rapport n'était pas nécessaire pour permettre au demandeur de présenter sa demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que la requête de divulgation aurait dû être rejetée par la protonotaire.

Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : Les conditions préalables à l'existence du privilège du secret professionnel de l'avocat et du privilège d'intérêt public ne sont pas réunies en l'espèce.

Lorsqu'il s'agit d'examiner une demande de privilège, s'il y a une lettre de mandat, celle-ci doit être le principal élément pris en compte. La lettre de mandat précise, avec la force exécutoire d'un contrat, la nature de la relation, l'objectif du mandat de l'avocat, le fait que l'on demande à l'avocat de fournir des conseils ou non, et, le cas échéant, la nature de ces conseils. Dans la présente cause, bien que la lettre de mandat ait mentionné que le professeur Friedland « amasse des

counter to the retainer letter’s explicit instruction that Professor Friedland was “not ... to weigh the merits of a complaint” or make any “recommendation as to the determination a Chairperson or a Panel should make.” Professor Friedland could not even engage in adjudicative fact-finding, as opposed to information gathering. Viewed in light of the tasks the retainer letter assigned to Professor Friedland and the restrictions on what he could do, the word “analyzed” only meant identifying, gathering, and summarizing bits of information from the documents and interviews. A lawyer cannot take a purely informational document and suddenly make it wholly secret by unilaterally inserting analyses, recommendations and advice that formed no part of the retainer. The mere fact that a lawyer is involved does not make a report generated by the lawyer privileged. In the context of investigations, a line exists between a lawyer retained only to gather information and a lawyer who is retained to gather information as part of the larger exercise of providing legal advice. In assessing where a case falls, “advice” must be broadly construed. It includes “advice as to what should prudently and sensibly be done in the relevant legal context”, in other words, practical advice mindful of the legalities or advice on a course of action informed by the legalities. But Professor Friedland was asked to gather information, not to give any sort of advice. The retainer letter showed that the CJC decomposed the overall task into factual and legal parts. It assigned to Professor Friedland a subset of the factual part—information gathering—leaving for itself the task of reviewing the facts gathered, applying the relevant law, and reaching a conclusion on the merits of the appellant’s complaint. Based on the Supreme Court’s comment in *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health* that solicitor-client privilege extends to “all interactions between a client and his or her lawyer when the lawyer is engaged in providing legal advice or otherwise acting as a lawyer”, the CJC sought to extend the scope of solicitor-client privilege far beyond the decided cases. It sought to shift the analytical focus from whether legal advice has been sought to whether the skills of a lawyer were required for the assigned task. In adding the comment, “otherwise acting as a lawyer”, the Supreme Court might have been alluding, infelicitously, to litigation privilege. It is not open to the Court to pluck the words “otherwise acting as a lawyer” from the introductory part of the Supreme Court’s reasoning in *Blood Tribe*, reify them to the level of a general principle, and then, contrary to authority, apply that principle to impose secrecy over an information gathering report that formed the basis of a public administrative decision. Protecting factual information from disclosure where no legal advice of any kind has been sought—indeed where, as here, the instructions were *not* to give advice of any kind—does not further the purposes of privilege. This is especially so where the disclosure of factual information reveals nothing about legalities or legal views held by the author. If the privilege existed, the CJC waived it by voluntarily giving the Friedland Report to a third party,

documents et [...] procède à leur analyse », laisser entendre que le professeur Friedland aurait effectué une analyse de nature juridique est un pas de trop. Cela serait contraire à la directive explicite de la lettre de mandat selon laquelle le professeur Friedland ne devait « pas [...] évaluer le bien-fondé d’une plainte » ni faire des « recommandations quant à la décision qui devrait être prise par le président ou le sous-comité ». Le professeur Friedland ne pouvait même pas procéder à une recherche des faits dans le cadre d’un processus juridictionnel, par opposition à l’obtention d’un complément d’information. À la lumière des tâches confiées au professeur Friedland dans la lettre de mandat, et surtout des restrictions concernant ce qu’il pouvait faire, le mot « analyse » ne pouvait renvoyer qu’au fait de circonscrire, de réunir et de résumer les éléments d’information contenus dans les documents et obtenus pendant les entrevues. Un avocat ne peut pas prendre un document purement informatif et en faire instantanément un document entièrement secret en y ajoutant de façon unilatérale des analyses, des recommandations, et des conseils, alors que cela ne faisait pas partie de son mandat. Le simple fait qu’un avocat prenne part au processus n’implique pas que le rapport qu’il rédige est protégé par le secret professionnel. Dans le contexte des enquêtes, il y a une distinction entre la situation d’un avocat chargé seulement de recueillir des renseignements et celle d’un avocat chargé de recueillir des renseignements dans le cadre d’une tâche plus large consistant à fournir des conseils juridiques. Il convient de donner un sens large au mot « conseil » lorsqu’il s’agit de décider à quelle catégorie une affaire appartient. Cela comprend « les conseils sur les mesures raisonnables et prudentes à prendre dans le contexte juridique en cause », autrement dit, des conseils pratiques tenant compte du droit ou des conseils concernant la marche à suivre en fonction du droit. Mais le professeur Friedland a été chargé de recueillir des renseignements, et non de donner quelque conseil que ce soit. La lettre de mandat montrait que le CCM a divisé la tâche en deux parties : le volet factuel et le volet juridique. Il a attribué au professeur Friedland un sous-ensemble du volet factuel — la collecte de renseignements — et s’est réservé la tâche d’examiner les faits réunis, d’appliquer les règles de droit pertinentes et de tirer une conclusion du bien-fondé de la plainte du demandeur. D’après le commentaire de la Cour suprême dans l’arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, selon lequel le secret professionnel de l’avocat s’applique à « toutes les communications entre un client et son avocat lorsque ce dernier donne des conseils juridiques ou agit, d’une autre manière, en qualité d’avocat », le CCM a cherché à étendre la portée du secret professionnel bien au-delà des décisions rendues. Il a cherché à faire porter l’analyse sur la question de savoir si les compétences d’un avocat étaient nécessaires pour l’exécution de la tâche assignée, plutôt que sur celle de savoir si des conseils juridiques avaient été demandés. Lorsqu’elle a ajouté « ou agit, d’une autre manière, en qualité d’avocat », il est possible que la Cour suprême a plutôt maladroitement fait

i.e. the Deputy Attorney General of Ontario. The CJC should not be permitted to disclose bits of information in the Friedland Report that support its decision, but withhold the rest of it. In the interests of fairness and consistency, the Council should be taken to have waived whatever privilege might have existed over all of the Friedland Report.

As to severance, even if Professor Friedland's task included providing legal advice, and even if the CJC did not waive any privilege which existed, the Friedland Report should be included in the record of the Court, with any privileged portions severed.

The Friedland Report is not protected by public interest privilege. In order to succeed in its claim of public interest privilege, the CJC had to demonstrate an interest in confidentiality, well established in the evidence, one that justifies withholding a document that a reviewing court would normally get to see. The CJC failed to do this and its claim for public interest privilege must fail.

Finally, if the CJC's public interest claim was upheld, the reviewing court would not see the Friedland Report. The reviewing court would thus not be able to assess the grounds of review asserted by the appellant and to some extent the CJC's decision would be shielded from review. Immunizing part of the CJC's decision offends the principle that all holders of public power should be accountable for their exercises of power. In this case, immunization weakens the accountability and transparency of the CJC and the judicial disciplinary system it administers. This principle finds voice in many areas of the law. With less accountability and transparency, public confidence in the judiciary would fall, ultimately threatening judicial independence. Allowing the reviewing court to consider the appellant's grounds of challenge with the benefit of

allusion au privilège de la poursuite. Il n'appartient pas à la Cour d'extraire l'expression « agit, d'une autre manière, en qualité d'avocat » de l'introduction du raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Blood Tribe*, de l'ériger en principe général, puis, de façon contraire à la jurisprudence, d'appliquer ce principe pour imposer la confidentialité d'un rapport d'enquête sur lequel est fondée une décision relevant de l'administration publique. La protection de renseignements factuels contre la divulgation dans le cas où aucun conseil juridique, de quelque nature que ce soit, n'a été demandé — et dans le cas, en fait, où, comme en l'espèce, l'avocat a reçu pour directive de ne *pas* fournir quelque conseil que ce soit — ne sert pas les fins du privilège. C'est particulièrement vrai lorsque la divulgation des renseignements concernant les faits ne révèle rien au sujet du droit ou sur les points de vue sur le droit adoptés par l'auteur. Si le privilège a existé, le CCM y a renoncé en remettant volontairement le rapport Friedland à une tierce partie, soit au sous-procureur général de l'Ontario. Le CCM ne devrait pas être autorisé à divulguer certains éléments d'information contenus dans le rapport Friedland pour appuyer cette décision, mais à préserver la confidentialité du reste du rapport. Par souci d'équité et de cohérence, il faudrait considérer que le Conseil a renoncé à tout privilège dont le rapport Friedland a pu faire l'objet.

Quant au prélèvement, même si la tâche confiée au professeur Friedland incluait la prestation de conseils juridiques, et même si le CCM n'a pas renoncé à tout privilège existant, le rapport Friedland devrait être versé au dossier de la Cour, après que toute partie confidentielle en aura été prélevée.

Le rapport Friedland n'est pas protégé par un privilège d'intérêt public. Afin d'obtenir un privilège d'intérêt public, le CCM devait démontrer l'existence d'un intérêt à l'égard de la confidentialité, intérêt qui soit bien établi dans les éléments de preuve et qui justifie la non-production d'un document que la cour de révision devrait normalement pouvoir consulter. Le CCM ne l'a pas fait, et sa demande de privilège d'intérêt public doit donc être rejetée.

Enfin, si la demande de privilège d'intérêt public du CCM est accueillie, la cour de révision n'aura pas accès au rapport Friedland. Par conséquent, la cour de révision ne pourrait évaluer les motifs de contrôle que le demandeur a invoqués et le CCM empêcherait dans une certaine mesure que sa décision soit contrôlée. Mettre à l'abri de tout contrôle une partie de la décision du CCM enfreint le principe selon lequel tous les titulaires de pouvoirs publics doivent rendre compte de la façon dont ils exercent ces pouvoirs. En l'espèce, la mise à l'abri nuit à la responsabilisation et à la transparence du CCM, ainsi qu'au système de justice disciplinaire qu'il administre. Ce principe est affirmé à bien des endroits dans notre jurisprudence. La diminution de la responsabilisation et de la transparence entraînerait une diminution de la confiance du public envers la magistrature, ce qui au

the Friedland Report does not undercut judicial independence at all. If anything, it strengthens it.

bout du compte menace l'indépendance judiciaire. Permettre à la cour de révision d'examiner les motifs de la contestation du demandeur à la lumière du rapport Friedland ne nuirait pas du tout à l'indépendance judiciaire. En fait, cela pourrait même l'accroître.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37, 38, 39.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 49 to 51.12.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.4.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 51, 53, 151, 152, 317, 318.
Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1, ss. 59(1), 60, 61, 62, 63, 64, 65, 71.
Judicial Conduct and Disability Act of 1980, 28 U.S.C. § 360 (2012).
Judicial Discipline (Prescribed Procedures) Regulations 2006, SI 2006/676, s. 40(4).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, R. 39.03.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745.

CONSIDERED:

Payne v. Ontario Human Rights Commission, 2000 CanLII 5731, 192 D.L.R. (4th) 315 (Ont. C.A.); *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *General Accident Assurance Co. v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320, 45 O.R. (3d) 321 (C.A.); *College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, [2003] 2 W.W.R. 279; *Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317 (C.A.); *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71; *Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, 2001 MBCA 11 (CanLII), 196 D.L.R. (4th) 716; *Wilson v. Favelle*, 1994 CanLII 1152, 26 C.P.C. (3d) 273 (B.C.S.C.); *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, (1989), 61 D.L.R. (4th) 688; *Morier et al. v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716, (1985), 23 D.L.R. (4th) 1; *Sirros v. Moore*, [1975] 1

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Judicial Conduct and Disability Act of 1980, 28 U.S.C. § 360 (2012).
Judicial Discipline (Prescribed Procedures) Regulations 2006, SI 2006/676, s. 40(4).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37, 38, 39.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.4.
Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 59(1), 60, 61, 62, 63, 64, 65, 71.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 49 à 51.12.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 39.03.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 51, 53, 151, 152, 317, 318.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Payne v. Ontario Human Rights Commission, 2000 CanLII 5731, 192 D.L.R. (4th) 315 (C.A. Ont.); *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *General Accident Assurance Co. v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320, 45 R.J.O. (3^e) 321 (C.A.); *College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, [2003] 2 W.W.R. 279; *Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317 (C.A.); *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71; *Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, 2001 MBCA 11 (CanLII), 196 D.L.R. (4th) 716; *Wilson v. Favelle*, 1994 CanLII 1152, 26 C.P.C. (3d) 273 (C. supr. C.-B.); *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Morier et autre c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *R. c. Lippé*,

Q.B. 118; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, (1991), 5 C.R.R. (2d) 31; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; *Thompson v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 197, 366 D.L.R. (4th) 169; *Guelph (City) v. Super Blue Box Recycling Corp.*, 2004 CanLII 34954, 2 C.P.C. (6th) 276 (Ont. S.C.J.); *Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 268; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, (1986), 58 O.R. (2d) 352; *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.); *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (H.L.); *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, (1997), 143 D.L.R. (4th) 1; *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138, (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Tzaban v. Minister of Religious Affairs* (1986), 40(4) P.D. 141; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332.

REFERRED TO:

Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 F.C. 425, [1993] 1 C.T.C. 186 (C.A.); *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450; *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48 (BAILII), [2004] 3 W.L.R. 1274; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673, (1985), 24 D.L.R. (4th) 161; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island; Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, (1997), 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611; *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 55, [2003] 3 F.C. 3; *Guardian News & Media Limited v. Information Commissioner*, 10 June 2009, Information Tribunal Appeal Number: EA/2008/0084; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCT 1247, [2002] 3 F.C. 91; *Douglas v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 451, [2014] 4 F.C.R. 494; *Jacko v. McLellan*, 2008 CanLII 69579, 306 D.L.R. (4th) 126 (Ont. S.C.J.); *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, (1999), 171 D.L.R. (4th) 193; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, (1993), 106 Nfld. & P.E.I.R. 140; *Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp., Re*, 1983 CanLII 1894, 41 O.R. (2d) 328 (Div. Ct.); *R. v. Joubert*, 1992 CanLII 1073, 7 B.C.A.C. 31 (C.A.); *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, (1999), 169 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, [1991] 6 W.W.R. 673; *Bone v. Person*, 2000 CanLII 26955, 185 D.L.R. (4th) 335 (Man. C.A.); *Ranger v. Penterman*, 2011 ONCA 412, 342 D.L.R. (4th) 690;

[1991] 2 R.C.S. 114; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Thompson c. Canada (Revenue national)*, 2013 CAF 197; *Guelph (City) v. Super Blue Box Recycling Corp.*, 2004 CanLII 34954, 2 C.P.C. (6th) 276 (C.S.J. Ont.); *Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 268; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.); *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (H.L.); *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *Thorson c. Procureur général du Canada et al.*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Tzaban v. Minister of Religious Affairs* (1986), 40(4) P.D. 141; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 C.F. 425 (C.A.); *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450; *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48 (BAILII), [2004] 3 W.L.R. 1274; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611; *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 35; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 55, [2003] 3 C.F. 3; *Guardian News & Media Limited v. Information Commissioner*, 10 June 2009, Information Tribunal Appeal Number: EA/2008/0084; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 1247, [2002] 3 C.F. 91; *Douglas c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 451, [2014] 4 R.C.F. 494; *Jacko v. McLellan*, 2008 CanLII 69579, 306 D.L.R. (4th) 126 (C.S.J. Ont.); *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp., Re*, 1983 CanLII 1894, 41 O.R. (2d) 328 (C. div.); *R. v. Joubert*, 1992 CanLII 1073, 7 B.C.A.C. 31 (C.A.); *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Bone v. Person*, 2000 CanLII 26955, 185 D.L.R. (4th) 335 (C.A. Man.); *Ranger v. Penterman*, 2011 ONCA 412, 342 D.L.R. (4th) 690; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CAF 104; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2013 FCA 104, 360 D.L.R. (4th) 176; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Southern Railway of British Columbia Ltd. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue)*, 1991 CanLII 2083, [1991] 1 C.T.C. 432 (B.C.S.C.); *PSC Industrial Services Canada Inc. v. Thunder Bay (City)*, 2006 CanLII 7029 (Ont. S.C.J.); *B.C. Securities Commission v. BDS and CWM*, 2002 BCSC 664; *1225145 Ontario Inc. v. Kelly*, 2006 CanLII 19425, 27 C.P.C. (6th) 227 (Ont. S.C.J.); *Access Information Agency Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 224; *1185740 Ontario Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)*, 1999 CanLII 8774, 247 N.R. 287 (F.C.A.); *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; *M.N.R. v. Derakhshani*, 2009 FCA 190; *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50; *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281; *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.); *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1; *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388 (H.L.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Woodward Estate (Executors of) v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120, (1972), 27 D.L.R. (3d) 608; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, (1988), 35 Admin. L.R. 153; *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*; *Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675, (1993), 107 D.L.R. (4th) 634; *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37, (2000), 187 D.L.R. (4th) 419 (C.A.); *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221.

CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Southern Railway of British Columbia Ltd. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue)*, 1991 CanLII 2083, [1991] 1 C.T.C. 432 (C. supr. C.-B.); *PSC Industrial Services Canada Inc. v. Thunder Bay (City)*, 2006 CanLII 7029 (C.S.J. Ont.); *B.C. Securities Commission v. BDS and CWM*, 2002 BCSC 664; *1225145 Ontario Inc. v. Kelly*, 2006 CanLII 19425, 27 C.P.C. (6th) 227 (C.S.J. Ont.); *Access Information Agency Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 224; *1185740 Ontario Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 1999 CanLII 8774 (C.A.F.); *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *M.R.N. c. Derakhshani*, 2009 CAF 190; *Canada (Revenu national) c. Compagnie d'assurance vie RBC*, 2013 CAF 50; *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281; *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.); *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1; *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388 (H.L.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Succession Woodward (Exécuteurs testamentaires) c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*; *Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675; *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.); *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221.

AUTHORS CITED

Barak, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2006.
 Binnie, Ian. "Judicial Independence in Canada" in *World Conference on Constitutional Justice*, 2nd Congress, Rio de Janeiro, January 16–18, 2011, online:

DOCTRINE CITÉE

Barak, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton, N.J. : Princeton University Press, 2006.
 Binnie, Ian. « Judicial Independence in Canada » dans *Conférence mondiale de justice constitutionnelle*, 2^e Congrès, Rio de Janeiro, 16–18 janvier 2011, en ligne :

- <http://www.venice.coe.int/wccj/Rio/Papers/CAN_Binnie_E.pdf>.
- Brody, David C. “The Use of Judicial Performance Evaluation to Enhance Judicial Accountability, Judicial Independence and Public Trust” (2008), 86 *Denv. U. L. Rev.* 115.
- Bryant, Alan W. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009.
- Campbell, Enid and H. P. Lee. *The Australian Judiciary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- Canadian Judicial Council. *Annual Report 2002-03*. Appendix E “Procedures for Dealing with Complaints made to the Canadian Judicial Council about Federally Appointed Judges”, online: <http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_annualreport_2002-2003_en.pdf>.
- Canadian Judicial Council. *Annual Report 2002-03*. Appendix F “Canadian Judicial Council Policy with Respect to Counsel Retained in Judicial Conduct Matters”, online: <http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_annualreport_2002-2003_en.pdf>.
- Canadian Judicial Council. *Ethical Principles for Judges*, 2004, online: <http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_judicialconduct_Principles_en.pdf>.
- Canadian Judicial Council. Procedures for Dealing with Complaints made to the Canadian Judicial Council about Federally Appointed Judges: “Complaints Procedures”, October 14, 2010, online: <<http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/CJC-CCM-Procedures-2010.pdf>>.
- Ciparick, Carmen Beauchamp and Bradley T. King. “Judicial Independence: Is It Impaired or Bolstered by Judicial Accountability?” (2010), 84 *St. John’s L. Rev.* 1.
- Dodek, Adam M. “Reconceiving Solicitor-Client Privilege” (2010), 35 *Queen’s L.J.* 493.
- Friedland, Martin L. *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*. Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995.
- Geyh, Charles G. “Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rhetoric” (2006), 56 *Case W. Res. L. Rev.* 911.
- Hubbard, Robert W. *et al. The Law of Privilege in Canada*, loose-leaf. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006.
- Keane, Adriane *et al. The Modern Law of Evidence*, 8th ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- McLachlin, Beverley. “Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice” (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1.
- Olowofoyeku, Abimbola A. “The Crumbling Citadel: Absolute Judicial Immunity De-rationalised” (1990), 10 *Legal Studies* 271.
- Paciocco, David M. and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
- Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 17th ed. by Hodge C. Malek, Q.C. London: Sweet & Maxwell, 2010.
- <http://www.venice.coe.int/wccj/Rio/Papers/CAN_Binnie_E.pdf>.
- Brody, David C. « The Use of Judicial Performance Evaluation to Enhance Judicial Accountability, Judicial Independence and Public Trust » (2008), 86 *Denv. U. L. Rev.* 115.
- Bryant, Alan W. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 3^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2009.
- Campbell, Enid et H. P. Lee. *The Australian Judiciary*. Cambridge : Cambridge University Press, 2001.
- Ciparick, Carmen Beauchamp et Bradley T. King. « Judicial Independence: Is It Impaired or Bolstered by Judicial Accountability? » (2010), 84 *St. John’s L. Rev.* 1.
- Conseil canadien de la magistrature. *Principes de déontologie judiciaire*, 2004, en ligne : <https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_judicialconduct_Principles_fr.pdf>.
- Conseil canadien de la magistrature. Procédures relatives à l’examen des plaintes déposées au Conseil canadien de la magistrature au sujet de juges de nomination fédérale: « Procédures relatives aux plaintes », 14 octobre 2010, en ligne : <<http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/CJC-CCM-Procedures-2010.pdf>>.
- Conseil canadien de la magistrature. *Rapport annuel 2002-2003*. Annexe E « Procédures relatives à l’examen des plaintes déposées au Conseil canadien de la magistrature au sujet de juges de nomination fédérale », en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/201/301/ra_conseil_canadien_magistrature/2002-2003.pdf>.
- Conseil canadien de la magistrature. *Rapport annuel 2002-2003*. Annexe F « Politique du Conseil canadien de la magistrature relative aux avocats agissant dans les affaires de déontologie judiciaire », en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/201/301/ra_conseil_canadien_magistrature/2002-2003.pdf>.
- Dodek, Adam M. « Reconceiving Solicitor-Client Privilege » (2010), 35 *Queen’s L.J.* 493.
- Friedland, Martin L. *Une place à part : l’indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*. Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1995.
- Geyh, Charles G. « Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rhetoric » (2006), 56 *Case W. Res. L. Rev.* 911.
- Hubbard, Robert W. *et al. The Law of Privilege in Canada*, feuilles mobiles. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2006.
- Keane, Adriane *et al. The Modern Law of Evidence*, 8^e éd. Oxford : Oxford University Press, 2010.
- McLachlin, Beverley. « Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice » (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1.
- Nations Unies. Haut-Commissariat aux droits de l’homme. Principes fondamentaux relatifs à l’indépendance de la magistrature, en ligne : <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>>.

Strassfeld, Robert N. “‘Atrocious Judges’ and ‘Odious’ Courts Revisited” (2006), 56 *Case W. Res. L. Rev.* 899.
 Tapper, Colin. *Cross and Tapper on Evidence*, 11th ed. New York: Oxford University Press, 2007.
 United Nations. Office of the High Commissioner for Human Rights. Basic Principles on the Independence of the Judiciary, online: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>>.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, Vol. 8. Boston: Little Brown & Co., 1961.

Olowofoyeku, Abimbola A. « The Crumbling Citadel: Absolute Judicial Immunity De-rationalised » (1990), 10 *Legal Studies* 271.
 Paciocco, David M. et Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6^e éd. Toronto : Irwin Law, 2011.
 Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 17^e éd. par Hodge C. Malek, c.r. Londres : Sweet & Maxwell, 2010.
 Strassfeld, Robert N. « ‘Atrocious Judges’ and ‘Odious’ Courts Revisited » (2006), 56 *Case W. Res. L. Rev.* 899.
 Tapper, Colin. *Cross and Tapper on Evidence*, 11^e éd. New York : Oxford University Press, 2007.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8. Boston : Little Brown & Co., 1961.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2011 FC 1467, [2013] 3 F.C.R. 558) setting aside the Prothonotary’s decision (2011 FC 476, 388 F.T.R. 217) and determining that a report by the Canadian Judicial Council was subject to both legal advice and public interest privilege. Appeal dismissed, Stratas J.A. dissenting.

APPEL à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale (2011 CF 1467, [2013] 3 R.C.F. 558) qui a annulé la décision de la protonotaire (2011 CF 476) et qui a déterminé que le rapport du Conseil canadien de la magistrature relevait du conseil juridique et était protégé par un privilège d’intérêt public. Appel rejeté, le juge Stratas, J.C.A., étant dissident.

APPEARANCES

Rocco Galati for appellant.
James Gorham for respondents.
Paul J. J. Cavalluzzo and *Adrienne Telford* for intervener.

ONT COMPARU

Rocco Galati pour le demandeur.
James Gorham pour les intimés.
Paul J. J. Cavalluzzo et *Adrienne Telford* pour l’intervenant.

SOLICITORS OF RECORD

Rocco Galati Law Firm Professional Corporation, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.
Cavalluzzo Shilton McIntyre & Cornish LLP, Toronto, for intervener.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Rocco Galati Law Firm Professional Corporation, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.
Cavalluzzo Shilton McIntyre & Cornish LLP/s.r.l., Toronto, pour l’intervenant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

EVANS J.A.:

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

[1] The Canadian Judicial Council (CJC) has a statutory responsibility to investigate complaints of misconduct made against federally appointed judges.

A. INTRODUCTION

[1] Le Conseil canadien de la magistrature (CCM) est tenu par la loi d’enquêter sur les plaintes d’inconduite concernant les juges nommés par le gouvernement

This may result in a recommendation to the Minister of Justice that a judge has become unable to perform judicial duties by virtue of misconduct, and should be removed from office. The CJC's disciplinary function is delicate: it engages issues of judicial independence and accountability, and of confidentiality and transparency. Consideration of these issues must be driven by the public interest in the administration of justice in both its broadest and more specific senses.

[2] This case raises an important issue about the CJC's investigative process. If a complainant applies for judicial review of a decision by the Chairperson of the Judicial Conduct Committee (Chairperson) to dismiss a complaint against a judge, must the CJC disclose a confidential report prepared by outside counsel to assist the Chairperson in considering the complaint?

[3] In August 2004, Paul Slansky, a Toronto criminal lawyer, complained to the CJC about the conduct of Justice Robert Thompson (Judge), an Ontario Superior Court of Justice judge. He alleged that the Judge had been guilty of serious misconduct during a long and difficult first degree murder trial before a jury, in which Mr. Slansky was representing the accused.

[4] The Chairperson, Chief Justice Scott of Manitoba, dismissed the complaint and closed the file without referring it to an Inquiry Committee (hearing panel) of the CJC. In making this decision, the Chairperson relied on a report from counsel, Professor Martin Friedland, whom he had retained to make further inquiries into Mr. Slansky's allegations.

[5] Mr. Slansky brought an application for judicial review of the Chairperson's decision to dismiss his complaint and not to refer it to a hearing panel. Although Professor Friedland's report had been taken into account by the Chairperson in making this decision, the CJC refused to disclose it as part of the tribunal record requested by Mr. Slansky pursuant to rule 317 of the

fédéral. L'enquête peut donner lieu à une recommandation au ministre de la Justice selon laquelle le juge concerné n'est plus en mesure d'assumer ses fonctions judiciaires en raison d'une conduite répréhensible et devrait être démis de ses fonctions. La fonction disciplinaire du CCM est de nature délicate : elle suppose l'examen de questions liées à l'indépendance et à la responsabilité des juges, ainsi qu'à la confidentialité et à la transparence. Cet examen doit être guidé par l'intérêt public à l'égard de l'administration de la justice au sens le plus large et selon certaines acceptions plus restreintes du terme.

[2] Une question importante concernant le processus d'enquête du CCM est soulevée en l'espèce. Lorsqu'une personne demande le contrôle judiciaire de la décision du président du Comité sur la conduite des juges (le président) de rejeter une plainte formulée contre un juge, le CCM doit-il divulguer un rapport confidentiel rédigé par un avocat de l'extérieur dans le but d'aider le président à examiner la plainte?

[3] En août 2004, Paul Slansky, criminaliste de Toronto, s'est plaint auprès du CCM de la conduite du juge Robert Thompson de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Il a allégué que le juge Thompson s'était rendu coupable d'inconduite grave au cours d'un long et difficile procès devant jury pour meurtre au premier degré dans le cadre duquel M^e Slansky représentait l'accusé.

[4] Le président, le juge en chef Scott du Manitoba, a rejeté la plainte et fermé le dossier sans le renvoyer à un comité d'enquête (comité d'audience) du CCM. Pour rendre sa décision, le président s'était appuyé sur un rapport rédigé par un conseiller juridique, le professeur Martin Friedland, à qui il avait demandé d'approfondir l'enquête concernant les allégations formulées par M^e Slansky.

[5] M^e Slansky a présenté une demande de contrôle judiciaire de la décision du président de rejeter sa plainte et de ne pas la renvoyer à un comité d'audience. Quoique le président ait tenu compte du rapport du professeur Friedland pour rendre sa décision, le CCM a refusé de le divulguer avec les autres documents du dossier du tribunal demandés par M^e Slansky conformément à la

Federal Courts Rules, SOR/98-106 (Rules). The CJC said that the report constituted legal advice and was thus protected by solicitor-client privilege, and was also subject to public interest privilege.

[6] Mr. Slansky brought a motion to compel disclosure of the report as part of the CJC's record. In the alternative, he argued that the Court should exercise its discretion under subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to order the conversion of the application into an action, so that he would have the benefits of trial process, including discovery and *viva voce* evidence.

[7] Subject to the redaction of pages in the report that she considered to be legal advice, Prothonotary Milczynski granted the motion and rejected the CJC's privilege arguments. Having ordered disclosure of most of the report, she did not have to, and did not, determine the conversion issue. Her decision is reported at 2011 FC 476, 388 F.T.R. 217.

[8] The CJC brought a motion under rule 51 of the Rules to set aside the Prothonotary's decision. Justice de Montigny of the Federal Court allowed the motion and reversed the Prothonotary's decision. He found that Professor Friedland's report was subject to both legal advice and public interest privilege. He declined to sever parts of the report, but ordered the CJC to disclose the 6 000 pages of trial transcript examined by Professor Friedland, as well as other publicly available materials that he had considered in preparing his report. Justice de Montigny exercised his discretion not to convert the application into an action. His decision is reported at 2011 FC 1467, [2013] 3 F.C.R. 558.

[9] Mr. Slansky appeals to this Court from that decision. For the reasons that follow, I have concluded that the Friedland Report is covered by legal advice privilege. In addition, I agree with my colleague Justice Mainville that the report is also subject to public interest

règle 317 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles). Le CCM a affirmé que le contenu du rapport relevait du conseil juridique et que le rapport était donc protégé par le secret professionnel de l'avocat ainsi que par un privilège d'intérêt public.

[6] M^e Slansky a présenté une requête en vue de contraindre le CCM à inclure le rapport dans son dossier. À titre subsidiaire, il a affirmé que la Cour devrait exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, pour ordonner la conversion de la demande en une action, de sorte qu'il puisse bénéficier d'un procès, et notamment de la communication préalable de renseignements et de témoignages de vive voix.

[7] Sous réserve du caviardage des pages du rapport qu'elle considérait comme relevant du conseil juridique, la protonotaire Milczynski a accueilli la requête et rejeté les arguments du CCM concernant le privilège. Comme elle a ordonné la divulgation de la majeure partie du rapport, elle n'a pas eu à trancher la question de la conversion de la demande, et elle ne l'a donc pas fait. Sa décision est publiée sous la référence 2011 CF 476.

[8] Le CCM a présenté, en application de la règle 51 des Règles, une requête en vue de faire annuler la décision de la protonotaire. Le juge de Montigny de la Cour fédérale a accueilli la requête et infirmé la décision de la protonotaire. Il a conclu que le rapport du professeur Friedland était protégé en tant que conseil juridique et par un privilège d'intérêt public. Il a refusé de faire retrancher des parties du rapport, mais il a ordonné au CCM de produire les 6 000 pages de transcription de procès examinées par le professeur Friedland, ainsi que tout autre document public utilisé pour rédiger son rapport. Le juge de Montigny a exercé son pouvoir discrétionnaire pour refuser de convertir la demande en action. Sa décision est publiée sous la référence 2011 CF 1467, [2013] 3 R.C.F. 558.

[9] M^e Slansky interjette maintenant appel de cette décision. Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu que le rapport Friedland est protégé par le privilège du conseil juridique. En outre, je suis d'accord avec mon collègue le juge Mainville pour dire que le rapport fait également

privilege. I am not persuaded that Justice de Montigny committed any error in refusing Mr. Slansky's request to convert the application into an action.

[10] Accordingly, I would dismiss the appeal, but vary the Federal Court's order by requiring the CJC to disclose pages 31–32 of the report as part of its tribunal record because they are not relevant to Professor Friedland's investigation of Mr. Slansky's complaint against the Judge.

B. FACTUAL BACKGROUND

[11] In a 16-page complaint to the CJC, dated August 12, 2004 (appeal book, pages 39–54), Mr. Galati, who was representing Mr. Slansky, alleged serious misconduct by the Judge during the trial: discourteous, abusive and impatient behaviour towards Mr. Slansky; bias, refusal to hear arguments and unduly interfering with Mr. Slansky's cross-examination of witnesses; improper motives; abuse of office; and knowingly acting contrary to law.

[12] In turn, the Judge, through the Assistant Deputy Attorney General of Ontario, complained to the Law Society of Upper Canada about Mr. Slansky's conduct at the trial. This complaint was dismissed without being referred to a hearing, on the ground that the conduct in question did not warrant discipline.

[13] The pre-trial motions and the murder trial before Justice Thompson lasted from September 2002 to July 2004, including 130 days for the trial itself, which was much longer than anyone anticipated. It involved dozens of motions and required the Judge to make numerous difficult procedural and evidentiary rulings. A complicating factor throughout was that it was a re-trial following the Ontario Court of Appeal's reversal of the accused's conviction at the first trial, a fact that the Judge had to keep from the jury. The fact that Mr. Slansky was convinced of his client's innocence,

l'objet d'un privilège d'intérêt public. Je ne suis pas convaincu que le juge de Montigny a commis quelque erreur que ce soit en refusant la demande de M^e Slansky concernant la conversion de la demande en action.

[10] Par conséquent, je rejetterais l'appel, mais je modifierais l'ordonnance de la Cour fédérale en exigeant que le CCM verse les pages 31 et 32 du rapport au dossier du tribunal, puisque celles-ci ne sont pas pertinentes par rapport à l'enquête menée par le professeur Friedland au sujet de la plainte de M^e Slansky contre le juge concerné.

B. CONTEXTE FACTUEL

[11] Dans une plainte de 16 pages adressée au CCM le 12 août 2004 (dossier d'appel, pages 39 à 54), M^e Galati, qui représente M^e Slansky, allègue que le juge s'est rendu coupable d'inconduite grave durant le procès : il aurait manqué de courtoisie envers M^e Slansky et aurait été agressif et impatient lorsqu'il s'adressait à lui; il aurait été partial, aurait refusé d'entendre certains arguments et serait intervenu indûment lorsque M^e Slansky procédait au contre-interrogatoire des témoins; il aurait fait preuve de malveillance; il aurait abusé de son pouvoir; enfin, il aurait sciemment enfreint la loi.

[12] Pour sa part, le juge, par l'intermédiaire du sous-procureur général adjoint de l'Ontario, a formulé une plainte auprès du Barreau du Haut-Canada concernant la conduite de M^e Slansky durant le procès. La plainte a été rejetée sans faire l'objet d'une audience, au motif que la conduite de M^e Slansky ne justifiait pas la prise de mesures disciplinaires.

[13] Les requêtes préalables au procès et le procès pour meurtre devant le juge Thompson se sont déroulés de septembre 2002 à juillet 2004, le procès en tant que tel ayant duré 130 jours, ce à quoi personne ne s'était attendu. Le procès a donné lieu à des dizaines de requêtes, et le juge a dû rendre de nombreuses décisions difficiles sur le plan de la preuve et de la procédure. Le fait qu'il s'agissait d'un nouveau procès donnant suite à l'annulation par la Cour d'appel de l'Ontario de la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé en première instance, ce que le juge devait cacher au

while the Judge seems to have been equally convinced that the accused was guilty, only made the management of the trial more challenging.

[14] After receiving Mr. Slansky's complaint against the Judge, the Chairperson engaged Professor Friedland of the University of Toronto's Faculty of Law to conduct further inquiries into it and to report back to him. Professor Friedland is a member of the Ontario Bar, a distinguished criminal law scholar, and the author of an influential report prepared for the CJC, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada* (Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995).

[15] The scope of Professor Friedland's mandate was set out in a letter, dated May 3, 2005, in which Norman Sabourin, the Executive Director and General Counsel of the CJC, confirmed Professor Friedland's appointment: appeal book, pages 56–58. The letter defined the scope of his role by quoting from the “Canadian Judicial Council Policy with Respect to Counsel Retained in Judicial Conduct Matters”, dated September 2002 [Canadian Judicial Council, *Annual Report 2002-03*, Appendix F, at page 51] (Policy).

The role of Counsel in conducting further inquiries is, essentially, to gather further information. Persons familiar with the circumstances surrounding the complaint, including the judge who is the subject of the complaint, will be interviewed. Documentation may be collected and analyzed. It is not the role of Counsel conducting further inquiries to weigh the merits of a complaint or to make any recommendation as to the determination that a Chairperson or a Panel should make. ...

This role is sometimes referred to as that of a “fact-finder”. This description is accurate if it is limited to the gathering or clarification of facts. It would not be accurate if it were intended to encompass adjudicative fact-finding in the sense of making determinations based on the relative credibility of witnesses or the persuasiveness of one fact over another. The role of Counsel conducting further inquiries is simply to attempt to clarify the allegations against the judge and gather evidence which, if established, would support or refute those

jury, est venu compliquer les choses tout au long du procès. Par ailleurs, le fait que M^e Slansky était convaincu de l'innocence de son client alors que le juge semblait convaincu de sa culpabilité n'a pu que rendre encore plus difficile le déroulement du procès.

[14] Après avoir reçu la plainte de M^e Slansky contre le juge, le président a demandé à M^e Friedland, professeur à la faculté de droit de l'Université de Toronto, d'enquêter sur cette plainte et de lui soumettre un rapport. Le professeur Friedland, membre du Barreau de l'Ontario qui mène une carrière distinguée de chercheur en droit pénal, a produit un rapport important pour le CCM intitulé *Une place à part : L'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* (Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1995).

[15] La portée du mandat confié au professeur Friedland est établie dans une lettre datée du 3 mai 2005 dans laquelle Norman Sabourin, directeur exécutif et avocat général principal du CCM, confirme la nomination du professeur Friedland : dossier d'appel, pages 56 à 58. M^e Sabourin délimite le rôle de M^e Friedland selon la politique du CCM concernant les avocats engagés pour faire enquête dans les affaires relatives à la conduite d'un juge, datée de septembre 2002 [voir le Conseil canadien de la magistrature, *Rapport annuel 2002-2003*, Annexe F « Politique du Conseil canadien de la magistrature relative aux avocats agissant dans les affaires de déontologie judiciaire », aux pages 55 et 56] (la politique) :

Le rôle de l'avocat menant une enquête supplémentaire consiste essentiellement à obtenir un complément d'information. Les personnes au fait des circonstances entourant la plainte, y compris le juge visé par celle-ci, seront interrogées. Il est possible que l'on amasse des documents et que l'on procède à leur analyse. Il ne revient pas à l'avocat menant une enquête supplémentaire d'évaluer le bien-fondé d'une plainte ou de faire des recommandations quant à la décision qui devrait être prise par le président ou le sous-comité [...]

L'on associe parfois ce rôle à celui d'un « enquêteur ». Cette analogie est fondée dans la mesure où elle n'implique rien d'autre que la recherche et l'éclaircissement des faits. Elle ne l'est pas si l'on entend également par là la recherche des faits dans le cadre d'un processus juridictionnel, c'est-à-dire la prise de décisions fondées sur la crédibilité des témoins ou sur le caractère plus ou moins convaincant d'un fait par rapport à un autre. Le rôle de l'avocat menant une enquête supplémentaire consiste simplement à s'efforcer d'apporter des éclaircissements

allegations. The Counsel must obtain the judge's response to these allegations and evidence, and present all of this information to the Chairperson or Panel.

The role of Counsel undertaking further inquiries is to focus on the allegations made. However, if any additional, credible and serious allegations of inappropriate conduct or incapacity on the part of the judge come to the Counsel's attention, Counsel is not precluded from inquiry into those matters as well. [Emphasis added.]

[16] In an affidavit affirmed on February 9, 2007 (appeal book, pages 293–294) for the purpose of Mr. Slansky's motion before the Prothonotary, Mr. Sabourin put something of a gloss on the terms of the CJC's Policy reproduced in Professor Friedland's letter of engagement. He indicated that counsel's role of "fact-finder" was broader than might be inferred from reading the Policy.

[17] Thus, Mr. Sabourin said that he was responsible for directing the scope of counsel's inquiries and "the nature of the advice they provide" (emphasis added). Further, he said, counsel is expected "to provide a lawyer's analysis and recommendations" (emphasis added) in respect of the allegations of the complaint. Mr. Sabourin concluded that his expectation, as well as that of the Chairperson, was that counsel's report would constitute legal advice because

... we retain legal counsel and seek a solicitor's investigation of the facts and a solicitor's analysis and recommendations concerning those facts in the context of the legal mandate and obligations of the Council when considering a complaint. Indeed, this is why the *Complaints Procedures* provide that it must be a lawyer that conducts such inquiries; otherwise, this work could be ably conducted by an investigator without legal credentials. [Emphasis added.]

[18] That Professor Friedland shared this understanding of his mandate is suggested by the fact that he stamped his report "CONFIDENTIAL and subject to SOLICITOR-CLIENT PRIVILEGE".

sur les accusations portées contre le juge et à réunir des éléments de preuve qui, s'ils étaient établis, serviraient de fondement à ces accusations ou, au contraire, leur retireraient toute légitimité. L'avocat doit obtenir la réponse du juge sur ces accusations et sur ces éléments de preuve, puis il doit soumettre ces informations au président ou au sous-comité.

L'avocat menant une enquête supplémentaire a pour rôle d'examiner les allégations qui sont formulées. Le champ de son enquête ne se limite toutefois pas obligatoirement à ces allégations. Si de nouvelles allégations de conduite déplacée ou d'incompétence de la part du juge parviennent à sa connaissance, et que ces allégations sont à la fois graves et vraisemblables, il n'est pas interdit à l'avocat d'enquêter aussi à leur sujet. [Non souligné dans l'original.]

[16] Dans un affidavit souscrit le 9 février 2007 (dossier d'appel, pages 293 et 294) aux fins de la requête de M^e Slansky devant la protonotaire, M^e Sabourin met en quelque sorte en contexte l'extrait de la politique du CCM reproduit dans la lettre d'engagement du professeur Friedland. Il précise que le rôle d'« enquêteur » du conseiller juridique est plus grand que l'on pourrait le croire à la lecture de la politique.

[17] Ainsi, M^e Sabourin a affirmé qu'il était chargé d'établir la portée de l'enquête menée par le conseiller juridique et [TRADUCTION] « la nature des conseils fournis » (non souligné dans l'original). Il a ajouté qu'il était attendu du conseiller juridique qu'il [TRADUCTION] « soumette l'analyse et les recommandations d'un avocat » (non souligné dans l'original) en ce qui concerne les allégations formulées dans la plainte. M^e Sabourin conclut qu'il s'attendait, comme le président, à ce que le rapport de l'avocat constitue un avis juridique, en précisant ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] nous retenons les services d'un conseiller juridique à qui nous demandons de faire enquête sur les faits et de nous soumettre son analyse et ses recommandations au sujet des faits en question dans le cadre de la mission que la loi confie au Conseil et des obligations qu'elle lui impose lorsqu'il est saisi d'une plainte. En effet, c'est la raison pour laquelle les *Procédures relatives aux plaintes* prévoient qu'un avocat mène une enquête de ce genre; sinon, ce travail pourrait très bien être fait par un enquêteur sans compétences juridiques. [Non souligné dans l'original.]

[18] Le fait que le professeur Friedland ait estampillé la mention [TRADUCTION] « le présent document est CONFIDENTIEL et est protégé par le SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT » sur son rapport

[19] In a 10-page letter, dated March 9, 2006, Mr. Sabourin advised Mr. Slansky of the bases of the Chairperson's decision that his complaint did not warrant further consideration: appeal book, pages 311–320.

[20] According to Mr. Sabourin, it was the Chairperson's opinion that when viewed in the context of this difficult trial, and taking into account Mr. Slansky's own conduct, the Judge's management of the trial, while far from perfect, did not constitute judicial misconduct. The Chairperson had concluded that, although not all the Judge's rulings were necessarily correct, they did not evidence bias or a knowing disregard of the law.

[21] Mr. Sabourin also described Professor Friedland's methodology in preparing his report (appeal book, page 312), which included: the examination of 6 000 pages of trial transcript, minutes of the proceedings prepared by the court registrars during the trial, and 78 of the rulings made by the Judge before and during the trial; and interviews conducted by Professor Friedland with the Judge, Mr. Slansky, named Crown counsel, the Regional Director of Crown Attorneys, and the Regional Senior Justice. Professor Friedland also listened to tapes of the parts of the trial that had become particularly intense.

[22] Mr. Sabourin noted that the Chairperson had not adopted Mr. Galati's suggestion that "the local bar" be interviewed, because the interviews conducted by Professor Friedland provided sufficient information to enable him to assess the complaint. Moreover, the Judge's predilections in matters of criminal justice, and sentencing in particular, were evident from interviews with the Judge and from some of his reported decisions.

[23] In his application for judicial review of the dismissal of the complaint, Mr. Slansky alleged, among

semble indiquer qu'il envisageait lui aussi son mandat de cette façon.

[19] Dans une lettre de 10 pages datée du 9 mars 2006, M^e Sabourin explique à M^e Slansky les éléments sur lesquels sont fondées la décision du président selon laquelle la plainte de M^e Slansky ne justifiait pas un examen plus approfondi : dossier d'appel, pages 311 à 320.

[20] D'après M^e Sabourin, le président était d'avis que, dans le contexte de la difficulté du procès, et compte tenu de la conduite de M^e Slansky lui-même, même si elle était loin d'être parfaite, la façon dont le juge avait dirigé le procès ne constituait pas une inconduite judiciaire. Le président avait conclu que les décisions rendues par le juge n'étaient pas nécessairement toutes adéquates, mais qu'elles ne constituaient pas une preuve de partialité ou de la volonté du juge de faire sciemment fi de la loi.

[21] M^e Sabourin a également décrit la démarche suivie par le professeur Friedland pour la rédaction de son rapport (dossier d'appel, page 312), laquelle comprenait ce qui suit : l'examen de 6 000 pages de transcription du procès, les procès-verbaux des procédures rédigés par les greffiers du tribunal pendant le procès et 78 des décisions rendues par le juge avant et pendant le procès; et des entrevues menées par le professeur Friedland auprès du juge, de M^e Slansky, du procureur de la Couronne désigné, du directeur régional des procureurs de la Couronne et du juge principal régional. Le professeur Friedland a également écouté l'enregistrement de parties du procès particulièrement intenses.

[22] M^e Sabourin a fait remarquer que le président n'avait pas suivi la suggestion de M^e Galati d'interroger les membres du [TRADUCTION] « barreau local », parce que les entrevues menées par le professeur Friedland contenaient suffisamment de renseignements pour lui permettre d'évaluer la plainte. En outre, la prédilection du juge pour les affaires de justice pénale, et surtout pour ce qui est de la détermination de la peine, était évidente dans les entrevues avec celui-ci et dans certaines de ses décisions publiées.

[23] Dans sa demande de contrôle judiciaire du rejet de la plainte, M^e Slansky allègue, entre autres choses,

other things, that the CJC’s investigation of the complaint was inadequate, the interpretation of the Judge’s conduct was wrong in law, and the CJC had exceeded its jurisdiction by passing “erroneous and flawed judgment” on Mr. Slansky’s conduct at trial as an excuse for the Judge’s misconduct.

que l’enquête menée par le CCM au sujet de la plainte était inadéquate, que l’interprétation de la conduite du juge était erronée en droit et que le CCM avait outrepassé sa compétence en « jugeant de façon erronée et viciée » que le comportement de M^e Slansky durant le procès excusait l’inconduite du juge.

C. LEGISLATIVE FRAMEWORK

C. CADRE LÉGISLATIF

[24] The *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, is the primary legislation relevant to this appeal. Subsection 59(1) establishes the CJC, which is composed of the Chief Justice of Canada, who is the chair of the CJC, and the federally appointed chief justices, associate chief justices, and other specified senior judges, from across Canada.

[24] *La Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, est la principale loi qui s’applique en l’espèce. Le paragraphe 59(1) de la Loi établit le CCM, qui est composé du juge en chef du Canada, président du CCM, et des juges en chef, des juges en chef adjoints et d’autres juges principaux désignés de l’ensemble du Canada nommés par le gouvernement fédéral.

[25] Subsection 60(1) defines the objects of the CJC. Subsection 60(2) set out the CJC’s means of furthering these objects; paragraph (c) is directly relevant to this appeal.

[25] Le paragraphe 60(1) de la Loi précise la mission du CCM. Le paragraphe 60(2) précise les moyens dont dispose le CCM pour remplir cette mission; l’alinéa c) est directement pertinent en l’espèce :

Objects of Council **60.** (1) The objects of the Council are to promote efficiency and uniformity, and to improve the quality of judicial service, in superior courts.

Mission du Conseil **60.** (1) Le Conseil a pour mission d’améliorer le fonctionnement des juridictions supérieures, ainsi que la qualité de leurs services judiciaires, et de favoriser l’uniformité dans l’administration de la justice devant ces tribunaux.

Powers of Council (2) In furtherance of its objects, the Council may

Pouvoirs (2) Dans le cadre de sa mission, le Conseil a le pouvoir :

...

[...]

(c) make the inquiries and the investigation of complaints or allegations described in section 63; and

c) de procéder aux enquêtes visées à l’article 63;

[26] Section 62 authorizes the CJC to engage the services of others as it deems necessary for performing its functions, including the services of counsel to assist in the conduct of inquiries or investigations.

[26] L’article 62 autorise le CCM à retenir les services de tiers lorsqu’il juge que cela est nécessaire pour lui permettre de s’acquitter de ses fonctions, dont les services de conseillers juridiques pour l’assister dans la tenue d’enquêtes :

Employment of counsel and assistants **62.** The Council may engage the services of such persons as it deems necessary for carrying out its objects and duties, and also the services of counsel to aid and assist the Council in the conduct of any inquiry or investigation described in section 63. [Emphasis added.]

Nomination du personnel **62.** Le Conseil peut employer le personnel nécessaire à l’exécution de sa mission et engager des conseillers juridiques pour l’assister dans la tenue des enquêtes visées à l’article 63. [Non souligné dans l’original.]

[27] Subsection 63(2) provides that the CJC may investigate any complaint or allegation made in respect of a federally appointed judge. Subsection 63(5) authorizes the CJC to prevent the publication of information arising from an investigation under this section, and subsection 63(6) permits an investigation to be held in public or private, unless the Minister of Justice requires it to be held in public.

63. ...

Prohibition of information relating to inquiry, etc.

(5) The Council may prohibit the publication of any information or documents placed before it in connection with, or arising out of, an inquiry or investigation under this section when it is of the opinion that the publication is not in the public interest.

Inquiries may be public or private

(6) An inquiry or investigation under this section may be held in public or in private, unless the Minister requires that it be held in public.

[28] After the completion of an investigation, the CJC must report its conclusions to the Minister and may recommend that the judge be dismissed from office if it concludes that the judge is incapacitated or disabled from the due execution of the office of judge by, among other things, misconduct.

Report of Council

65. (1) After an inquiry or investigation under section 63 has been completed, the Council shall report its conclusions and submit the record of the inquiry or investigation to the Minister.

Recommendation to Minister

(2) Where, in the opinion of the Council, the judge in respect of whom an inquiry or investigation has been made has become incapacitated or disabled from the due execution of the office of judge by reason of

...

(b) having been guilty of misconduct,

...

the Council, in its report to the Minister under subsection (1), may recommend that the judge be removed from office.

[27] Le paragraphe 63(2) précise que le CCM peut mener une enquête concernant toute plainte ou allégation formulée à l'égard d'un juge nommé par le gouvernement fédéral. Le paragraphe 63(5) autorise le CCM à empêcher la publication de renseignements issus d'une enquête menée en vertu de cette disposition, et le paragraphe 63(6) permet la tenue d'une enquête publique ou à huis clos, à moins que le ministre de la Justice n'exige qu'elle soit publique :

63. [...]

(5) S'il estime qu'elle ne sert pas l'intérêt public, le Conseil peut interdire la publication de tous renseignements ou documents produits devant lui au cours de l'enquête ou découlant de celle-ci.

Protection des renseignements

(6) Sauf ordre contraire du ministre, les enquêtes peuvent se tenir à huis clos.

Publicité de l'enquête

[28] À l'issue de l'enquête, le CCM doit communiquer ses conclusions au ministre, et il peut recommander la révocation s'il est d'avis que le juge en cause est inapte à remplir utilement ses fonctions, entre autres pour motifs d'inconduite :

65. (1) À l'issue de l'enquête, le Conseil présente au ministre un rapport sur ses conclusions et lui communique le dossier.

Rapport du Conseil

(2) Le Conseil peut, dans son rapport, recommander la révocation s'il est d'avis que le juge en cause est inapte à remplir utilement ses fonctions pour l'un ou l'autre des motifs suivants :

Recommandation au ministre

[...]

b) manquement à l'honneur et à la dignité.

[29] The statutory provisions establishing the disciplinary powers and process of the CJC are in addition to the existing powers to remove a judge from office.

Powers, rights or duties not affected

71. Nothing in, or done or omitted to be done under the authority of, any of sections 63 to 70 affects any power, right or duty of the House of Commons, the Senate or the Governor in Council in relation to the removal from office of a judge or any other person in relation to whom an inquiry may be conducted under any of those sections.

[30] The CJC's Procedures for Dealing with Complaints made to the Canadian Judicial Council about Federally Appointed Judges (Ottawa: Canadian Judicial Council, approved 2002) (Complaints Procedures) [see the Canadian Judicial Council's *Annual Report 2002-03*, Appendix E, at pages 45–49] puts some flesh on the skeletal statutory provisions about the process by which the CJC investigates complaints against judges. The Complaints Procedures were amended in 2010. However, since the 2002 version is the one relevant to this appeal, its terms are reproduced in these reasons.

[31] Section 3.2 of the Complaints Procedures describes the initial step after the CJC has received a complaint.

3.2 The Executive Director shall refer a file to either the Chairperson or a Vice-Chairperson of the Judicial Conduct Committee in accordance with the directions of the Chairperson of the Committee. The Chairperson or a Vice-Chairperson shall not deal with a file involving a judge of their court.

[32] If the Chairperson does not summarily close the file on the ground that the complaint is, among other things, manifestly without basis or outside the jurisdiction of the CJC (paragraph 3.5(a)), the Chairperson may ask the complainant for more information or solicit comments from the judge against whom the complaint has been made (paragraphs 3.5(b) and (c)). Section 5.1 sets out the options available to the Chairperson after considering the responses to these requests. Paragraph 5.1(c) is directly relevant to this appeal:

[29] Les dispositions législatives établissant les pouvoirs et les procédures disciplinaires du CCM s'ajoutent aux autres pouvoirs de révocation des juges :

71. Les articles 63 à 70 n'ont pas pour effet de porter atteinte aux attributions de la Chambre des communes, du Sénat ou du gouverneur en conseil en matière de révocation des juges ou des autres titulaires de poste susceptibles de faire l'objet des enquêtes qui y sont prévues.

Maintien du pouvoir de révocation

[30] Les Procédures relatives à l'examen des plaintes déposées au Conseil canadien de la magistrature au sujet de juges de nomination fédérale (Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, approuvées en 2002) (Procédures relatives aux plaintes) [voir le *Rapport annuel 2002-2003*, Annexe E du Conseil canadien de la magistrature, aux pages 49 à 53] donnent corps au processus d'enquête du CCM sur les plaintes portées contre les juges qu'établissent les dispositions de la loi. Les Procédures relatives aux plaintes ont été modifiées en 2010. Cependant, comme c'est la version de 2002 qui est pertinente en l'espèce, des extraits de cette version sont reproduits dans les présents motifs.

[31] L'article 3.2 des Procédures relatives aux plaintes décrit la première étape suivant la réception d'une plainte par le CCM :

3.2 Le directeur exécutif transmet un dossier au président ou à un vice-président du comité sur la conduite des juges conformément aux directives du président du comité. Ni le président non plus que les vice-présidents ne doivent examiner un dossier mettant en cause un juge qui est membre de la même cour qu'eux.

[32] Si le président ne clôt pas sommairement le dossier au motif, notamment, que la plainte est manifestement dénuée de tout fondement ou qu'elle n'est pas du ressort du CCM (alinéa 3.5a)), il peut demander des renseignements supplémentaires au demandeur ou des commentaires au juge faisant l'objet de la plainte (alinéas 3.5b) et c)). L'article 5.1 établit les possibilités offertes au président une fois qu'il a reçu une réponse à ses demandes. L'alinéa 5.1c) est directement pertinent en l'espèce :

- 5.1 The Chairperson shall review the response from the judge and the judge's chief justice, as well as any other relevant material received in response to the complaint, and may
- (a) close the file where:
- (i) the Chairperson concludes that the complaint is without merit or does not warrant further consideration, or
- (ii) the judge acknowledges that his or her conduct was inappropriate and the Chairperson is of the view that no further measures need to be taken in relation to the complaint; or
- (b) hold the file in abeyance pending pursuit of remedial measures pursuant to section 5.3; or
- (c) ask Counsel to make further inquiries and prepare a report, if the Chairperson is of the view that such a report would assist in considering the complaint; or
- (d) refer the file to a Panel. [Emphasis added.]
- [33] Section 1 of the Complaints Procedures defines "Counsel" as follows:
- "Counsel" means a lawyer who is not an employee of the Council.
- [34] Section 7 contains two provisions that apply when the Chairperson asks counsel to make further inquiries under paragraph 5.1(c):
- 7.1 If the Chairperson asks Counsel to make further inquiries under paragraph 5.1(c), the Executive Director shall so inform the judge and his or her chief justice.
- 7.2 Counsel shall provide to the judge sufficient information about the allegations and the material evidence to permit the judge to make a full response and any such response shall be included in the Counsel's report.
- [35] If, after reviewing counsel's report, the Chairperson decides to close the file on any of the grounds set out in section 5.1, the Executive Director must provide
- 5.1 Le président examine la réponse du juge et du juge en chef, de même que tout autre document pertinent reçu en réponse à la plainte. Il peut prendre l'une ou l'autre des décisions suivantes :
- a) fermer le dossier dans l'un ou l'autre cas suivant :
- (i) il conclut que la plainte est dénuée de fondement ou qu'elle ne nécessite pas un examen plus poussé,
- (ii) le juge reconnaît que sa conduite était déplacée et le président est d'avis qu'il n'est pas nécessaire de prendre d'autres mesures en ce qui concerne la plainte;
- b) mettre le dossier en suspens en attendant l'application de mesures correctives conformément à l'article 5.3;
- c) demander à un avocat de mener une enquête supplémentaire et de rédiger un rapport, si le président est d'avis qu'un tel rapport faciliterait l'examen de la plainte;
- d) déférer le dossier à un comité d'examen. [Non souligné dans l'original.]
- [33] L'article 1 des Procédures relatives aux plaintes définit le terme « avocat » comme suit :
- « avocat » Un avocat qui n'est pas un employé du Conseil.
- [34] L'article 7 contient deux dispositions qui s'appliquent lorsque le président demande à un avocat de mener une enquête supplémentaire en vertu de l'alinéa 5.1(c) :
- 7.1 Si le président demande à un avocat de mener une enquête supplémentaire en vertu de l'alinéa 5.1(c), le directeur exécutif en informe le juge et son juge en chef.
- 7.2 L'avocat fournit au juge suffisamment de renseignements sur les allégations formulées et les éléments de preuve qui s'y rapportent pour lui permettre de présenter une réponse complète à leur égard; toute réponse du juge est incorporée au rapport de l'avocat.
- [35] Dans le cas où, après avoir examiné le rapport de l'avocat, le président décide de clore le dossier pour l'un ou l'autre des motifs prévus à l'article 5.1, le directeur

the judge with a copy of the letter informing the complainant that the file is closed (section 8.2).

[36] The CJC’s Policy [at page 51] contains further detail on the role of counsel when engaged by the Chairperson under paragraph 5.1(c) of the Complaints Procedure “to make further inquiries and prepare a report” to assist the Chairperson in considering a complaint. The provisions of that Policy relevant to this appeal are quoted in paragraph 15 of these reasons.

D. DECISION OF THE PROTHONOTARY

[37] Prothonotary Milczynski granted Mr. Slansky’s motion to compel disclosure of the Friedland Report pursuant to rule 318 of the Rules as part of the administrative record of the CJC’s dismissal of his complaint, which he was challenging in an application for judicial review. She held that the relationship between the CJC and Professor Friedland was not that of solicitor and client because its stated purpose was investigative or “fact-gathering”, not the provision of legal advice.

[38] Consequently, she held that the report was not exempted from disclosure by legal advice privilege in so far as it was limited to its purpose, that is, fact-gathering. However, she found that Professor Friedland had also gone on to provide legal analysis relevant to how the Chairperson should proceed with the complaint, including the allegation of bias. She ordered counsel representing the CJC on the motion to identify the portions of the report that constituted legal advice in order to assist the Court in determining how much should be redacted before disclosure.

[39] The Prothonotary also rejected the CJC’s claim for public interest privilege, on the ground that the non-disclosure of the report would both damage public confidence in the integrity of the complaints process and impede Mr. Slansky’s right to have his application for judicial review conducted in a meaningful manner. She noted that there was no precedent for extending public

exécutif doit fournir au juge un exemplaire de la lettre par laquelle il informe le plaignant de la fermeture du dossier (article 8.2).

[36] La politique du CCM contient des détails concernant le rôle de l’avocat à qui le président demande, en vertu de l’alinéa 5.1(c) des Procédures relatives aux plaintes, « de mener une enquête supplémentaire et de rédiger un rapport » pour l’aider dans l’examen de la plainte. Les dispositions de cette politique qui sont pertinentes en l’espèce sont citées au paragraphe 15 des présents motifs.

D. DÉCISION DE LA PROTONOTAIRE

[37] La protonotaire Milczynski a accueilli la requête de M^e Slansky visant à faire verser, conformément à la règle 318 des Règles, le rapport Friedland au dossier administratif du rejet de sa plainte par le CCM, qu’il conteste dans une demande de contrôle judiciaire. La protonotaire a affirmé que la relation entre le CCM et le professeur Friedland ne correspondait pas à la relation entre un avocat et son client, puisque l’objectif déclaré était la cueillette de renseignements à des fins d’enquête, et non la prestation de conseils juridiques.

[38] Par conséquent, la protonotaire a déclaré que le rapport n’était pas protégé de la divulgation par un privilège de la consultation juridique pour autant que la portée de ce rapport était limitée à son objectif, c’est-à-dire l’enquête. Toutefois, elle a conclu que le professeur Friedland avait également fourni une analyse juridique pertinente par rapport à la façon dont le président devrait traiter la plainte, y compris l’allégation de partialité. Elle a ordonné à l’avocat représentant le CCM pour la requête de repérer les passages du rapport relevant du conseil juridique afin d’aider le tribunal à décider ce qui devait être expurgé avant la divulgation.

[39] La protonotaire a également rejeté l’argument du CCM concernant le privilège d’intérêt public, au motif que la non-divulgation du rapport minerait la confiance du public à l’égard de l’intégrité du processus de plaintes et empêcherait M^e Slansky de se prévaloir de son droit à un examen en bonne due forme de sa demande de contrôle judiciaire. Elle a fait remarquer qu’il n’y avait

interest privilege to the facts gathered in an investigation, and concluded that there was no evidence that disclosure would hamper the CJC's investigative process.

E. DECISION OF THE FEDERAL COURT JUDGE

[40] Justice de Montigny granted the CJC's motion under rule 51 to set aside the decision of the Prothonotary. On the claim for legal advice privilege, the Judge found that, in light of all the circumstances, a relationship of solicitor and client existed between Professor Friedland and the CJC. In this regard, it was a mistake to focus on a single document, such as the CJC's Policy or the letter of engagement. He concluded (at paragraph 52) that the task of sorting out the facts relevant to the decision that the Chairperson had to make was "fundamentally a legal exercise", and that the factual components of the report could not be severed. However, he ordered the disclosure of publicly available materials consulted by Professor Friedland, including 6 000 pages of trial transcript.

[41] The Judge rejected the protection of judicial independence as the basis for public interest privilege. However, he found that the public interest in safeguarding the integrity of the CJC's informal investigative process warranted the non-disclosure of the report, especially since, in this case, Mr. Sabourin's letter to Mr. Slansky gave sufficient information about the bases of the Chairperson's decision to inform him of the case he had to meet.

[42] Finally, he held that summary applications for judicial review are only converted into actions in exceptional circumstances, which did not exist here. Mr. Sabourin had provided extensive information to Mr. Slansky about the bases of the Chairperson's decision. Moreover, even if it were possible for Mr. Slansky to identify all those interviewed by Professor Friedland, it was unclear whether they could provide relevant evidence if summoned as witnesses at a trial.

aucun précédent concernant l'extension du privilège d'intérêt public aux faits consignés au cours d'une enquête, et elle a conclu que rien n'indiquait que la divulgation nuirait au processus d'enquête du CCM.

E. DÉCISION DU JUGE DE LA COUR FÉDÉRALE

[40] Le juge de Montigny a fait droit à la requête présentée par le CCM en vertu de la règle 51 visant à faire annuler la décision de la protonotaire. En ce qui concerne le privilège de la consultation juridique, il a conclu que, à la lumière de l'ensemble des circonstances, il existait une relation d'avocat et de client entre le professeur Friedland et le CCM. À cet égard, le fait de ne tenir compte que d'un seul document, comme la politique du CCM ou la lettre d'engagement, était une erreur. Le juge de Montigny conclut (au paragraphe 52) que la tâche consistant à cerner les faits pertinents par rapport à la décision devant être prise par le président était « essentiellement [...] une activité juridique », et que les parties du rapport portant sur les faits ne pouvaient être retranchées. Le juge a toutefois ordonné la divulgation des documents publics consultés par le professeur Friedland, dont 6 000 pages de transcription du procès.

[41] Le juge de Montigny a rejeté l'argument selon lequel la protection de l'indépendance judiciaire justifiait le privilège d'intérêt public. Toutefois, il a conclu que l'intérêt public à l'égard de la protection de l'intégrité du processus officiel d'enquête du CCM justifiait la non-divulgation du rapport, surtout que la lettre de M^e Sabourin à M^e Slansky contenait suffisamment d'information au sujet des éléments sur lesquels était fondée la décision du président pour permettre à M^e Slansky de se faire une idée de la cause qu'il doit présenter.

[42] Enfin, le juge de Montigny a affirmé que les demandes de contrôle judiciaire ne sont converties en actions que dans des circonstances exceptionnelles inexistantes en l'espèce. M^e Sabourin avait fourni beaucoup de renseignements à M^e Slansky au sujet des éléments sur lesquels la décision du président était fondée. En outre, même si M^e Slansky avait été en mesure de connaître le nom de toutes les personnes interviewées par le professeur Friedland, il n'était pas certain que

celles-ci puissent livrer un témoignage pertinent si elles étaient citées à comparaître dans le cadre d'un procès.

F. ISSUES AND ANALYSIS

[43] The principal issue to be considered in these reasons is whether the Friedland Report is covered by the legal advice branch of solicitor-client privilege. Before addressing this question, I shall deal briefly with three other issues.

(i) standard of review

[44] Counsel for Mr. Slansky argued that the Judge made an error of law by failing to apply a deferential standard of review to the Prothonotary's decision on a question (the disclosure of the Friedland Report) that no one contended was vital to the final issue in the application for judicial review: see *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.); *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450, at paragraph 18.

[45] For this reason, and because it was not suggested that the Prothonotary had misapprehended the facts, Justice de Montigny held (at paragraph 32) that her decision could be reversed only on

... a clear showing that it is wrong, in the sense that it rests upon a wrong principle or a misunderstanding of the law.

[46] Counsel submitted that although Justice de Montigny had correctly formulated the applicable legal test for reviewing decisions of prothonotaries, he had in fact simply substituted his opinion for that of the Prothonotary on questions that were not pure questions of law or principle. I do not accept this argument.

[47] Justice de Montigny disagreed with the Prothonotary's finding on the legal advice privilege issue that a solicitor-client relationship had not been

F. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

[43] La principale question en litige devant être examinée dans les présents motifs consiste à décider si le rapport Friedland est inclus dans le volet conseil juridique du secret professionnel de l'avocat. Avant de me pencher sur cette question, je vais en examiner brièvement trois autres.

i) norme de contrôle

[44] L'avocat de M^e Slansky a affirmé que le juge a commis une erreur de droit en n'appliquant pas une norme de contrôle empreinte de déférence à la décision de la protonotaire concernant une question (la divulgation du rapport Friedland) dont personne n'affirmait qu'elle avait une influence déterminante sur l'issue du principal dans la demande de contrôle judiciaire : voir *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.); *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450, au paragraphe 18.

[45] Pour cette raison, et parce qu'il n'a pas été affirmé que la protonotaire avait procédé à une mauvaise interprétation des faits, le juge de Montigny a déclaré (au paragraphe 32) que la décision de la protonotaire ne pouvait être infirmée que s'il était possible de

[...] démontrer clairement que cette décision est mal fondée en ce sens qu'elle reposait sur un principe erroné ou sur une mauvaise interprétation de la loi.

[46] L'avocat de M^e Slansky a soutenu que le juge de Montigny avait correctement formulé le critère juridique applicable au contrôle des décisions des protonotaires, mais qu'il avait en réalité simplement substitué son opinion à celle de la protonotaire à l'égard de questions ne constituant pas purement des questions de droit ou de principe. Je rejette cet argument.

[47] Le juge de Montigny n'a pas souscrit à la conclusion de la protonotaire concernant la question du privilège de la consultation juridique, c'est-à-dire qu'une

established. He held that she had not considered all the circumstances relevant to this issue, including the nature of the task entrusted to Professor Friedland. Instead, she had focused too narrowly on the letter of engagement and the provisions of the CJC's Policy on the role of counsel. Justice de Montigny also held that it was an error of law to sever the factual portions of a privileged communication. In my view, these are questions of law or principle on which a prothonotary is not entitled to deference.

[48] As for the issue of public interest privilege, I view the error of principle that warranted the Judge's intervention as the Prothonotary's apparent insistence that the CJC had to adduce evidence that those interviewed by Professor Friedland would have been less forthcoming if they had known that his report would be disclosed in the course of judicial proceedings. The Prothonotary also attached virtually no weight to the additional resources that would be required if the CJC were forced to resort regularly to formal hearings before a panel, because the efficacy of its informal investigative process had been undermined by an inability to maintain the confidentiality of counsel's report.

[49] In my view, the Judge did not err by failing to apply a deferential standard of review to the Prothonotary's decision.

(ii) waiver

[50] A suggestion arose during argument before this Court that the CJC had waived any privilege that it might have with respect to the Friedland Report. The suggestion was based on the following statement in the Prothonotary's reasons (at paragraph 31):

The Court was advised at the hearing of the motion that the CJC subsequently provided a copy of the Friedland Report to the Law Society of Upper Canada to be included in its investigation of the complaint filed by Justice Thompson against Mr. Slansky, and that a further copy was sent to the

relation entre un avocat et son client n'avait pas été établie. Il a affirmé que la protonotaire n'avait pas tenu compte de l'ensemble des circonstances pertinentes quant à cette question, notamment de la nature de la tâche confiée au professeur Friedland. Selon lui, la protonotaire s'était plutôt concentrée à tort sur la lettre d'engagement et sur les dispositions de la politique du CCM concernant le rôle des avocats. Le juge de Montigny a également affirmé que le retranchement de parties factuelles d'une communication confidentielle constituait une erreur de droit. J'estime qu'il s'agit là de questions de droit ou de principe à l'égard desquelles un protonotaire n'a pas droit à la déférence.

[48] En ce qui concerne le privilège d'intérêt public, j'estime que l'erreur de principe justifiant l'intervention du juge est l'insistance manifeste de la protonotaire sur le fait que le CCM devait produire des témoignages que les personnes interrogées par le professeur Friedland auraient été moins bien disposées à livrer si elles avaient su que son rapport serait divulgué dans le cadre d'une procédure judiciaire. La protonotaire n'a par ailleurs accordé pratiquement aucun poids à la question des ressources supplémentaires qui seraient nécessaires si le CCM devait régulièrement recourir à des audiences formelles devant des comités d'examen en raison du fait que l'efficacité de son processus informel d'enquête serait minée par une incapacité d'assurer la confidentialité des rapports d'avocat.

[49] J'estime que le juge n'a pas commis d'erreur en n'appliquant pas une norme de contrôle empreinte de déférence à la décision de la protonotaire.

ii) renonciation

[50] Durant les débats devant notre Cour, on a laissé entendre que le CCM avait renoncé à tout privilège dont il aurait pu jouir à l'égard du rapport Friedland. Cette affirmation était fondée sur la déclaration suivante figurant dans les motifs de la protonotaire (au paragraphe 31) :

Lors de l'instruction de la requête, la Cour a été informée que le CCM avait par la suite communiqué une copie du rapport Friedland au Barreau du Haut-Canada en vue de le faire verser au dossier de l'enquête qu'il menait au sujet de la plainte déposée par le juge Thompson contre M^e Slansky, et qu'une autre

Deputy Attorney General at the request of Justice Thompson for this purpose.

Nonetheless, the Prothonotary concluded that any disclosure to the Law Society for the purpose of its investigation of the complaint against Mr. Slansky did not constitute a waiver of privilege because the CJC and the Law Society had a common interest in the due disposition of complaints against those engaged in the administration of justice. She did not mention the further copy allegedly forwarded to the Deputy Attorney General.

[51] In addition, Mr. Slansky stated in a supplementary affidavit, sworn on June 8, 2009 (appeal book, page 341) that during a regulatory meeting of the Law Society in connection with the complaint against him, a lawyer had told him that Professor Friedland had said that Mr. Slansky's jury address in the murder trial was one of the best he had ever read. Because Professor Friedland had also said this to him during the interview, Mr. Slansky inferred that the CJC must have made the report available to the Law Society for use in its disciplinary proceedings against Mr. Slansky. However, this inference is not warranted because it is equally plausible that the lawyer had learned of this compliment during a conversation with Professor Friedland.

[52] These are the only indications in the record that the CJC might have disclosed the Friedland Report to the Law Society and to the Deputy Attorney General of Ontario. Mr. Slansky appears not to have pursued the issue of waiver before Justice deMontigny, nor did counsel raise it in his memorandum of fact and law in the appeal to this Court. When it arose at the hearing in this Court as a result of questions from the Bench, counsel for the CJC consulted Mr. Sabourin, and reported that Mr. Sabourin had told him that he had no knowledge of any disclosure of the report. Counsel for Mr. Slansky did not comment.

[53] In my view, there is insufficient evidence in the record to establish that the CJC had waived its privilege by providing copies of the report to either the Law Society or the Deputy Attorney General of Ontario.

copie avait été envoyée aux mêmes fins au Sous-procureur général, à la demande du juge Thompson.

Néanmoins, la protonotaire a conclu que toute divulgation au Barreau aux fins de son enquête concernant la plainte portée contre M^e Slansky ne constituait pas une renonciation à un privilège, puisque le CCM et le Barreau ont un intérêt commun tenant au traitement en bonne et due forme des plaintes portées contre les responsables de l'administration de la justice. La protonotaire n'a pas mentionné l'autre copie du rapport qui aurait été envoyée au sous-procureur général.

[51] En outre, M^e Slansky a affirmé dans un affidavit supplémentaire souscrit le 8 juin 2009 (dossier d'appel, page 341) qu'un avocat lui avait dit, au cours d'une réunion réglementaire du Barreau au sujet de la plainte portée contre lui, que le professeur Friedland avait dit que l'exposé au jury présenté par M^e Slansky lors du procès pour meurtre était l'un des meilleurs qu'il ait jamais lus. Comme le professeur Friedland lui avait dit la même chose durant l'entrevue, M^e Slansky en a conclu que le CCM devait avoir transmis le rapport au Barreau aux fins de la procédure disciplinaire intentée contre lui. Cette conclusion n'est toutefois pas justifiée, puisqu'il est tout aussi possible que l'avocat ait entendu le compliment de la bouche du professeur Friedland.

[52] Il s'agit là des seuls éléments du dossier pouvant donner à penser que le CCM avait transmis le rapport Friedland au Barreau et au sous-procureur général de l'Ontario. Il semble que M^e Slansky n'ait pas abordé la question de la renonciation devant le juge de Montigny, et son avocat ne l'a pas soulevée dans le mémoire des faits et du droit qu'il a présenté dans le cadre de l'appel devant notre Cour. Lorsque la question a été abordée à l'audience devant notre Cour à la suite de questions posées par un juge, l'avocat du CCM a consulté M^e Sabourin et déclaré que ce dernier lui avait dit qu'il n'avait connaissance d'aucune divulgation du rapport. L'avocat de M^e Slansky n'a pas fait de commentaires.

[53] J'estime que les éléments de preuve versés au dossier ne suffisent pas à établir que le CCM a renoncé à son privilège en fournissant des copies du rapport au Barreau ou au sous-procureur général de l'Ontario.

(iii) conversion

[54] The conversion of the application into an action only arises as an issue in this case if the Friedland Report is privileged. Since the Prothonotary found that it was not, she did not have to decide this question.

[55] Having held the report to be privileged, Justice de Montigny was required to consider Mr. Slansky's request to convert his application for judicial review into an action under section 18.4 of the *Federal Courts Act*. Because his refusal to convert was discretionary in nature, it will only be set aside on appeal if it was either unreasonable in light of the facts or wrong in law.

[56] In his careful consideration of this issue (at paragraphs 86–94), Justice de Montigny correctly stated that a court should grant a request for a conversion “only in exceptional circumstances” (at paragraph 87). He inferred this from the text of subsection 18.4(1) which provides that applications “shall be heard and determined without delay and in a summary way.” The Federal Court's discretion to convert an application into an action under subsection 18.4(2) is very much an exception to the general rule in subsection (1), as affirmed by the case law cited by Justice de Montigny (at paragraphs 88–89).

[57] He noted (at paragraph 90) that the only basis on which Mr. Slansky relied to support the request for a conversion was that the facts relevant to his challenge to the CJC's dismissal of his complaint could not be established by affidavit evidence, which could not make good the “various evidentiary gaps, inconsistencies, and factual issues”. However, Justice de Montigny held that any “gaps” were adequately filled by the detailed explanation of the Chairperson's decision that Mr. Sabourin had provided to Mr. Slansky. Moreover, he said, if gaps existed, it was by no means clear that they could be filled by *viva voce* evidence, especially since Mr. Slansky would not have access to the privileged report.

iii) conversion

[54] La conversion de la demande en action ne doit être examinée en l'espèce que si le rapport Friedland est confidentiel. Comme la protonotaire a conclu qu'il ne l'était pas, elle n'a pas eu à trancher cette question.

[55] Ayant conclu que le rapport était confidentiel, le juge de Montigny a dû examiner la requête de M^e Slansky concernant la conversion de sa demande de contrôle judiciaire en action aux termes de l'article 18.4 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Comme le rejet de la requête de conversion par le juge de Montigny était de nature discrétionnaire, la décision ne sera cassée en appel que si elle était déraisonnable à la lumière des faits ou erronée en droit.

[56] Le juge de Montigny a examiné attentivement la question (aux paragraphes 86 à 94), et il a affirmé à juste titre que les tribunaux ne devraient accueillir les requêtes de conversion « que dans des circonstances exceptionnelles » (au paragraphe 87). Son affirmation est fondée sur le paragraphe 18.4(1), qui prévoit que la Cour fédérale « statue à bref délai et selon une procédure sommaire » sur les demandes. L'application du pouvoir discrétionnaire de la Cour fédérale de convertir une demande en action en application du paragraphe 18.4(2) ne constitue qu'une exception très rare à la règle générale énoncée au paragraphe (1), comme le montre la jurisprudence citée par le juge de Montigny (aux paragraphes 88 et 89).

[57] Le juge de Montigny fait remarquer (au paragraphe 90), que M^e Slansky n'appuie sa demande de conversion que sur l'idée selon laquelle les faits pertinents quant à sa contestation du rejet de sa plainte par le CCM ne pouvaient être établis par voie d'affidavit, ce qui empêchait de régler [TRADUCTION] « plusieurs lacunes, contradictions et questions factuelles dans la preuve ». Le juge de Montigny a cependant affirmé que toutes les « lacunes » ont été comblées adéquatement par l'explication détaillée de la décision du président que M^e Sabourin a fournie à M^e Slansky. Il a ajouté que, même s'il existait des lacunes, il n'était pas du tout clair que celles-ci puissent être comblées par des témoignages de vive voix, étant donné notamment que M^e Slansky n'aurait pas accès au rapport confidentiel.

[58] Justice de Montigny concluded (at paragraph 93) that the key question was whether affidavit evidence would be inadequate for the fair disposition of the allegations made in the application for judicial review, and not whether trial evidence might be superior. Applying this test, he was not persuaded that the circumstances of this case justified converting the application into an action.

[59] This is the only issue on which counsel for the Attorney General took a position. Like the CJC, he supported Justice de Montigny's decision that conversion was not appropriate.

[60] In my view, Justice de Montigny's analysis contains no error warranting this Court's interference with his exercise of discretion. In substance, much of counsel's argument in this Court was designed to show that trial evidence was likely to be better than the affidavits. But that is not the test.

[61] Counsel for Mr. Slansky relied heavily on *Payne v. Ontario Human Rights Commission*, 2000 CanLII 5731, 192 D.L.R. (4th) 315 (Ont. C.A.). However, in my view, this case is not of much assistance to Mr. Slansky since it concerned a different issue, to which a different test applied: whether the applicant was entitled to serve a notice of examination on the Commission's registrar under Rule 39.03 of the Ontario *Rules of Civil Procedure* [R.R.O. 1990, Reg. 194] in order to obtain all the documents in the Commission's possession relevant to the case.

[62] In any event, if the Friedland Report is privileged—and the issue of conversion only arises if it is—it could not be discovered in a trial. Further, Mr. Slansky has been informed of the publicly available documents on which Professor Friedland relied and has been given a full explanation of the bases of the Chairperson's decision.

[58] Le juge de Montigny a conclu (au paragraphe 93) que la question clé à trancher était celle de savoir si les éléments de preuve obtenus par affidavit seraient inadéquats pour le traitement équitable des allégations formulées dans la demande de contrôle judiciaire, et non de savoir si ceux qui pourraient être recueillis au cours d'un procès seraient supérieurs. L'application de ce critère ne l'a pas convaincu que les circonstances de l'espèce justifiaient la conversion de la demande en action.

[59] Il s'agit là de la seule question à l'égard de laquelle l'avocat du procureur général a pris position. Comme le CCM, il a appuyé la décision du juge de Montigny selon laquelle il n'était pas indiqué de procéder à la conversion.

[60] J'estime que l'analyse du juge de Montigny ne contient aucune erreur justifiant l'intervention de la Cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Une bonne partie des arguments avancés par l'avocat de M^e Slansky devant la Cour visaient essentiellement à montrer que les éléments de preuve qui seraient recueillis au cours d'un procès seraient susceptibles d'être supérieurs à ceux qu'ont permis de recueillir les affidavits. Il ne s'agit toutefois pas du critère applicable.

[61] L'avocat de M^e Slansky appuie fortement son raisonnement sur l'arrêt *Payne v. Ontario Human Rights Commission*, 2000 CanLII 5731, 192 D.L.R. (4th) 315 (C.A. Ont.). J'estime toutefois que cet arrêt n'appuie pas vraiment la cause de M^e Slansky, puisqu'il concerne une autre question, à laquelle un critère différent s'applique : il s'agissait dans ce cas de savoir si la demanderesse avait le droit de signifier un avis d'examen au greffier de la Commission en vertu de la règle 39.03 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario [R.R.O. 1990, Règl. 194] dans le but d'obtenir tous les documents en possession de la Commission qui seraient pertinents à l'égard de l'affaire.

[62] De toute façon, si le rapport Friedland est confidentiel — et la question de la conversion ne se pose que si c'est le cas —, il ne pourrait être divulgué dans le cadre d'un procès. En outre, M^e Slansky a été informé des documents publics consultés par le professeur Friedland et a reçu une explication complète concernant les éléments sur lesquels le président a fondé sa décision.

[63] In these circumstances, I would not interfere with Justice de Montigny’s exercise of discretion to refuse to convert the application into an action.

ISSUE 1: Is the Friedland Report subject to solicitor-client privilege?

(i) *introduction*

[64] In considering the CJC’s claim for solicitor-client privilege for the Friedland Report, I have kept in mind the following four features of the privilege and of legal advice privilege in particular.

[65] First, solicitor-client privilege has two branches: litigation and legal advice privilege. The only branch claimed for the Friedland Report is legal advice privilege. This attaches to communications between solicitor and client for the purpose of obtaining or giving legal advice. It is the privilege of the client, not the lawyer.

[66] The rationale for legal advice privilege is that individuals who require the assistance of a lawyer must be able to disclose fully and frankly to the lawyer all the information that the lawyer requires in order to provide sound advice in a legal context: see, for example, *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574 (*Blood Tribe*), at paragraph 9.

[67] Without this guarantee of confidentiality, individuals may be unwilling to reveal all to their lawyer and, as a result, their ability to successfully assert their legal rights, or to discharge their legal duties, may be prejudiced, and the integrity of the administration of justice undermined: *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at paragraph 2. Thus, the rule of law is the ultimate justification of the privilege: *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, 2004 UKHL 48 (BAILII), [2004] 3 W.L.R. 1274, at paragraph 34.

[63] Dans ces circonstances, je n’interviendrais pas dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de Montigny pour refuser de convertir la demande en action.

QUESTION 1 : Le rapport Friedland est-il protégé par le secret professionnel de l’avocat?

i) *introduction*

[64] J’ai examiné l’affirmation du CCM selon laquelle le rapport Friedland est protégé par le secret professionnel de l’avocat, en gardant en tête les quatre caractéristiques suivantes du privilège, et en particulier du privilège du conseil juridique.

[65] Premièrement, le secret professionnel de l’avocat comporte deux volets : le privilège relatif au litige et le privilège de la consultation juridique. Le volet qu’on demande d’appliquer au rapport Friedland est celui du privilège de la consultation juridique. Celui-ci touche les communications entre l’avocat et son client aux fins de l’obtention ou de la prestation de conseils juridiques. Il s’agit d’un privilège dont jouit le client, et non l’avocat.

[66] Le privilège de la consultation juridique est fondé sur le fait que les personnes qui ont besoin de l’aide d’un avocat doivent être en mesure de divulguer en toute franchise tous les renseignements dont l’avocat a besoin pour leur donner de bons conseils dans un contexte juridique : voir, par exemple, *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574 (*Blood Tribe*), au paragraphe 9.

[67] Sans cette garantie de confidentialité, les personnes concernées pourraient ne pas être disposées à tout révéler à leur avocat, ce qui pourrait miner leur capacité de faire valoir leurs droits prévus par la loi ou encore de s’acquitter de leurs devoirs également prévus par la loi et pourrait aussi miner l’intégrité du processus d’administration de la justice : *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, au paragraphe 2. Ainsi, c’est la règle de droit qui justifie au bout du compte l’existence du privilège : *Three Rivers District*

[68] Second, the privilege extends not only to communications from client to lawyer, but also from lawyer to client, including a lawyer's advice on legal issues on which she or he had been consulted by a public official or body in connection with the discharge of statutory responsibilities. Thus, for example, in *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809 (*Pritchard*), privilege was successfully claimed for a legal opinion provided by in-house counsel, on which the Commission had relied in deciding not to exercise its statutory power to refer a complaint of discrimination to adjudication.

[69] It follows from the rationale for legal advice privilege that it does not protect the confidentiality of communications by third parties to a lawyer, at least when the third party was not acting on behalf of the client: *General Accident Assurance Co. v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320, 45 O.R. (3d) 321 (C.A.) (*Chrusz*), at paragraphs 120–122 (*per* Doherty J.A.); *College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, [2003] 2 W.W.R. 279 (*College of Physicians of B.C.*), at paragraphs 45–58.

[70] Hence, any discussion in the report of statements made in confidence to Professor Friedland by those he interviewed is not covered by legal advice privilege. Whether public interest privilege applies is, however, another matter.

[71] Third, when legal advice privilege for a communication has been established on the facts of a given case, and none of the limited exceptions apply (on which, see Adam M. Dodek, “Reconceiving Solicitor-Client Privilege” (2010), 35 *Queen's L.J.* 493, at pages 514–516), the privilege is “as close to absolute as possible” and, once established, “does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis”: *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445 [cited

Council & Ors v. Bank of England, 2004 UKHL 48 (BAILII), [2004] 3 W.L.R. 1274, au paragraphe 34.

[68] Deuxièmement, le privilège s'applique non seulement aux communications entre le client et l'avocat, mais également aux communications entre l'avocat et le client, y compris les conseils donnés par l'avocat concernant des questions juridiques au sujet desquelles il a été consulté par un fonctionnaire ou un organisme public dans le contexte de l'acquittement des responsabilités prévues par la loi. Ainsi, dans l'arrêt *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809 (*Pritchard*), la Commission a obtenu la protection de la confidentialité d'un avis juridique qui lui avait été fourni par l'un de ses avocats et sur lequel elle avait fondé sa décision de ne pas exercer le pouvoir que lui confère la loi de renvoyer à l'arbitrage une plainte en matière de discrimination.

[69] Il découle de la justification du privilège de la consultation juridique que celui-ci ne protège pas la confidentialité des communications entre des tierces parties et un avocat, à tout le moins lorsque le tiers ne représente pas le client : *General Accident Assurance Co. v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320, 45 R.J.O. (3^e) 321 (C.A.) (*Chrusz*), aux paragraphes 120 à 122 (le juge Doherty); *College of Physicians of B.C. c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, [2003] 2 W.W.R. 279 (*College of Physicians of B.C.*), aux paragraphes 45 à 58.

[70] Par conséquent, toute analyse, dans le rapport, des déclarations faites sous le sceau de la confidentialité devant le professeur Friedland par les personnes qu'il a interrogées ne fait pas l'objet du privilège de la consultation juridique. Cela ne règle cependant pas la question de savoir si un privilège d'intérêt public s'applique.

[71] Troisièmement, lorsque l'application du privilège de la consultation juridique à une communication a été établie à la lumière des faits d'une affaire donnée et qu'aucune des quelques exceptions possibles ne s'applique (à ce sujet, voir l'article d'Adam M. Dodek intitulé « Reconceiving Solicitor-Client Privilege » (2010), 35 *Queen's L.J.* 493, aux pages 514 à 516), le privilège est « aussi absolu que possible », et, une fois qu'il est établi, il « ne nécessite pas une évaluation des

above], at paragraph 35. In this latter respect, legal privilege differs from public interest privilege. I would also add that, if a communication is found to be privileged, it is not for the Court to opine on the wisdom of the decision to make the claim.

[72] The search for truth in litigation should not be taken to be the one “true” principle, to which claims for the confidentiality of a communication on the basis of solicitor-client privilege are subsidiary and “a necessary evil to be tolerated only in the clearest of situations”: *Chrusz*, at paragraph 67. Rules 317 and 318 are not a statutory abrogation of solicitor-client privilege: *Pritchard*, at paragraphs 32–36.

[73] Fourth, legal privilege is based on the class to which the communication belongs, not on the content of that communication. Thus, once it is established that a communication falls within the definition of the scope of the privilege, the court does not consider the content of the document in question in order to determine whether its disclosure is likely to prejudice the free flow of information that legal privilege is designed to protect.

(i) *the elements of legal advice privilege*

[74] The four elements of the test for determining whether a communication qualifies for legal advice privilege are well established: (1) it must have been between a client and solicitor; (2) it must be one in which legal advice is sought or offered; (3) it must have been intended to be confidential; and (4) it must not have had the purpose of furthering unlawful conduct: see *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at page 837; *Pritchard*, at paragraph 15.

[75] Counsel for Mr. Slansky did not dispute that the report was intended to be confidential. Professor Friedland stamped it as such. As already noted, I am not persuaded that the CJC subsequently waived its

intérêts dans chaque cas » : *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445 [précité], au paragraphe 35. À ce dernier égard, le privilège juridique diffère du privilège d’intérêt public. J’ajouterai également que, lorsqu’une communication est jugée privilégiée, il n’appartient pas à la Cour de se prononcer sur le fait qu’il soit sage ou non de demander qu’elle le soit.

[72] La recherche de la vérité dans le cadre de la procédure ne devrait pas être vue comme étant le seul « vrai » principe, auquel les demandes de protection de la confidentialité des communications fondées sur le secret professionnel de l’avocat seraient subordonnées, celles-ci étant [TRADUCTION] « un mal nécessaire ne devant être toléré que dans les situations les plus claires » : *Chrusz*, au paragraphe 67. Les règles 317 et 318 ne constituent pas des dispositions supprimant le privilège avocat-client : *Pritchard*, aux paragraphes 32 à 36.

[73] Quatrièmement, le privilège juridique est fondé sur la catégorie à laquelle la communication appartient, et non sur le contenu de celle-ci. Ainsi, une fois qu’il est établi que la communication est incluse dans la portée définie du privilège, le tribunal n’examine pas le contenu du document en question dans le but de décider si sa divulgation est susceptible de nuire à la libre circulation de l’information que le privilège juridique vise à protéger.

ii) *les éléments du privilège de la consultation juridique*

[74] Les quatre éléments du critère servant à décider si une communication fait l’objet du privilège de la consultation juridique sont bien établis : il doit s’agir 1) d’une communication entre un avocat et son client; 2) qui comporte une consultation ou un avis juridiques; 3) que les parties considèrent de nature confidentielle; et 4) qui n’avait pas pour objectif de permettre la perpétration d’un acte illégal : voir *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la page 837; *Pritchard*, au paragraphe 15.

[75] L’avocat de M^e Slansky n’a pas contesté le fait que le rapport était considéré par les parties concernées comme étant confidentiel. Le professeur Friedland a posé un tampon qui le précisait sur le rapport. Comme

confidentiality. The fourth element of the *Solosky* test is not relevant to this appeal.

[76] The central question in this case is whether the Chairperson engaged Professor Friedland in his capacity as a lawyer to provide legal advice to assist him in deciding whether to dismiss the complaint or refer it to a hearing.

[77] Legal advice has been held to include not only telling clients the law, but also giving advice “as to what should prudently and sensibly be done in the relevant legal context”: *Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317 (C.A.), at page 330, quoted with approval in *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71, at paragraph 26.

[78] Further, as Steel J.A. observed in *Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, 2001 MBCA 11(CanLII), 196 D.L.R. (4th) 716 (*Gower*), at paragraph 22, this question is “closely related to whether the solicitor was acting in a professional legal capacity as a solicitor.”

[79] In *Blood Tribe*, Justice Binnie somewhat broadened the scope of legal advice privilege by stating (at paragraph 10) that solicitor-client privilege is

... applicable to all interactions between a client and his or her lawyer when the lawyer is engaged in providing legal advice or otherwise acting as a lawyer rather than as a business counsellor or in some other non-legal capacity. [Emphasis added.]

Thus, a solicitor-client relationship is established for privilege purposes if the lawyer has been asked either to give legal advice or otherwise to act as a lawyer, that is, to perform services related to a legal issue pertaining to the client for which the professional skills and knowledge of a lawyer are required.

je l’ai déjà mentionné, je ne suis pas convaincu que le CCM a par la suite renoncé à la confidentialité du rapport. Le quatrième élément du critère de l’arrêt *Solosky* n’est pas pertinent en l’espèce.

[76] La principale question à trancher en l’espèce est celle de savoir si le président a eu recours aux services du professeur Friedland à titre d’avocat pour qu’il lui fournisse des conseils juridiques afin de l’aider à décider s’il devait rejeter la plainte ou la déférer à une audience.

[77] Les tribunaux ont affirmé que la consultation juridique inclut non seulement le fait d’expliquer le droit à un client, mais également la prestation de conseils [TRADUCTION] « sur les mesures raisonnables et prudentes à prendre dans le contexte juridique en cause » : *Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317 (C.A.), à la page 330, cité avec approbation dans l’arrêt *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71, au paragraphe 26.

[78] En outre, comme l’a fait remarquer la juge Steel dans l’arrêt *Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, 2001 MBCA 11 (CanLII), 196 D.L.R. (4th) 716 (*Gower*), au paragraphe 22, cette question est [TRADUCTION] « étroitement liée à la question de savoir si l’avocat agissait en tant qu’avocat assumant des fonctions juridiques professionnelles ».

[79] Dans l’arrêt *Blood Tribe*, le juge Binnie a dans une certaine mesure élargi la portée du privilège de la consultation juridique en déclarant (au paragraphe 10) que le secret professionnel de l’avocat est

[...] applicable à toutes les communications entre un client et son avocat lorsque ce dernier donne des conseils juridiques ou agit, d’une autre manière, en qualité d’avocat et non en qualité de conseiller d’entreprise ou à un autre titre que celui de spécialiste du droit. [Non souligné dans l’original.]

Ainsi, une relation entre un avocat et son client est établie aux fins du privilège si l’avocat s’est vu demander de fournir des conseils juridiques ou d’agir en tant qu’avocat à d’autres égards, c’est-à-dire d’offrir des services liés à une question juridique concernant le client pour la prestation desquels il est nécessaire de posséder les compétences professionnelles et les connaissances d’un avocat.

(iii) *lawyers and investigations: the jurisprudence*

[80] *Gower* is the leading authority on legal advice privilege respecting a report by a lawyer who has been instructed by a client to investigate a complaint of improper conduct. The issue in *Gower* was whether the plaintiff in a wrongful dismissal action was entitled to the production of a report written by a lawyer at the request of the defendant, the plaintiff's employer.

[81] The lawyer had been retained to conduct an investigation into a complaint against the plaintiff of sexual harassment "as counsel on behalf of the Employer for the purpose of providing a fact finding report and giving legal advice based on the findings in the report" (at paragraph 5). The Court held (at paragraph 12) that the entire report, including the section on findings of fact, was subject to legal advice privilege, on the ground that "the entire report forms an investigative report leading to legal advice".

[82] As to what constitutes "legal advice" for the purpose of the privilege, the Court stated (at paragraph 19):

... legal advice is not confined to merely telling the client the state of the law. It includes advice as to what should be done in the relevant legal context. It must, as a necessity, include ascertaining or investigating the facts upon which the advice will be rendered. Courts have consistently recognized that investigation may be an important part of a lawyer's legal services to a client so long as they are connected to the provision of those legal services.

[83] The Court held (at paragraph 37) that if the lawyer had been asked only to investigate and to find the facts, that would not have constituted the giving of legal advice, and the report would not have been privileged. However, the Court was satisfied (at paragraph 38) that the lawyer was also asked to provide recommendations and to advise on their legal implications. Since the fact finding was inextricably linked to the provision of that legal service, the portion of the

iii) *les avocats et les enquêtes : la jurisprudence*

[80] *Gower* est l'arrêt de principe à l'égard du privilège de consultation juridique concernant un rapport rédigé par un avocat chargé par un client d'enquêter sur une plainte en matière de conduite inappropriée. La question à trancher dans l'arrêt *Gower* était celle de savoir si le demandeur d'une poursuite pour congédiement injustifié pouvait faire produire un rapport rédigé par une avocate à la demande du défendeur, l'employeur du demandeur.

[81] L'avocate avait été chargée de mener une enquête sur une plainte de harcèlement sexuel portée contre le demandeur [TRADUCTION] « en tant qu'avocate de l'employeur aux fins de la rédaction d'un rapport sur les faits et de la prestation de conseils juridiques en fonction du contenu de ce rapport » (au paragraphe 5). La Cour a affirmé (au paragraphe 12) que l'intégralité du rapport, y compris la section de constatation des faits, faisait l'objet du privilège de la consultation juridique, au motif que [TRADUCTION] « le rapport dans son ensemble est un rapport d'enquête donnant lieu à la formulation de conseils juridiques ».

[82] Quant à ce qui constitue une « consultation juridique » aux fins du privilège, la Cour a déclaré ce qui suit (au paragraphe 19) :

[TRADUCTION] [...] la consultation juridique ne se limite pas à la description de l'état du droit pour le client. Elle inclut les conseils concernant ce qui devrait être fait dans le contexte juridique pertinent. Elle doit nécessairement inclure la vérification des faits ou l'enquête sur les faits qui constitueront le fondement des conseils offerts. Les tribunaux ont constamment reconnu que l'enquête peut constituer une partie importante des services juridiques fournis à un client par un avocat, pour autant qu'elle est liée à la prestation de ces services juridiques.

[83] La Cour a affirmé (au paragraphe 37) que, si l'avocate avait été chargée seulement d'enquêter et de constater les faits, son travail n'aurait pas consisté en la prestation de conseils juridiques, et le rapport n'aurait pas été confidentiel. La Cour s'est toutefois dite convaincue (au paragraphe 38) qu'on avait aussi demandé à l'avocate de formuler des recommandations ainsi que des conseils sur les répercussions de celles-ci sur le plan juridique. Comme la constatation des faits était inextricablement

report dealing with the lawyer's findings of fact was also covered by the privilege.

[84] *College of Physicians of B.C.* arose from a complaint of misconduct by a physician. One issue was whether experts' reports obtained by the College's in-house lawyer in the course of her investigation of the complaint were covered by legal advice privilege.

[85] Adopting the approach in *Gower*, the Court in *College of Physicians of B.C.* stated that legal advice privilege may attach to a communication by a lawyer to a committee of the regulatory body made in the context of providing legal advice on the performance of its statutory duty to decide whether a complaint should be subject to further inquiry. The Court found (at paragraph 42) that the lawyer's instructions were

... to obtain the facts necessary to render legal advice to the [College's Sexual Conduct Committee] concerning its legal obligations arising out of the complaint. As such, she was engaged in giving legal advice to her client.

However, on the basis of *Chrusz*, the Court held that the experts' reports were not covered by solicitor-client privilege because they were communications to the lawyer by third parties who were not acting on behalf of the College, the lawyer's client.

[86] In an earlier case, *Wilson v. Favelle*, 1994 CanLII 1152, 26 C.P.C. (3d) 273 (B.C.S.C.) (*Wilson*), the Master emphasized the importance of the scope of the role assigned to a lawyer in determining whether legal advice privilege applies. An outside lawyer had been retained by the British Columbia Ministry of Health to investigate a complaint of misconduct by the plaintiff, an employee of the Ministry. The plaintiff sought production of the lawyer's report, which the Province opposed on the ground that it was subject to solicitor-client privilege.

liée à la prestation de ce service juridique, la partie du rapport consistant en la constatation des faits par l'avocat a aussi été considérée comme étant confidentielle.

[84] L'arrêt *College of Physicians of B.C.* a découlé d'une plainte d'inconduite portée contre un médecin. L'une des questions soulevées était de savoir si les rapports d'experts obtenus par l'avocate interne du collège dans le cadre de son enquête concernant la plainte étaient visés par le privilège de la consultation juridique.

[85] Suivant la démarche adoptée dans l'arrêt *Gower*, la Cour a déclaré, dans l'arrêt *College of Physicians of B.C.*, que le privilège de la consultation juridique peut s'appliquer à une communication entre un avocat et un comité de l'organisme réglementaire faite dans le contexte de la prestation de conseils juridiques concernant l'acquittement de son devoir prévu par la loi de décider si une plainte devrait faire l'objet d'une enquête approfondie. La Cour a conclu (au paragraphe 42) que l'avocate avait reçu pour instructions

[TRADUCTION] [...] de recueillir les faits nécessaires pour donner au [comité relatif à la conduite sexuelle du collège] un avis juridique au sujet de ses obligations légales par suite de la plainte. Elle avait donc été engagée pour donner une opinion juridique à son client.

Cependant, en se fondant sur l'arrêt *Chrusz*, la Cour a affirmé que les rapports d'experts n'étaient pas visés par le secret professionnel de l'avocat, puisqu'il s'agissait de communications entre l'avocate et des tierces parties qui ne représentaient pas le collège, c'est-à-dire le client de l'avocate.

[86] Dans une décision antérieure, *Wilson v. Favelle*, 1994 CanLII 1152, 26 C.P.C. (3d) 273 (C. supr. C.-B.) (*Wilson*), le protonotaire a insisté sur l'importance de la portée du rôle attribué à un avocat pour ce qui est de décider si le privilège de la consultation juridique s'applique. Une avocate de l'extérieur avait été chargée par le ministère de la Santé de la Colombie-Britannique d'enquêter sur une plainte d'inconduite formulée par le demandeur, qui était un employé du ministère. Le demandeur a demandé la production du rapport de l'avocate, ce à quoi le gouvernement de la province s'est opposé au motif que le rapport était protégé par le secret professionnel de l'avocat.

[87] The contract between the lawyer and the Ministry stated that the lawyer was to investigate the allegations by interviewing the complainant. The lawyer was then to prepare a report for the Deputy Minister documenting the facts, and advise on any breaches of the standards of conduct applicable to public service employees and on any damage to either the Ministry's ability to perform its functions or the reputation of the Crown or its employees. The terms of the contract were subsequently characterized in an affidavit as including the provision of legal advice to the Deputy Minister.

[88] The Master granted the motion for production on the ground that the terms of the lawyer's contract did not establish a solicitor-client relationship. He gave no weight to the affidavit's after-the-fact recharacterization of the instructions.

[89] Unlike the situation in *Gower* and *College of Physicians of B.C.*, Professor Friedland's letter of engagement did not expressly include the provision of legal advice to the Chairperson. Indeed, he was specifically instructed not to advise the Chairperson on the decision he should make regarding the complaint. However, *Blood Tribe* has somewhat modified the law as formulated in these cases in that a lawyer and client relationship will be established if the lawyer had been engaged to provide services in a legal context for which a lawyer's skills and knowledge are necessary, even if the services might not be regarded as the provision of legal advice in the ordinary sense, because, for example, the lawyer neither informs the client about their legal rights or duties, nor expressly advises on action to be taken by the client given the client's legal position.

[90] Whether Professor Friedland was retained to give legal advice or otherwise to act as a lawyer depends on the answers to two questions. First, what was the scope of the mandate given to him by the CJC? Second, is that mandate properly characterized as "providing legal advice or otherwise acting as a lawyer"?

[87] Le contrat conclu entre l'avocate et le Ministère précisait que l'avocate devait enquêter sur les allégations formulées en interrogeant le plaignant. Elle devait ensuite rédiger un rapport sur les faits à l'intention du sous-ministre et l'aviser de toute entorse aux normes de conduite applicables aux employés de la fonction publique et de tout préjudice touchant la capacité du ministère d'exécuter ses fonctions ou la réputation de la Couronne ou de ses employés. Les modalités du contrat ont par la suite été précisées dans un affidavit indiquant qu'elles incluaient la prestation de conseils juridiques au sous-ministre.

[88] Le protonotaire a accueilli la requête de production du rapport au motif que les modalités du contrat de l'avocate n'établissaient pas de relation entre un avocat et son client. Il n'a accordé aucun poids à l'affidavit précisant après coup les instructions que devait suivre l'avocate.

[89] Contrairement aux documents examinés dans le cadre des arrêts *Gower* et *College of Physicians of B.C.*, la lettre d'engagement du professeur Friedland ne parlait pas expressément de la prestation de conseils juridiques au président. Le professeur Friedland a plutôt reçu pour instruction précise de ne pas conseiller le président à l'égard de la décision qu'il devrait rendre selon lui au sujet de la plainte. L'arrêt *Blood Tribe* est toutefois venu modifier dans une certaine mesure la jurisprudence formulée dans le cadre de ces décisions en précisant qu'une relation entre un avocat et son client est établie si l'avocat est chargé de fournir des services dans un contexte juridique exigeant les compétences et les connaissances d'un avocat, même si ces services peuvent ne pas être perçus comme étant des services juridiques au sens courant du terme, par exemple parce que l'avocat n'informe pas le client de ses droits et de ses devoirs ni ne le conseille expressément sur les mesures qu'il devrait prendre vu la situation dans laquelle il se trouve sur le plan juridique.

[90] Pour décider si le professeur Friedland avait été chargé de fournir des conseils juridiques ou d'agir d'une autre manière en qualité d'avocat, il faut répondre à deux questions. Premièrement, quelle était la portée du mandat que lui avait donné le CCM? Deuxièmement, peut-on affirmer à juste titre que ce mandat consistait à

(iv) *Professor Friedland's mandate*

[91] Counsel for Mr. Slansky says that the terms of the CJC's Policy form the basis of Professor Friedland's letter of engagement. They establish that, as counsel, his role was limited to investigating the complaint by gathering facts and clarifying the allegations, so as to assist the Chairperson in deciding how to proceed with the complaint.

[92] Further, he argues, it is clear from *Gower*; *College of Physicians of B.C.*; and *Wilson* that the reports of lawyers who are instructed to investigate the facts of a complaint are not subject to legal advice privilege, unless their mandate also includes the provision of legal advice.

[93] Counsel submits that Professor Friedland's role was not to provide legal advice or other legal services, but rather was analogous to that of human rights investigators who investigate complaints of discrimination and report to the Commission on whether an adjudicative hearing is warranted. He says that these investigators have not generally been lawyers, and their reports are normally disclosed as a matter of fairness to complainants.

[94] There might be much to be said for this view if the nature of Professor Friedland's mandate was to be determined only by reference to the CJC's Policy incorporated into the letter of engagement, without any consideration of context. However, while the retainer is important evidence of whether a solicitor-client relationship has been established, the terms of the retainer are not necessarily conclusive (*Gower*, at paragraph 40), and must be construed in light of all the relevant circumstances.

[95] The description of Professor Friedland's mandate in the letter of engagement was based on the CJC's Policy respecting the role of counsel. The parts of the Policy quoted in the letter state that the role of counsel

« donne[r] des conseils juridiques ou agi[r], d'une autre manière, en qualité d'avocat »?

iv) *Le mandat du professeur Friedland*

[91] L'avocat de M^e Slansky affirme que la lettre d'engagement du professeur Friedland est fondée sur les dispositions de la politique du CCM. Selon ces dispositions, en tant qu'avocat, son rôle se limitait à mener une enquête sur la plainte en consignait les faits et en éclaircissant les allégations, de façon à aider le président à décider de la façon adéquate de traiter la plainte.

[92] Il ajoute qu'il est clair d'après les arrêts *Gower*; *College of Physicians of B.C.*; et la décision *Wilson* que les rapports des avocats chargés d'enquêter sur les faits liés à une plainte ne sont pas visés par le privilège de la consultation juridique, à moins que le mandat des avocats n'inclue aussi la prestation de conseils juridiques.

[93] L'avocat affirme que le rôle du professeur Friedland n'était pas de fournir des conseils juridiques ou d'autres services de cette nature. Il était plutôt analogue à celui des enquêteurs sur les droits de la personne qui examinent des plaintes de discrimination et présentent un rapport à la Commission en lui indiquant si la tenue d'une audience d'arbitrage est justifiée ou non. Il dit que ces enquêteurs ne sont pas en général des avocats et que leurs rapports sont normalement divulgués aux demandeurs par souci d'équité.

[94] Il y aurait peut-être beaucoup de choses à dire pour appuyer ce point de vue si la nature du mandat du professeur Friedland ne devait être déterminée que par référence à la politique du CCM dans la lettre d'engagement, sans qu'il soit tenu compte du contexte par ailleurs. Toutefois, quoique le mandat constitue une preuve importante de l'établissement d'une relation entre un avocat et son client, les modalités de celui-ci ne sont pas nécessairement déterminantes (voir l'arrêt *Gower*, au paragraphe 40), et elles doivent être interprétées à la lumière de toutes les circonstances pertinentes.

[95] La description du mandat du professeur Friedland figurant dans la lettre d'engagement est fondée sur la politique du CCM concernant le rôle des avocats. Selon les extraits de la politique cités dans la lettre, le rôle de

in conducting further inquiries into a complaint is to “gather further information”, “attempt to clarify the allegations” and “gather evidence which, if established, would support or refute those allegations”. In addition, the Policy provides that “[d]ocumentation may be collected and analyzed” (emphasis added) by counsel.

[96] The Policy provides no further positive explanation of what “fact-gathering” entails, but it does say what it does not include. First, while sometimes described as a fact-finder, counsel is not an adjudicative fact-finder who must make factual determinations based on a weighing of the evidence. Second, it is not counsel’s role to recommend the decision that the Chairperson should make on the complaint. The Policy does not mention the provision of legal analysis or advice, although, depending on the nature of the particular complaint, this could be implicit in counsel’s mandate, including the instruction to provide an analysis of documentation.

[97] Professor Friedland’s letter of engagement did not expressly relate the terms of the Policy to the nature of the inquiries he was to make in respect of Mr. Slansky’s complaint. However, in my view this can be inferred from the complaint itself, which included allegations that the Judge’s conduct of the trial included highly improper, non-judicial behaviour, bias, and procedural and evidentiary rulings that the Judge knew to be wrong.

[98] Inquiring into these allegations in order to assist the Chairperson in making a decision on whether to refer the complaint to a hearing panel called for an analysis of documents and tapes that required the skills and knowledge of a lawyer. And not just any lawyer, but one like Professor Friedland who had an extensive knowledge of criminal law and criminal trial process.

l’avocat menant une enquête supplémentaire concernant une plainte consiste à « obtenir un complément d’information », à « s’efforcer d’apporter des éclaircissements sur les accusations portées » et à « réunir des éléments de preuve qui, s’ils étaient établis, serviraient de fondement à ces accusations ou, au contraire, leur retireraient toute légitimité ». En outre, la politique précise qu’il « est possible que [l’avocat] amasse des documents et [qu’il] procède à leur analyse » (non souligné dans l’original).

[96] La politique ne précise pas ce que suppose la « recherche de faits », mais elle indique toutefois ce qu’elle exclut. Premièrement, si l’on dit parfois qu’il joue le rôle d’un « enquêteur », l’avocat n’est pas chargé de procéder à la recherche des faits dans le cadre d’un processus juridictionnel, c’est-à-dire de tirer des conclusions de fait après avoir apprécié la preuve. Deuxièmement, le rôle de l’avocat n’est pas de recommander au président qu’il rende telle ou telle décision concernant la plainte. La politique ne parle pas de la prestation d’analyse ou de conseils juridiques quoique cela puisse, selon la nature de la plainte, être implicite dans le mandat de l’avocat, notamment s’il lui est demandé de fournir une analyse des documents en cause.

[97] La lettre d’engagement du professeur Friedland n’établissait pas expressément de lien entre les dispositions de la politique et la nature de l’enquête qu’il devait mener sur la plainte de M^e Slansky. J’estime toutefois que la nature de l’enquête découle de la plainte en elle-même, puisque celle-ci contient des allégations selon lesquelles le juge aurait eu durant le procès une conduite tout à fait inappropriée et un comportement non judiciaire, il aurait fait preuve de partialité et aurait rendu des décisions relatives à la procédure et à la preuve dont il savait qu’elles étaient erronées.

[98] L’enquête concernant ces allégations menée en vue d’aider le président à rendre une décision au sujet de la possibilité de déférer la plainte à un comité d’audience supposait une analyse des documents et des enregistrements exigeant les compétences et les connaissances d’un avocat, et pas seulement d’un avocat ordinaire, mais de quelqu’un comme le professeur Friedland, qui possède une connaissance approfondie du droit pénal et des procès criminels.

[99] Thus, Professor Friedland examined 6 000 pages of trial transcript, and listened to tape recordings of parts of the trial, in order to clarify the allegation of misconduct by the Judge in the manner in which he managed a difficult trial. Sifting through this material to understand the dynamics of the trial, identifying exchanges involving the Judge that might constitute judicial misconduct and not just give rise to an appeal, and providing an analysis of these findings, all called for a lawyer's knowledge and skills. Similarly, Professor Friedland's analysis of the Judge's rulings in this case, as well as of his other reported decisions, for indications of bias, bad faith, or improper motives, was also uniquely within a lawyer's competence.

[100] These activities are certainly included in the analysis of documentation that the CJC's Policy states is part of the role of counsel. The documents that had to be analysed to enable Professor Friedland to conduct further inquiries into Mr Slansky's allegations clearly called for a lawyer's expertise.

[101] The context in which Professor Friedland was retained under paragraph 5.1(c) of the Complaints Procedures as counsel to conduct further inquiries into the complaint of judicial misconduct was to assist the Chairperson in making a decision as to whether to refer the complaint to a hearing panel. This is an essential aspect of the legal context in which he provided his services.

[102] In order for Professor Friedland in this case to provide the assistance contemplated by paragraph 5.1(c), he also had to be sensitive to the line between judicial errors that are appropriately remedied by an appeal and misconduct that might warrant removal from the Bench. This is always an especially delicate matter when the CJC is investigating a complaint, like Mr. Slansky's, that relates to a judge's legal rulings and conduct of a trial, issues that are at the heart of judicial independence and for which an appeal is normally the appropriate recourse.

[103] In my view, a lawyer's knowledge was required to make that distinction in this case. Professor

[99] Le professeur Friedland a donc examiné 6 000 pages de transcription de procès et écouté l'enregistrement de certaines parties du procès dans le but d'éclaircir l'allégation d'inconduite du juge dans la façon dont il a mené un procès difficile. Pour épilucher ces documents en vue de comprendre la dynamique du procès, cerner les échanges au cours desquels le juge aurait pu se rendre coupable d'inconduite judiciaire et qui ne peuvent simplement donner lieu à un appel et pour présenter une analyse de ces conclusions, il fallait posséder les connaissances et les compétences d'un avocat. De même, seul un avocat aurait été en mesure de procéder comme le professeur Friedland à l'analyse des décisions du juge ainsi que de ses autres décisions publiées pour essayer d'y découvrir des indices de partialité, de mauvaise foi ou de malveillance.

[100] Ces activités font assurément partie de l'analyse des documents qu'englobe le rôle de l'avocat d'après la politique du CCM. Il est clair que l'analyse des documents que le professeur Friedland devait examiner pour mener une enquête supplémentaire sur les allégations formulées par M^e Slansky exigeait l'expertise d'un avocat.

[101] Le professeur Friedland a été chargé, aux termes de l'alinéa 5.1c) des Procédures relatives aux plaintes et en qualité d'avocat, de mener une enquête supplémentaire sur la plainte en matière d'inconduite judiciaire en vue d'aider le président à rendre une décision quant à la possibilité de déférer la plainte à un comité d'audience. Il s'agit là d'un aspect essentiel du contexte juridique dans lequel il a offert ses services.

[102] Afin de pouvoir fournir l'aide prévue à l'alinéa 5.1c), le professeur Friedland devait également être en mesure de bien distinguer les erreurs judiciaires pouvant être réparées adéquatement en appel et l'inconduite justifiant la destitution du juge. Il s'agit là d'une question qui est toujours particulièrement délicate lorsque le CCM enquête sur une plainte liée, comme celle de M^e Slansky, aux décisions juridiques et à la conduite d'un juge pendant un procès, éléments qui sont au cœur de l'indépendance judiciaire et à l'égard desquels la procédure d'appel est habituellement le recours approprié.

[103] J'estime qu'il fallait posséder les connaissances d'un avocat pour être en mesure d'établir cette distinction

Friedland's special legal expertise, as both a criminal lawyer and the author of a study of judicial discipline and judicial independence, made him particularly qualified for this role.

[104] There are undoubtedly similarities between the role of non-lawyer human rights investigators and that of counsel appointed under paragraph 5.1(c). In my view, however, these are outweighed in the present case by the differences. Human rights investigations are typically heavy on fact and light on law, and can be capably undertaken by suitably trained persons, whether or not they are lawyers. In contrast, the investigation of Mr. Slansky's allegations inherently required factual and legal analysis peculiarly within a lawyer's expertise.

[105] Thus, despite the engagement letter's description of counsel's role as that of a gatherer and finder of the facts, it can be inferred from the nature of the allegations into which the letter stated that Professor Friedland was to conduct his inquiries that his role involved legal and factual analyses that required the skills and knowledge of a lawyer. Accordingly, when engaged to assist the Chairperson in deciding how to proceed with the complaint, Professor Friedland was engaged in his capacity as a lawyer. As a result, his report to the Chairperson is subject to solicitor-client privilege as legal advice.

[106] Indeed, it is frankly inconceivable that, when read in the context of Mr. Slansky's complaint, the letter of engagement mandates Professor Friedland simply to gather the facts by assembling the raw data (the trial transcript and the Judge's rulings in this case, as well as other of his criminal law decisions), and to leave their analysis to the Chairperson. Indeed, the Policy specifically includes the analysis of documentation in the role of counsel, which in this case called for a legal analysis. The raw documentary data collected by Professor Friedland that is already in the public domain is not privileged. Justice de Montigny ordered its disclosure to Mr. Slansky.

en l'espèce. L'expertise juridique particulière du professeur Friedland, en tant que criminaliste et aussi en tant qu'auteur d'une étude sur la discipline et l'indépendance judiciaires, faisait de lui un candidat idéal pour le rôle en question.

[104] Il existe sans aucun doute des similitudes entre le rôle des enquêteurs sur les droits de la personne qui ne sont pas des avocats et celui des avocats désignés en vertu de l'alinéa 5.1c). J'estime cependant qu'il y a plus de différences que de similitudes en l'espèce. Les enquêtes relatives aux droits de la personne sont habituellement axées davantage sur les faits que sur le droit, et elles peuvent être menées par des personnes ayant reçu une formation adéquate, qu'il s'agisse d'avocats ou non. L'enquête concernant les allégations formulées par M^e Slansky exigeait par contre nécessairement une analyse factuelle et juridique relevant de l'expertise d'un avocat.

[105] Ainsi, même si la lettre d'engagement décrit le rôle de l'avocat comme étant celui d'un enquêteur, il est possible de conclure à partir de la nature des allégations qui devaient faire l'objet de l'enquête du professeur Friedland selon cette lettre que son rôle supposait des analyses juridiques et factuelles exigeant les compétences et les connaissances d'un avocat. Par conséquent, lorsqu'il a été chargé d'aider le président à décider de la façon de traiter la plainte, le professeur Friedland a été embauché en sa qualité d'avocat. Le rapport qu'il a présenté au président est donc protégé par le secret professionnel de l'avocat puisque son contenu relève de la consultation juridique.

[106] En effet, il est franchement inconcevable que, dans le contexte de la plainte de M^e Slansky, la lettre d'engagement charge simplement le professeur Friedland de réunir les faits en colligeant les données brutes (la transcription du procès et les décisions rendues par le juge, ainsi que d'autres décisions rendues par lui dans des affaires criminelles) pour en laisser l'analyse au président. La politique du CCM prévoit effectivement que le rôle d'avocat consiste notamment à analyser des documents, analyse qui, en l'espèce, devait être de nature juridique. Les données documentaires brutes recueillies par le professeur Friedland relèvent déjà du domaine public, et elles ne sont pas confidentielles. Le juge de Montigny en a ordonné la divulgation à M^e Slansky.

[107] The view I have taken of Professor Friedland’s “fact-finding” role in this case is reinforced by the affidavit of Mr. Sabourin, where he states that, in engaging counsel, he and the Chairperson expect a lawyer’s analysis and recommendations in respect of the allegations. In addition, the fact that the CJC’s Complaints Procedures stipulates that counsel must be a lawyer suggests that their task calls for a lawyer’s skills. I do not accept that this is a cynical attempt by the CJC to ensure that it can keep all investigative reports secret.

[108] Nonetheless, in the interests of transparency, and to avoid future misunderstandings, the description of the role of counsel contained in the CJC’s Complaints Procedures should be modified to reflect more clearly the scope of the tasks that they are expected to undertake. The terms of letters of engagement should also provide more specific instructions regarding the particular complaint that counsel was engaged to investigate.

[109] In summary, when Professor Friedland was engaged to conduct further inquiries into Mr. Slansky’s allegations, and to submit a report on them to assist the Chairperson to discharge his legal duty to decide on how to proceed with the complaint, he was engaged in his professional capacity as a lawyer. In view of the complexity and nature of the complaint, any analysis of the data that would assist the Chairperson required the skills and knowledge of a lawyer. Hence, when the letter of engagement is read in the context of this complaint, it is my view that Professor Friedland was engaged to provide legal advice or otherwise to act as a lawyer. The report of his inquiries is therefore subject to legal advice privilege.

ISSUE 2: Are the factual components of the report severable?

[110] Having concluded that Professor Friedland was engaged by the Chairperson to provide legal advice, or otherwise to act in his capacity as a lawyer, and that the confidential report of his further inquiries is therefore privileged as legal advice, I can deal quite briefly with

[107] Le point de vue que j’ai adopté sur le rôle d’« enquêteur » du professeur Friedland est appuyé par l’affidavit de M^e Sabourin, dans lequel celui-ci déclare que le président et lui s’attendaient à ce que l’avocat dont ils renaient les services leur fournisse une analyse des allégations et formule des recommandations à cet égard. En outre, le fait que les Procédures relatives aux plaintes du CCM précisent que la personne dont les services sont retenus doit être un avocat donne à penser que la tâche dont cette personne doit s’acquitter exige les compétences d’un avocat. Je n’admets pas l’idée que le CCM puisse chercher cyniquement par ce moyen à garantir la confidentialité de tous ses rapports d’enquête.

[108] Néanmoins, par souci de transparence, et pour éviter les malentendus à l’avenir, il conviendrait de modifier la description du rôle de l’avocat figurant dans les Procédures relatives aux plaintes du CCM, afin qu’elle reflète clairement la portée des tâches dont on s’attend à ce que les avocats s’acquittent. Les lettres d’engagement devraient également contenir des directives précises concernant les plaintes que les avocats sont chargés d’examiner.

[109] En somme, lorsque le professeur Friedland a été chargé de mener une enquête supplémentaire au sujet des allégations formulées par M^e Slansky et de soumettre un rapport d’enquête au président pour l’aider à s’acquitter de son devoir prévu par la loi en décidant de la façon de traiter la plainte, il a été embauché en sa qualité professionnelle d’avocat. Vu la complexité et la nature de la plainte, toute analyse des données pouvant être utile au président exigeait les compétences et les connaissances d’un avocat. J’estime donc que, dans le contexte de la plainte, la lettre d’engagement charge le professeur Friedland de donner des conseils juridiques ou d’agir, d’une autre manière, en qualité d’avocat. Son rapport d’enquête est donc visé par le privilège de la consultation juridique.

QUESTION 2 : Est-il possible de prélever les éléments factuels du rapport?

[110] Ayant conclu que le professeur Friedland a été chargé par le président de lui donner des conseils juridiques ou d’agir, d’une autre manière, en sa qualité d’avocat, et que le rapport confidentiel sur son enquête supplémentaire est donc visé par le privilège de la

the argument that the factual parts of the report should be severed and disclosed.

[111] In my view, the short answer to this argument is that, while holding that the factual analysis in the report could not be severed, Justice de Montigny nonetheless ordered the disclosure of the publicly available documentary materials that Professor Friedland had consulted in the preparation of his report. These documents contained the “facts”. However, the legal and factual analysis of this material, which Professor Friedland undertook to assist the Chairperson with his decision, is the core of the communication covered in this case by legal advice privilege.

[112] As the Court observed in *Gower*, it is not permissible to sever findings of fact made in an investigative report covered by solicitor-client privilege when they form the basis of, and are inextricably linked to, the legal advice provided.

[113] Without necessarily adopting every aspect of Justice de Montigny’s analysis of severance, subject to the two relatively minor reservations described below I agree that the disclosure of documents that he ordered substantively satisfied any possible duty to sever. To go further would erode the confidentiality on which the lawyer-client relationship fundamentally rests.

[114] First, I have already indicated at paragraphs 69 and 70 of these reasons that statements made by those interviewed by Professor Friedland in the course of his inquiries are not subject to legal advice privilege because they were not made on behalf of the client, the CJC. Accordingly, any account of those interviews in the report cannot be withheld from disclosure on the basis of solicitor-client privilege.

[115] My second reservation concerns pages 31–32 of the report. These deal with a general policy issue that Professor Friedland recommends that the CJC should

consultation juridique, je suis en mesure d’aborder assez brièvement l’argument selon lequel les parties du rapport portant sur les faits devraient en être prélevées et devraient être divulguées.

[111] À mon avis, la réponse courte à cet argument est que, même s’il a conclu que l’analyse des faits contenue dans le rapport ne pouvait en être prélevée, le juge de Montigny a néanmoins ordonné la divulgation des documents publics que le professeur Friedland avait consultés pour rédiger son rapport. Ces documents contiennent les « faits ». C’est toutefois l’analyse juridique et factuelle de ces documents que le professeur Friedland a effectuée pour aider le président à rendre sa décision qui est au cœur de la communication visée en l’espèce par le privilège de la consultation juridique.

[112] Comme la Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *Gower*, le prélèvement des constatations de faits contenues dans un rapport d’enquête protégé par le secret professionnel de l’avocat lorsque celles-ci sont le fondement des conseils juridiques fournis et y sont inextricablement liées n’est pas permis.

[113] Sans nécessairement souscrire à tous les aspects de l’analyse du juge de Montigny concernant le prélèvement, et sous réserve de deux détails plutôt mineurs que je décris ci-dessous, je suis d’accord pour dire que la divulgation des documents qu’il a ordonnée permet en grande partie l’acquittement de tout devoir de prélèvement pouvant exister. Aller plus loin viendrait éroder la confidentialité dont la relation entre un avocat et son client est fondamentalement tributaire.

[114] Premièrement, j’ai déjà indiqué aux paragraphes 69 et 70 des présents motifs que les déclarations faites par les personnes interrogées par le professeur Friedland au cours de son enquête n’étaient pas visées par le privilège de la consultation juridique, puisqu’elles n’ont pas été faites au nom du client, c’est-à-dire le CCM. Par conséquent, aucun compte rendu de ces entrevues dans le rapport ne peut être protégé contre la divulgation en vertu du secret professionnel de l’avocat.

[115] Ma seconde réserve concerne les pages 31 et 32 du rapport. Celles-ci portent sur un problème général de politiques que le professeur Friedland recommande au

take on as one of its initiatives, namely, the handling of mega trials.

[116] While this recommendation arises from Professor Friedland's inquiries into this complaint, it does not form the basis of his analysis of Mr. Slansky's allegations. In my view, it is essentially policy advice and is insufficiently connected to Professor Friedland's mandate to fall within the scope of the privilege. However, it will be for the Judge who hears the application for judicial review to decide what relevance, if any, these pages have to the issues raised in the application.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[117] MAINVILLE J.A. (concurring): I have read the reasons of my colleague Evans J.A., and I adopt his description of the factual background, of the applicable legislative framework and of the decisions of the Federal Court. For the reasons given by him, which I also adopt, I agree (a) that Justice de Montigny did not err with respect to the standard of review; (b) that there is insufficient evidence in the record to establish that the Canadian Judicial Council (also referred to in these reasons as the "Council") waived its privilege; and (c) that we should not interfere with Justice de Montigny's exercise of discretion to refuse to convert the application into an action.

[118] On the substantive issue of legal advice privilege, I also agree with my colleague Evans J.A. that the analysis and advice contained in the confidential report prepared and submitted to the Canadian Judicial Council by Professor Martin Friedland (the "Friedland Report" or "report") is subject to such privilege.

[119] I also agree with my colleague Evans J.A. that the disclosure of the publicly available documentary materials that Professor Friedland had consulted contain most of the facts which were the subject of his report.

CCM de régler dans le cadre de l'une de ses initiatives, soit le déroulement des mégaprocès.

[116] Cette recommandation découle de l'enquête sur la plainte menée par le professeur Friedland, mais elle ne constitue pas le fondement de son analyse des allégations formulées par M^e Slansky. J'estime qu'il s'agit essentiellement de conseils relatifs aux politiques et que ceux-ci ne sont pas suffisamment liés au mandat du professeur Friedland pour être visés par le privilège. Il incombera toutefois au juge qui instruira la demande de contrôle judiciaire de décider de la pertinence, le cas échéant, de ces pages par rapport aux questions soulevées dans la demande.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[117] LE JUGE MAINVILLE, J.C.A. (motifs concourants) : J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Evans, et je souscris à sa description du contexte factuel, du cadre législatif applicable et des décisions de la Cour fédérale. Pour les motifs qu'il a donnés, et auxquels je souscris également, je suis d'accord pour dire a) que le juge de Montigny n'a pas commis d'erreur en ce qui concerne la norme de contrôle; b) que la preuve au dossier est insuffisante pour établir que le Conseil canadien de la magistrature (aussi appelé le Conseil dans les présents motifs) a renoncé à son privilège; et c) que nous ne devrions pas intervenir dans l'exercice par le juge de Montigny de son pouvoir discrétionnaire de refuser de convertir la demande en action.

[118] En ce qui a trait à la question de fond du privilège de la consultation juridique, je suis également d'accord avec mon collègue le juge Evans pour dire que l'analyse et les conseils contenus dans le rapport confidentiel rédigé et soumis au Conseil canadien de la magistrature par le professeur Martin Friedland (le « rapport Friedland » ou le « rapport ») sont visés par ce privilège.

[119] Je suis également d'accord avec mon collègue le juge Evans lorsqu'il affirme que la divulgation des documents publics que le professeur Friedland a consultés permet d'accéder à la plupart des faits faisant l'objet de

However the report also contains other facts, including brief summaries of interviews carried out by Professor Friedland with the trial Judge and various third parties. I agree that legal advice privilege does not normally protect the confidentiality of communications by third parties, at least when the third party was not acting on behalf of the client. I however neither find it useful nor necessary to determine whether these communications are severable from the remainder of the report since they are, in any event, subject to a public interest privilege.

[120] My colleague Evans J.A. suggests at paragraph 108 of his reasons that the Canadian Judicial Council should give greater thought to the role and mandate of outside counsel. I concur. I note in particular that pursuant to general principles of administrative fairness and natural justice which are reflected in section 64 of the *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1 and section 7.2 of the Council's Complaints Procedures, the Council has a legal duty to provide to a judge who is the subject of investigation sufficient information about the allegations and the material evidence to permit the judge to make a full response. Thus, a judge under investigation is entitled to such information, and this right cannot be thwarted through solicitor-client privilege claims over the fact findings of outside counsel.

[121] That being said, there may be appropriate circumstances where information included in a report from outside counsel, including communications from third parties, become subject to a public interest privilege. I address in my reasons the public interest privilege which applies in this case.

Background

[122] One of the responsibilities of the Canadian Judicial Council is to maintain public confidence in the federal judiciary. For this purpose, and pursuant to the statutory mandate vested in it by Parliament under the *Judges Act*, the Canadian Judicial Council is empowered

son rapport. Ce rapport contient toutefois d'autres faits, notamment des résumés des entrevues menées par le professeur Friedland auprès du juge du procès et de diverses tierces parties. Je suis d'accord pour dire que le privilège de la consultation juridique ne protège normalement pas la confidentialité des communications avec des tierces parties, à tout le moins lorsque le tiers ne représentait pas le client. Je ne trouve toutefois ni utile ni nécessaire de décider si les communications avec des tiers peuvent être prélevées du rapport, puisqu'elles font de toute manière l'objet d'un privilège d'intérêt public.

[120] Mon collègue le juge Evans laisse entendre au paragraphe 108 de ses motifs que le Conseil canadien de la magistrature devrait réfléchir davantage au rôle et au mandat des avocats de l'extérieur auxquels il recourt. Je suis d'accord. Je voudrais en particulier faire remarquer que, selon les principes généraux de l'équité administrative et de la justice naturelle que reflètent l'article 64 de la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1 et l'article 7.2 des Procédures relatives aux plaintes du Conseil, le Conseil est tenu par la loi de fournir à un juge faisant l'objet d'une enquête suffisamment de renseignements concernant les allégations dont il fait l'objet et la preuve matérielle pour lui permettre de soumettre une réponse exhaustive. Un juge faisant l'objet d'une enquête a donc droit à ces renseignements, et ce droit ne peut être contrecarré par des demandes de protection de la confidentialité des constatations de faits par l'avocat de l'extérieur au motif qu'elles sont protégées par le secret professionnel de l'avocat.

[121] Cela dit, il peut y avoir des situations où il est indiqué que les renseignements contenus dans un rapport rédigé par un avocat de l'extérieur, y compris les communications avec des tiers, fassent l'objet d'un privilège d'intérêt public. J'examine dans mes motifs le privilège d'intérêt public qui s'applique en l'espèce.

Contexte

[122] L'une des responsabilités du Conseil canadien de la magistrature est de maintenir la confiance du public envers la magistrature fédérale. À cette fin, et en vertu du mandat qui lui a été confié par le législateur dans le cadre de la *Loi sur les juges*, le Conseil canadien de la

to carry out investigations and inquiries into the conduct of a superior court judge.

[123] In the course of such inquiries and investigations, questions may arise as to the disclosure of certain information, such as the disclosure of statements given to the Canadian Judicial Council under an undertaking of confidentiality. In such circumstances, the Council must determine whether maintaining public confidence in the judiciary is better served by disclosing or withholding the information.

[124] It is the prerogative and responsibility of the Canadian Judicial Council to decide in which circumstances and to what extent it is in the public interest not to disclose information obtained in the course of an investigation into the conduct of a judge. This public interest privilege flows in part from the constitutional principle of judicial independence. A large degree of deference is owed to the Council on this matter. However, in the context of a judicial proceeding where the issue may arise, it is the role of the court to balance the harm to judicial independence and the Council's processes that may result from a disclosure against the prejudice to the administration of justice that may result from non-disclosure.

[125] In this case, the Canadian Judicial Council decided to disclose a considerable amount of information with respect to its investigation into the conduct of the Honourable Justice Thompson of the Superior Court of Justice of Ontario (the trial Judge) during a long and difficult murder trial held before a jury in Owen Sound from October 2003 to May 2004 (the trial). This investigation was carried out in response to a complaint by one of the counsel acting at that trial, the appellant Paul Slansky. The Council explained in writing to Mr. Slansky the process it followed to investigate his complaint. In a letter, the Council set out a detailed review of all the salient and relevant facts, explained its review of the conduct of the trial Judge during the trial, and provided clear, cogent and detailed reasons supporting its conclusion that his complaint did not warrant further consideration.

magistrature est habilité à mener des enquêtes sur la conduite des juges des cours supérieures.

[123] Au cours de ces enquêtes, des questions peuvent être soulevées en ce qui a trait à la divulgation de certains renseignements, par exemple de déclarations faites devant le Conseil canadien de la magistrature sous le sceau de la confidentialité. Dans une situation de ce genre, le Conseil doit décider si la divulgation ou la non-divulgation des renseignements permet de maintenir le mieux possible la confiance du public envers la magistrature.

[124] Décider des circonstances dans lesquelles il choisit de ne pas divulguer des renseignements obtenus dans le cadre d'une enquête sur la conduite d'un juge ainsi que de la mesure dans laquelle il est dans l'intérêt public qu'il ne le fasse pas est une prérogative et une responsabilité du Conseil canadien de la magistrature. Ce privilège d'intérêt public découle en partie du principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire. Il convient de faire preuve d'une grande déférence à l'égard du Conseil dans ce domaine. Toutefois, dans le contexte d'une procédure judiciaire dans le cadre de laquelle la question peut être soulevée, il appartient au tribunal de trouver le juste équilibre entre l'atteinte à l'indépendance judiciaire et aux processus du Conseil pouvant découler de la divulgation et l'entrave à l'administration de la justice pouvant découler de la non-divulgation.

[125] En l'espèce, le Conseil canadien de la magistrature a décidé de divulguer une quantité considérable de renseignements concernant son enquête sur la conduite du juge Thompson (le juge du procès), de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, au cours d'un long et difficile procès pour meurtre tenu devant jury à Owen Sound d'octobre 2003 à mai 2004 (le procès). L'enquête a été menée à la suite d'une plainte déposée par l'un des avocats ayant pris part au procès, M^e Paul Slansky, qui est l'appelant en l'espèce. Le Conseil a expliqué par écrit à M^e Slansky le processus qu'il a suivi pour enquêter sur sa plainte. Dans une lettre qu'il lui a fait parvenir, le Conseil passe en revue l'ensemble des faits saillants et pertinents, lui explique son évaluation de la conduite du juge durant le procès et lui présente des motifs clairs, convaincants et détaillés à l'appui de sa conclusion selon laquelle la plainte ne justifiait pas un examen plus approfondi.

[126] The Council did not however disclose to Mr. Slansky the confidential report prepared and submitted to it by Professor Martin Friedland, a lawyer and law professor it had engaged to assist it with its investigation. The Council claims solicitor-client privilege over the report, since Professor Friedland was hired as a legal counsel. This claim has been dealt with by Evans J.A. in concurring reasons. The Council also claims a public interest privilege over the report. I will address this claim in these reasons.

[127] The Council raised the following reasons to refuse disclosure of the Friedland Report to Mr. Slansky on the ground of public interest privilege: (a) the need to protect judicial independence; (b) that individuals who had conveyed information to Professor Friedland had done so on the basis of an undertaking of confidentiality; (c) that the integrity and effectiveness of the Council's summary complaints process requires it to have the ability to obtain full and frank disclosures from affected judges and third parties with the knowledge that their statements would not be disclosed to the public; and (d) that the privacy interests of the affected judge must be protected.

[128] Justice de Montigny of the Federal Court found that the Council could raise a public interest privilege in this case, principally on the ground of the integrity and effectiveness of the Council's complaints process. He also found that, in the circumstances of this case, the public interest privilege outweighed any argument for disclosure. He noted that the information and documents already provided to Mr. Slansky by the Council were fulsome and complete, and clearly sufficient to properly undertake a judicial review of the decision of the Council not to pursue further his complaint.

[129] For the reasons set out below, I find that the report of Professor Friedland is subject to public interest privilege on the grounds raised by the Canadian Judicial Council.

[126] Le Conseil n'a toutefois pas communiqué à M^e Slansky le rapport confidentiel rédigé et soumis au Conseil par M^e Martin Friedland, avocat et professeur de droit chargé par le Conseil de l'aider à mener son enquête. Le Conseil se réclame du privilège du secret professionnel de l'avocat à l'égard du rapport, étant donné que le professeur Friedland a été embauché à titre de conseiller juridique. La question du secret professionnel de l'avocat a été abordée par le juge Evans dans des motifs concourants. Le Conseil revendique également un privilège d'intérêt public à l'égard du rapport. J'aborderai cette revendication dans les présents motifs.

[127] Le Conseil a invoqué les motifs suivants pour justifier son refus de communiquer le rapport Friedland à M^e Slansky en vertu du privilège d'intérêt public : a) la nécessité de protéger l'indépendance judiciaire; b) les personnes ayant fourni des renseignements au professeur Friedland l'ont fait sous le sceau de la confidentialité; c) l'intégrité et l'efficacité du processus de traitement sommaire des plaintes du Conseil exigent que celui-ci soit en mesure d'obtenir des divulgations exhaustives et franches des juges concernés et des tierces parties, ceux-ci sachant que leurs déclarations ne seront pas rendues publiques; et d) le droit au respect de la vie privée du juge concerné doit être protégé.

[128] Le juge de Montigny, de la Cour fédérale, a conclu que le Conseil pourrait invoquer un privilège d'intérêt public en l'espèce, principalement pour assurer l'intégrité et l'efficacité du processus de plainte du Conseil. Le juge a également conclu que, dans les circonstances, le privilège d'intérêt public pesait plus lourd dans la balance que tout argument en faveur de la divulgation. Il a fait remarquer que les renseignements et les documents déjà fournis à M^e Slansky par le Conseil étaient substantiels et exhaustifs, et clairement suffisants pour permettre un contrôle judiciaire adéquat de la décision du Conseil de ne pas donner suite à sa plainte.

[129] Pour les motifs exposés ci-dessous, je conclus que le rapport du professeur Friedland fait l'objet d'un privilège d'intérêt public pour les raisons invoquées par le Conseil canadien de la magistrature.

Judicial independence and public interest privilege

[130] When the disclosure of information would be contrary to public interest, the common law may recognize a public interest privilege of non-disclosure: Hubbard, Magotiaux and Duncan, *The Law of Privilege in Canada*, Aurora, Ont.: Canada Law Book, loose-leaf ed., at sections 3.10 and 3.50. Several statutory provisions also provide for protection against disclosure on the ground of a specified public interest, notably sections 37, 38 and 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. The public interest privilege of non-disclosure is usually raised by the executive branch of government, but it also extends to the legislative branch under the concept of Parliamentary privilege. In appropriate circumstances, the judicial branch may also raise public interest privilege.

[131] Through the combined effect of subsections 61(2), 63(5) and 63(6) of the *Judges Act*, Parliament has recognized that it may not be in the public interest to disclose certain information gathered within the context of an inquiry or an investigation into the conduct of a superior court judge. The relevant public interest here is judicial independence—a constitutional principle—and the integrity of the Canadian Judicial Council's process for enabling it to discharge its mandate effectively.

[132] Canadian constitutional history and Canadian constitutional law establish the deep roots, vitality and vibrancy of the principle of judicial independence in Canada. This principle requires that the courts be completely separate in authority and function from all other participants in the justice system. At a minimum, this means that no outsider—be it government, a pressure group, an individual or even another judge—should interfere, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts a case and makes a decision: *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56 (*Beauregard*), at pages 69–70 and 73. Moreover, judicial independence also means that security of tenure and financial security must be assured for a judge, and the institutional independence of the court to which the judge belongs must be preserved: *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673 (*Valente*), at page 687.

L'indépendance judiciaire et le privilège d'intérêt public

[130] Lorsque la divulgation de renseignements serait contraire à l'intérêt public, la common law peut reconnaître l'existence d'un privilège d'intérêt public de non-divulgation : Hubbard, Magotiaux et Duncan, *The Law of Privilege in Canada*, Aurora, Ont. : Canada Law Book, feuilles mobiles, aux sections 3.10 et 3.50. Plusieurs dispositions législatives prévoient également une protection contre la divulgation en raison d'un intérêt public précisé, notamment les articles 37, 38 et 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Le privilège d'intérêt public de non-divulgation est habituellement invoqué par le pouvoir exécutif, mais il s'applique également au pouvoir législatif, sous forme de privilège parlementaire. Dans certaines circonstances, le pouvoir judiciaire peut également invoquer le privilège d'intérêt public.

[131] Par l'effet combiné des paragraphes 61(2), 63(5) et 63(6) de la *Loi sur les juges*, le législateur a reconnu qu'il peut être contre l'intérêt public que certains renseignements recueillis dans le cadre d'une enquête sur la conduite d'un juge d'une cour supérieure soient divulgués. L'intérêt public concerne en l'espèce l'indépendance judiciaire — qui est un principe constitutionnel — et l'intégrité du processus qui permet au Conseil canadien de la magistrature de s'acquitter de son mandat de façon efficace.

[132] Au Canada, le principe d'indépendance judiciaire trouve ses racines, sa vitalité et son dynamisme dans l'histoire et le droit constitutionnels du pays. Ce principe exige que les tribunaux soient complètement indépendants, sur le plan du pouvoir et de la fonction qu'ils assument, de tous les autres intervenants du système judiciaire. Cela suppose à tout le moins que personne de l'extérieur — que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge — ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène une affaire et rend sa décision : *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56 (*Beauregard*), aux pages 69, 70 et 73. En outre, pour garantir l'indépendance judiciaire, il faut assurer l'inamovibilité et la sécurité financière des juges, et l'indépendance institutionnelle du tribunal dont le juge est membre doit être préservée : *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673 (*Valente*), à la page 687.

[133] The concept of judicial independence has both individual and institutional aspects: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (*Reference re Remuneration*), at paragraphs 121–130. For the purposes of this appeal, it is sufficient to note that judicial independence requires that a judge be free from outside interference in conducting and deciding cases, and that, while acting in a judicial capacity, a judge should not fear that he or she may have to answer for the ideas expressed or the words used in open court or in a judgment: *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249 (*Moreau-Bérubé*), at paragraphs 56–57.

[134] The principle of judicial independence has resulted in concomitant immunities, most notably (a) the immunity of a judge from suit and prosecution, and (b) the immunity of a judge from testifying about or otherwise justifying the reasons for a particular decision beyond those given in open court: *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796 (*MacKeigan*), at page 830.

[135] The immunity of a judge from suit and prosecution has long been recognized as necessary to maintain public confidence in the judicial system: *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, at pages 625–626, quoted approvingly in *Morier et al. v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716 (*Morier*), at page 737. The immunity serves to ensure that the judge is free in thought and independent in judgment: *Morier*, at pages 737–745. As noted by Lord Denning in *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.), quoted approvingly in *Morier*, at page 739 and in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at pages 155–156:

If the reason underlying this immunity is to ensure “that they may be free in thought and independent in judgment,” it applies to every judge, whatever his rank. Each should be protected from liability to damages when he is acting judicially. Each should be able to do his work in complete independence and free from fear. He should not have to turn

[133] La notion d’indépendance judiciaire a des aspects individuels et institutionnels : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l’indépendance et à l’impartialité des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (*Renvoi relatif à la rémunération*), aux paragraphes 121 à 130. Aux fins du présent appel, il suffit de signaler que l’indépendance judiciaire exige qu’un juge ne subisse pas d’influences extérieures dans la façon dont il mène et tranche les affaires dont il est saisi, et que, lorsqu’il exerce ses fonctions, un juge ne devrait pas craindre d’avoir à répondre des idées qu’il a exprimées ou des mots qu’il a choisis au cours d’une audience publique ou dans un jugement : *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249 (*Moreau-Bérubé*), aux paragraphes 56 et 57.

[134] Le principe de l’indépendance judiciaire a donné lieu à des immunités concomitantes, notamment a) l’immunité d’un juge contre les poursuites, et b) l’immunité d’un juge contre l’obligation de témoigner ou de fournir une quelconque justification au sujet des motifs d’une décision donnée, mis à part les motifs rendus au cours de l’audience publique : *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796 (*MacKeigan*), à la page 830.

[135] L’immunité des juges contre les poursuites est depuis longtemps reconnue comme étant nécessaire pour maintenir la confiance du public envers le système judiciaire : *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, aux pages 625 et 626, cités avec approbation dans l’arrêt *Morier et autre c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716 (*Morier*), à la page 737. L’immunité sert à garantir que le juge est libre d’esprit et indépendant de pensée : *Morier*, aux pages 737 à 745. Comme le fait remarquer lord Denning dans la décision *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.), cité avec approbation dans l’arrêt *Morier*, à la page 739 et dans l’arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, aux pages 155 et 156 :

[TRADUCTION] Si la raison d’être de l’immunité est de garantir qu’ils « soient libres d’esprit et indépendants de pensée », elle s’applique à tous les juges indépendamment de leur rang. Tout juge doit être à l’abri de toute action en responsabilité lorsqu’il agit de façon judiciaire. Tout juge devrait être en mesure de travailler en toute indépendance et à l’abri de toute

the pages of his books with trembling fingers, asking himself: “If I do this, shall I be liable to damages?”

[136] The additional immunity from accounting for or justifying judicial decisions beyond those reasons provided in open court also serves to ensure the independence of judges and to instil public confidence in the judicial process: *MacKeigan*, at pages 828–830. As noted by McLachlin J. (as she then was), at page 831 of that decision, “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.”

[137] It is important to bear in mind that these immunities are there not for the benefit of individual judges; rather they exist for the benefit of the community as a whole. Indeed, an independent judiciary free from improper influence is an essential component of a free and democratic society.

[138] Unfortunately, it may happen that a judge’s conduct amounts to an abuse of judicial independence. Such abuse is extremely serious since it threatens the integrity of the judiciary as a whole. If actions or expressions of a judge raise concern about the integrity of the judicial function, the process that is put in place to investigate the conduct of the judge is, in effect, an investigation into allegations of abuse of judicial independence: *Moreau-Bérubé*, at paragraph 58. An effective mechanism for holding judges to account for misconduct is thus essential to maintaining public confidence in the judiciary and hence, ultimately, judicial independence.

[139] Through Part II [sections 58 to 71] of the *Judges Act*, Parliament has entrusted the Canadian Judicial Council with the responsibility of conducting investigations and inquiries into the conduct of superior court judges. Parliament has granted the Council a large degree of discretion to carry out this public interest task.

crainte. Il ne doit pas feuilleter ses recueils en tremblant et en se demandant « Si je prends ce parti, suis-je exposé à une action en responsabilité? »

[136] L’immunité supplémentaire contre le fait d’avoir à rendre des comptes ou à fournir des justifications concernant les décisions judiciaires, au-delà des motifs donnés en audience publique, sert également à garantir l’indépendance des juges et à accroître la confiance du public envers le processus judiciaire : *MacKeigan*, aux pages 828 à 830. Comme le fait remarquer la juge McLachlin (qui n’était pas encore juge en chef à l’époque) à la page 831 de cette décision, « 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. »

[137] Il est important de ne pas oublier que ces immunités existent non pas au bénéfice personnel des juges, mais plutôt au bénéfice de la collectivité dans son ensemble. En effet, un pouvoir judiciaire indépendant et libre de toute influence indue est un élément essentiel d’une société libre et démocratique.

[138] Malheureusement, il peut advenir que la conduite d’un juge corresponde à un abus de l’indépendance judiciaire. Il s’agit alors d’un abus extrêmement grave, puisqu’il menace l’intégrité de la magistrature dans son ensemble. Dans les cas où les actes ou les paroles d’un juge sèment le doute quant à l’intégrité de la fonction judiciaire, le processus suivi pour enquêter sur la conduite du juge est en fait une enquête sur les allégations d’abus de l’indépendance judiciaire : *Moreau-Bérubé*, au paragraphe 58. L’existence d’un mécanisme efficace pour obliger les juges à rendre des comptes en cas d’inconduite est donc essentielle au maintien de la confiance du public envers la magistrature et donc, au bout du compte, au maintien de l’indépendance judiciaire.

[139] Dans la partie II [articles 58 à 71] de la *Loi sur les juges*, le législateur confie au Conseil canadien de la magistrature la responsabilité de mener des enquêtes sur la conduite des juges des cours supérieures. Le législateur a accordé un vaste pouvoir discrétionnaire au Conseil pour lui permettre de s’acquitter de cette tâche d’intérêt

Indeed, the Council has been vested with all the powers of a superior court in investigating complaints and conducting inquiries (subsection 63(4)). It has the authority to make by-laws respecting the conduct of its inquiries and investigations (paragraph 61(3)(c)). It has been given large discretionary authority to direct the manner in which it carries out its own work, which includes how it chooses to handle complaints (subsection 61(2)). It may engage the services of counsel to aid and assist it in its inquiries and investigations (section 62). It may prohibit the publication of information or documents arising out of an inquiry or investigation (subsection 63(5)). It may also call for an inquiry or investigation to be held in private (subsection 63(6)).

[140] Pursuant to these statutory powers, the Council has adopted Complaints Procedures (approved by the Council on September 27, 2002 and revised effective October 14, 2010). These procedures provide for a gradation of steps in the analysis of complaints against superior court judges, going from a refusal to open a file when the complaint is irrational or an obvious abuse of process, to a full public inquiry carried out by an Inquiry Committee constituted under subsection 63(3) of the *Judges Act*, with intermediary steps in between.

[141] Many provinces have enacted similar legislation entrusting judges with the responsibility to oversee the conduct of provincial court judges, for example in Ontario the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, at sections 49 to 51.12. Indeed, judicial independence requires that such investigations and inquiries into the conduct of judges be dealt with primarily by other judges: *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3, at paragraphs 39 and 57; *Moreau-Bérubé*, at paragraph 47.

[142] A judicial council investigating allegations of judicial misconduct has a unique mandate to consider the allegations in light of the constitutional principle of judicial independence. This unique mandate was explained in *Therrien (Re)*, above, at paragraphs 147–148, and restated as follows in *Moreau-Bérubé*, at paragraph 51:

public. En effet, la loi lui confère tous les pouvoirs d’une juridiction supérieure pour ce qui est de mener des enquêtes sur les plaintes qu’il reçoit (paragraphe 63(4)). Il a le pouvoir de prendre des règlements administratifs relativement à la conduite de ses enquêtes (alinéa 61(3)c)). Il a reçu un vaste pouvoir discrétionnaire pour décider de la façon dont il s’acquitte de ses tâches, et notamment de la façon dont il traite les plaintes (paragraphe 61(2)). Il peut retenir les services de conseillers juridiques pour l’assister dans la tenue de ses enquêtes (article 62). Il peut interdire la publication de renseignements ou de documents découlant d’une enquête (paragraphe 63(5)). Il peut aussi ordonner qu’une enquête se tienne à huis clos (paragraphe 63(6)).

[140] Conformément aux pouvoirs que lui confère la loi, le Conseil a adopté les Procédures relatives aux plaintes (approuvées par le Conseil le 27 septembre 2002; version modifiée entrée en vigueur le 14 octobre 2010). Ces procédures prévoient la prise de mesures graduelles dans le cadre de l’analyse des plaintes portées contre les juges des cours supérieures, mesures allant du refus d’ouvrir un dossier dans les cas où la plainte est irrationnelle ou constitue un abus de procédures évident à une enquête publique en bonne et due forme menée par un comité d’enquête constitué aux termes du paragraphe 63(3) de la *Loi sur les juges*, avec des mesures intermédiaires entre les deux.

[141] Bon nombre de provinces ont adopté des lois similaires confiant aux juges la responsabilité de la supervision de la conduite des juges des cours provinciales, par exemple en Ontario la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43 (voir les articles 49 à 51.12). En effet, l’indépendance judiciaire exige que les enquêtes sur la conduite des juges soient menées principalement par d’autres juges : *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3, aux paragraphes 39 et 57; *Moreau-Bérubé*, au paragraphe 47.

[142] Un conseil judiciaire chargé d’enquêter sur des allégations d’inconduite judiciaire a le mandat unique d’examiner les allégations à la lumière du principe constitutionnel de l’indépendance judiciaire. Ce mandat unique est décrit dans l’arrêt *Therrien*, précité, aux paragraphes 147 et 148, et reformulé comme suit dans l’arrêt *Moreau-Bérubé*, au paragraphe 51 :

Gonthier J. noted in *Therrien, supra*, at para. 147 ..., that “before making a recommendation that a judge be removed, the question to be asked is whether the conduct for which he or she is blamed is so manifestly and totally contrary to the impartiality, integrity and independence of the judiciary that the confidence of individuals appearing before the judge, or of the public in its justice system, would be undermined, rendering the judge incapable of performing the duties of his office”. In making such a determination, issues surrounding bias, apprehension of bias, and public perceptions of bias all require close consideration, all with simultaneous attention to the principle of judicial independence. This, according to Gonthier J., creates “a very special role, perhaps a unique one, in terms of both the disciplinary process and the principles of judicial independence that our Constitution protects” (para. 148). [Emphasis added.]

[143] When undertaking an examination of the conduct of a judge, the Canadian Judicial Council must ensure that the examination respects the underlying purpose of the constitutional principle of judicial independence. Throughout its investigation, it must act in a manner that does not materially impair the independence and impartiality of the judiciary more than is necessarily inherent in the discharge of its statutory responsibility of preserving the integrity of the judiciary: As noted by La Forest J. in *MacKeigan*, at page 813:

To conclude, bodies which are set up or which in the course of their duties are required to undertake an examination of the conduct of a superior court judge in the exercise of judicial functions must be so constructed as to respect the letter and the underlying purpose of the judicature provisions of the Constitution. Nor can investigatory bodies act in a manner that might materially impair the protection accorded by s. 99 or the independence and impartiality of the judiciary.

[144] It may be necessary, in appropriate circumstances, to refuse to disclose information gathered in the course of an examination into a judge’s conduct, particularly when such disclosure risks impairing the independence and impartiality of the judiciary. The *Judges Act* recognizes this.

[145] Significantly, the Canadian Judicial Council is not subject to the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1. Moreover, pursuant to subsection 63(6) of

Dans *Therrien*, précité, le juge Gonthier a noté qu’« avant de formuler une recommandation de destitution à l’endroit d’un juge, [on] doit [...] se demander si la conduite qui lui est reprochée porte si manifestement et si totalement atteinte à l’impartialité, à l’intégrité et à l’indépendance de la magistrature qu’elle ébranle la confiance du justiciable ou du public en son système de justice et rend le juge incapable de s’acquitter des fonctions de sa charge » [...] Pour faire une telle recommandation, il faut examiner de près les questions touchant la partialité, la crainte de partialité et la perception de partialité qu’a le public, tout en portant attention au principe de l’indépendance judiciaire. D’après le juge Gonthier, cet examen donne lieu à « un rôle très particulier, voire unique, tant au niveau du processus déontologique qu’à l’égard des principes de l’indépendance judiciaire protégés par notre Constitution » (par. 148). [Non souligné dans l’original.]

[143] Lorsqu’il examine la conduite d’un juge, le Conseil canadien de la magistrature doit s’assurer que son examen respecte l’objet fondamental du principe constitutionnel de l’indépendance judiciaire. Durant toute l’enquête, il doit agir d’une manière qui ne diminue pas sensiblement l’indépendance et l’impartialité du pouvoir judiciaire plus qu’il ne lui est nécessaire de le faire pour s’acquitter de la responsabilité qui lui incombe de par la loi de préserver l’intégrité du pouvoir judiciaire. À ce sujet, voici une remarque formulée par le juge La Forest dans l’arrêt *MacKeigan*, à la page 813 :

Pour conclure, les organismes qui, dans le cours de leurs fonctions, sont appelés à examiner la conduite adoptée par un juge de cour supérieure dans l’exercice de fonctions judiciaires, de même que ceux créés à cette fin, doivent être constitués de manière à respecter la lettre et l’objet fondamental des dispositions de la Constitution relatives au système judiciaire. Les organismes d’enquête ne peuvent pas non plus agir d’une manière susceptible de diminuer sensiblement la protection accordée par l’art. 99 ou l’indépendance et l’impartialité du pouvoir judiciaire.

[144] Il peut être nécessaire, dans certaines circonstances, de refuser de divulguer des renseignements recueillis dans le cadre de l’examen de la conduite d’un juge, surtout lorsque la divulgation risque de nuire à l’indépendance et à l’impartialité du pouvoir judiciaire. La *Loi sur les juges* en tient compte.

[145] Fait important, le Conseil canadien de la magistrature n’est pas visé par la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1. En outre, selon le

the *Judges Act*, an inquiry or investigation carried out by the Council may be held in public “or in private”, unless the Minister of Justice of Canada requires that it be held in public. Pursuant to subsection 63(5) of the *Judges Act*, the Canadian Judicial Council may prohibit the publication of any information or documents placed before it in connection with, or arising out of, such an inquiry or investigation “when it is of the opinion that the publication is not in the public interest.” Pursuant to subsection 61(2) of the *Judges Act* “the work of the Council shall be carried out in such manner as the Council may direct.”

[146] All these provisions serve to protect judicial independence, while giving the Council the tools required for ensuring public confidence in the judiciary through effective and appropriately transparent inquiry and investigation processes. Though the *Judges Act* does not specifically refer to a public interest privilege or to solicitor-client privilege within the context of an investigation carried out by the Council, these privileges flow from the common law, and at least in the case of the public interest privilege, from the constitution itself which recognizes judicial independence as a fundamental concept.

[147] The apt comments below by Arbour J. in *Moreau-Bérubé*, at paragraph 46, made in relation to provincial disciplinary bodies must also be understood as applying to the task of the Canadian Judicial Council when it carries out an investigation or inquiry into the conduct of a superior court judge:

Despite provincial variations in their composition, discipline bodies that receive complaints about judges all serve the same important function. In *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35, Gonthier J. described, at para. 58, the committee of inquiry in Quebec as “responsible for preserving the integrity of the whole of the judiciary” (also see *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267). The integrity of the judiciary comprises two branches which may at times be in conflict with each other. It relates, first and foremost, to the institutional protection of the judiciary as a whole, and public perceptions of it, through the disciplinary process that allows the Council to investigate, reprimand, and potentially recommend the removal of judges where their conduct may threaten judicial integrity (*Therrien, supra*, at paras. 108-12 and 146-50). Yet, it also relates to constitutional guarantees of judicial independence, which includes security of tenure and the

paragraphe 63(6) de la *Loi sur les juges*, les enquêtes menées par le Conseil peuvent être tenues publiquement ou « à huis clos », à moins que le ministre de la Justice du Canada n’exige qu’elles soient publiques. D’après le paragraphe 63(5) de la *Loi sur les juges*, le Conseil canadien de la magistrature peut interdire la publication de tous renseignements ou documents produits devant lui au cours d’une enquête ou découlant de celle-ci « [s]’il estime qu’elle ne sert pas l’intérêt public ». Le paragraphe 61(2) de la *Loi sur les juges* prévoit que « le Conseil détermine la conduite de ses travaux ».

[146] Toutes ces dispositions servent à protéger l’indépendance judiciaire, en donnant au Conseil les outils dont il a besoin pour maintenir la confiance du public envers le pouvoir judiciaire grâce à des processus d’enquête efficaces et suffisamment transparents. La *Loi sur les juges* ne parle pas précisément du privilège d’intérêt public ni du secret professionnel de l’avocat dans le contexte d’une enquête menée par le Conseil, mais ces privilèges découlent de la common law, ainsi que, à tout le moins pour le privilège d’intérêt public, de la constitution en tant que telle, puisqu’elle fait de l’indépendance judiciaire un concept fondamental.

[147] Les observations éclairées, reproduites ci-dessous, formulées par la juge Arbour dans l’arrêt *Moreau-Bérubé*, au paragraphe 46, relativement aux organismes disciplinaires provinciaux doivent également être comprises comme s’appliquant à la tâche du Conseil canadien de la magistrature lorsqu’il mène une enquête sur la conduite d’un juge d’une cour supérieure :

Même si leur composition varie selon les provinces, les organismes disciplinaires qui reçoivent les plaintes visant les juges ont tous la même fonction importante. Dans *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35, le juge Gonthier a indiqué au par. 58 que le comité d’enquête au Québec avait « la responsabilité de veiller à l’intégrité de l’ensemble de la magistrature » (voir également *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267). L’intégrité de la magistrature comporte deux volets qui peuvent parfois entrer en conflit. Elle a trait, d’abord et avant tout, à la protection institutionnelle de la magistrature dans son ensemble et à la façon dont le public perçoit celle-ci, grâce au processus disciplinaire qui permet au Conseil de faire enquête sur les juges, de les réprimander et de recommander leur révocation lorsque leur conduite est susceptible de menacer l’intégrité de la magistrature (*Therrien*, précité, par. 108-112 et 146-150). Cependant, elle se rapporte

freedom to speak and deliver judgment free from external pressures and influences of any kind (see *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Valente*, *supra*. [Emphasis added.]

[148] This is a task for which the Canadian Judicial Council is particularly well suited, since it consists of the Chief Justice of Canada, and the chief justices and senior judges of all Canadian superior courts. In light of its statutory mandate, which is closely related to the preservation of both judicial independence and judicial integrity, it is the responsibility of the Canadian Judicial Council to determine in which circumstances and to what extent it is in the public interest not to disclose information arising out of an investigation or inquiry concerning a judge.

[149] A large degree of deference is owed to the Canadian Judicial Council on these matters: *Moreau-Bérubé*, at paragraphs 51–53; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 55, [2003] 3 F.C. 3, at paragraphs 46–55.

[150] Canada is not unique in this regard. As an example, in the United Kingdom, regulation 40(4) of the *Judicial Discipline (Prescribed Procedures) Regulation 2006*, SI 2006/676 allows for the public disclosure of information about disciplinary action where the Lord Chancellor and the Lord Chief Justice agree that the maintenance of public confidence in the judiciary requires that such information be disclosed. At the federal level in the U.S.A., under the *Judicial Conduct and Disability Act of 1980*, 28 U.S.C. § 360 (2012), all papers, documents, and records of proceedings related to investigations conducted under the act are confidential, and are not to be disclosed in any proceeding unless (i) the judicial council, at its discretion, chooses to release the report of a special committee to the complainant and the judge, (ii) unless the material is necessary for an impeachment proceeding or trial of a judge, or (iii) unless written authorization is provided by the judge subject to the complaint.

également aux garanties constitutionnelles d'indépendance judiciaire, qui comprennent l'inamovibilité ainsi que la liberté de s'exprimer et de rendre jugement sans pressions et influences extérieures de quelque nature que ce soit (voir *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Valente*, précité). [Non souligné dans l'original.]

[148] Il s'agit d'une tâche que le Conseil canadien de la magistrature est particulièrement bien placé pour remplir, puisqu'il est composé du juge en chef du Canada ainsi que des juges en chef et des juges principaux de toutes les cours supérieures du Canada. Vu le mandat que lui confère la loi, lequel est étroitement lié à la préservation de l'indépendance et de l'intégrité judiciaires, le Conseil canadien de la magistrature a la responsabilité de décider dans quelles circonstances et dans quelle mesure il est dans l'intérêt public que les renseignements découlant d'une enquête concernant un juge ne soient pas divulgués.

[149] Il faut faire preuve d'une grande déférence à l'égard du Conseil canadien de la magistrature sur ces questions : *Moreau-Bérubé*, aux paragraphes 51 à 53; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 55, [2003] 3 C.F. 3, aux paragraphes 46 à 55.

[150] Le Canada n'est pas unique à cet égard. À titre d'exemple, au Royaume-Uni, le règlement 40(4) du *Judicial Discipline (Prescribed Procedures) Regulation 2006*, SI 2006/676, autorise la divulgation publique de renseignements au sujet d'une mesure disciplinaire lorsque le grand chancelier et le lord juge en chef sont d'accord pour dire que le maintien de la confiance du public envers la magistrature exige que ces renseignements soient divulgués. Aux États-Unis, à l'échelon fédéral, aux termes de la *Judicial Conduct and Disability Act of 1980*, 28 U.S.C. § 360 (2012), tous les documents et les enregistrements de procédures liés à des enquêtes menées en vertu de la loi sont confidentiels et ne doivent être divulgués dans le cadre d'aucune procédure, à moins que i) le conseil judiciaire, à sa discrétion, ne décide de communiquer le rapport d'un comité spécial au demandeur et au juge, ii) les documents en questions ne soient nécessaires dans le cadre de la procédure de destitution ou du procès d'un juge, ou iii) que le juge faisant l'objet de la plainte ne fournisse une autorisation écrite de divulgation.

[151] The Supreme Court of Canada has referred to international instruments to flesh out the content of the principle of judicial independence: *Beauregard*, at pages 74–75; *R. v. Lippé*, above, at page 153. With this in mind, I note that the United Nations General Assembly has endorsed the *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* [United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights]: UN General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985. Those basic principles were specifically referred to approvingly by Lamer C.J. in *Reference re Remuneration*, at paragraph 194. As a fundamental component of judicial independence, these principles call for the confidentiality of the disciplinary process, at least at the initial stage:

17. A charge or complaint made against a judge in his/her judicial and professional capacity shall be processed expeditiously and fairly under an appropriate procedure. The judge shall have the right to a fair hearing. The examination of the matter at the initial stage shall be kept confidential, unless otherwise requested by the judge. [Emphasis added.]

[152] As this basic principle emphasizes, confidentiality is particularly important at the investigation stage of a complaint made against a judge. This is so for many reasons: (a) disclosure of information surrounding unsubstantiated complaints could risk undermining a judge’s authority in carrying out his or her judicial functions: *Guardian News & Media Limited v. Information Commissioner*, 10 June 2009, Information Tribunal Appeal Number: EA/2008/0084; (b) the effectiveness of the investigation process itself may be affected, since without the capability to ensure some form of confidentiality, the ability to obtain full and frank disclosures at the investigation stage may be compromised, thus affecting in the long term the public’s confidence in the process; moreover, without an effective screening process, more complaints would end up before a hearing panel leading to additional delays and expenditures without any obvious additional benefit; (c) the judge who is the subject of an investigation may have legitimate privacy concerns over the information; and (d) most compelling, in my view, is the overriding need to protect judicial independence.

[151] La Cour suprême du Canada a cité des instruments internationaux pour donner corps au principe de l’indépendance judiciaire : *Beauregard*, aux pages 74 et 75; *R. c. Lippé*, précité, à la page 153. Dans ce contexte, je fais remarquer que l’Assemblée générale des Nations Unies a adopté les *Principes fondamentaux relatifs à l’indépendance de la magistrature* [Nations Unies, Haut-Commissariat aux droits de l’homme] : résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985 de l’Assemblée générale des Nations Unies. Ces principes fondamentaux ont été cités avec approbation par le juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la rémunération*, au paragraphe 194. En tant qu’élément fondamental de l’indépendance judiciaire, ces principes exigent la confidentialité du processus disciplinaire, au moins à l’étape initiale :

17. Toute accusation ou plainte portée contre un juge dans l’exercice de ses fonctions judiciaires et professionnelles doit être entendue rapidement et équitablement selon la procédure appropriée. Le juge a le droit de répondre, sa cause doit être entendue équitablement. La phase initiale de l’affaire doit rester confidentielle, à moins que le juge ne demande qu’il en soit autrement. [Non souligné dans l’original.]

[152] Comme ce principe fondamental le souligne, la confidentialité est particulièrement importante à l’étape de l’enquête sur une plainte portée contre un juge. Il en est ainsi pour de nombreuses raisons : a) la divulgation de renseignements concernant des plaintes dénuées de fondement risquerait de miner l’autorité du juge dans l’exercice de ses fonctions judiciaires : *Guardian News & Media Limited v. Information Commissioner*, 10 juin 2009, Information Tribunal Appeal Number : EA/2008/0084; b) l’efficacité du processus d’enquête en tant que telle pourrait être affectée, puisque, sans possibilité d’assurer une quelconque confidentialité, la capacité d’obtenir des déclarations franches et complètes à l’étape de l’enquête pourrait être compromise, ce qui affecterait à long terme la confiance du public envers le processus; en outre, l’absence d’un processus d’examen préalable efficace entraînerait la multiplication des plaintes soumises aux comités d’audience et donc des retards et des dépenses supplémentaires, sans aucun avantage clair; c) le juge faisant l’objet de l’enquête peut avoir des préoccupations légitimes relativement aux renseignements en question et au respect de sa vie

[153] The independence of the judiciary ultimately rests on the public's confidence in its integrity. This may certainly be enhanced by appropriate transparency in the Canadian Judicial Council's processing of complaints. Circumstances however vary from case to case, and ultimately, it is the responsibility and prerogative of the Council to determine what approach to disclosure of information best serves the public interest in any given case, while preserving judicial independence.

[154] However, the Canadian Judicial Council's view that judicial independence and the integrity of its process will be better served by not disclosing certain information is not the only consideration when a decision of the Council respecting a complaint against a judge is subject to judicial review or to some other form of judicial proceeding. There is also a public interest in the due administration of justice that may be harmed if a party is deprived of access to material relevant to the litigation. The Canadian Judicial Council, within its treatment of a complaint under the *Judges Act*, is entitled to deference on its determination of whether certain information should be withheld. On the other hand, the court dealing with litigation in which such information may be pertinent has to balance the harm to judicial independence and to the integrity of the Council's process against the prejudice to the administration of justice as a result of non-disclosure.

[155] I will now summarize my findings. Pursuant to the *Judges Act*, the Canadian Judicial Council is the judicial body which must consider and evaluate complaints made against superior court judges. It thus plays an important and crucial role in preserving public confidence in the judiciary and in protecting judicial independence. In determining the extent to which

privée; et d) il faut d'abord et avant tout protéger l'indépendance judiciaire, ce qui constitue à mes yeux la raison la plus convaincante.

[153] L'indépendance du pouvoir judiciaire repose au bout du compte sur la confiance du public à l'égard de son intégrité. La confiance du public sera assurément accrue si le processus de traitement des plaintes du Conseil canadien de la magistrature se caractérise par une transparence adéquate. Les circonstances varient cependant d'un cas à l'autre, et, au bout du compte, la décision concernant la meilleure façon d'envisager la divulgation des renseignements en sa possession pour servir au mieux l'intérêt public dans une affaire donnée, tout en préservant l'indépendance judiciaire, est une responsabilité et une prérogative du Conseil.

[154] Toutefois, le point de vue du Conseil canadien de la magistrature selon lequel l'indépendance judiciaire et l'intégrité de son processus seront mieux assurées si certains renseignements ne sont pas divulgués n'est pas la seule chose à prendre en compte lorsqu'une décision du Conseil concernant une plainte portée contre un juge fait l'objet d'un contrôle judiciaire ou d'un autre type de procédure judiciaire. Il convient aussi de tenir compte de l'intérêt public à l'égard de l'administration de la justice, qui peut être entravée si une partie est privée d'accès à des documents pertinents dans le cadre d'un litige. Lorsqu'il traite une plainte déposée en vertu de la *Loi sur les juges*, le Conseil canadien de la magistrature a droit à la déférence à l'égard des décisions qu'il prend concernant les renseignements qui ne seront pas divulgués. Par contre, il appartient au tribunal qui instruit l'affaire dans le cadre de laquelle les renseignements peuvent être pertinents de trouver le juste équilibre entre l'atteinte à l'indépendance judiciaire et à l'intégrité du processus du Conseil et l'entrave à l'administration de la justice découlant de la non-divulgation.

[155] Je vais maintenant résumer mes conclusions. Selon la *Loi sur les juges*, le Conseil canadien de la magistrature est l'organisme judiciaire qui doit se charger d'examiner et d'évaluer les plaintes portées contre des juges des cours supérieures. Le Conseil joue donc un rôle crucial à l'égard de la préservation de la confiance du public envers la magistrature et à l'égard de la protection

disclosure should not be made of certain information obtained in the course of an investigation or inquiry into the conduct of a judge, the Council must balance various important factors, including (but not limited to) the value of transparency, the constitutional principle of judicial independence, and the integrity of its processes. The Council is particularly well suited to carry out this function, and its decision to raise the public interest privilege in the course of an investigation deserves a large degree of respect and deference. However, in the context of a judicial proceeding where the issue may arise, it is the role of the court to balance the harm to judicial independence and the Council's processes that may result from a disclosure against the prejudice to the administration of justice that may result from non-disclosure.

Application to the circumstances of this case

[156] In this case, the Canadian Judicial Council acted with great transparency. It provided to the complainant, Mr. Slansky, a 10-page letter dated March 9, 2006 setting out detailed reasons why his complaint against the trial Judge did not warrant further consideration: appeal book (AB), at pages 83–92. This letter fully sets out the process followed by the Council in reviewing the complaint, as well as the conclusions reached from its investigation resulting from that complaint. It explains that the Council retained Professor Friedland as counsel, the process followed by Professor Friedland, including his review of the minutes of the trial, of an additional 6 000 pages of trial transcripts, and of 78 of the rulings that the trial Judge rendered before and during the trial. It moreover sets out in detail Chief Justice Scott's review of the salient and relevant facts, including his review of the conduct of the trial Judge during the trial. Finally, the letter provides clear, cogent and detailed reasons supporting the conclusion that the complaint did not warrant further consideration.

[157] In addition, it has been clear since the beginning of the judicial review proceedings that the Canadian

de l'indépendance judiciaire. Afin de décider dans quelle mesure certains renseignements obtenus dans le cadre d'une enquête sur la conduite d'un juge ne devraient pas être divulgués, le Conseil doit évaluer divers facteurs importants, notamment la valeur que constitue la transparence, le principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire et l'intégrité de ses processus. Le Conseil est particulièrement bien placé pour assumer cette fonction, et sa décision d'invoquer un privilège d'intérêt public dans le contexte d'une enquête doit être envisagée avec beaucoup de respect et de déférence. Toutefois, dans le contexte d'une procédure judiciaire où la question peut être soulevée, il appartient au tribunal concerné de trouver le juste équilibre entre l'atteinte à l'indépendance judiciaire et aux processus du Conseil pouvant découler d'une divulgation et l'entrave à l'administration de la justice pouvant découler de la non-divulgation.

Application aux circonstances de l'espèce

[156] En l'espèce, le Conseil canadien de la magistrature a fait preuve d'une grande transparence. Il a adressé au demandeur, M^e Slansky, une lettre de 10 pages datée du 9 mars 2006 décrivant en détail les motifs pour lesquels il n'était pas justifié d'examiner de façon plus approfondie la plainte portée par M^e Slansky contre le juge du procès : dossier d'appel (DA), aux pages 83 à 92. La lettre explique entièrement le processus suivi par le Conseil pour l'examen de la plainte, ainsi que les conclusions qu'il a tirées à la suite de son enquête sur la plainte. Elle explique également que le Conseil a retenu les services du professeur Friedland en qualité d'avocat et le processus suivi par ce dernier, notamment qu'il a examiné le procès-verbal de l'audience, 6 000 pages de transcription du procès et 78 décisions rendues par le juge avant et pendant le procès. La lettre contient également des détails concernant l'examen des faits saillants et pertinents par le juge en chef Scott, dont des détails concernant son examen de la conduite du juge durant le procès. Enfin, la lettre contient des motifs clairs, convaincants et détaillés à l'appui de la conclusion selon laquelle il n'était pas justifié d'examiner de façon plus approfondie la plainte.

[157] En outre, il est clair depuis le début de la procédure de contrôle judiciaire que le Conseil canadien de la

Judicial Council would be providing Mr. Slansky with other material in its possession regarding his complaint: see letter dated May 17, 2006 from the Council reproduced at AB, at pages 120–121. This includes the 6 000 pages of trial transcripts reviewed by Professor Friedland, the minutes of the trial, and the trial Judge’s 78 rulings.

[158] Justice de Montigny closely reviewed the Friedland Report to determine if its disclosure would be required for a fair and proper determination of the judicial review proceedings. He found that the information already provided to Mr. Slansky was “clearly sufficient to judicially review the decision made by the [Canadian Judicial Council], and contrary to what Mr. Slansky claims, he is not left in the dark but is quite aware of the case he has to meet before the Federal Court, in order to be successful” (at paragraph 84 of his reasons). I agree with this assessment.

[159] Like Justice de Montigny, I find that the Canadian Judicial Council’s decision that the Friedland Report should not be disclosed on the ground of public interest privilege is reasonable in the circumstances of this case. Any resulting damage to the public interest in the due administration of justice is non-existent or minimal at best. On the other hand, the disclosure of the report would negate, without justification, the undertakings of confidentiality provided by the Council to the third parties who participated in the process, undertakings which were made at the behest of Mr. Slansky himself.

[160] First, the thrust of Mr. Slansky’s complaint against the trial Judge was that the Judge’s management of the trial was improper, and that the decisions he rendered before and during the trial were unfair to the defendant. As I have already noted, judicial independence requires that a judge be immune from having to account for and justify his or her decisions beyond the reasons given in open court. From a practical point of view, this immunity should not be raised in order to impede an investigation by the Canadian Judicial Council. However, this does not mean that the immunity becomes meaningless when the Council carries out an investigation or an inquiry. Rather, the Canadian Judicial

magistrature fournirait à M^e Slansky d’autres documents qui sont en sa possession et qui concernent la plainte : voir la lettre du Conseil datée du 17 mai 2006, reproduite aux pages 120 et 121 du DA. Il s’agit entre autres des 6 000 pages de transcription du procès examinées par le professeur Friedland, du procès-verbal de l’audience et des 78 décisions rendues par le juge du procès.

[158] Le juge de Montigny a examiné attentivement le rapport Friedland afin de décider si sa divulgation serait nécessaire à l’issue équitable et adéquate de la procédure de contrôle judiciaire. Il a conclu que l’information déjà fournie à M^e Slansky « suffit amplement pour justifier le contrôle judiciaire de la décision du CCM et, contrairement à ce qu’il prétend, M^e Slansky n’est pas laissé dans l’ignorance, mais est tout à fait au courant de ce qu’il doit démontrer devant la Cour fédérale pour obtenir gain de cause » (au paragraphe 84 de ses motifs). Je souscris à cette conclusion.

[159] Comme le juge de Montigny, je conclus que la décision du Conseil canadien de la magistrature selon laquelle le rapport Friedland ne devrait pas être divulgué à cause de l’existence d’un privilège d’intérêt public est raisonnable, compte tenu des circonstances de l’espèce. L’atteinte à l’intérêt public par entrave à l’administration de la justice découlant de la non-divulgation est minime, voire inexistante. La divulgation du rapport bafouerait par contre de façon injustifiée la promesse de confidentialité faite par le Conseil aux tierces parties qui ont participé au processus, promesse qu’a lui-même demandée M^e Slansky.

[160] Premièrement, la plainte de M^e Slansky est fondée sur l’allégation selon laquelle le juge a mal dirigé le procès, et que les décisions qu’il a rendues avant et pendant le procès étaient injustes à l’endroit du défendeur. Comme je l’ai déjà fait remarquer, l’indépendance judiciaire exige qu’un juge échappe à l’obligation de rendre des comptes et de fournir des justifications à l’égard de ses décisions, outre les motifs donnés en audience publique. En pratique, l’immunité ne devrait pas être invoquée dans le but de bloquer la tenue d’une enquête par le Conseil canadien de la magistrature. Cela ne signifie toutefois pas que l’immunité n’existe plus dès lors que le Conseil lance une enquête. En fait, le Conseil

Council must carefully assess whether disclosing information provided by the judge in order to explain these rulings would infringe upon judicial independence.

[161] Though the trial Judge may well have provided justifications to the Council concerning his conduct of the trial or his decisions, this does not mean that these justifications must be disclosed to Mr. Slansky or to the Federal Court. To put it simply, the trial Judge does not report to Mr. Slansky or to the Federal Court. Under the principle of judicial independence, he need not (and should not) justify his conduct of the trial, or any of his judicial decisions, to either the appellant or the Federal Court. The trial Judge may well wish to explain to the Council his management of the trial and the reasons for his trial decisions, but that does not entail that he must do so publicly. As noted by the Executive Director of the Canadian Judicial Council at paragraph 24 of his affidavit dated February 9, 2007 (AB, at page 66): “The maintenance of this confidentiality also enables Counsel to obtain information from a judge (who is the subject of a complaint) that might be important in explaining the judge’s conduct but that might not be volunteered if it were to be made public. Indeed, judicial independence may be threatened if Council cannot give assurances of confidentiality about information provided by a judge regarding a judge’s state of mind during the deliberative or decision-making process.” I agree.

[162] Second, in his complaint to the Council, Mr. Slansky recognized himself that in the “early stages of any investigation, assurances of confidentiality may be necessary to obtain information”; he, in fact, insisted that confidentiality undertakings be extended to witnesses in the course of the Council’s investigation: AB, at page 53. As noted in the Council’s letter dated March 9, 2006, the trial Judge also agreed that assurances of confidentiality should be extended to third parties involved in the investigation: AB, at page 84. Professor Friedland’s interviews were thus carried out on the basis of confidentiality undertakings requested or agreed to by both Mr. Slansky and the trial

canadien de la magistrature doit examiner attentivement la question de savoir si la divulgation des renseignements fournis par le juge pour expliquer les décisions rendues porterait atteinte à l’indépendance judiciaire.

[161] Il se peut très bien que le juge ait justifié devant le Conseil sa conduite durant le procès et ses décisions, mais cela n’entraîne pas automatiquement la divulgation de ses justifications à M^e Slansky ou à la Cour fédérale. Pour le dire simplement, le juge du procès n’a pas à rendre de comptes à M^e Slansky ni à la Cour fédérale. Selon le principe de l’indépendance judiciaire, il n’a pas à justifier sa conduite durant le procès ni aucune des décisions judiciaires qu’il a rendues devant l’appelant ni devant la Cour fédérale (et il ne devrait pas le faire). Il se peut très bien qu’il souhaite expliquer au Conseil la façon dont il a mené le procès et le fondement des décisions qu’il a rendues durant celui-ci, mais cela ne l’oblige pas à le faire publiquement. Comme le fait remarquer le directeur exécutif du Conseil canadien de la magistrature au paragraphe 24 de son affidavit daté du 9 février 2007 (DA, à la page 66), [TRADUCTION] « Le maintien de cette confidentialité permet également au Conseil d’obtenir d’un juge (celui qui fait l’objet de la plainte) des renseignements pouvant être importants pour expliquer la conduite du juge, mais qu’il pourrait ne pas être disposé à fournir si ceux-ci devaient être rendus publics. En effet, l’indépendance judiciaire peut être menacée si le Conseil ne peut garantir la confidentialité des renseignements fournis par un juge concernant son état d’esprit durant le processus de délibération ou de décision. » Je suis d’accord.

[162] Deuxièmement, dans la plainte qu’il a adressée au Conseil, M^e Slansky reconnaît lui-même que [TRADUCTION] « au cours des premières étapes de toute enquête, des promesses de confidentialité peuvent être nécessaires pour obtenir des renseignements »; en fait, il a lui-même insisté pour que des promesses de confidentialité soient faites aux témoins au cours de l’enquête du Conseil : DA, à la page 53. Comme le mentionne la lettre du Conseil datée du 9 mars 2006, le juge du procès était lui aussi d’accord avec l’idée que des garanties de confidentialité devraient être offertes aux tierces parties prenant part à l’enquête : DA, à la page 84. Le professeur Friedland a donc mené ses entrevues sur le fondement de

Judge. It would be unacceptable on the part of the Council to now breach the trust of those to whom it extended these undertakings without a valid, important and cogent reason to do so. No such explanation has been provided in these proceedings as to why these confidentiality undertakings, made in part at the behest of Mr. Slansky, should now be set aside and ignored.

[163] Third, as authorized by Parliament under paragraph 61(3)(c) of the *Judges Act*, the Canadian Judicial Council has established an investigations process that seeks to obtain candid views from persons with knowledge about the matters at issue in a complaint, as well as a candid assessment from the outside counsel appointed to assist it under section 62 of the *Judges Act*. The respective positions of a judge and of a complainant in such a candid investigation process are substantially different.

[164] Confidentiality is somewhat limited *vis-à-vis* a judge who is the subject of the inquiry and who is directly affected by its outcome. The judge is entitled to notice of the subject-matter of the investigation, and he must be provided sufficient information about the material evidence gathered: *Judges Act*, section 64 and Complaints Procedures of the Council at section 7.2. In investigating a complaint against a judge, the Council is in effect determining whether the judge's conduct could amount to an abuse that merits a further inquiry to determine whether the judge should be removed from office. Since the rights of the judge may be directly and substantially affected by the ultimate outcome, the Council owes the judge a high duty of procedural fairness throughout the process so as to afford the judge an effective opportunity to respond.

[165] However, since the complainant's only legal right is to make a complaint, the content of any duty of fairness that the Council may owe to the complainant in dismissing the complaint is at the low end of the spectrum: *Taylor v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCT 1247, [2002] 3 F.C. 91, at paragraphs 50–52; *Douglas v.*

promesses de confidentialité demandées ou consenties à la fois par M^e Slansky et par le juge du procès. Il serait maintenant inacceptable de la part du Conseil qu'il se montre indigne de la confiance que lui ont faite les personnes à qui il a offert des garanties sans avoir une raison valable, importante et convaincante de le faire. Aucune explication n'a été donnée dans le cadre de la présente procédure pour justifier que les promesses de confidentialité faites en partie à la demande de M^e Slansky soient maintenant écartées et tenues pour inexistantes.

[163] Troisièmement, comme le législateur l'a autorisé à le faire à l'alinéa 61(3)c) de la *Loi sur les juges*, le Conseil canadien de la magistrature a établi un processus d'enquête visant à obtenir le point de vue sincère des personnes au courant des sujets soulevés par une plainte, ainsi que le point de vue sincère d'un avocat de l'extérieur chargé de lui venir en aide en vertu de l'article 62 de la *Loi sur les juges*. La situation du juge et celle du demandeur dans le contexte de ce genre de processus d'enquête caractérisés par la sincérité sont très différentes.

[164] La confidentialité est dans une certaine mesure limitée pour le juge qui fait l'objet de l'enquête et qui sera directement touché par son issue. Le juge a le droit d'être avisé de l'objet de l'enquête, et il doit bénéficier de renseignements suffisants au sujet de la preuve matérielle recueillie : article 64 de la *Loi sur les juges* et article 7.2 des Procédures relatives aux plaintes du Conseil. Lorsqu'il enquête sur une plainte portée contre un juge, le Conseil décide en fait si la conduite du juge peut être considérée comme un abus justifiant une enquête approfondie dans le but de décider si le juge doit être démis de ses fonctions. Comme les droits du juge peuvent être touchés directement et en profondeur par l'issue ultime de l'enquête, le Conseil doit s'acquitter d'un important devoir d'équité procédurale envers le juge pendant tout le processus, de sorte que le juge puisse bénéficier d'une réelle occasion de réagir à la situation.

[165] Toutefois, comme le seul droit du plaignant est celui de déposer une plainte, le contenu de tout devoir d'équité du Conseil envers le plaignant lorsqu'il rejette la plainte est plutôt faible : *Taylor c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 1247, [2002] 3 C.F. 91, aux paragraphes 50 à 52; *Douglas c. Canada (Procureur*

Canada (Attorney General), 2013 FC 451, at paragraphs 20–22; see by analogy *Jacko v. McLellan*, 2008 CanLII 69579, 306 D.L.R. (4th) 126 (Ont. S.C.J.), at paragraph 18. The limited duty of disclosure owed under the Council’s Complaints Procedures is simply to inform the complainant of the disposition of the complaint. This was amply discharged in this case. The Council owes no further duty of disclosure to Mr. Slansky.

[166] Fourth, the privacy concerns of the judge who is the subject of the investigation must be taken into account. As noted by the Executive Director of the Canadian Judicial Council in his affidavit, at paragraph 24 (AB, at page 66): “The Council is also mindful of the privacy interests of the judge against which the complaint is brought. Even when a decision of the Council results in the complete exoneration of a judge, the report of Counsel in the matter might include information that the judge would rightly consider personal and confidential. This information may relate to medical conditions, family situations, or a judge’s state of mind during the deliberative process.”

[167] Since, in this case, the Canadian Judicial Council justifiably raised a public interest privilege over the Friedland Report, and since the disclosure of this report is not necessary in order for Mr. Slansky to pursue his judicial review application, Justice de Montigny did not commit an error in concluding that the motion seeking its disclosure should have been dismissed by the Prothonotary.

[168] I would dispose of this appeal in the manner proposed by my colleague Evans J.A.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRATAS J.A. (dissenting):

général), 2013 CF 451, aux paragraphes 20 à 22; voir par analogie *Jacko v. McLellan*, 2008 CanLII 69579, 306 D.L.R. (4th) 126 (C.S.J. Ont.), au paragraphe 18. Le devoir de divulgation limité dont le Conseil doit s’acquitter conformément à ses Procédures relatives aux plaintes consiste simplement à informer le plaignant de l’issue du traitement de la plainte. Le Conseil s’est amplement acquitté de ce devoir en l’espèce. Il n’a plus de devoir de divulgation envers M^e Slansky.

[166] Quatrièmement, les préoccupations du juge faisant l’objet de l’enquête relativement au respect de sa vie privée doivent être prises en compte. Voici ce qu’affirme le directeur exécutif de Conseil canadien de la magistrature dans son affidavit, au paragraphe 24 (DA, à la page 66) : [TRADUCTION] « Le Conseil tient également compte du droit au respect de la vie privée du juge visé par la plainte. Même lorsqu’un juge est entièrement disculpé à la suite d’une décision du Conseil, il se peut que le rapport du Conseil sur l’affaire contienne des renseignements dont le juge estimerait à juste titre qu’ils sont personnels et confidentiels. Ces renseignements peuvent être liés à un problème de santé, à la situation familiale ou à l’état d’esprit du juge durant le processus de délibération. »

[167] Comme le Conseil canadien de la magistrature a invoqué avec raison un privilège d’intérêt public à l’égard du rapport Friedland, et comme la divulgation du rapport n’est pas nécessaire pour permettre à M^e Slansky de présenter sa demande de contrôle judiciaire, le juge de Montigny n’a pas commis d’erreur en concluant que la requête de divulgation aurait dû être rejetée par la protonotaire.

[168] Je trancherais l’appel de la manière proposée par mon collègue le juge Evans.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE STRATAS, J.C.A. (dissident) :

A. Introduction

[169] Mr. Slansky, a defence lawyer, complained to the Canadian Judicial Council about Justice Thompson's conduct in the open courtroom during a criminal trial.

[170] When it looked into the complaint, the Council did not do its own investigation of the facts. Instead, it retained Professor Friedland to gather information about what had happened.

[171] Professor Friedland reviewed the minutes, transcripts and tapes of the trial. He also interviewed Mr. Slansky, Justice Thompson, three Crown counsel involved in the case, the Regional Director of Crown Attorneys, seven members of court staff, and Regional Senior Justice Bruce Durno.

[172] In the letter retaining Professor Friedland, the Council told him not to make any recommendations concerning how the Council should deal with the complaint. The letter went further: Professor Friedland was not to assess the facts or determine the credibility of witnesses. Those were Council's tasks.

[173] Professor Friedland delivered his report to the Council, setting out the information gathered. Contrary to the retainer letter, the Friedland Report contained limited legal analysis and recommendations. But that is of no consequence, as Mr. Slansky does not ask to see these portions of the report.

[174] After reviewing the information in the Friedland Report, the Council summarily dismissed Mr. Slansky's complaint.

[175] As is his right, Mr. Slansky has applied to the Federal Court for judicial review of the Council's decision, raising, among other things, the unreasonableness of the decision. He says the decision cannot be supported by the facts placed before the Council. He adds that the investigation of the available facts was inadequate.

A. Introduction

[169] M^e Slansky, avocat de la défense, s'est plaint devant le Conseil canadien de la magistrature de la conduite du juge Thompson en audience publique durant un procès criminel.

[170] Lorsqu'il a examiné la plainte, le Conseil n'a pas mené sa propre enquête sur les faits. Il a plutôt chargé le professeur Friedland de recueillir des renseignements sur ce qui s'était produit.

[171] Le professeur Friedland a passé en revue le procès-verbal, les transcriptions et les enregistrements du procès. Il a également interrogé M^e Slansky, le juge Thompson, trois procureurs de la Couronne ayant pris part à l'affaire, le directeur régional des procureurs de la Couronne, sept membres du personnel judiciaire ainsi que le juge principal régional, Bruce Durno.

[172] Dans la lettre d'engagement qu'il a adressée au professeur Friedland, le Conseil lui demandait de ne pas lui faire de recommandation quant à la façon de traiter la plainte. La lettre allait plus loin : le professeur Friedland ne devait apprécier ni les faits ni la crédibilité des témoins. Il s'agissait là de tâches incombant au Conseil.

[173] Le professeur Friedland a présenté son rapport au Conseil, et il présente dans ce rapport les renseignements recueillis. Contrairement aux directives de la lettre d'engagement, le rapport Friedland contient certains éléments d'analyse juridique et certaines recommandations. Cela n'a toutefois aucune conséquence, puisque M^e Slansky ne demande pas accès à ces parties du rapport.

[174] Après avoir examiné les renseignements consignés dans le rapport Friedland, le Conseil a sommairement rejeté la plainte de M^e Slansky.

[175] M^e Slansky s'est prévalu de son droit de demander à la Cour fédérale un contrôle judiciaire de la décision du Conseil en invoquant, entre autres choses, le caractère déraisonnable de la décision. Il affirme que les faits présentés au Conseil n'appuient pas cette décision. Il ajoute que l'enquête sur les faits connus était inadéquate.

[176] The Friedland Report describes the investigation and communicates most of the facts relied upon by the Canadian Judicial Council. In its decision, the Council often refers to the Friedland Report or the facts in it. Many of the facts relate to what happened in open court and how the Judge, a public official, behaved.

[177] Within the judicial review, Mr. Slansky has moved for an order requiring that the Friedland Report be placed before the Federal Court. Without it, he says, the Federal Court cannot determine whether the Council had sufficient factual support for its decision or whether the investigation of the available facts was inadequate.

[178] For the purpose of determining Mr. Slansky's motion, the Prothonotary, a Federal Court judge, and the three of us have accessed the Friedland Report under seal. As the Prothonotary recorded at paragraph 31 of her reasons, complete copies of the report have also found their way to Mr. Slansky's professional regulatory body (the Law Society of Upper Canada) and one of Mr. Slansky's clients (the Attorney General of Ontario).

[179] Given the centrality of the Friedland Report to the issues in Mr. Slansky's judicial review, the public nature of much of what the report describes, and the fact that many others have seen the report, one would think that the Court sitting in review of the Council's decision would also be able to see it.

[180] But one would be wrong. The Council says the reviewing court cannot see the Friedland Report it considered and relied upon. The Council says solicitor-client privilege and public interest privilege apply.

[181] I disagree. The prerequisites for the privileges are not present here. Beyond that, a contrary finding in these circumstances would extend these privileges beyond the purposes they serve. It would be secrecy for secrecy's sake, hobbling the reviewing court in its task of supervising the Council and vetting its decision to determine if it was acceptable and defensible on the facts and the law.

[176] Le rapport Friedland décrit le déroulement de l'enquête et porte sur la plupart des faits sur lesquels s'est fondé le Conseil canadien de la magistrature. Dans sa décision, le Conseil cite souvent le rapport Friedland et les faits qui y sont consignés. Bon nombre de ces faits ont trait aux événements survenus en audience publique et au comportement du juge, qui est un fonctionnaire.

[177] Dans le cadre du contrôle judiciaire, M^e Slansky a présenté une requête visant une ordonnance de production du rapport Friedland devant la Cour fédérale. Sans ce rapport, dit-il, la Cour fédérale ne peut décider si la décision du Conseil est appuyée par les faits ni si l'enquête concernant les faits connus était adéquate ou non.

[178] Dans le contexte de l'examen de la requête de M^e Slansky, la protonotaire, un juge de la Cour fédérale, ainsi que nous trois avons eu accès au rapport Friedland sous le sceau de la confidentialité. Comme la protonotaire l'indique au paragraphe 31 de ses motifs, des copies intégrales du rapport ont aussi été transmises à l'organisme qui régit la profession de M^e Slansky (le Barreau du Haut-Canada) et à l'un des clients de M^e Slansky (le procureur général de l'Ontario).

[179] Vu l'importance du rapport Friedland par rapport aux questions soulevées dans le cadre du contrôle judiciaire demandé par M^e Slansky, la nature publique d'une bonne partie du contenu du rapport et le fait que bien d'autres gens ont pu le consulter, on penserait que le tribunal chargé d'examiner la décision du Conseil pourrait lui aussi le consulter.

[180] Ce serait toutefois une erreur. Le Conseil affirme que la cour de révision ne peut consulter le rapport qu'il a pris en compte et sur lequel il s'est appuyé. Le Conseil affirme que le privilège du secret professionnel de l'avocat et un privilège d'intérêt public s'appliquent.

[181] Je ne suis pas d'accord. Les conditions préalables à l'existence des privilèges ne sont pas réunies en l'espèce. En outre, tirer une conclusion contraire dans les circonstances aurait pour effet d'étendre ces privilèges au-delà des fins qu'ils servent. Ce serait garder le secret pour garder le secret et entraver le travail de la cour de révision consistant à superviser le Conseil et à vérifier le bien-fondé de sa décision afin

[182] Therefore, I would allow Mr. Slansky's appeal and grant his motion in large part. As we shall see, I would attach terms to the Court's order. My colleagues would dismiss Mr. Slansky's appeal. Regrettably, I dissent.

[183] The Council has asserted two bases for privilege: solicitor-client privilege and public interest privilege. I shall examine these in turn.

B. Solicitor-client privilege

[184] The Canadian Judicial Council submits that the Friedland Report must not form part of the tribunal record on judicial review because of solicitor-client privilege.

[185] For the reasons below, I reject the Canadian Judicial Council's submission. The Friedland Report is not covered by solicitor-client privilege. Many of the prerequisites for the privilege are not met—a matter well illustrated by the fact that the application of the privilege here would take it beyond the purposes the privilege is meant to serve. Even if the prerequisites were met, in two ways privilege has been waived.

(1) General principles

[186] Solicitor-client privilege protects communications between a solicitor and client, intended to be confidential and related to the seeking and giving of legal advice: *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at page 837. "Legal advice of any kind" is very much the gist of the privilege: see *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at page 872 and *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at paragraph 49, quoting with approval the description of solicitor-client privilege in *Wigmore on Evidence*, McNaughton Revision, Vol. 8 (Boston: Little, Brown & Co., 1961), at § 2292.

de décider si elle est acceptable et justifiable en fait et en droit.

[182] J'accueillerais donc l'appel de M^e Slansky, et j'accéderais à sa requête en grande partie. Comme nous le verrons plus loin, j'assortirais l'ordonnance de la Cour de certaines conditions. Mes collègues rejetteraient l'appel de M^e Slansky. Malheureusement, je ne suis pas d'accord avec eux.

[183] Le Conseil invoque deux privilèges : le secret professionnel de l'avocat et un privilège d'intérêt public. Je vais examiner ces deux privilèges séparément.

B. Le secret professionnel de l'avocat

[184] Le Conseil canadien de la magistrature soutient que le rapport Friedland ne doit pas être versé au dossier du tribunal pour le contrôle judiciaire en raison du secret professionnel de l'avocat.

[185] Pour les motifs exposés ci-dessous, je rejette l'argument du Conseil canadien de la magistrature. Le rapport Friedland n'est pas protégé par le secret professionnel de l'avocat. Bon nombre des conditions préalables à l'existence du privilège ne sont pas réunies, chose qui est bien illustrée par le fait que l'application du privilège en l'espèce aurait pour effet de l'étendre à des fins autres que celles qu'il doit servir. Même si les conditions préalables étaient réunies, le Conseil a renoncé au privilège de deux manières.

1) Principes généraux

[186] Le secret professionnel de l'avocat protège les communications entre un avocat et son client que les parties considèrent comme confidentielles et qui comportent une consultation ou un avis juridiques : *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la page 837. [TRADUCTION] « Les communications faites par le client qui consulte un conseiller juridique » sont ce qui fait surtout l'objet du privilège : voir *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, à la page 872, et *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, au paragraphe 49, où est citée avec approbation la description du secret

[187] Legal advice includes “opinion or analysis”: *College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, [2003] 2 W.W.R. 279, at paragraph 31. It also includes advice as to what should prudently and sensibly be done in the relevant legal context.

[188] To assess whether legal advice, legal opinion or legal analysis of any kind is present in the relationship between Professor Friedland and the Canadian Judicial Council, we are to assess the nature of the relationship, the subject matter of the advice and the circumstances in which it is sought and rendered: *Campbell*, above, at paragraph 50.

[189] The privilege enables individuals to obtain effective legal assistance, recognizing that such assistance requires that clients be able to discuss matters with their lawyers without fear of consequences. The Supreme Court often uses this purpose to help define the boundaries of solicitor-client privilege: see, e.g., *Descôteaux et al.*, above, at pages 876–877 and *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at paragraphs 25–34. As we shall see, this is a useful approach in this case.

(2) The role of retainer letters in the assessment of a privilege claim

[190] The Federal Court Judge in this case found (at paragraph 47) that “in order to determine whether the solicitor-client privilege attaches to a particular situation, one must not focus on any particular document, be it the retaining letter, but rather to the circumstances as a whole.” I disagree.

[191] In assessing a claim of privilege, where there is a retainer letter, it must predominate: *Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, 2001 MBCA 11 (CanLII), 196 D.L.R.

professionnel de l’avocat faite dans *Wigmore on Evidence*, McNaughton Revision, vol. 8 (Boston : Little, Brown & Co., 1961), au § 2292.

[187] La consultation juridique inclut [TRADUCTION] « l’opinion ou l’analyse » : *College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, [2003] 2 W.W.R. 279, au paragraphe 31. Elle inclut également les conseils concernant ce qu’il serait sensé et prudent de faire dans le contexte juridique pertinent.

[188] Pour décider si la prestation de conseils, d’opinions ou d’analyses juridiques quelconque fait partie de la relation entre le professeur Friedland et le Conseil canadien de la magistrature, nous devons examiner la nature de cette relation, l’objet de l’avis et les circonstances dans lesquelles il est demandé et fourni : arrêt *Campbell*, précité, au paragraphe 50.

[189] Le privilège permet l’obtention d’une aide utile sur le plan juridique, puisque, pour pouvoir obtenir de l’aide, les clients doivent être en mesure de discuter des affaires qui les concernent avec leur avocat sans craindre les conséquences qu’ils pourraient subir. La Cour suprême recourt souvent à cet objectif pour définir les limites du secret professionnel de l’avocat : voir par exemple l’arrêt *Descôteaux et autre*, précité, aux pages 876 et 877, et *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, aux paragraphes 25 à 34. Comme nous le verrons, il s’agit d’une démarche utile en l’espèce.

2) Le rôle des lettres de mandat dans l’examen d’une demande de privilège

[190] En l’espèce, le juge de la Cour fédérale a conclu (au paragraphe 47) que « pour déterminer si une situation déterminée donne lieu à l’application du privilège du secret professionnel de l’avocat, on ne doit pas s’en tenir à un document particulier, même dans le mandat de représentation en justice de l’avocat; il faut tenir compte de l’ensemble des circonstances ». Je ne suis pas d’accord.

[191] Lorsqu’il s’agit d’examiner une demande de privilège, s’il y a une lettre de mandat, celle-ci doit être le principal élément pris en compte : *Gower v. Tolko*

(4th) 716, at paragraph 40. The retainer letter, if one exists, defines, with binding contractual force, the nature of the relationship, the purpose of the lawyer's retainer, whether any advice is to be given, and the nature of that advice. A retainer letter also often discloses the circumstances which have prompted the retainer, including the reasons for it.

[192] The retainer letter is the best evidence of these matters, the matters that *Campbell* says must be examined. The retainer letter is written and agreed upon at the outset of the relationship, before any controversy over solicitor-client privilege. An affidavit is written and filed after controversy has arisen.

[193] Accordingly, in the usual case, an affidavit that seeks to add a gloss upon, modify, or supplant matters addressed in the retainer letter must be approached with caution, perhaps even with suspicion.

[194] Indeed, it may not even be admissible. The contractual nature of the retainer letter must be kept front of mind. Absent ambiguity, normally we do not admit affidavits tendered for the purpose of adding a gloss upon, modifying, or supplanting the matters explicitly addressed in a contract: *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at pages 341–342.

[195] In some solicitor-client relationships, there might be more to the story than the retainer letter. There could be contemporaneous shared oral understandings that are the equivalent of collateral contracts or later shared understandings that affect matters in the retainer letter.

[196] But not in this case. Before us is a retainer letter signed by Mr. Sabourin, in-house counsel for the

Manitoba Inc., 2001 MBCA 11 (CanLII), 196 D.L.R. (4th) 716, au paragraphe 40. La lettre de mandat, si elle existe, précise, avec la force exécutoire d'un contrat, la nature de la relation, l'objectif du mandat de l'avocat, le fait que l'on demande à l'avocat de fournir des conseils ou non, et, le cas échéant, la nature de ces conseils. La lettre de mandat précise souvent aussi les circonstances dans lesquelles le mandat trouve son origine, y compris les raisons pour lesquelles il est confié à l'avocat.

[192] La lettre de mandat est le meilleur élément de preuve par rapport à ces questions, qui doivent être examinées selon les indications données dans l'arrêt *Campbell*. Elle est rédigée et fait l'objet d'un accord au début de la relation, avant que ne naisse toute controverse au sujet du secret professionnel de l'avocat. Les affidavits sont rédigés et déposés seulement lorsqu'il y a controverse.

[193] Par conséquent, il faut habituellement envisager avec prudence, voire même méfiance, les affidavits visant à jeter un nouvel éclairage sur les questions abordées dans la lettre de mandat, à la modifier et à la remplacer.

[194] En fait, l'affidavit peut même ne pas être admissible. Il faut bien garder en tête la nature contractuelle de la lettre de mandat. S'il n'y a pas d'ambiguïté, normalement, nous n'admettons pas d'affidavits déposés dans le but de jeter un nouvel éclairage sur les questions abordées explicitement dans un contrat, de modifier le contenu du contrat ou de le remplacer : *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, aux pages 341 et 342.

[195] Dans certaines relations entre un avocat et son client, il peut y avoir d'autres éléments à prendre en compte que la lettre de mandat. Il peut y avoir une entente verbale conclue au même moment, qui est l'équivalent d'un contrat accessoire ou encore une entente prise postérieurement et qui touche les questions abordées dans la lettre de mandat.

[196] Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce. Nous avons devant nous une lettre signée par M^e Sabourin,

Council, the client in the solicitor-client relationship. If there were any contemporaneous oral understandings or later communications supplementing or amending the retainer letter, one would expect that Mr. Sabourin would tell us about them.

[197] He has not. Accordingly, we must proceed on the basis that there were none. In this case, the agreed-upon, contractual words of the retainer letter stand alone.

(3) The retainer letter

[198] By retainer letter dated May 3, 2005, Mr. Sabourin retained Professor Friedland. Professor Friedland accepted the retainer.

[199] The letter carefully defines Professor Friedland's task. It does so by quoting a policy setting out the role he was to play. My colleague has reproduced the relevant portion of the letter at paragraph 15 of his reasons.

[200] Overall, the retainer letter shows that Professor Friedland was nothing more than an information gatherer who, if necessary, could clarify any ambiguities in the complaint.

[201] Specifically, the retainer letter tells us that Professor Friedland's "role...is, essentially, to gather further information" and "simply to attempt to clarify the allegations against the judge and gather evidence which, if established, would support or refute [the] allegations."

[202] In his information gathering, Professor Friedland was to focus on "the allegations made." Should he uncover further allegations of inappropriate conduct or incapacity on the part of the judge, he was instructed to look into those allegations as well.

[203] Professor Friedland was not instructed to provide any legal advice, opinion or analysis. Specifically,

avocat interne du Conseil, qui est le client de la relation avocat-client. S'il y avait eu des ententes verbales prises à la même époque que la lettre de mandat ou des communications postérieures venant compléter ou modifier la lettre de mandat, nous nous serions attendus à ce que M^e Sabourin nous en parle.

[197] Or, il ne l'a pas fait. Nous devons donc présumer de l'inexistence de telles choses. En l'espèce, le contenu contractuel de la lettre de mandat accepté par les parties concernées est le seul élément à prendre en compte.

3) La lettre de mandat

[198] M^e Sabourin a retenu les services du professeur Friedland au moyen d'une lettre de mandat datée du 3 mai 2005. Le professeur Friedland a accepté le mandat.

[199] La lettre décrit clairement la tâche confiée au professeur Friedland. Elle cite en effet une politique dans laquelle est décrit le rôle qu'il devra jouer. Mon collègue a reproduit la partie pertinente de la lettre au paragraphe 15 de ses motifs.

[200] Dans l'ensemble, la lettre de mandat indique que le professeur Friedland n'était rien de plus qu'une personne qui recueille des renseignements devant au besoin éclaircir toute ambiguïté dans le contenu de la plainte.

[201] Plus précisément, la lettre de mandat nous apprend que le « rôle [du professeur Friedland] [...] consiste essentiellement à obtenir un complément d'information » et « simplement à s'efforcer d'apporter des éclaircissements sur les accusations portées contre le juge et à réunir des éléments de preuve qui, s'ils étaient établis, serviraient de fondement [aux] accusations ou, au contraire, leur retirait toute légitimité ».

[202] Pour obtenir ce complément d'information, le professeur Friedland devait se concentrer sur « les allégations qui sont formulées ». S'il devait découvrir d'autres allégations de conduite déplacée ou d'incompétence de la part du juge, il devait se pencher sur celles-ci également.

[203] Le professeur Friedland n'a pas reçu pour directive de fournir des conseils, un avis ou une analyse

he was instructed “not...to weigh the merits of a complaint or to make any recommendation as to the determination that a Chairperson or a Panel should make.” Rather, he was to interview “[p]ersons familiar with the circumstances surrounding the complaint, including the judge”, “obtain the judge’s response to these allegations and evidence”, and “to gather further information.”

[204] Having collected this information, Professor Friedland was instructed to “present all of [it] to the Chairperson or Panel.” He could not engage in “[a]djudicative fact-finding in the sense of making determinations based on the relative credibility of witnesses or the persuasiveness of one fact over another.”

[205] As part of his information gathering task, the retainer letter mentions that “[d]ocumentation may be collected and analyzed” by Professor Friedland. In paragraph 15, my colleague, Justice Evans, emphasizes the word “analyzed” and suggests that Professor Friedland was performing legal analysis. That is a leap too far. It would run counter to the retainer letter’s explicit instruction that Professor Friedland was “not...to weigh the merits of a complaint” or make any “recommendation as to the determination a Chairperson or a Panel should make.” As mentioned, Professor Friedland could not even engage in adjudicative fact-finding, as opposed to information gathering.

[206] Viewed in light of the tasks the retainer letter assigns to Professor Friedland and, more importantly, the restrictions on what he could do, the word “analyzed” can only mean identifying, gathering, and summarizing bits of information from the documents and interviews.

(4) Mr. Sabourin’s affidavit

[207] Before us is an affidavit of Mr. Sabourin, in-house counsel for the Council. He swore it after the controversies giving rise to this matter arose.

juridiques. Plus précisément, il lui a été demandé de « ne [...] pas [...] évaluer le bien-fondé d’une plainte ou de faire des recommandations quant à la décision qui devrait être prise par le président ou le sous-comité ». Il devait plutôt interroger les « personnes au fait des circonstances entourant la plainte, y compris le juge visé par celle-ci », d’« obtenir la réponse du juge sur ces accusations et sur ces éléments de preuve » et d’« obtenir un complément d’information ».

[204] Après avoir recueilli ces renseignements, le professeur Friedland devait « soumettre ces informations au président ou au sous-comité ». Il ne pouvait pas procéder à « la recherche des faits dans le cadre d’un processus juridictionnel, c’est-à-dire la prise de décisions fondées sur la crédibilité des témoins ou sur le caractère plus ou moins convaincant d’un fait par rapport à un autre ».

[205] La lettre de mandat mentionne que le professeur Friedland « amasse des documents et [...] procède à leur analyse » dans le cadre de sa tâche d’obtention d’un complément d’information. Au paragraphe 15, mon collègue le juge Evans insiste sur le mot « analyse » et laisse entendre que le professeur Friedland aurait effectué une analyse de nature juridique. C’est faire un pas de trop. Cela serait contraire à la directive explicite de la lettre de mandat selon laquelle le professeur Friedland ne devait « pas [...] évaluer le bien-fondé d’une plainte » ni faire des « recommandations quant à la décision qui devrait être prise par le président ou le sous-comité ». Comme je l’ai déjà mentionné, le professeur Friedland ne pouvait même pas procéder à une recherche des faits dans le cadre d’un processus juridictionnel, par opposition à l’obtention d’un complément d’information.

[206] À la lumière des tâches confiées au professeur Friedland dans la lettre de mandat, et surtout des restrictions concernant ce qu’il pouvait faire, le mot « analyse » ne peut renvoyer qu’au fait de circonscrire, de réunir et de résumer les éléments d’information contenus dans les documents et obtenus pendant les entrevues.

4) L’affidavit de M^e Sabourin

[207] Nous disposons de l’affidavit de M^e Sabourin, avocat interne du Conseil. Il l’a souscrit après que la controverse a commencé en l’espèce.

[208] Nowhere in the affidavit does he disavow any of the text in the retainer letter. Nowhere in it is there a suggestion that any of the words in the letter should be altered or interpreted in a particular way. Nowhere in it is there a hint of any discussion with Professor Friedland that might alter or qualify those words. In short, Mr. Sabourin, acting under oath, did not displace the words of the retainer letter. Neither should we.

[209] Mr. Sabourin deposes that Professor Friedland was “appointed and requested to make further inquiries” (affidavit, paragraph 16). In the context of the words of the retainer letter, this can only be understood as inquiries to gather information.

[210] Mr. Sabourin deposes that Professor Friedland presented “findings and analysis” and “recommendations and advice” in the Friedland Report (affidavit, paragraph 19). The report has been confidentially filed before us and is under seal. I agree that small, severable parts of the Friedland Report contain analyses, recommendations, and advice. So, in a technical sense, Mr. Sabourin’s statement that the Friedland Report contains such things is accurate. But none of these things were solicited in the retainer letter.

[211] Can a lawyer take a purely informational document and suddenly make it wholly secret by unilaterally inserting analyses, recommendations and advice that formed no part of the retainer? I think not. And there is no authority to support such a proposition.

[212] In any event, Mr. Slansky does not seek any of the gratuitous legal observations made by Professor Friedland. When those are severed from the report—and, as we shall see and as the Prothonotary found, they are easily severed—all that is left is a dry recitation of information gathered without any analysis, recommendations or advice, exactly what Professor Friedland was retained to do.

[208] Il ne désavoue nulle part dans l’affidavit une partie quelconque de la lettre de mandat. Il ne laisse entendre nulle part dans l’affidavit qu’une partie quelconque de la lettre devrait être modifiée ou interprétée d’une façon particulière. Il n’y a nulle part dans l’affidavit de mention d’une quelconque discussion avec le professeur Friedland qui viendrait modifier ou préciser le contenu de la lettre. Bref, dans sa déclaration sous serment, M^e Sabourin ne change pas le contenu de la lettre de mandat. Nous ne devrions pas le faire non plus.

[209] M^e Sabourin affirme que le professeur Friedland a été [TRADUCTION] « mandaté et chargé de mener une enquête supplémentaire » (affidavit, paragraphe 16). Dans le contexte de la lettre de mandat, on ne peut qu’en comprendre qu’il s’agissait d’une enquête visant à recueillir des renseignements.

[210] M^e Sabourin affirme que le professeur Friedland présente [TRADUCTION] « des conclusions et une analyse » ainsi que [TRADUCTION] « des recommandations et des conseils » dans son rapport (affidavit, paragraphe 19). Le rapport Friedland nous a été transmis et est sous scellés. Je suis d’accord pour dire que de petites parties pouvant être prélevées du rapport Friedland contiennent des analyses, des recommandations et des conseils. Techniquement, donc, M^e Sabourin a raison de dire que le rapport Friedland contient de telles choses. Cependant, aucune n’est demandée dans la lettre de mandat.

[211] Un avocat peut-il prendre un document purement informatif et en faire instantanément un document entièrement secret en y ajoutant de façon unilatérale des analyses, des recommandations, et des conseils, alors que cela ne faisait pas partie de son mandat? Je ne le crois pas. Rien n’appuie cette thèse.

[212] Quoi qu’il en soit, M^e Slansky ne demande accès à aucune des observations de nature juridique que le professeur Friedland formule sans qu’on lui ait demandé de le faire. Lorsqu’elles sont retranchées du rapport — et, comme nous allons le voir et comme la protonotaire l’a constaté, cela est facile à faire —, tout ce qui reste, c’est une liste brute des renseignements recueillis, sans analyse, recommandations, ni conseils, c’est-à-dire la liste que le professeur Friedland a précisément reçu le mandat de dresser.

[213] On the nature of Professor Friedland’s retainer, Mr. Sabourin offers the following (affidavit, paragraph 26):

Counsel are instructed to gather information about the allegations surrounding the complaint and to provide a lawyer’s analysis and recommendations in respect of those allegations, for consideration by the Chairperson of the Judicial Conduct Committee. In the case of the instant report, Professor Friedland did provide analysis and recommendations to the Chairperson on how to address the complaint.

[214] At best, the first sentence is nothing more than evidence of a general practice—it may be taken to be what Mr. Sabourin normally instructs counsel to do. But nowhere does Mr. Sabourin say this general practice was followed here. Nowhere does he say Professor Friedland was so instructed. Nor can he: in the retainer letter, he instructed Professor Friedland “not...to weigh the merits of a complaint” or make any “recommendation as to the determination a Chairperson or a Panel should make.”

[215] The second sentence in the above passage says nothing more than Professor Friedland went beyond his instructions and gratuitously offered some analysis and recommendations. As I have said, this is of no consequence.

[216] Mr. Sabourin further deposes (affidavit, at paragraph 27):

My expectations, and those of the Chairperson, in relation to mandate [sic] given to Counsel in conducting further inquiries, is that Counsel’s report will constitute legal advice because we retain legal counsel and seek a solicitor’s investigation of the facts and a solicitor’s analysis and recommendations concerning those facts in the context of the legal mandate and obligations of the Council when considering a complaint. Indeed, this is why the *Complaints Procedures* provide that it must be a lawyer that conducts such inquiries; otherwise this work could be ably conducted by an investigator without legal credentials.

[213] Au sujet de la nature du mandat du professeur Friedland, M^e Sabourin dit ce qui suit (affidavit, paragraphe 26) :

[TRADUCTION] Ceux qui sont engagés comme conseillers juridiques reçoivent pour instructions de recueillir des renseignements au sujet des allégations se rapportant à la plainte et de proposer leur analyse et leurs recommandations en tant qu’avocat au sujet des allégations en question en vue de leur examen par le président du Comité sur la conduite des juges. Dans son rapport, le professeur Friedland a effectivement fourni une analyse et des recommandations au président quant à la façon de traiter la plainte.

[214] La première phrase n’est au mieux rien de plus qu’une indication concernant une pratique courante — on peut en déduire que c’est ce que M^e Sabourin demande habituellement aux avocats de faire. Il ne dit cependant nulle part que le professeur Friedland a fait ce que les avocats font habituellement. Il ne dit nulle part que c’est la directive qu’il a reçue. Il ne saurait le faire : dans la lettre de mandat, il demande au professeur Friedland de ne « pas [...] évaluer le bien-fondé d’une plainte » ni de faire des « recommandations quant à la décision qui devrait être prise par le président ou le sous-comité ».

[215] La seconde phrase du passage cité ci-dessus ne nous apprend qu’une seule chose : le professeur Friedland ne s’est pas limité aux directives qu’on lui avait données, et il a présenté des éléments d’analyse et des recommandations sans qu’on lui demande de le faire. Comme je le disais, cela n’a aucune conséquence.

[216] M^e Sabourin affirme ensuite ce qui suit (affidavit, au paragraphe 27) :

[TRADUCTION] S’agissant du mandat confié à l’avocat chargé de mener une enquête supplémentaire, le président et moi-même nous attendons à ce que le rapport de l’avocat soit considéré comme contenant un avis juridique parce que nous retenons les services d’un conseiller juridique à qui nous demandons de faire enquête sur les faits et de nous soumettre son analyse et ses recommandations au sujet des faits en question dans le cadre de la mission que la loi confie au Conseil et des obligations qu’elle lui impose lorsqu’il est saisi d’une plainte. En effet, c’est pour cette raison que les *Procédures relatives aux plaintes* précisent que c’est un avocat qui doit mener ce genre d’enquête; sinon, le travail pourrait très bien être fait par un enquêteur ne possédant aucune compétence particulière dans le domaine juridique.

[217] Again, these expectations might be the usual expectations. But, tellingly, Mr. Sabourin stops short of saying that these were the expectations when Professor Friedland was retained. We must take care not to extend these words to go where Mr. Sabourin was unwilling to go—to suggest that the retainer letter does not mean what it says.

[218] Mr. Sabourin suggests that lawyers are retained in Canadian Judicial Council proceedings “to give a solicitor’s analysis and recommendations concerning... facts.” That may have been the usual expectation. But, again, the retainer letter here specifically forbade Professor Friedland from weighing the information gathered and offering recommendations and assessments. He was asked to gather information, nothing more.

[219] More arises from the above passage. It is best discussed in the following section of these reasons, in the context of some broader legal principles.

(5) Legal advice is the gist of the privilege

[220] In paragraph 27 of Mr. Sabourin’s affidavit, quoted just above, we are told that the Complaints Procedures require a lawyer to be retained because the lawyer is investigating matters within the Council’s legal mandate, one incumbent with legal obligations. Before us, the Council urged that this triggered solicitor-client privilege over the Friedland Report.

[221] In essence, the Council’s submission is that if a person, working within a legal mandate and subject to legal obligations, chooses to hire a lawyer rather than an ordinary investigator to conduct a factual inquiry, privilege arises.

[222] I reject this. The mere fact that a lawyer is involved does not make a report generated by the lawyer privileged: *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004

[217] Je le répète : il s’agit peut-être là des attentes habituelles. Mais ce qui est éloquent, c’est que M^e Sabourin s’arrête juste avant de dire que c’était les attentes déclarées au moment où le professeur Friedland s’est vu confier son mandat. Nous devons faire attention de ne pas faire dire à M^e Sabourin ce qu’il n’a pas osé dire : que la lettre de mandat ne doit pas être interprétée rigoureusement.

[218] M^e Sabourin laisse entendre que, dans le cadre des procédures du Conseil canadien de la magistrature, un avocat a le mandat de fournir [TRADUCTION] « son analyse et ses recommandations au sujet des faits ». Il s’agit peut-être là des attentes habituelles. Mais, encore une fois, la lettre de mandat du professeur Friedland lui interdisait expressément d’évaluer les renseignements recueillis et de formuler des recommandations et des avis. On lui demandait de recueillir de l’information, et rien de plus.

[219] Il ressort autre chose du passage cité ci-dessus. Il convient davantage d’aborder cela dans la section suivante des présents motifs, dans le contexte de certains principes juridiques généraux.

5) Le privilège vise surtout la consultation juridique

[220] Au paragraphe 27 de l’affidavit de M^e Sabourin, cité un peu plus haut, on nous dit que les Procédures relatives aux plaintes exigent que les services d’un avocat soient retenus, puisque l’avocat doit enquêter sur des questions touchant le mandat que la loi confère au Conseil, mandat qui s’assortit d’obligations juridiques. Le Conseil a affirmé devant nous que c’est ce qui fait en sorte que le rapport Friedland est protégé par le secret professionnel de l’avocat.

[221] Ce que le Conseil affirme, essentiellement, c’est que, si une personne cherchant à s’acquitter d’un mandat prévu par la loi et assorti d’obligations juridiques décide d’embaucher un avocat plutôt qu’un enquêteur ordinaire pour mener une recherche de faits, cela crée un privilège.

[222] Je rejette cet argument. Le simple fait qu’un avocat prenne part au processus n’implique pas que le rapport qu’il rédige est protégé par le secret professionnel :

SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809, at paragraphs 19–20; *Campbell*, above, at paragraph 50, “not everything done by a...lawyer...attracts solicitor client privilege”.

[223] Instead, the documents or information said to be privileged must themselves be for the dominant purpose of giving or receiving legal advice or closely and directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice: *Pritchard*, above, at paragraph 15; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at paragraph 36; *Campbell*, above, at paragraph 49; *Descôteaux et al.*, above, at pages 872–873; *Solosky*, above, at page 835; *Thompson v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 197, 366 D.L.R. (4th) 169, at paragraph 40.

[224] By virtue of their special training and experience, lawyers are often retained to do things other than provide legal advice. For example, lawyers can be retained to sit on a corporate board or give input on the design of a new courthouse but their activities are not privileged. Lawyers can be retained to handle trust monies and account for them—indeed, bar admission materials offer much instruction on this—but this, by itself, does not make these activities privileged, nor is the factual information about the payment or non-payment of fees necessarily privileged: *Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp., Re*, 1983 CanLII 1894, 41 O.R. (2d) 328 (Div. Ct.); *R. v. Joubert*, 1992 CanLII 1073, 7 B.C.A.C. 31 (C.A.); *R. v. Cunningham*, above, at paragraphs 25–34. A distinction should be drawn between a privileged communication related to advice and “evidence of an act or transaction”: *Thompson*, above, at paragraph 46.

[225] Similarly, through years of experience, some lawyers become adept at gathering and handling information—some, in fact, have spent much of their lives

Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne), 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809, aux paragraphes 19 et 20; arrêt *Campbell*, précité, au paragraphe 50, « [l]e secret professionnel de l’avocat ne protège évidemment pas l’ensemble des services rendus par un avocat ».

[223] En fait, pour être considérés comme étant protégés, les documents ou les renseignements doivent avoir pour objectif principal l’obtention ou la prestation de conseils juridiques ou encore être liés étroitement et directement à l’obtention, à la formulation ou à la prestation de conseils juridiques : arrêt *Pritchard*, précité, au paragraphe 15; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, au paragraphe 36; arrêt *Campbell*, précité, au paragraphe 49; *Descôteaux et autre*, précité, aux pages 872 et 873; arrêt *Solosky*, précité, à la page 835; *Thompson c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 197, au paragraphe 40.

[224] Vu leur formation particulière et leur expérience, les avocats sont souvent chargés de faire autre chose que de fournir des conseils juridiques. On leur demande par exemple de siéger au conseil d’une société ou de participer à la conception d’un nouveau palais de justice, et, dans ces cas, leurs activités ne sont pas protégées par le secret professionnel. Les avocats sont en mesure de gérer les fonds d’une fiducie et de rendre des comptes à cet égard — en fait, les documents relatifs à l’admission au barreau contiennent beaucoup d’information sur ce sujet —, mais cela, en soi, ne rend pas ces activités confidentielles. Pas plus que l’information factuelle concernant le paiement ou le non-paiement de frais est nécessairement confidentielle : *Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp., Re*, 1983 CanLII 1894, 41 O.R. (2d) 328 (C. div.); *R. c. Joubert*, 1992 CanLII 1073, 7 B.C.A.C. 31 (C.A.); arrêt *R. c. Cunningham*, précité, aux paragraphes 25 à 34. Une distinction devrait être établie entre une communication confidentielle liée à un conseil et « la preuve d’un acte ou d’une opération » : arrêt *Thompson*, précité, au paragraphe 46.

[225] De même, en accumulant les années d’expérience, certains avocats deviennent très habiles dans la collecte et le traitement de renseignements — certains

interviewing potential witnesses—and, thus, are retained for that limited purpose. But I am unaware of any authority suggesting that such activities, without more, trigger solicitor-client privilege.

[226] In the context of investigations, a line exists between a lawyer retained only to gather information and a lawyer who is retained to gather information as part of the larger exercise of providing legal advice. Reports concerning the former—such as the Friedland Report—are not privileged. The information supplied has nothing to do with providing legal advice.

[227] On this, the British Columbia Court of Appeal has drawn a bright line (*College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, above, at paragraph 32):

Legal advice privilege arises only where a solicitor is acting as a lawyer, that is, when giving legal advice to the client. Where a lawyer acts only as an investigator, there is no privilege protecting communications to or from her.

[228] The Manitoba Court of Appeal has also articulated this line. In *Gower*, above, it confirmed that a lawyer retained to gather facts, nothing more, is just an investigator and so the privilege does not apply (at paragraph 37):

In the situation at hand, it is clear from the evidence that [the lawyer] was asked to investigate and perform a fact-finding function. If that is all she was asked to do then, regardless of the fact that she is a lawyer, she would not have been providing legal advice and would have been acting as an investigator, not as a lawyer. Consequently, legal advice privilege would not have been available.

[229] However, if, as in *Gower*, the lawyer is fact-finding as part of the exercise of providing legal advice or if the fact-finding is “connected to the provision of... legal services” (at paragraph 19), the privilege can apply (*Gower*, above, at paragraph 38):

passent même une bonne partie de leur vie à interroger d'éventuels témoins — et leurs services sont donc retenus à cette fin précise. Toutefois, à ma connaissance, rien ne permet d'affirmer que ces activités seront visées à elles seules par le secret professionnel de l'avocat.

[226] Dans le contexte des enquêtes, il y a une distinction entre la situation d'un avocat chargé seulement de recueillir des renseignements et celle d'un avocat chargé de recueillir des renseignements dans le cadre d'une tâche plus large consistant à fournir des conseils juridiques. Les rapports concernant le premier — comme le rapport Friedland — ne sont pas confidentiels. Les renseignements fournis n'ont rien à voir avec la prestation de conseils juridiques.

[227] À ce sujet, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a établi une distinction claire (*College of Physicians of B.C. c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, précité, au paragraphe 32) :

[TRADUCTION] Le privilège de la consultation juridique n'existe que lorsque l'avocat agit en sa qualité d'avocat, c'est-à-dire lorsqu'il fournit des conseils juridiques à son client. Lorsqu'il joue seulement le rôle d'enquêteur, aucun privilège ne protège les communications entre son client et lui.

[228] La Cour d'appel du Manitoba a également établi cette distinction. Dans l'arrêt *Gower*, précité, elle a confirmé qu'un avocat chargé de réunir des faits, sans plus, n'est qu'un enquêteur, ce qui fait que le privilège ne s'applique pas (au paragraphe 37) :

[TRADUCTION] En l'espèce, il ressort clairement de la preuve [que l'avocate] a été chargée d'enquêter et d'assumer une fonction de recherche de faits. Si c'est tout ce qu'on lui a demandé de faire, même si elle est avocate, elle n'a pas fourni de conseils juridiques, et elle a joué le rôle d'enquêtrice, et non d'avocate. Par conséquent, le privilège de la consultation juridique ne s'applique pas.

[229] Toutefois, si, comme dans l'affaire *Gower*, l'avocat procède à une recherche de faits pour pouvoir fournir des conseils juridiques ou si la recherche de faits est [TRADUCTION] « liée à la prestation de [...] services juridiques » (au paragraphe 19), le privilège peut s'appliquer (Arrêt *Gower*, précité, au paragraphe 38) :

However, there is strong evidence that [the lawyer] was asked to do more. The investigation to determine the veracity of the allegations made against the plaintiff was only one part of her tasks. It is clear that the client requested Janzen make recommendations based on the facts that she gathered and provided advice with respect to the legal implications of those recommendations. Thus, the fact gathering was inextricably linked to the second part of the tasks, the provision of legal advice.

[230] In the course of its reasons, the Manitoba Court of Appeal in *Gower* cited with approval the authority of *Wilson v. Favelle*, 1994 CanLII 1152, 26 C.P.C. (3d) 273 (B.C.S.C.). *Wilson* indeed is an authority consistent with *Gower* and somewhat close to the facts of this case.

[231] In *Wilson*, a government retained a lawyer to conduct an investigation into a complaint of misconduct against an employee and produce a report. The purpose of the report was to document the facts relating to the allegations and to provide advice regarding any violations of non-legal standards of conduct for public service employees. The Court found that the lawyer was hired as a mere investigator. Of interest is the Court's focus upon the contractual language in the lawyer's retainer and not the affidavit filed by the government once the matter had become litigious.

[232] I accept that, in assessing on what side of the line a case falls, "advice" must be broadly construed. It includes "advice as to what should prudently and sensibly be done in the relevant legal context", in other words, practical advice mindful of the legalities or advice on a course of action informed by the legalities: *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71, at paragraph 26, quoting with approval *Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317 (C.A.), at page 330; *Gower*, above, at paragraph 19.

[233] But Professor Friedland was asked to gather information, not to give any sort of advice. Indeed, the retainer letter expressly forbade him from doing any such thing.

[TRANSLATION] Cependant, il y a des preuves qui montrent clairement que [l'avocate] s'est vu demander de faire autre chose. L'enquête visant à établir le bien-fondé des allégations concernant le demandeur n'était que l'une de ses tâches. Il est clair que le client avait demandé à M^{me} Janzen de formuler des recommandations en fonction du produit de sa recherche de faits et de l'aviser des répercussions de ses recommandations sur le plan juridique. Ainsi, la recherche de faits était inextricablement liée au second volet des tâches de M^{me} Janzen, soit la prestation de conseils juridiques.

[230] Dans ses motifs dans l'arrêt *Gower*, la Cour d'appel du Manitoba cite avec approbation la décision *Wilson v. Favelle*, 1994 CanLII 1152, 26 C.P.C. (3d) 273 (C. supr. C.-B.). La décision *Wilson* concorde effectivement avec l'arrêt *Gower*, et les faits sont assez semblables à ceux de l'espèce.

[231] La décision *Wilson* concerne l'embauche d'une avocate par un gouvernement pour mener une enquête sur une plainte d'inconduite portée contre un employé et rédiger un rapport. L'objectif du rapport était de faire état des faits liés aux allégations et d'aviser le client de toute violation des normes non juridiques des employés de la fonction publique. La Cour a conclu que l'avocate avait simplement été chargée de mener une enquête. Chose intéressante, la Cour porte son attention sur le contenu contractuel du mandat de l'avocate, et non sur l'affidavit déposé par le gouvernement après que l'affaire est devenue litigieuse.

[232] J'admets qu'il convient de donner un sens large au mot « conseil » lorsqu'il s'agit de décider à quelle catégorie une affaire appartient. Cela comprend [TRANSLATION] « les conseils sur les mesures raisonnables et prudentes à prendre dans le contexte juridique en cause », autrement dit, des conseils pratiques tenant compte du droit ou des conseils concernant la marche à suivre en fonction du droit : *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71, au paragraphe 26, où est cité avec approbation l'arrêt *Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317 (C.A.), à la page 330; arrêt *Gower*, précité, au paragraphe 19.

[233] Mais le professeur Friedland a été chargé de recueillir des renseignements, et non de donner quelque conseil que ce soit. En effet, la lettre de mandat lui interdit expressément de faire quoi que ce soit de ce genre.

[234] The Council infers from the legal complexity of the allegations in Mr. Slansky’s complaint—allegations which included bias, misconduct, and knowingly acting contrary to law—that Professor Friedland was required to provide legal advice, opinion, or analysis.

[235] I disagree. The retainer letter shows that the Council decomposed the overall task into factual and legal parts. It assigned to Professor Friedland a subset of the factual part—information gathering—leaving for itself the task of reviewing the facts gathered, applying the relevant law, and reaching a conclusion on the merits of Mr. Slansky’s complaint.

[236] At its highest, Professor Friedland’s task required him to assess what was material and what was not. This resembles the task of insurance adjusters or other skilled investigators who must assess materiality to some extent when gathering evidence relevant to an accident that might constitute a tort actionable in law. Yet, their investigation reports are not privileged: *General Accident Assurance Co. v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320, 45 O.R.(3d) 321 (C.A.).

[237] In this case, information gathering cannot be said to be the exclusive preserve of a lawyer. Indeed, non-lawyers could have done Professor Friedland’s job. There are many who can appreciate what information is relevant to the conduct of a judge in a courtroom.

[238] True, a lawyer might do it better, and Professor Friedland almost certainly can do it better than many lawyers. But that does not transform the nature of the task and the skills brought to bear on it from information gathering to the giving of legal advice or practical advice related to the legalities.

[234] Le Conseil affirme que, vu la complexité, sur le plan juridique, des allégations contenues dans la plainte de M^e Slansky — allégations selon lesquelles le juge Thompson se serait rendu coupable de partialité et d’inconduite et aurait sciemment enfreint la loi —, le professeur Friedland devait lui fournir des conseils juridiques, des avis ou une analyse.

[235] Je ne suis pas d’accord. La lettre de mandat montre que le Conseil a divisé la tâche en deux parties : le volet factuel et le volet juridique. Il a attribué au professeur Friedland un sous-ensemble du volet factuel — la collecte de renseignements — et s’est réservé la tâche d’examiner les faits réunis, d’appliquer les règles de droit pertinentes et de tirer une conclusion du bien-fondé de la plainte de M^e Slansky.

[236] La tâche la plus complexe dont devait s’acquitter le professeur Friedland consistait à distinguer les faits importants des faits sans importance. C’est une tâche apparentée à celle des experts en assurance et d’autres enquêteurs qualifiés qui doivent évaluer dans une certaine mesure l’importance des faits lorsqu’ils recueillent des éléments de preuve au sujet d’un accident pouvant constituer un délit civil susceptible de faire l’objet de poursuites judiciaires. Les rapports d’enquête de ces experts et enquêteurs ne sont pas confidentiels : *General Accident Assurance Co. v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320, 45 R.J.O. (3^e) 321 (C.A.).

[237] En l’espèce, on ne peut affirmer que la collecte d’information soit l’apanage d’un avocat. En effet, d’autres personnes auraient pu faire le travail qu’a fait le professeur Friedland. Beaucoup de gens sont capables de cerner les renseignements pertinents quant à la conduite d’un juge durant une audience.

[238] Il est vrai qu’un avocat est peut-être mieux placé que d’autres gens pour le faire, et aussi que le professeur Friedland est presque certainement en mesure de le faire mieux que beaucoup d’autres avocats. Cela ne change cependant pas la nature de la tâche et des compétences utilisées pour s’en acquitter et ne permet pas de franchir le pas entre la collecte de renseignements et la prestation de conseils juridiques ou pratiques liés au droit.

[239] This is sufficient to dismiss the Council's claim of solicitor-client privilege over the Friedland Report. However, I wish to address another submission of the Council, one that my colleague, Justice Evans, has accepted.

- (6) The *Blood Tribe* case did not extend the scope of solicitor-client privilege

[240] As explained above, a necessary condition of solicitor-client privilege is the seeking and giving of legal advice or practical advice related to the legalities. However, before us, the Council sought to extend the scope of solicitor-client privilege far beyond the decided cases. It sought to shift the analytical focus from whether legal advice has been sought to whether the skills of a lawyer were required for the assigned task.

[241] This is based upon the Supreme Court's comment at paragraph 10 of *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574 that solicitor-client privilege extends to "all interactions between a client and his or her lawyer when the lawyer is engaged in providing legal advice or otherwise acting as a lawyer" (emphasis added). This comment appears as an introduction to the Supreme Court's legal analysis.

[242] The precise issue in *Blood Tribe* was whether the Privacy Commissioner could access documents that were covered by solicitor-client privilege. Whether the documents were privileged was not in issue. Therefore, this introductory comment is surplusage.

[243] Further, in adding the comment, "otherwise acting as a lawyer", I query whether the Supreme Court might have been alluding, infelicitously, to a different privilege, litigation privilege. Under that privilege, lawyers acting as a lawyer under a litigation retainer enjoy a zone of privacy. Of note, some of the cases cited in the same paragraph deal mainly with litigation

[239] Cela suffit à rejeter la demande du Conseil concernant la protection du rapport Friedland en vertu du secret professionnel de l'avocat. Je souhaite cependant aborder un autre argument présenté par le Conseil, que mon collègue le juge Evans a admis.

- 6) L'arrêt *Blood Tribe* n'a pas étendu la portée du secret professionnel de l'avocat

[240] Comme je l'ai déjà expliqué, l'obtention et la prestation de conseils juridiques ou de conseils pratiques liés au droit sont une condition nécessaire à l'existence du secret professionnel de l'avocat. Le Conseil a cependant cherché devant nous à étendre la portée du secret professionnel bien au-delà des décisions rendues. Il a cherché à faire porter l'analyse sur la question de savoir si les compétences d'un avocat étaient nécessaires pour l'exécution de la tâche assignée, plutôt que sur celle de savoir si des conseils juridiques avaient été demandés.

[241] Le Conseil fonde son argumentation sur un commentaire de la Cour suprême figurant au paragraphe 10 de l'arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574 selon lequel le secret professionnel de l'avocat s'applique à « toutes les communications entre un client et son avocat lorsque ce dernier donne des conseils juridiques ou agit, d'une autre manière, en qualité d'avocat » (non souligné dans l'original). Il s'agit d'un commentaire que la Cour a fait dans l'introduction de son analyse.

[242] La question précise que devait trancher la Cour suprême dans l'arrêt *Blood Tribe* était celle de savoir si le Commissaire à la protection de la vie privée pouvait obtenir l'accès à des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat. La confidentialité des documents n'était pas contestée. Le commentaire d'introduction était donc superflu.

[243] Par ailleurs, je me demande si la Cour suprême, lorsqu'elle a ajouté « ou agit, d'une autre manière, en qualité d'avocat » ne faisait pas plutôt maladroitement allusion à un autre privilège, celui de la poursuite. Ce privilège offre aux avocats ayant un mandat de poursuite une certaine marge de confidentialité. Fait à noter, certaines des décisions citées dans le même paragraphe

privilege or, indeed, a different concept, professional secrecy under Quebec civil law. None of the cases cited support the proposition that solicitor-client privilege includes situations where a lawyer is “otherwise acting as a lawyer”.

[244] Outside of this infelicitously worded introduction in *Blood Tribe*, the Supreme Court has never considered “otherwise acting as a lawyer” to be enough for solicitor-client privilege to apply. Indeed, that would be contrary to its own authorities that the privilege is not triggered just because a lawyer is involved, and many other authorities to the effect that the activities of lawyers doing things typically done by lawyers are not necessarily privileged: *Pritchard*, above, at paragraphs 19–20; *Campbell*, above, at paragraph 50; authorities cited above, at paragraphs 224–232.

[245] Have decades of well-accepted jurisprudence in the law of solicitor-client privilege suddenly been swept aside by a sidewind—a fleeting, introductory comment in *Blood Tribe*? I think not.

[246] In my view, it is not open to us to pluck the words “otherwise acting as a lawyer” from the introductory part of the Supreme Court’s reasoning in *Blood Tribe*, reify them to the level of a general principle, and then, contrary to authority, apply that principle to impose secrecy over an information gathering report that formed the basis of a public administrative decision.

- (7) An assertion of privilege beyond its proper purposes

[247] Not only is the extension of solicitor-client privilege proffered by the Council inconsistent with the case law that binds this Court, it also takes solicitor-client privilege beyond its proper purposes.

portent principalement sur le privilège de la poursuite ou, en fait, sur une notion différente, celle du secret professionnel aux termes du droit civil québécois. Aucune des décisions citées n’appuie l’idée que le privilège du secret professionnel s’applique notamment dans les situations où un avocat « agit, d’une autre manière, en qualité d’avocat ».

[244] Mise à part l’introduction maladroitement formulée dans l’arrêt *Blood Tribe*, la Cour suprême n’a jamais envisagé que le fait d’agir d’une autre manière en qualité d’avocat soit suffisant pour que le secret professionnel de l’avocat s’applique. En effet, cela serait contraire à ses propres décisions selon lesquelles le privilège n’existe pas du seul fait qu’un avocat participe au processus, ainsi qu’à de nombreux autres éléments de jurisprudence selon lesquels les activités d’avocats faisant des choses que font habituellement les avocats ne sont pas nécessairement confidentielles : arrêt *Pritchard*, précité, aux paragraphes 19 et 20; arrêt *Campbell*, précité, au paragraphe 50; jurisprudence citée ci-dessus, aux paragraphes 224 à 232.

[245] Est-ce que des décennies de jurisprudence bien admise concernant les règles de droit applicables au secret professionnel de l’avocat ont soudainement été balayées par un vent latéral — un commentaire d’introduction fait au passage dans l’arrêt *Blood Tribe*? Je ne le crois pas.

[246] À mon avis, il ne nous appartient pas d’extraire l’expression « agit, d’une autre manière, en qualité d’avocat » de l’introduction du raisonnement de la Cour suprême dans l’arrêt *Blood Tribe*, de l’ériger en principe général, puis, de façon contraire à la jurisprudence, d’appliquer ce principe pour imposer la confidentialité d’un rapport d’enquête sur lequel est fondée une décision relevant de l’administration publique.

- 7) L’affirmation d’un privilège allant au-delà de l’objectif visé par le privilège

[247] L’extension du secret professionnel de l’avocat proposée par le Conseil ne va pas seulement à l’encontre de la jurisprudence que doit appliquer la Cour. Elle porte également le privilège au-delà des fins qu’il sert.

[248] As my colleague Justice Evans suggests in paragraphs 65 and 66 above, the privilege exists to allow the seeking of legal advice and the full and frank disclosure of information necessary for that advice.

[249] Without the privilege, people may not reveal necessary information to their lawyer, impairing proper understanding of their legal rights. All persons, whether natural, corporate, or governmental, must have access to expert legal counsel without fear that this recourse may be used to their detriment: *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, at paragraph 46; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at page 289. This is a basic democratic right.

[250] The Supreme Court has characterized this purpose as protecting and promoting the seeking of *legal advice*: *Solosky*, above, at pages 834–835; *Descôteaux et al.*, above, at page 871; *Campbell*, above, at paragraph 49; *Pritchard*, above, at paragraph 14; *Blood Tribe*, above, at paragraph 9. Provided legal advice or practical advice drawing upon knowledge of legalities is sought, all communications within the relationship, even mundane administrative matters in the relationship, can conceivably fall within its scope. As Lamer J. (as he then was) in *Descôteaux et al.*, above, stated (at pages 892–893):

In summary, a lawyer’s client is entitled to have all communications made with a view to obtaining legal advice kept confidential. Whether communications are made to the lawyer himself or to employees, and whether they deal with matters of an administrative nature such as financial means or with the actual nature of the legal problem, all information which a person must provide in order to obtain legal advice and which is given in confidence for that purpose enjoys the privileges attached to confidentiality. This confidentiality attaches to all communications made within the framework of the solicitor-client relationship, which arises as soon as the potential client takes the first steps, and consequently even before the formal retainer is established. [Emphasis added.]

See also Adriane Keane, James Griffiths and Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 8th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2010), at page 607.

[248] Comme mon collègue le juge Evans le laisse entendre aux paragraphes 65 et 66 de ses motifs, le privilège sert à permettre l’obtention de conseils juridiques et la divulgation franche de tous les renseignements nécessaires pour la prestation de ces conseils.

[249] Si le privilège n’existait pas, les gens ne révéleraient peut-être pas à leur avocat tous les renseignements dont il a besoin, ce qui les empêcherait de bien comprendre leurs droits. Toute personne, qu’il s’agisse d’un particulier, d’une société ou d’un gouvernement, doit pouvoir accéder à l’expertise d’un conseiller juridique sans avoir à craindre que ce recours lui fasse du tort : *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, au paragraphe 46; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, à la page 289. Il s’agit d’un droit démocratique fondamental.

[250] La Cour suprême a dit de l’objectif du secret professionnel de l’avocat qu’il consistait à protéger et à promouvoir l’obtention de conseils juridiques : arrêts *Solosky*, aux pages 834 et 835; *Descôteaux et autre*, à la page 871; *Campbell*, au paragraphe 49; *Pritchard*, au paragraphe 14; *Blood Tribe*, au paragraphe 9, précités. Si des conseils juridiques ou pratiques fondés sur la connaissance du droit sont demandés, toutes les communications s’inscrivant dans le cadre de la relation, même lorsqu’il s’agit de questions administratives sans importance, peuvent être incluses. Le juge Lamer (qui n’était pas encore juge en chef à l’époque) a dit ce qui suit dans l’arrêt *Descôteaux et autre*, précité (aux pages 892 et 893) :

En résumé, le client d’un avocat a droit au respect de la confidentialité de toutes les communications faites dans le but d’obtenir un avis juridique. Qu’ils soient communiqués à l’avocat lui-même ou à des employés, qu’ils portent sur des matières de nature administrative comme la situation financière ou sur la nature même du problème juridique, tous les renseignements que doit fournir une personne en vue d’obtenir un avis juridique et qui sont donnés en confidence à cette fin jouissent du privilège de confidentialité. Ce droit à la confidentialité s’attache à toutes les communications faites dans le cadre de la relation client-avocat, laquelle prend naissance dès les premières démarches du client virtuel, donc avant même la formation du mandat formel. [Non souligné dans l’original.]

Voir également Adriane Keane, James Griffiths et Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 8^e éd. (Oxford : Oxford University Press, 2010), à la page 607.

Legal advice, liberally construed, is the gist of the privilege.

[251] Protecting factual information from disclosure where no legal advice of any kind has been sought—indeed where, as here, the instructions are *not* to give advice of any kind—does not further the purposes of privilege. This is especially so where the disclosure of factual information reveals nothing about legalities or legal views held by the author. What possible interests, other than secrecy for secrecy's sake, are being served here? We are far from the realm of clients needing secrecy so that they may speak candidly to their lawyers and obtain necessary legal advice. To the extent confidentiality interests exist here, they relate to the claim of public interest privilege, not solicitor-client privilege.

[252] For the foregoing reasons, I conclude that the Friedland Report is not covered by solicitor-client privilege. But even if it were, the privilege has been waived.

(8) If the privilege exists, it was waived

[253] Professor Friedland was retained to gather information, nothing more, and to report that information to Chief Justice Scott for his screening decision. In the circumstances, the Friedland Report was Chief Justice Scott's main source of factual information. In the public decision letter dismissing the complaint, some of the content of the Friedland Report and the facts recounted in it were disclosed. Further, the report has found its way into the hands of a third party without explanation. These two things have worked a waiver of any privilege that might have attached to the Friedland Report.

[254] First, the Council waived any privilege by voluntarily giving the Friedland Report to a third party.

La consultation juridique, au sens large, est le principal objet du privilège.

[251] La protection de renseignements factuels contre la divulgation dans le cas où aucun conseil juridique, de quelque nature que ce soit, n'a été demandé — et dans le cas, en fait, où, comme en l'espèce, l'avocat a reçu pour directive de ne pas fournir quelque conseil que ce soit — ne sert pas les fins du privilège. C'est particulièrement vrai lorsque la divulgation des renseignements concernant les faits ne révèle rien au sujet du droit ou sur les points de vue sur le droit adoptés par l'auteur. Mis à part le fait de garder le secret comme si cela était une fin en soi, quels sont les intérêts qui peuvent être servis en l'espèce? Nous sommes loin de la situation où le client a besoin de la confidentialité pour pouvoir parler sincèrement avec son avocat et obtenir l'avis juridique dont il a besoin. Dans la mesure où un enjeu relatif à la confidentialité existe en l'espèce, celui-ci a trait au privilège d'intérêt public, et non au secret professionnel de l'avocat.

[252] Pour tous ces motifs, je conclus que le rapport Friedland n'est pas protégé par le secret professionnel de l'avocat. Même s'il l'était, le Conseil a renoncé au privilège.

8) Si le privilège existe, le Conseil y a renoncé

[253] Le professeur Friedland a été chargé de recueillir des renseignements, et rien de plus, et il devait transmettre ces renseignements au juge en chef Scott pour lui permettre de rendre une décision concernant le traitement de la plainte. Dans les circonstances, le rapport Friedland était la principale source de renseignements du juge en chef Scott sur les faits. Une partie du contenu du rapport Friedland et des faits qui y sont consignés a été divulguée dans une lettre de décision publique indiquant le rejet de la plainte. En outre, le rapport s'est retrouvé entre les mains d'une tierce partie sans aucune raison. Ces deux choses constituent une renonciation à tout privilège dont le rapport Friedland aurait pu faire l'objet.

[254] Premièrement, le Conseil a renoncé à tout privilège en remettant volontairement le rapport Friedland à une tierce partie.

[255] In her reasons, reproduced at paragraph 50 of Justice Evans' reasons, the Prothonotary found that a copy of the Friedland Report had found its way into the hands of the Law Society of Upper Canada and the Deputy Attorney General of Ontario.

[256] Voluntarily giving a document to third parties is an "obvious scenario" of waiver, because confidentiality, the prerequisite to the maintenance of privilege, has been lost: Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009), at page 957; C. Tapper, *Cross and Tapper on Evidence*, 11th ed. (New York: Oxford University Press, 2007), at page 472; Hodge M. Malek, Q.C. editor, *Phipson on Evidence*, 17th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2010), at page 645. If a client receives a letter in confidence from the solicitor and forwards it to third parties, privilege in it is lost absent a "joint" or "common" interest between the client and the third parties. See Bryant *et al.*, at pages 927–928.

[257] In this case, the Prothonotary found that a common interest existed between the Council and the Law Society, namely, an interest in investigating complaints of misconduct. Consequently, in her view, giving the report to the Law Society did not waive the privilege. This is a finding of mixed fact and law suffused by facts that cannot be set aside absent palpable and overriding error. None has been demonstrated.

[258] However, the Prothonotary did not make any finding of common interest concerning the arrival of the Friedland Report into the hands of the Deputy Attorney General. At the time this happened, the Attorney General was retaining Mr. Slansky in some cases to prosecute charges under provincial labour legislation. In short, the Friedland Report has been transmitted to one of Mr. Slansky's clients.

[259] This loss of confidentiality over the Friedland Report calls for explanation, but none has been given by the Council, upon whom the burden of establishing privilege rests. For example, the Council has not offered

[255] Dans ses motifs, reproduits au paragraphe 50 des motifs du juge Evans, la protonotaire a déclaré qu'une copie du rapport Friedland s'était retrouvée entre les mains de représentants du Barreau du Haut-Canada et du sous-procureur général de l'Ontario.

[256] Lorsqu'un document est remis à une tierce partie, il s'agit évidemment d'une situation où il y a renonciation au privilège visant le document, puisque la confidentialité, condition préalable au maintien du privilège, est enfreinte : Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman et Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 3^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2009), à la page 957; C. Tapper, *Cross and Tapper on Evidence*, 11^e éd. (New York : Oxford University Press, 2007), à la page 472; Hodge M. Malek, c.r. (dir.), *Phipson on Evidence*, 17^e éd. (Londres : Sweet & Maxwell, 2010), à la page 645. Si un client reçoit une lettre confidentielle d'un avocat et la transmet à une tierce partie, le privilège est perdu en l'absence d'un intérêt « conjoint » ou « commun » entre le client et la tierce partie. Voir Bryant *et al.*, aux pages 927 et 928.

[257] En l'espèce, la protonotaire a conclu que le Conseil et le Barreau avaient un intérêt commun à l'égard de l'enquête sur les plaintes d'inconduite. Par conséquent, le fait que le rapport ait été remis au Barreau ne constitue pas une renonciation au privilège. Il s'agit d'une conclusion de fait et de droit appuyée sur des faits amplement suffisants et qui ne peut être annulée si une erreur concrète et déterminante n'a pas été commise. La preuve de l'existence d'une telle erreur n'a pas été faite.

[258] La protonotaire n'a toutefois tiré aucune conclusion relative à l'intérêt commun en ce qui concerne le fait que le rapport Friedland ait abouti entre les mains du sous-procureur général. À l'époque, le procureur général avait chargé M^e Slansky de certaines poursuites dans le cadre des lois sur le travail de la province. Bref, le rapport Friedland a été transmis à un client de M^e Slansky.

[259] La violation de la confidentialité dont a fait l'objet le rapport Friedland doit être expliquée, mais le Conseil, à qui il incombe d'établir l'existence du privilège, n'a donné aucune explication. Il n'a par exemple

evidence showing the transmission of the Friedland Report was unauthorized or that it is trying to recover the document. It has not offered evidence establishing some common interest between it and the Deputy Attorney General. To the extent there was ever any privilege over the Friedland Report, it has been lost.

[260] Second, in its decision letter, the Council has disclosed some of the facts set out in the Friedland Report, but not all. For example, it describes some of the contents of the witness interviews described in the Friedland Report, but not all of the contents.

[261] A party cannot disclose part of the content of a privileged document and unfairly withhold the rest of it: David M. Paciocco and Lee Stuesser, *The Law of Evidence*, 6th ed. (Toronto: Irwin Law, 2011), at page 220. Privilege is not a swinging door, open when there is information to communicate, but slammed shut when information is sought. See, e.g., *Bone v. Person*, 2000 CanLII 26955, 185 D.L.R. (4th) 335 (Man. C.A.), at paragraph 14; *Ranger v. Penterman*, 2011 ONCA 412, 342 D.L.R. (4th) 690, at paragraph 16. A party may not cherry-pick privileged communications, disclosing what is helpful to it and withholding the rest: *Guelph (City) v. Super Blue Box Recycling Corp.*, 2004 CanLII 34954, 2 C.P.C. (6th) 276 (Ont. S.C.J.), at paragraph 78.

[262] The Council should not be permitted to disclose bits of information in the Friedland Report that support its decision, but withhold the rest of it. In the interests of fairness and consistency, the Council should be taken to have waived whatever privilege might have existed over all of the Friedland Report.

(9) Severance

[263] Even if Professor Friedland's task included providing legal advice, and even if the Council did not waive any privilege which existed, the Friedland Report should be included in the record of the Court, with any privileged portions severed.

présenté aucune preuve du fait que la transmission du rapport Friedland n'avait pas été autorisée ou qu'il tente de récupérer le document. Il n'a présenté aucune preuve établissant un intérêt commun entre le sous-procureur général et lui. Si le rapport Friedland a déjà fait l'objet d'un privilège, celui-ci a été perdu.

[260] Deuxièmement, dans sa lettre de décision, le Conseil divulgue certains des faits décrits dans le rapport Friedland, mais pas tous. Il fait par exemple état d'une partie du contenu des entrevues avec les témoins décrites dans le rapport Friedland, mais pas de tout leur contenu.

[261] Une partie ne peut divulguer partiellement le contenu d'un document confidentiel et préserver indûment la confidentialité du reste du document : David M. Paciocco et Lee Stuesser, *The Law of Evidence*, 6^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2011), à la page 220. Le privilège n'est pas une porte tournante qui serait ouverte lorsqu'il y a des renseignements à communiquer, mais solidement fermée lorsqu'on en demande. Voir par exemple, *Bone v. Person*, 2000 CanLII 26955, 185 D.L.R. (4th) 335 (C.A. Man.), au paragraphe 14; *Ranger v. Penterman*, 2011 ONCA 412, 342 D.L.R. (4th) 690, au paragraphe 16. Une partie ne peut choisir les communications qui demeureront confidentielles, en divulguant ce qui lui est utile et en préservant la confidentialité du reste : *Guelph (City) v. Super Blue Box Recycling Corp.*, 2004 CanLII 34954, 2 C.P.C. (6th) 276 (C.S.J. Ont.), au paragraphe 78.

[262] Le Conseil ne devrait pas être autorisé à divulguer certains éléments d'information contenus dans le rapport Friedland pour appuyer cette décision, mais à préserver la confidentialité du reste du rapport. Par souci d'équité et de cohérence, il faudrait considérer que le Conseil a renoncé à tout privilège dont le rapport Friedland a pu faire l'objet.

9) Prélèvement

[263] Même si la tâche confiée au professeur Friedland incluait la prestation de conseils juridiques, et même si le Conseil n'a pas renoncé à tout privilège existant, le rapport Friedland devrait être versé au dossier de la Cour, après que toute partie confidentielle en aura été prélevée.

[264] At paragraph 112 of his reasons, my colleague, Justice Evans, states that courts may not “sever findings of fact made in an investigative report covered by solicitor-client privilege when they form the basis of, and are inextricably linked to, the legal advice provided.” He concludes (at paragraph 113) that in this case disclosing the factual portions of the report would “erode the confidentiality on which the lawyer-client relationship fundamentally rests.”

[265] With respect, I disagree.

[266] First, severance is possible, legally speaking. This Court has held that privileged statements can be severed from non-privileged statements: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 FCA 104, 360 D.L.R. (4th) 176 (in the context of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1).

[267] Second, severance is possible, practically speaking. The factual portions are not linked inextricably to the gratuitous recommendations and analyses contained in the report. Nor are the factual portions recounted by the client, let alone recounted for the purpose of legal advice. The Prothonotary so found (at paragraph 30):

... it is possible to sever the “fact-gathering” investigative work product prepared by “Counsel”... These facts are separate and distinct from the advice given on legal issues that is privileged.

This finding, mainly one of fact, should be respected: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401.

[268] Third, whether severing facts from legal advice would, as my colleague says, “erode the confidentiality on which the lawyer-client relationship fundamentally rests”, depends on the context. If a lawyer recites facts provided by a client, privilege likely applies. Protecting those facts advances the purpose of solicitor-client privilege—enabling clients to speak candidly to their

[264] Au paragraphe 112 de ses motifs, mon collègue le juge Evans affirme que les tribunaux ne peuvent procéder au « prélèvement des constatations de faits contenues dans un rapport d’enquête protégé par le secret professionnel de l’avocat lorsque celles-ci sont le fondement des conseils juridiques fournis et y sont inextricablement liées ». Il conclut (au paragraphe 113) que la divulgation en l’espèce des parties du rapport portant sur les faits viendrait « éroder la confidentialité dont la relation entre un avocat et son client est fondamentalement tributaire ».

[265] En toute déférence, je ne suis pas d’accord.

[266] Premièrement, le prélèvement est possible en droit. La Cour a affirmé que des déclarations confidentielles peuvent être séparées de déclarations non confidentielles : *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CAF 104 (dans le contexte de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1).

[267] Deuxièmement, le prélèvement est concrètement possible. Les parties portant sur les faits ne sont pas inextricablement liées aux recommandations et analyses présentées par le professeur Friedland dans le rapport sans qu’on lui ait demandé de le faire. Elles n’ont pas été fournies non plus par le client, et cela particulièrement dans le but d’obtenir des conseils juridiques. C’est ce que la protonotaire a conclu (au paragraphe 30) :

[...] il est possible de prélever les faits recueillis par « l’avocat » dans le cadre de son travail d’enquête [...] Ces faits sont distincts des avis donnés sur des questions juridiques protégées par un privilège.

Cette conclusion, qui est principalement fondée sur les faits, devrait être respectée : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401.

[268] Troisièmement, la possibilité que la séparation des faits et des conseils juridiques vienne, comme mon collègue le dit, « éroder la confidentialité dont la relation entre un avocat et son client est fondamentalement tributaire » n’existe pas dans tous les contextes. Si un avocat dresse la liste des faits communiqués par un client, le privilège s’applique probablement. La

lawyers. On the other hand, if the lawyer acts more like a conduit for information flowing from third parties, privilege does not apply, and the underlying information can be severed: see, e.g., *College of Physicians of B.C.*, above, at paragraphs 60–69 (lawyer’s summary of the oral opinions of two experts severed from legal advice based on those opinions).

[269] Fourth, severance—the redaction of isolated, privileged material—plays a regular and important role in Canadian litigation. Justice Corbett aptly described this role in *Guelph (City)*, above, at paragraph 119:

The practice of “redacting” documents has been in wide use in commercial litigation in Ontario for at least two decades. It follows a practice developed in American jurisdictions to balance the goals of full disclosure and protection of privilege. It is very common for documents that are otherwise producible to contain a portion that deals with receipt of legal advice on the topic at hand. For example, the minutes of a board meeting might contain twelve business items, one of which concerned receipt of legal advice pertaining to litigation. An “all or nothing” approach to disclosure would see the document entirely produced (thus breaching solicitor client privilege in respect to the advice given concerning the litigation), or entirely suppressed (depriving the opposing party with the record of the balance of the document). The proper solution is to produce the portion of the document that is not privileged, delete the portion that is privileged, and show the deletion on the face of the document to alert the opposing party that privileged material has been removed. [Footnote omitted.]

See also *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, above, where this Court redacted three paragraphs out of seventeen, albeit under legislation which contemplated redaction. See also *Southern Railway of British Columbia Ltd. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue)*, 1991 CanLII 2083, [1991] 1 C.T.C. 432 (B.C.S.C.); *PSC Industrial Services Canada Inc. v. Thunder Bay (City)*, 2006 CanLII 7029 (Ont. S.C.J.); *B.C. Securities Commission v. BDS and*

protection de ces faits vise l’objectif du secret professionnel de l’avocat : permettre au client de s’exprimer sincèrement devant son avocat. Si l’avocat relaie par contre l’information provenant de tierces parties, le privilège ne s’applique pas, et les renseignements d’origine peuvent être prélevés : voir par exemple l’arrêt *College of Physicians of B.C.*, précité, aux paragraphes 60 à 69 (résumé par l’avocat des opinions présentées verbalement par deux experts qui était séparé des conseils juridiques donnés à partir de ces opinions).

[269] Quatrièmement, le prélèvement — le retranchement de parties de documents confidentiels circonscrites — joue régulièrement un rôle important dans le cadre des procédures judiciaires au Canada. Le juge Corbett a bien décrit ce rôle dans la décision *Guelph (City)*, précitée, au paragraphe 119 :

[TRADUCTION] La pratique consistant à « caviarder » des parties de document est courante en droit commercial en Ontario depuis au moins 20 ans. Elle est calquée sur une façon de faire mise au point aux États-Unis dans le but de trouver un équilibre entre les objectifs de la divulgation complète et de la protection de la confidentialité. Il arrive très souvent que des documents qui pourraient autrement être produits contiennent une section portant sur la réception de conseils juridiques concernant le sujet abordé. À titre d’exemple, le procès-verbal d’une réunion d’un conseil d’administration peut contenir 12 points à l’ordre du jour dont un qui porte sur la réception de conseils juridiques concernant un litige. Si la divulgation devait se faire sur le mode « tout ou rien », soit le document intégral serait produit (ce qui irait à l’encontre du secret professionnel de l’avocat à l’égard des conseils donnés concernant le litige) soit il ne le serait pas du tout (ce qui priverait l’autre partie de l’accès au reste du document). La meilleure solution consiste à produire les parties du document qui ne sont confidentielles, à en supprimer les parties confidentielles et à indiquer que des éléments ont été supprimés à la face même du document, afin d’avertir la partie adverse que les renseignements confidentiels ont été retranchés. [Note en bas de page omise.]

Voir l’arrêt *Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, précité, où la Cour a retranché trois paragraphes sur dix-sept, quoiqu’en vertu de lois portant sur cette pratique. Voir également la décision *Southern Railway of British Columbia Ltd. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue)*, 1991 CanLII 2083, [1991] 1 C.T.C. 432 (C. supr. C.-B.); *PSC Industrial Services Canada Inc. v. Thunder Bay (City)*, 2006 CanLII 7029 (C.S.J. Ont.); *B.C. Securities Commission v. BDS and*

CWM, 2002 BCSC 664, at paragraph 15; *1225145 Ontario Inc. v. Kelly*, 2006 CanLII 19425, 27 C.P.C. (6th) 227 (Ont. S.C.J.).

(10) Conclusion on solicitor-client privilege

[270] For the foregoing reasons, I reject the Council's claim of solicitor-client privilege over the Friedland Report.

C. Public interest privilege

[271] The Council submits that the Friedland Report is protected by public interest privilege. For the reasons that follow, I cannot accept this submission.

[272] Public interest privilege is designed to protect against the disclosure of a document where the public interest in confidentiality predominates. But, as we shall see, confidentiality can be accommodated in ways short of total secrecy from all. As a precursor to this discussion, it is useful to review some preliminary matters governing the rule 318 motion before us.

(1) Preliminary matters

[273] This is an appeal from the Federal Court's disposition of a motion brought under rule 318, challenging the Council's refusal to produce the Friedland Report to Mr. Slansky so it can be included in the record before the reviewing court. Rule 318 relates directly to the content of the record before the reviewing court.

[274] The reviewing court, not the administrative tribunal being reviewed, decides the content of the record before the court. On this question, the court is not reviewing the administrative tribunal's decision about what to produce. In other words, analytically, it is not asking itself whether the Council's decision not to produce certain material falls within a range of acceptability and defensibility, deferring to its assessments. Instead, it is

CWM, 2002 BCSC 664, au paragraphe 15; *1225145 Ontario Inc. v. Kelly*, 2006 CanLII 19425, 27 C.P.C. (6th) 227 (C.S.J. Ont.).

10) Conclusion concernant le secret professionnel de l'avocat

[270] Pour tous ces motifs, je rejette l'argument du Conseil selon lequel le rapport Friedland est protégé par le secret professionnel de l'avocat.

C. Privilège d'intérêt public

[271] Le Conseil affirme que le rapport Friedland est protégé par un privilège d'intérêt public. Pour les motifs qui suivent, je rejette cette affirmation.

[272] Le privilège d'intérêt public sert à protéger un document contre la divulgation lorsque la confidentialité du document sert davantage l'intérêt public que sa divulgation. Toutefois, comme nous allons le voir, il peut y avoir confidentialité sans que le document soit entièrement secret pour tous. Pour mettre l'analyse en contexte, il est utile d'examiner certaines questions préliminaires régissant le traitement de la requête qui nous est présentée en vertu de la règle 318.

1) Questions préliminaires

[273] La Cour est saisie d'un appel de la décision rendue par la Cour fédérale à l'égard d'une requête présentée en vertu de la règle 318 pour contester le refus du Conseil de remettre le rapport Friedland à M^e Slansky pour qu'il puisse être versé au dossier de la cour de révision. La règle 318 porte directement sur le contenu du dossier devant la cour de révision.

[274] C'est la cour de révision, et non le tribunal administratif dont la décision fait l'objet du contrôle, qui décide du contenu du dossier qui lui est soumis. À cet égard, la cour ne contrôle pas la décision du tribunal administratif touchant ce qui est produit. Autrement dit, sur le plan analytique, elle ne se demande pas si la décision du Conseil de ne pas produire certains documents relève de ce qui est acceptable et justifiable, et elle s'en remet au

considering what evidence should be before it when it determines the judicial review. The reviewing court is to apply its own standards and evaluate the evidence filed before it on the motion, not defer to the Council's view.

[275] Turning to the applicable Rules, rule 317 allows a party to request material from a tribunal relevant to the application for judicial review. The requesting party is entitled to be sent everything that was before the decision maker (and that the applicant does not have in its possession) at the time the decision at issue was made: *Access Information Agency Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 224, at paragraph 7; *1185740 Ontario Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)*, 1999 CanLII 8774, 247 N.R. 287 (F.C.A.). Put another way,

... in order to effectively pursue their rights to challenge administrative decisions from a reasonableness perspective, the applicants in judicial review proceedings must be entitled to have the reviewing court consider the evidence presented to the tribunal in question.

(*Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 268, at paragraph 24.)

[276] This passage recognizes the relationship between the record before the reviewing court and the reviewing court's ability to review what the tribunal has done. If the reviewing court does not have evidence of what the tribunal has done or relied upon, the reviewing court may not be able to detect reversible error on the part of the tribunal. In other words, an inadequate evidentiary record before the reviewing court can immunize the tribunal from review on certain grounds.

[277] Rule 318 requires the tribunal to produce this material to the requesting party and to the Registry unless the tribunal objects to disclosure and the Court upholds this objection. Two legitimate grounds of objection are solicitor-client privilege and public interest privilege.

jugement du Conseil. La cour examine plutôt la question des éléments de preuve dont elle devrait disposer pour procéder au contrôle judiciaire. La cour de révision doit appliquer ses propres normes et apprécier les éléments de preuve qui lui ont été présentés relativement à la requête, et non s'en remettre au point de vue du Conseil.

[275] J'aborde maintenant les articles applicables des Règles. La règle 317 autorise une partie à demander à un tribunal de produire des documents pertinents quant à la demande de contrôle judiciaire. La partie demanderesse a le droit de demander que lui soit transmis tout ce qui était devant le décideur (et que la demanderesse n'a pas en sa possession) lorsque la décision en cause a été prise : *Access Information Agency Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 224, au paragraphe 7; *1185740 Ontario Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 1999 CanLII 8774 (C.A.F.). Autrement dit :

[TRADUCTION] [...] afin de pouvoir véritablement se prévaloir de manière raisonnable de leur droit de contester une décision administrative, les demandeurs dans le cadre de contrôles judiciaires doivent pouvoir demander à la cour de révision d'examiner les éléments de preuve présentés au tribunal en question.

(*Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 268, au paragraphe 24.)

[276] Cet extrait établit l'existence d'un lien entre le dossier soumis à la cour de révision et la capacité de cette dernière d'examiner ce que le tribunal a fait. Si la cour de révision n'a pas devant elle le document montrant ce que le tribunal a fait ou sur quoi il s'est appuyé, elle peut ne pas être en mesure de détecter une erreur justifiant l'infirmité de sa décision. Autrement dit, l'insuffisance du dossier de preuve soumis à la cour de révision peut immuniser le tribunal contre le contrôle pour certains motifs.

[277] La règle 318 exige que le tribunal remette les documents en question à la partie demanderesse et au greffe, à moins qu'il ne s'oppose à la divulgation et que la Cour ne confirme son opposition. Le secret professionnel de l'avocat et un privilège d'intérêt public sont deux des motifs légitimes d'opposition.

[278] Viewed in isolation, rules 317 and 318 can work an injustice. There may be cases where an administrative decision maker based its decision on material over which there may be substantial confidentiality interests. As a result, under rule 318, a valid objection may lie against the applicant getting the material. Similarly, a valid objection may lie against the Registry, and thus, any member of the public on request, getting the material. If access to the material is denied, the material will never be placed before the reviewing court. As a result, some or all of the decision may be immunized from review—the concern expressed in *Hartwig*.

[279] But rules 317 and 318 do not sit in isolation. Rules 151 and 152 allow for material before the reviewing court to be sealed where well-established confidentiality interests outweigh the substantial public interest in openness: *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522. Further, under rule 53, terms can be attached to any order. Finally, there are plenary powers in the area of supervision of tribunals: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at paragraphs 35–38; *M.N.R. v. Derakhshani*, 2009 FCA 190, at paragraphs 10–11; *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50, at paragraphs 35–36.

[280] In my view, the interaction of these Rules and powers gives the court considerable remedial flexibility. On a rule 318 motion, in cases where the strict *Sierra Club* test for sealing is met, the court can do more than just uphold or reject the administrative decision-maker's objection to disclosure of the material that was before it. Among other things, the Court can order that the requesting party and the Registry receive the material with suitable deletions to respect confidentiality, and the reviewing court receive the original, unedited version of the material so it can meaningfully review the administrative decision.

[278] Pris isolément, les règles 317 et 318 peuvent créer une injustice. Il peut y avoir des cas où le décideur administratif fonde sa décision sur des documents dont l'une des parties a grand intérêt à ce qu'ils demeurent confidentiels. Il existe alors une objection valable, en vertu de la règle 318, au fait que le demandeur ait accès aux documents. De même, il peut y avoir une opposition valable au fait que le greffe obtienne les documents et donc que tout membre du public qui puisse faire une demande pour le consulter y ait accès. Toutefois, si l'accès aux documents est refusé, ceux-ci ne seront jamais soumis à la cour de révision. Par conséquent, certaines décisions, voire toutes, peuvent être mises à l'abri d'un contrôle — c'est la préoccupation soulevée dans l'arrêt *Hartwig*.

[279] Cependant, les règles 317 et 318 ne peuvent être pris isolément. Les règles 151 et 152 autorisent la mise sous scellés de documents présentés à la cour de révision dans le cas où des intérêts bien établis à l'égard de la confidentialité dépassent l'important intérêt public à l'égard de l'ouverture : *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522. En outre, la règle 53 prévoit que toute ordonnance peut être assortie de conditions. Enfin, la cour de révision possède de pleins pouvoirs dans le domaine de la surveillance des tribunaux : *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, aux paragraphes 35 à 38; *M.R.N. c. Derakhshani*, 2009 CAF 190, aux paragraphes 10 et 11; *Canada (Revenu national) c. Compagnie d'assurance vie RBC*, 2013 CAF 50, aux paragraphes 35 et 36.

[280] À mes yeux, l'interaction entre ces articles des Règles et ces pouvoirs offre à la Cour une marge de manœuvre considérable en matière de réparation. Lorsqu'elle est saisie d'une requête en vertu de la règle 318, si le critère strict de l'arrêt *Sierra Club* relativement à la confidentialité est respecté, la Cour n'est pas limitée à la confirmation ou au rejet de l'opposition du décideur administratif concernant la divulgation de documents qui lui avaient été présentés. La Cour peut entre autres ordonner que la partie demanderesse et le greffe reçoivent les documents expurgés des parties confidentielles et que la cour de révision reçoive la version originale sans suppression, pour qu'elle puisse procéder à un véritable contrôle de la décision administrative.

[281] Where sealing orders are warranted under the strict *Sierra Club* test, they can come in all shapes and sizes, limited only by the creativity and imagination of counsel and courts. They can be tailored to meet the exact needs of each case: see, for example, the creative and detailed sealing order made in *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281.

[282] This sort of remedial flexibility is useful in reconciling confidentiality interests against the need for meaningful review of decisions. In some cases, valid reasons against allowing the Registry (and, thus, the public) access to the material may exist, but no such reasons may exist against the applicant or the Court. In other cases, valid reasons may exist against allowing the Registry and the applicant access, but not against the Court. It depends on the evidence placed before the Court.

[283] Therefore, in my view, where, as here, a court is faced with a motion under rule 318, it should keep front of mind the remedial flexibility it has. It should make an order that allows for necessary protection of confidentiality interests but meaningful review of administrative action. This principle governs my approach in this case.

(2) An exception to disclosure: public interest privilege

[284] One recognized ground of objection under rule 318 is public interest privilege, namely where including a document in the judicial review record “would interfere with the public interest”: *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, at pages 670–671. In assessing the existence of this privilege, the Court must balance the confidentiality interests at stake against the need for the document to be included in the judicial review record.

[281] Lorsqu’une ordonnance de mise sous scellés est justifiée aux termes du critère strict de *Sierra Club*, celle-ci peut prendre toutes sortes de formes, qui sont limitées seulement par la créativité et l’imagination des avocats et des juges. Les ordonnances peuvent être adaptées en fonction des besoins précis de chacune des décisions : voir par exemple l’ordonnance créative et détaillée rendue dans la décision *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281.

[282] Cette marge de manœuvre, pourrait-on dire, dans les réparations possibles est utile pour trouver un équilibre entre les intérêts à l’égard de la confidentialité et la nécessité de permettre un véritable contrôle des décisions. Il peut y avoir dans certains cas des raisons valables de refuser l’accès à des documents au greffe (et donc au public), mais sans qu’il y ait de raisons valables de le refuser au demandeur ou à la Cour. Dans d’autres cas, il peut y avoir des raisons valables de refuser l’accès au greffe et au demandeur, mais pas à la Cour. Cela dépend des éléments de preuve présentés à la Cour.

[283] Ainsi, à mon avis, dans les cas où, comme en l’espèce, la Cour est saisie d’une requête présentée en vertu de la règle 318, il convient de toujours garder à l’esprit la marge de manœuvre qui existe quant aux réparations. La Cour devrait rendre une ordonnance permettant la protection nécessaire des intérêts liés à la confidentialité, mais aussi un véritable contrôle de la décision administrative. Ma façon d’envisager la question est fondée sur ce principe.

2) Exception à la divulgation : le privilège d’intérêt public

[284] Un motif reconnu d’opposition aux termes de la règle 318 est le privilège d’intérêt public, c’est-à-dire le fait que l’inclusion d’un document dans le dossier du contrôle judiciaire « porte atteinte à l’intérêt public » : *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, aux pages 670 et 671. Pour établir l’existence de ce privilège, la Cour doit trouver un équilibre entre les intérêts à l’égard de la confidentialité et la nécessité que le document soit inclus dans le dossier de contrôle judiciaire.

[285] The latter concern—the needs of the administration of justice—deserves significant weight in the balancing. Public interest privilege should not become a shield used to repel judicial scrutiny of decisions that lack legality or are unreasonable: *Carey*, above, at page 673. It is often said that the secrecy afforded by the privilege is needed so that government institutions can function effectively. But sometimes including the document in the judicial review record is necessary for the same reason—courts need to vet an administrative decision to ensure the decision maker functioned properly.

[286] Sometimes a charge of misbehaviour by a governmental institution justifies disclosure. Put another way, “the course of justice must not be unnecessarily impeded by claims to secrecy”: *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.), at pages 532–534, approved in *Carey*, above, at pages 664–665. As Lord Scarman asked in *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (H.L.), at page 733, “what is so important about secret government that it must be protected even at the price of injustice in our courts?”

[287] Accordingly, where upholding the privilege might cause injustice in the judicial review, only a strong interest in confidentiality, well established in the evidence, will suffice: *Carey*, above, at pages 653–654, 668, 671 and 673.

(3) Assessing the arguments in favour of public interest privilege

[288] In this case, a public administrative decision maker, the Council, has made a public decision under a statutory power. Specifically, Chief Justice Scott made the decision for the Council. The Council claims public interest privilege over a largely factual investigative report that it relied upon in making the decision under review. As a result, it says that the Federal Court judge reviewing the Council’s decision cannot see it.

[285] Un poids important doit être accordé à cette dernière préoccupation (les exigences de l’administration de la justice). Le privilège d’intérêt public ne devrait pas devenir un bouclier contre l’examen judiciaire de décisions non fondées en droit ou déraisonnables : arrêt *Carey*, précité, à la page 673. On dit souvent que le secret que permet le privilège est nécessaire au bon fonctionnement des organisations gouvernementales. Il arrive cependant parfois que l’inclusion du document dans le dossier de contrôle judiciaire soit nécessaire pour la même raison : les cours doivent vérifier les décisions administratives rendues par les décideurs pour s’assurer que ceux-ci font bien leur travail.

[286] Dans certains cas, une accusation d’inconduite portée par une organisation gouvernementale justifie la divulgation. Autrement dit, [TRADUCTION] « il faut que la justice puisse suivre son cours sans être indûment entravée par des revendications de confidentialité » : *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.), aux pages 532 à 534, approuvé dans l’arrêt *Carey*, précité, aux pages 664 et 665. Comme lord Scarman le disait dans l’arrêt *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (H.L.), à la page 733, [TRADUCTION] « le secret en matière gouvernementale revêt-il une importance telle qu’il doit être protégé même au prix d’injustice devant nos tribunaux? »

[287] Ainsi, lorsque le respect du privilège est susceptible d’entraîner une injustice dans le cadre du contrôle judiciaire, seul un intérêt relatif à la confidentialité important et bien établi dans les éléments de preuve suffira : arrêt *Carey*, précité, aux pages 653 et 654, 668, 671 et 673.

3) Appréciation des arguments favorables au privilège d’intérêt public

[288] En l’espèce, un décideur administratif public, le Conseil, a rendu une décision publique en vertu des pouvoirs que lui confère la loi. Plus précisément, le juge en chef Scott a rendu la décision au nom du Conseil. Le Conseil invoque un privilège d’intérêt public concernant un rapport d’enquête en grande partie factuel sur lequel il s’est appuyé pour rendre la décision faisant l’objet du contrôle. Il affirme donc que le juge de la Cour fédérale chargé d’examiner sa décision ne peut consulter ce rapport.

[289] At the outset, one might wonder how the public interest might be hurt if, in addition to Chief Justice Scott, a Federal Court judge sitting in review also sees the Friedland Report. This question assumes greater urgency when one recognizes that the Law Society of Upper Canada and the Attorney General of Ontario have also seen the Friedland Report. And in this matter—Mr. Slansky’s motion to have the Friedland Report included in the judicial review record—the Prothonotary, the Federal Court Judge, and the judges on this panel of the Court have all seen the Friedland Report. In my view, the Council must demonstrate a strong interest in confidentiality, well established in the evidence, that explains why the Federal Court judge reviewing the Council’s decision cannot see it when so many others have already seen it.

[290] This, the Council has not done.

[291] The Council urges that if its claim of public interest privilege is rejected, serious consequences will follow. In his affidavit, Mr. Sabourin deposes that the Council needs to obtain “candid and reliable” information. Some will feel “vulnerable to the adverse opinions of the judge” or other court staff if they speak and their words become known. The judge might well have significant privacy interests over the information, such as “medical conditions, family situations, or a judge’s state of mind during the deliberative or decision-making process”. No further light is shed on these matters. As the Prothonotary, the fact-finder in this motion, observed at paragraph 36 of her reasons, the evidence offered by the Council is general, unparticularized and, to some extent, speculative.

[292] When considering evidence of this sort, we must follow the Supreme Court’s decision in *Carey*. There, the Supreme Court considered general, unparticularized evidence claiming that, without confidentiality, candour in Cabinet discussions would suffer, injuring policy

[289] On peut d’abord se demander en quoi l’intérêt public serait touché si, en plus du juge en chef Scott, un juge de la Cour fédérale procédant au contrôle de la décision consultait le rapport Friedland. Cette question devient plus pressante lorsqu’on prend connaissance du fait que le Barreau du Haut-Canada et le procureur général de l’Ontario ont eux aussi vu le rapport Friedland. Et dans le contexte de la requête de M^e Slansky concernant le versement du rapport Friedland au dossier de contrôle judiciaire, la protonotaire, le juge de la Cour fédérale et les juges de la présente formation de la Cour ont tous vu le rapport Friedland. J’estime que le Conseil doit faire la preuve d’un intérêt important à l’égard de la confidentialité, qu’il soit bien établi par les éléments de preuve et qui explique pourquoi le juge de la Cour fédérale chargé de contrôler la décision du Conseil ne peut voir le rapport, alors que tant d’autres personnes l’ont déjà vu.

[290] Or, le Conseil ne l’a pas fait.

[291] Le Conseil affirme que des conséquences graves découleraient du rejet de son argument concernant le privilège d’intérêt public. Dans son affidavit, M^e Sabourin dit que le Conseil doit pouvoir obtenir des renseignements [TRADUCTION] « sincères et fiables ». Certaines personnes se sentiraient [TRADUCTION] « vulnérables aux opinions négatives du juge » ou d’autres membres du personnel judiciaire si elles s’expriment et que leurs déclarations sont rendues publiques. Le juge pourrait très bien avoir des intérêts importants à l’égard de la confidentialité des renseignements, tenant par exemple [TRADUCTION] « à un problème de santé, à la situation familiale ou à l’état d’esprit du juge durant le processus de délibération ou de décision ». Aucune explication n’est donnée à l’égard de ces questions. Comme la protonotaire qui a procédé à la constatation des faits relativement à la présente requête le fait remarquer au paragraphe 36 de ses motifs, des éléments de preuve fournis par le Conseil sont de nature générale, indéfinie, et, dans une certaine mesure, hypothétique.

[292] Lorsque nous examinons des éléments de preuve de ce genre, nous devons suivre l’arrêt *Carey* de la Cour suprême. Dans cet arrêt, la Cour s’est penchée sur un témoignage de nature générale et indéfinie selon lequel l’absence de confidentialité empêcherait la tenue de

formulation and the public interest. Consistent with its view that claims of public interest privilege can only be founded upon strong confidentiality interests well established in the evidence, the Supreme Court found the evidence wanting. In its view, the party seeking to justify the withholding of a document needed in court proceedings must file evidence that is “as helpful as possible,” providing “as much detail as the nature of the subject matter [will] allow”: *Carey*, above, at page 654; see also, e.g., *Burmah Oil*, above. It added that high quality evidence matters even more where, as here, the party is “not a wholly detached observer of events”: *Burmah Oil*, above, at page 720.

[293] In *Carey*, the Supreme Court did not stop there. Before it were confidential Cabinet deliberations. Nevertheless, it scorned the idea that the need for candour, by itself, can justify withholding a document needed in court proceedings.

[294] It observed that it is “very easy to exaggerate [the] importance” of candour arguments, at page 657. It also observed that candour arguments have “received heavy battering in the courts”; indeed, they have been dismissed as being of “doubtful validity,” “grotesque,” and an “old fallacy”, at pages 657–670, citing *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.), at page 957; *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1, at page 20; *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388 (H.L.), at page 413; *Burmah Oil*, above, at page 724; and *Sankey*, above.

[295] Turning to the Council’s assertion that judges and others have privacy interests deserving of protection, in some cases this is undoubtedly so. In Mr. Slansky’s complaint to the Council, he recognized that in the “early stages of any investigation, assurances of confidentiality may be necessary to obtain information”. It is

discussions franches au Cabinet, ce qui nuirait à l’élaboration de politiques et à l’intérêt public. Conformément à son point de vue selon lequel des revendications de privilège d’intérêt public ne peuvent être fondées que sur des intérêts relatifs à la confidentialité importants et bien établis par les éléments de preuve, la Cour suprême a conclu que la preuve était insuffisante. À son avis, la partie qui cherche à justifier la non-production d’un document nécessaire dans le cadre d’une procédure judiciaire doit présenter des éléments de preuve en étant « aussi coopérat[ive] que possible » et en fournissant « tous les détails qu’[elle peut] compte tenu de la nature du sujet traité » : arrêt *Carey*, précité, à la page 654; voir aussi par exemple l’arrêt *Burmah Oil*, précité. Cette décision précise que la présentation d’éléments de preuve de grande qualité est encore plus importante si, comme en l’espèce, la partie concernée n’est [TRADUCTION] « pas le témoin entièrement désintéressé d’événements » : arrêt *Burmah Oil*, précité, à la page 720.

[293] La Cour suprême est allée plus loin dans l’arrêt *Carey*. Elle disposait de délibérations confidentielles du Cabinet. Néanmoins, elle a rejeté l’idée que le besoin de franchise puisse justifier en soi la non-production de documents nécessaires dans le cadre de procédures judiciaires.

[294] La Cour a fait remarquer qu’« il est bien facile d’[...] exagérer l’importance » des arguments relatifs à la franchise, à la page 657. Elle a ajouté que ces arguments ont été « mi[s] à rude épreuve par les tribunaux »; en effet, ils ont été rejetés et qualifiés de [TRADUCTION] « douteu[x] », de « saugrenu » et d’« erreur tenace », aux pages 657 à 670, où la Cour cite *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.), à la page 957; *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1, à la page 20; *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388 (H.L.), à la page 413; *Burmah Oil*, précité, à la page 724; et l’arrêt *Sankey*, précité.

[295] Quant à l’affirmation du Conseil selon laquelle les juges, entre autres, ont des intérêts relatifs au respect de leur vie privée qui doivent être protégés, c’est sans aucun doute le cas parfois. Dans la plainte qu’il a déposée devant le Conseil, M^e Slansky reconnaît que [TRADUCTION] « au cours des premières étapes de toute

true that Professor Friedland interviewed certain witnesses, assuring them their confidentiality would be respected. With more particularity in the evidence, one might share the Council's concern that absent privacy protection, as a general matter people will be reluctant to cooperate and the Council's summary screening process will be impeded. But all of these concerns can be addressed in any judicial review proceeding, if necessary, by sealing sensitive information from the public, the other side, or both.

[296] Denying the reviewing court access to the information, however, overshoots the mark. As we shall see, there is a strong public interest in courts reviewing exercises of public power regardless of the sensitivities involved. With the help of sealing orders in appropriate cases, the public interest in reviewing exercises of public power can be vindicated with no effect on privacy interests or the Council's summary screening procedure.

[297] The sorts of confidentiality concerns raised by the Council also exist in the case of other professionals whose conduct is scrutinized by disciplinary bodies. Doctors, engineers, lawyers, architects and teachers also have privacy concerns and their colleagues may well be reluctant to speak without assurances of confidentiality. But courts review the decisions of these disciplinary bodies with the benefit of all of the confidential and sensitive material before them, protected, when necessary, by a sealing order. Why should a court reviewing the decisions of the Council be any different?

[298] The Council also raises the principle of judicial independence in support of its privilege claim—an

enquête, des garanties de confidentialité peuvent être nécessaires pour obtenir des renseignements ». Il est vrai que le professeur Friedland a interrogé certains témoins en leur assurant que leurs réponses demeuraient confidentielles. Si les éléments de preuve présentés étaient plus précis, on pourrait partager la préoccupation du Conseil tenant au fait qu'en règle générale, en l'absence de protection de la confidentialité, les gens seront plus réticents à collaborer, et le processus de traitement sommaire des plaintes du Conseil sera entravé. Toutes ces préoccupations peuvent cependant être examinées dans le cadre de toute procédure de contrôle judiciaire, au besoin, en empêchant l'accès du public, de l'autre partie ou des deux aux renseignements de nature délicate.

[296] Empêcher la cour de révision d'accéder à ces renseignements va cependant plus loin que le but recherché. Comme nous allons le voir, il y a un important intérêt public à l'égard du fait que les cours examinent l'exercice du pouvoir public, même si cela touche certaines sensibilités. Au moyen d'ordonnances de mise sous scellés lorsque cela est indiqué, l'intérêt public à l'égard du contrôle de l'exercice du pouvoir public peut être servi sans que cela ait le moindre effet sur les intérêts relatifs à la confidentialité ni sur la procédure de traitement sommaire des plaintes du Conseil.

[297] Le genre de préoccupations que soulève le Conseil relativement à la confidentialité existe également dans le cas d'autres professionnels dont la conduite est examinée par un organisme disciplinaire. Les médecins, les ingénieurs, les avocats, les architectes et les enseignants ont eux aussi des préoccupations quant au respect de leur vie privée, et leurs collègues peuvent également être réticents à s'exprimer si on ne garantit pas la confidentialité de leurs déclarations. Des tribunaux examinent toutefois les décisions de ces organismes disciplinaires à la lumière de tous les documents confidentiels et de nature délicate qui leur sont présentés, ceux-ci étant protégés, au besoin, par une ordonnance de mise sous scellés. Pourquoi devrait-il en être autrement lorsque la Cour contrôle les décisions du Conseil?

[298] Le Conseil invoque également le principe de l'indépendance judiciaire à l'appui de sa revendication

argument rejected by the Court below (at paragraph 78 of its reasons). Mr. Sabourin deposes as follows (at paragraph 24):

... judicial independence may be threatened if Council cannot give assurances of confidentiality about information provided by a judge regarding a judge's state of mind during the deliberative or decision-making process.

[299] Again, this is asserted, not demonstrated or explained with particularity. The Council has not demonstrated that any parts of the Friedland Report contain elements of deliberative secrecy as that term is understood in the jurisprudence: *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796. If there were such elements and if the *Sierra Club* test were met, again, a sealing order would suffice. But here, Mr. Slansky's complaint very much focused upon the Judge's demeanour and conduct in open court. In any event, the legitimate sphere of deliberative secrecy in the context of judicial discipline proceedings is relatively narrow: see Charles Gardner Geyh, "Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rhetoric" (2006), 56 *Case W. Res. L. Rev.* 911, at pages 922–935.

[300] But, in any event, I do not see the causal link between: (i) disclosure under seal to the reviewing court of a largely factual report relied upon by the Council in its decision; and (ii) injury to judicial independence. Under a stringent sealing order, only the judge reviewing the Council's decision will see the report. That judge, as a beneficiary of judicial independence, will appreciate its importance.

[301] Indeed, as I shall demonstrate later, withholding the Friedland Report from the reviewing court will likely injure judicial independence.

[302] Finally, I note that all of the concerns asserted by the Council, described above, relate to Council investigations generally, not this particular investigation. If public interest privilege applies to a report like the Friedland Report, it will apply to all such reports in the

d'un privilège — argument que rejette la Cour ci-dessous (au paragraphe 78 de ses motifs). M^e Sabourin affirme ce qui suit (au paragraphe 24) :

[TRADUCTION] [...] l'indépendance judiciaire peut être menacée si le Conseil ne peut garantir la confidentialité des renseignements fournis par un juge concernant son état d'esprit durant le processus de délibération ou de décision.

[299] Encore une fois, il s'agit d'une chose qui est affirmée, et non démontrée ou expliquée avec précision. Le Conseil n'a pas démontré qu'une partie quelconque du rapport Friedland contenait des éléments relevant du secret du délibéré, au sens où cette expression est entendue dans la jurisprudence : *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796. Si de tels éléments existaient, et si le critère de l'arrêt *Sierra Club* était respecté, je répète qu'une ordonnance de mise sous scellés suffirait. Cependant, la plainte formulée par M^e Slansky en l'espèce porte surtout sur le comportement et la conduite du juge en audience publique. De toute façon, le champ d'application légitime du secret du délibéré dans le contexte des procédures de discipline judiciaire est assez étroit : voir Charles Gardner Geyh, « Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rhetoric » (2006), 56 *Case W. Res. L. Rev.* 911, aux pages 922 à 935.

[300] Je ne vois de toute manière aucun lien de cause à effet entre i) la divulgation sous scellés à la cour de révision d'un rapport en grande partie factuel sur lequel le Conseil s'est appuyé pour rendre sa décision; et ii) l'atteinte à l'indépendance judiciaire. Si une ordonnance stricte de mise sous scellés était rendue, seul le juge chargé du contrôle de la décision du Conseil pourrait consulter le rapport. Ce juge, bénéficiant de l'indépendance judiciaire, en apprécierait l'importance.

[301] En fait, comme je le démontrerai plus loin, la non-production du rapport Friedland devant la cour de révision nuira probablement à l'indépendance judiciaire.

[302] Enfin, je remarque que toutes les préoccupations soulevées par le Conseil et qui sont décrites ci-dessous ont trait aux enquêtes du Conseil en général, et non à l'enquête menée en l'espèce. Si le privilège d'intérêt public s'applique à un rapport comme le

future. Thus, the Council is asserting that an entire class of documents—investigation reports—should be privileged. Such class privileges should not be lightly expanded because, cast as they are in absolute terms, they “run the risk of occasional injustice”: *Gruenke*, above, at page 296; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at paragraph 32. The “modern Canadian trend” is “to accord privilege only where necessary, on a case-by-case basis, and on as limited a basis as possible”: *Bryant et al.*, above, at page 911. As the Supreme Court said in *Carey* (at page 655), “a claim that a document should not be disclosed on the ground that it belongs to a certain class has little chance of success.”

[303] In summary, in order to succeed in its claim of public interest privilege, the Council had to demonstrate an interest in confidentiality, well established in the evidence, one that justifies withholding a document that a reviewing court would normally get to see. In my view, as the Prothonotary found (at paragraph 36 of her reasons), the Council has failed to do this and so its claim for public interest privilege must fail.

[304] For completeness, however, and to address the submissions made by the parties and my colleagues’ views on this point, I wish to address the needs of the administration of justice in this case. They are substantial.

(4) The needs of the administration of justice

[305] To recap, Mr. Slansky raises two grounds in his application for judicial review: the Council’s investigation of the facts was inadequate and its decision is unreasonable because the facts placed before the Council do not sustain the decision. No one has suggested he cannot assert these grounds.

rapport Friedland, il s’appliquera à tous les rapports du même genre dans l’avenir. Ainsi, le Conseil affirme que toute une catégorie de documents — les rapports d’enquête — devrait être confidentielle. Les privilèges visant une catégorie de documents ne devraient pas être étendus à la légère, puisque, de par leur formulation absolue, ils font « courir le risque qu’une injustice soit éventuellement commise » : arrêt *Gruenke*, précité, à la page 296; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, au paragraphe 32. La [TRADUCTION] « tendance moderne au Canada » est [TRADUCTION] « d’accorder le privilège seulement lorsque c’est nécessaire, au cas par cas, et le moins souvent possible » : *Bryant et coll.*, précité, à la page 911. Comme la Cour suprême l’a affirmé dans l’arrêt *Carey* (à la page 655), « les chances sont minces qu’on puisse prétendre avec succès qu’un document ne devrait pas être communiqué en raison de la catégorie à laquelle il appartient ».

[303] En somme, afin d’obtenir un privilège d’intérêt public, le Conseil doit démontrer l’existence d’un intérêt à l’égard de la confidentialité, intérêt qui soit bien établi dans les éléments de preuve et qui justifie la non-production d’un document que la cour de révision devrait normalement pouvoir consulter. À mon avis, et comme la protonotaire l’a conclu (au paragraphe 36 de ses motifs), le Conseil ne l’a pas fait, et sa demande de privilège d’intérêt public doit donc être rejetée.

[304] Par souci d’exhaustivité, toutefois, et pour aborder les observations des parties et les points de vue de mes collègues sur la question, je souhaite parler des exigences de l’administration de la justice en l’espèce. Celles-ci sont importantes.

4) Les exigences de l’administration de la justice

[305] Pour récapituler, M^e Slansky invoque deux motifs dans sa demande de contrôle judiciaire : l’enquête sur les faits menée par le Conseil était inadéquate, et sa décision est déraisonnable, puisque les faits qui lui auraient été présentés ne justifient pas la décision. Personne n’a laissé entendre que M^e Slansky ne pouvait invoquer ces motifs.

[306] The Federal Court Judge (at paragraph 84 of his reasons) and my colleagues say that the Council's decision letter gives enough to Mr. Slansky for him to make out his case. I disagree.

[307] Mr. Slansky is not obligated to take the statements made and the information given in the Council's decision letter at face value. By challenging the reasonableness of the decision and the adequacy of the investigation, he asserts that the statements made and the information given in the decision letter are unsustainable.

[308] Without the Friedland Report—the main source of facts for the Council's decision—how can Mr. Slansky argue the decision is not supported by the facts placed before the Council? And without the Friedland Report—the only investigation in the case—how can Mr. Slansky argue the investigation was inadequate?

[309] Further, under rule 318, Mr. Slansky is entitled to everything relied upon by the Council in making its decision, unless the Council can establish a valid objection. No case stands for the proposition that “the applicant has enough to make out the argument” is a valid objection under rule 318. I would add that a prothonotary or judge acting on a motion under rule 318 should not engage in weighing evidence and assessing whether litigants have “enough”. Litigants should get everything to which they are entitled.

[310] In this case, however, the most serious harm to the administration of justice is the reviewing court's inability to have access to the material the Council relied upon in making its decision.

[311] If the Council's public interest claim is upheld, the reviewing court will not see the Friedland Report. As a result, the reviewing court will be unaware of facts (if any) identified in the report that go against the Council's decision. It will be unaware of the facts learned by Professor Friedland and why, based on those

[306] Le juge de la Cour fédérale (au paragraphe 84 de ses motifs) et mes collègues disent que la lettre de décision du Conseil fournit suffisamment de renseignements à M^e Slansky pour lui permettre de défendre sa cause. Je ne suis pas d'accord.

[307] M^e Slansky n'est pas obligé de tenir comme avérés les déclarations faites et les renseignements fournis dans la lettre de décision du Conseil. En contestant le caractère raisonnable de la décision et le caractère adéquat de l'enquête, il affirme que les déclarations faites et les renseignements fournis dans la lettre de décision ne sont pas fondés.

[308] Sans le rapport Friedland — la principale source de faits sur laquelle le Conseil a fondé sa décision — comment M^e Slansky pourrait-il démontrer que la décision du Conseil n'est pas appuyée par les faits qui lui ont été présentés? Et sans le rapport Friedland — le seul document d'enquête en l'espèce — comment M^e Slansky pourrait-il démontrer que l'enquête a été inadéquate?

[309] En outre, d'après la règle 318, M^e Slansky a le droit d'accéder à tout ce que le Conseil a utilisé pour arriver à sa décision, à moins que le Conseil ne présente une objection valable. Personne ne saurait affirmer que l'idée que « le demandeur dispose de suffisamment de renseignements pour défendre sa cause » est une objection valable dans le contexte de la règle 318. J'ajouterais qu'il n'appartient pas à un protonotaire ni à un juge examinant une requête présentée en vertu de la règle 318 d'apprécier la preuve ni de décider si les parties disposent de renseignements « suffisants ». Les parties devraient accéder à tout ce à quoi ils ont droit.

[310] En l'espèce, toutefois, l'entrave la plus importante à l'administration de la justice consiste en l'incapacité de la cour de révision d'accéder aux documents sur lesquels le Conseil s'est appuyé pour rendre sa décision.

[311] Si la demande de privilège d'intérêt public du Conseil est accueillie, la cour de révision n'aura pas accès au rapport Friedland. Par conséquent, elle ne pourra prendre connaissance des faits présentés dans le rapport (s'il en est) et qui n'appuient pas la décision du Conseil. Elle ne pourra prendre connaissance des faits

facts, he considered it unnecessary to pursue other sources of information in his investigation. As a result, the reviewing court will not be able to assess the grounds of review Mr. Slansky asserts. In the words of the Prothonotary (at paragraph 38 of her reasons), disclosure of the Friedland Report is necessary “to ensure that the application for judicial review can be conducted in a meaningful way.”

[312] By not providing the Friedland Report to the reviewing court, to some extent the Council is shielding its decision from review. That may well not be its intention, but that is certainly the effect.

[313] This is no mere trifle. Immunizing part of the Council’s decision offends the principle that all holders of public power should be accountable for their exercises of power.

[314] This principle finds voice in many areas of our law:

- *Review is constitutionally guaranteed.* As a matter of constitutional law, courts must be able to review the decisions of administrative decision makers for defensibility and acceptability on the facts and the law: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 27–31.
- *Federal Courts have a plenary power to supervise administrative decision makers.* This power can even survive legislative attempts to oust it: *Canadian Liberty Net*, above, at paragraphs 35–38; *Derakhshani*, above, at paragraphs 10–11; *RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50 [cited above], at paragraphs 35–36.
- *Privative clauses are read down.* Parliament, wielding its constitutional power to make laws, sometimes tries to block the courts from reviewing administrators’ decisions. Nevertheless, the courts can review administrators’ decisions, albeit with appropriate deference: *Dunsmuir*,

réunis par le professeur Friedland ni des raisons pour lesquelles, à la lumière de ces faits, il a estimé qu’il était superflu de chercher d’autres sources de renseignements dans le cadre de son enquête. Par conséquent, la cour de révision ne pourra évaluer les motifs de contrôle que M^e Slansky invoque. Pour reprendre les paroles de la protonotaire (au paragraphe 38 de ses motifs), la divulgation du rapport Friedland est nécessaire pour « s’assurer [...] que la demande de contrôle judiciaire puisse être examinée utilement ».

[312] En ne fournissant pas le rapport Friedland à la cour de révision, le Conseil empêche dans une certaine mesure que sa décision soit contrôlée. Ce n’est peut-être pas son intention, mais c’est assurément le résultat.

[313] Cela est loin d’être sans importance. Mettre à l’abri de tout contrôle une partie de la décision du Conseil enfreint le principe selon lequel tous les titulaires de pouvoirs publics doivent rendre compte de la façon dont ils exercent ces pouvoirs.

[314] Ce principe est affirmé à bien des endroits dans notre jurisprudence :

- Le contrôle est garanti par la Constitution. Selon le droit constitutionnel, les cours doivent pouvoir contrôler les décisions des décideurs administratifs et vérifier que ces décisions sont justifiables et acceptables à la lumière des faits et du droit : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, aux paragraphes 27 à 31.
- Les cours fédérales jouissent de pleins pouvoirs pour superviser les décideurs administratifs. Ce pouvoir peut même subsister malgré les tentatives visant à le supprimer au moyen de l’adoption de lois : *Canadian Liberty Net*, précité, aux paragraphes 35 à 38; arrêt *Derakhshani*, précité, aux paragraphes 10 et 11; *Compagnie d’assurance vie RBC*, 2013 CAF 50 [précité], aux paragraphes 35 et 36.
- Les dispositions privatives sont interprétées de façon restrictive. Le législateur utilise parfois son pouvoir constitutionnel pour adopter des lois visant à empêcher les cours de contrôler les décisions des administrateurs. Néanmoins, les cours peuvent contrôler les décisions des

above, at paragraph 31; *Woodward Estate (Executors of) v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120, at page 127; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at page 1090; *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, at pages 237–238.

- *Exercices of public power cannot be immunized from challenge.* On occasion, those who are not personally or directly affected in a significant way nevertheless are permitted to challenge the exercise of a public power. The paramount concern, consistently mentioned in the case law, is that exercises of public powers cannot be immune from review: *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524, at paragraphs 31–34; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at page 256; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, at page 631; *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*; *Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675, at page 692; *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37 (C.A.). In the words of Laskin J. (as he then was), “it would be strange and, indeed, alarming, if there was no way in which a question of alleged excess of legislative power, a matter traditionally within the scope of the judicial process, could be made the subject of adjudication”: *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138, at page 145.

- *Deliberative secrecy can sometimes be overridden.* Administrative decision makers’ deliberations are usually highly confidential. But, in appropriate cases, that confidentiality must give way so that the reviewing court can engage in meaningful review: *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221.

- *Administrative decision-makers’ attempts to immunize themselves from review are forbidden.* A statutory body subject to judicial review cannot immunize itself or its process by arriving at decisions on considerations that

administrateurs, quoiqu’avec une déférence appropriée : arrêt *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 31; *Succession Woodward (Exécuteurs testamentaires) c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120, à la page 127; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la page 1090; *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220, aux pages 237 et 238.

- L’exercice du pouvoir public ne peut être à l’abri des contestations. À l’occasion, des personnes qui ne sont pas directement et profondément concernées peuvent quand même contester l’exercice d’un pouvoir public. La préoccupation la plus importante, qui est constamment mentionnée dans la jurisprudence, c’est que l’exercice du pouvoir public ne peut être mis à l’abri des contrôles : *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524, aux paragraphes 31 à 34; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, à la page 256; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, à la page 631; *Hy and Zel’s Inc. c. Ontario (Procureur général)*; *Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675, à la page 692; *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.). Pour reprendre les propos du juge Laskin (qui n’était pas encore juge en chef à l’époque), « il serait étrange et même alarmant qu’il n’y ait aucun moyen par lequel une question d’abus de pouvoir législatif, matière traditionnellement de la compétence des cours de justice, puisse être soumise à une décision de justice » : *Thorson c. Procureur général du Canada et al.*, [1975] 1 R.C.S. 138, à la page 145.

- Le secret du délibéré peut parfois être levé. Les délibérations des décideurs administratifs sont habituellement hautement confidentielles. Toutefois, dans les cas où cela est indiqué, la confidentialité doit être reléguée au second plan pour que la cour de révision puisse procéder à un véritable contrôle : *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221.

- Il est interdit aux décideurs administratifs de chercher à se mettre à l’abri des contrôles. Un organisme créé par la loi et faisant l’objet d’un contrôle judiciaire ne peut se mettre à l’abri ou mettre son processus à l’abri du

are not revealed by the record it files with the court: *Payne v. Ontario Human Rights Commission*, 2000 CanLII 5731, 192 D.L.R. (4th) 315 (Ont. C.A.), at paragraph 161.

[315] Some of the authorities in the preceding paragraph show that Parliament cannot immunize the factual determinations of administrative decision makers by passing a law. How then can administrative decision makers immunize their factual determinations by withholding documents containing facts?

[316] In this case, immunization weakens the accountability and transparency of the Council and the judicial disciplinary system it administers. With less accountability and transparency, public confidence in the judiciary will fall, ultimately threatening judicial independence. The Prothonotary correctly recognized this at paragraphs 35 and 38 of her reasons.

[317] A hypothetical example—worse ones can be imagined—illustrates this well.

[318] Suppose a judge receives a bribe from one of the parties in a case and deposits it into his bank account. Four people witness the bribe. One complains to the Council. The Council retains a lawyer, such as Professor Friedland, to gather information from the complainant, the witnesses, the judge, the bank, and others.

[319] The lawyer prepares a report for the Council setting out the information gathered. The lawyer also sends along the documents he has gathered in the course of his investigation. But his report contains some facts not otherwise apparent.

[320] The Council, undertaking no other factual investigation of its own, reads the report and the documents gathered by the lawyer. It dismisses the complaint.

contrôle en rendant des décisions fondées sur des éléments non divulgués dans le dossier qu'il présente à la cour de révision : *Payne v. Ontario Human Rights Commission*, 2000 CanLII 5731, 192 D.L.R. (4th) 315 (C.A. Ont.), au paragraphe 161.

[315] Certaines des décisions citées au paragraphe précédent montrent que le législateur ne peut mettre à l'abri les décisions des décideurs administratifs fondées sur des faits en adoptant des lois. Comment les décideurs administratifs pourraient-ils alors mettre leurs décisions fondées sur des faits à l'abri en ne produisant pas des documents contenant les faits en question?

[316] En l'espèce, la mise à l'abri nuit à la responsabilisation et à la transparence du Conseil, ainsi qu'au système de justice disciplinaire qu'il administre. La diminution de la responsabilisation et de la transparence entraînera une diminution de la confiance du public envers la magistrature, ce qui au bout du compte menace l'indépendance judiciaire. La protonotaire le reconnaît à juste titre aux paragraphes 35 et 38 de ses motifs.

[317] Un exemple hypothétique (il serait possible d'en imaginer des pires) illustre bien cette situation.

[318] Supposons qu'un juge reçoive un pot-de-vin de la part d'une des parties dans une affaire et dépose la somme dans son compte bancaire. Imaginons que quatre personnes aient été témoin du versement du pot-de-vin. L'une de ces personnes se plaint devant le Conseil. Le Conseil retient les services d'un avocat, par exemple le professeur Friedland, pour recueillir des renseignements sur le demandeur, sur les témoins, sur le juge, sur la banque et sur d'autres personnes.

[319] Disons que l'avocat rédige ensuite un rapport à l'intention du Conseil dans lequel il lui communique les renseignements qu'il a recueillis. Il lui fait également parvenir les documents qu'il a amassés dans le cadre de son enquête. Mais son rapport contient certains faits qui ne vont pas de soi par ailleurs.

[320] Le Conseil ne mène pas d'autre enquête sur les faits de façon indépendante, et il lit le rapport et les documents réunis par l'avocat. Il rejette la plainte.

[321] Surprised by the decision, the complainant brings a judicial review. She alleges the Council could not have dismissed the complaint based on the facts it had before it. She also alleges that the investigation was inadequate.

[322] The reviewing court dismisses the judicial review. The judge writing the reasons explains that the Council—the judges’ disciplinary body, run by judges, staffed mainly by judges—does not have to disclose the factual report because judges are independent. The judge further explains that, without the report relied upon by the Council, it cannot be said the exoneration of the judge by the judges’ disciplinary body was unsupported by the facts, nor can it be said the investigation was inadequate.

[323] Based on what they see, fair-minded observers might justifiably describe the decision as a whitewash regardless of the actual merits of the complaint. Worse, fair-minded observers might speculate as to misconduct committed by other judges that has gone unpunished by the Council and has been similarly immunized from review.

[324] Over time, as more and more such cases arise, pleas that judicial independence is important would increasingly fall on deaf ears. As public confidence and respect for the judiciary plummets, legislative incursions into judicial independence may become more acceptable in the public’s eye.

[325] This is no idle speculation. Many have noted and confirmed the role that accountability and transparency of the judiciary plays in fostering public confidence in the courts and maintaining respect for judicial independence.

[326] Many expert commentators have studied the interrelationship between judicial independence on the one hand and, on the other, judicial disciplinary processes and the transparency and accountability surrounding them. These commentators have found that

[321] Surprise de la décision, la demanderesse demande un contrôle judiciaire. Elle allègue que le Conseil n’aurait pas dû rejeter sa plainte à la lumière des faits qui lui ont été présentés. Elle allègue aussi que l’enquête était inadéquate.

[322] La cour de révision rejette la demande de contrôle judiciaire. Le juge qui rédige les motifs explique que le Conseil — l’organisme disciplinaire des juges, qui est dirigé par des juges et dont le personnel est composé surtout de juges — n’a pas à divulguer le rapport sur les faits, parce que les juges sont indépendants. Le juge explique aussi que, sans le rapport sur lequel le Conseil a fondé sa décision, on ne peut affirmer que la disculpation du juge prononcée par l’organisme disciplinaire des juges n’est pas appuyée par les faits, ni que l’enquête était inadéquate.

[323] Des observateurs éclairés pourraient être fondés, à la lumière de ce qu’ils sont en mesure de voir, à décrire la décision rendue comme étant un camouflage indépendamment du bien-fondé ou de l’absence de fondement de la plainte. Pire encore, des observateurs éclairés pourraient se demander si le Conseil a déjà refusé auparavant de châtier l’inconduite d’autres juges et mis sa décision à l’abri du contrôle.

[324] Au fil du temps, et avec la multiplication des cas du genre, les plaidoyers concernant l’importance de l’indépendance judiciaire trouveraient de moins en moins d’oreilles attentives. La confiance et le respect du public envers la magistrature s’étant érodés, les incursions législatives dans l’indépendance judiciaire pourraient devenir acceptables aux yeux du public.

[325] Il ne s’agit pas là de pure spéculation. Beaucoup de gens ont relevé et confirmé le rôle que jouent la responsabilisation et la transparence de la magistrature pour favoriser la confiance du public envers les tribunaux et le maintien du respect à l’égard de l’indépendance judiciaire.

[326] Bon nombre de commentateurs experts se sont penchés sur le lien qui existe entre l’indépendance judiciaire, d’une part, et les processus disciplinaires de la magistrature et la transparence et la responsabilisation qui les caractérisent, d’autre part. Ces commentateurs

transparent and fully accountable judicial disciplinary processes enhance judicial independence. In particular, four propositions appear to be well founded:

1. Judicial independence depends not only upon constitutional texts or court judgments, but also upon public respect and support for the judiciary.
2. Public respect and support for the judiciary is furthered by assurances that judicial disciplinary authorities will investigate and decide complaints of judicial misbehaviour fairly and objectively.
3. Public respect and support is furthered even more by the existence of judicial review mechanisms that ensure that judicial disciplinary authorities are held fully accountable for their decisions on the facts and the law, with reasons offered to the public explaining what took place.
4. Attacks upon the independence of the judiciary often stem from perceptions that judges are insufficiently accountable for their exercises of power.

See Geyh, above; Abimbola A. Olowofoyeku, “The Crumbling Citadel: Absolute Judicial Immunity De-rationalised” (1990), 10 *Legal Studies* 271; Robert N. Strassfeld, “‘Atrocious Judges’ and ‘Odious’ Courts Revisited” (2006), 56 *Case W. Res. L. Rev.* 899; David C. Brody, “The Use of Judicial Performance Evaluation to Enhance Judicial Accountability, Judicial Independence and Public Trust” (2008), 86 *Denv. U. L. Rev.* 115, at pages 121–126; Carmen Beauchamp Ciparick and Bradley T. King, “Judicial Independence: Is It Impaired or Bolstered by Judicial Accountability?” (2010), 84 *St. John’s L. Rev.* 1.

[327] It has been said that “provided the people ... have confidence,” courts do not need “the power of the purse or the power of the sword to make the rule of law effective”: former Chief Justice Brennan of the

ont conclu qu’un processus disciplinaire transparent et assorti d’une reddition de comptes adéquate favorise l’indépendance judiciaire. Quatre idées en particulier semblent avoir de bons fondements :

1. L’indépendance judiciaire est fondée non seulement sur les textes constitutionnels et les jugements des cours, mais également sur le respect et le soutien du public à l’égard de la magistrature.
2. Le respect et le soutien du public à l’égard de la magistrature sont accrues par des garanties que les autorités disciplinaires de la magistrature enquêtent sur les plaintes d’inconduite de juges et tranchent les plaintes de façon équitable et objective.
3. Le respect et le soutien du public sont accrues encore davantage par l’existence de mécanismes de contrôle judiciaire garantissant que les autorités disciplinaires de la magistrature doivent rendre pleinement compte de leurs décisions à la lumière des faits et du droit, en présentant au public des motifs dans lesquels elles expliquent ce qui s’est passé.
4. Les assauts portés contre l’indépendance de la magistrature découlent souvent de la perception que les juges ne rendent pas suffisamment compte de l’exercice de leur pouvoir.

Voir Geyh, précité; Abimbola A. Olowofoyeku, « The Crumbling Citadel: Absolute Judicial Immunity De-rationalised » (1990), 10 *Legal Studies* 271; Robert N. Strassfeld, « “Atrocious Judges” and “Odious” Courts Revisited » (2006), 56 *Case W. Res. L. Rev.* 899; David C. Brody, « The Use of Judicial Performance Evaluation to Enhance Judicial Accountability, Judicial Independence and Public Trust » (2008), 86 *Denv. U. L. Rev.* 115, aux pages 121 à 126; Carmen Beauchamp Ciparick et Bradley T. King, « Judicial Independence : Is It Impaired or Bolstered by Judicial Accountability? » (2010), 84 *St. John’s L. Rev.* 1.

[327] On a dit que [TRADUCTION] « pour autant que la population [...] est confiante », les tribunaux n’ont pas besoin [TRADUCTION] « du pouvoir de la bourse ni du pouvoir de l’épée pour assurer l’efficacité de la règle de

Australian High Court, quoted in Enid Campbell and H. P. Lee, *The Australian Judiciary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), at pages 6–7. The Court’s authority, exercised independently, “ultimately rests on sustained public confidence in its moral sanction”: *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), at page 267, *per* Frankfurter J. (dissenting).

[328] Commenting on Justice Frankfurter’s observation, Aharon Barak, former President of the Israeli Supreme Court, added that all a judge has is “the public’s confidence in him [or her]”: A. Barak, *The Judge in a Democracy* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2006), at page 209. Elsewhere, he has observed that “an essential condition for an independent judiciary is public confidence”; indeed “public confidence in the judiciary is the most precious asset that this branch of government has”: *Tzaban v. Minister of Religious Affairs* (1986), 40(4) P.D. 141, at page 148.

[329] Justice Ian Binnie has stated [in “Judicial Independence in Canada”, at page 34] that “[t]he principal bulwark to outside interference” with the judiciary is not written guarantees but rather “the deep-rooted acceptance of the need for judicial independence in Canadian society”: paper submitted to the *World Conference on Constitutional Justice*, 2nd Congress, Rio de Janeiro, January 16–18, 2011. The Court of which he was a distinguished member, the Supreme Court of Canada, itself has recognized that openness—an aspect of accountability—is “a principal component of the legitimacy of the judicial process and why the parties and the public at large abide by the decisions of courts”: *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, at paragraph 25. Openness “serves to reinforce the faith of the citizen,” a matter that “has important implications for the administration of justice”: *Carey*, above, at page 673; see also Chief Justice McLachlin, “Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice” (2003), 8 *Deakin L.Rev.* 1.

droit » : ancien juge en chef Brennan de la Haute Cour de l’Australie, cité dans Enid Campbell et H. P. Lee, *The Australian Judiciary* (Cambridge : Cambridge University Press, 2001), aux pages 6 et 7. Le pouvoir de la Cour, qu’elle exerce de façon indépendante, [TRADUCTION] « dépend au bout du compte du maintien de la confiance du public à l’égard de sa sanction morale » : *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), à la page 267, le juge Frankfurter (dissident).

[328] Commentant l’observation du juge Frankfurter, Aharon Barak, ancien président de la Cour suprême d’Israël, a ajouté que tout ce qu’un juge possède, c’est [TRADUCTION] « la confiance que le public lui porte » : A. Barak, *The Judge in a Democracy* (Princeton (N.J.) : Princeton University Press, 2006), à la page 209. Il a dit ailleurs que [TRADUCTION] « la confiance du public est une condition essentielle à l’indépendance judiciaire »; en effet, [TRADUCTION] « la confiance du public à l’égard de la magistrature est ce que cette branche du gouvernement possède de plus précieux » : *Tzaban v. Minister of Religious Affairs* (1986), 40(4) P.D. 141, à la page 148.

[329] Le juge Ian Binnie a affirmé [dans « Judicial Independence in Canada », à la page 34] que [TRADUCTION] « [l]e principal rempart contre l’interférence extérieure » dans le cas de la magistrature tient non pas à des garanties écrites, mais plutôt à [TRADUCTION] « l’acceptation profonde de la nécessité de l’indépendance judiciaire au sein de la société canadienne » : allocution prononcée dans le cadre de la *Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle*, 2^e Congrès, tenue à Rio de Janeiro du 16 au 18 janvier 2011. La Cour dont le juge Binnie était un membre distingué, la Cour suprême du Canada, a elle-même reconnu que l’ouverture — qui est un aspect de la responsabilisation — est « l’élément principal de la légitimité du processus judiciaire et la raison pour laquelle tant les parties que le grand public respectent les décisions des tribunaux » : *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, au paragraphe 25. L’ouverture « sert à renforcer la confiance du citoyen », aspect qui « est lourd de conséquences pour l’administration de la justice » : arrêt *Carey*, précité, à la page 673; voir également les propos de la juge en chef McLachlin dans « Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice » (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1.

[330] Even the Council itself has declared that “[p]ublic confidence in and respect for the judiciary are essential to an effective judicial system and, ultimately, to democracy founded on the rule of law”: Canadian Judicial Council, *Ethical Principles for Judges* [at page 14].

[331] How is public confidence and respect best fostered, maintained, and enhanced? There are many ways: see *The Judge in a Democracy*, above, at pages 111–112. Foremost among these is ensuring accountability and transparency to the greatest extent possible. Allowing the reviewing court to consider Mr. Slansky’s grounds of challenge with the benefit of the Friedland Report does not undercut judicial independence at all. If anything, it strengthens it. And allowing others to see as much of the Friedland Report as possible—sealing portions of it under the strict *Sierra Club* test only where well-established confidentiality interests outweigh the significant public interest in openness—strengthens judicial independence even more.

[332] Overall, for the foregoing reasons, the needs of the administration of justice favour the reviewing court having the benefit of the Friedland Report when it determines the judicial review. But, to recap, the Council has failed in the first place to establish a sufficient interest justifying withholding the Friedland Report, in its entirety, from the reviewing court. Therefore, I reject the Council’s claim of public interest privilege over the Friedland Report.

D. Other issues

[333] I agree with my colleagues that we should not interfere with the Federal Court’s exercise of discretion to refuse to convert the application into an action.

[334] Mr. Slansky also requests that all of the raw material forming the basis of the Friedland Report,

[330] Même le Conseil a déclaré que « [l]a confiance et le respect que le public porte à la magistrature sont essentiels à l’efficacité de notre système de justice et, ultimement, à l’existence d’une démocratie fondée sur la primauté du droit » : Conseil canadien de la magistrature, *Principes de déontologie judiciaire* [à la page 14].

[331] De quelle façon la confiance et le respect du public sont-ils favorisés, maintenus et accrus? Il y a de nombreux moyens : voir l’ouvrage *The Judge in a Democracy*, précité, aux pages 111 et 112. Le plus important est le fait de garantir la responsabilisation et la transparence le plus possible. Permettre à la cour de révision d’examiner les motifs de la contestation de M^e Slansky à la lumière du rapport Friedland ne nuirait pas du tout à l’indépendance judiciaire. En fait, cela pourrait même l’accroître. Et permettre à d’autres gens de consulter la plus grande partie possible du rapport Friedland — en empêchant l’accès à certaines parties du rapport seulement, aux termes du strict critère énoncé dans l’arrêt *Sierra Club*, lorsque des intérêts bien établis relativement à la confidentialité l’emportent sur l’intérêt public important à l’égard de l’ouverture — vient renforcer encore davantage l’indépendance judiciaire.

[332] Dans l’ensemble, pour tous ces motifs, les exigences de l’administration de la justice plaident en faveur du fait que la cour de révision puisse accéder au rapport Friedland pour procéder au contrôle judiciaire. Mais, pour récapituler, le Conseil n’a pas réussi au départ à établir l’existence d’un intérêt suffisant pour justifier la non-production du rapport Friedland dans son intégralité devant la cour de révision. Je rejette donc la demande de privilège d’intérêt public du Conseil concernant le rapport Friedland.

D. Autres questions

[333] Je suis d’accord avec mes collègues pour dire que nous ne devrions pas intervenir dans l’exercice par la Cour fédérale de son pouvoir discrétionnaire pour refuser de convertir la demande en action.

[334] M^e Slansky demande également que toutes les données brutes sur lesquelles est fondé le rapport

including certain transcripts, be produced. The Federal Court was of the view that the transcripts should be produced.

[335] As mentioned, rule 317 captures only material that the decision maker relied upon when making its decision. To the extent that Professor Friedland transmitted this raw material to the Council and the Council relied upon it for its decision, it should be before the reviewing court.

[336] On this motion, the Council based its entire argument upon the existence of privileges. It did not seek partial sealing orders to protect the confidentiality of portions of the raw material. In fact, it declined the suggestion of the Prothonotary that a sealing order be made: see paragraph 38 of the Prothonotary's reasons.

[337] In these reasons, I have offered views concerning how sealing orders can be used to achieve a proper balance between protecting legitimate confidentiality interests and meaningful judicial review of the Council's decisions. Now with the benefit of these views, the Council may wish to revisit whether it should seek a sealing order. Accordingly, I would exercise my discretion in favour of the Council being given an opportunity to move for an order sealing material from Mr. Slansky, the Registry or both, such motion to be determined on the basis of the sensitive balancing test set out in *Sierra Club*, above.

[338] Whether or not the Council makes such a motion, the Friedland Report and the raw material relied upon by the Council should be placed before the reviewing court.

[339] Mr. Slansky does not seek any of the gratuitously offered advice and recommendations in the Friedland Report. Accordingly, the Prothonotary was correct in ordering that any advice and recommendations be severed from the Friedland Report before it is

Friedland, y compris certaines transcriptions, soient produites. La Cour fédérale estimait que les transcriptions devraient être produites.

[335] Comme je l'ai dit déjà, la règle 317 ne porte que sur les documents sur lesquels le décideur s'est appuyé pour rendre sa décision. Dans la mesure où le professeur Friedland a transmis ces données brutes au Conseil et que le Conseil s'est appuyé sur celles-ci pour rendre sa décision, les données en question devraient être soumises à la cour de révision.

[336] À l'égard de la présente requête, le Conseil a entièrement fondé ses arguments sur l'existence de privilèges. Il n'a pas demandé d'ordonnance partielle de mise sous scellés afin de protéger la confidentialité de parties des données brutes. En fait, il a décliné l'offre d'ordonnance de mise sous scellés de la protonotaire : voir le paragraphe 38 des motifs de la protonotaire.

[337] Dans les présents motifs, j'ai présenté des points de vue concernant la façon dont les ordonnances de mise sous scellés peuvent être utilisées pour trouver un équilibre adéquat entre la protection d'intérêts légitimes à l'égard de la confidentialité et le contrôle judiciaire vérifiable des décisions du Conseil. À la lumière de ces points de vue, le Conseil souhaitera peut-être revenir sur sa décision de demander ou non une ordonnance de mise sous scellés. Par conséquent, j'exercerais mon pouvoir discrétionnaire pour permettre au Conseil de demander une ordonnance visant à empêcher M^e Slansky, le greffe ou les deux d'accéder à certains renseignements, cette requête devant être examinée en fonction du critère d'équilibre délicat exposé dans l'arrêt *Sierra Club*, précité.

[338] Que le Conseil présente une telle requête ou non, le rapport Friedland et les données brutes sur lesquelles le Conseil s'est appuyé pour rendre sa décision devraient être soumis à la cour de révision.

[339] M^e Slansky ne cherche pas à avoir accès aux conseils et recommandations que le professeur Friedland a formulés dans son rapport sans qu'on lui demande de le faire. Par conséquent, la protonotaire a ordonné à juste titre que les conseils et les recommandations

included in the judicial review record and that she be available to resolve any disputes regarding severance.

E. Proposed disposition

[340] Accordingly, I would allow the appeal and set aside the orders of the Federal Court and the Prothonotary. I would order that the Friedland Report and the material forming the basis of it (to the extent it was before the Council) be placed before the reviewing court. I would allow the Council to move for an order sealing material from Mr. Slansky, the Registry or both. Absent such a motion within 10 days of this order, I would order that the Friedland Report and the material forming the basis of it (to the extent it was before the Council) be produced to Mr. Slansky and the Registry, with the gratuitously offered advice and recommendations in the Friedland Report removed. I would grant Mr. Slansky his costs throughout.

soient prélevés du rapport Friedland avant que celui-ci ne soit versé au dossier du contrôle judiciaire, en offrant ses services pour régler tout conflit concernant le prélèvement.

E. Décision proposée

[340] Par conséquent, je ferais droit à l'appel et j'annulerais les ordonnances de la Cour fédérale et de la protonotaire. J'ordonnerais que le rapport Friedland et les documents sur lesquels il est fondé (dans la mesure où ils ont été soumis au Conseil) soient produits devant la cour de révision. J'autoriserais le Conseil à demander une ordonnance de mise sous scellés portant que M^e Slansky, le greffe ou les deux n'aient pas accès à certains renseignements. Si une requête à cet égard n'est pas présentée dans les 10 jours suivant la présente ordonnance, j'ordonnerais que le rapport Friedland et les documents sur lesquels il est fondé (dans la mesure où ils ont été soumis au Conseil) soient transmis à M^e Slansky et au greffe, les conseils et les recommandations formulés dans le rapport Friedland en ayant été retranchés. J'accorderais à M^e Slansky ses dépens dans toutes les instances.

A-541-12
2013 FCA 217

A-541-12
2013 CAF 217

Her Majesty the Queen in Right of the Province of Alberta as represented by The Minister of Sustainable Resources Development (*Appellant*)

Sa Majesté la Reine du chef de la province de l'Alberta, représentée par le ministre du Développement durable des ressources (*appelante*)

v.

c.

Alan Toney, Yvonne Toney and Courtenay Toney & Rebecca Toney as represented by their litigation guardian Alan Toney (*Respondents*)

Alan Toney, Yvonne Toney et Courtenay Toney & Rebecca Toney représentés par leur tuteur à l'instance, Alan Toney (*intimés*)

and

et

Her Majesty the Queen in Right of Canada in the name of The Royal Canadian Mounted Police and The Canadian Ship Bearing Licence No. AB 1275024 (*Defendants in action, not party to appeal*)

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, au nom de la Gendarmerie royale du Canada et le navire canadien muni de la licence n° AB 1275024 (*Défendeurs dans l'action, ne sont pas parties à l'appel*)

INDEXED AS: TONEY v. CANADA

RÉPERTORIÉ : TONEY c. CANADA

Federal Court of Appeal, Sharlow, Webb and Near J.J.A.—Vancouver, June 3; Ottawa, September 18, 2013.

Cour d'appel fédérale, juges Sharlow, Webb et Near, J.C.A.—Vancouver, 3 juin; Ottawa, 18 septembre 2013.

Maritime Law — Appeal from Federal Court order determining, as question of law in advance of trial, that Federal Court having in personam jurisdiction over appellant in underlying action — Action arising from death of young daughter, sister to plaintiffs in action, following boating incident in Alberta — Appellant consistently objecting to Federal Court's exercise of in personam jurisdiction thereover in present proceedings — Whether Federal Court having in personam jurisdiction over appellant in present matter — Per Near J.A. (Webb J.A. concurring): Claim herein relating to maritime law; therefore, falling within subject-matter jurisdiction of Federal Court pursuant to Federal Courts Act (Act), s. 22 — Crown presumptively not bound by legislation unless expressly named, bound by necessary implication, or having waived immunity — Fact Crown defined in Act, s. 2 as "Her Majesty in right of Canada" contraindicative of clear intention to bind provinces — View supported by absence of any indication of Parliamentary intention to confer on Federal Courts in personam jurisdiction over provinces in legislative history of Act, s. 22, which deals with subject-matter jurisdiction — Also, Act, s. 19 not applying herein to grant Federal Court jurisdiction over appellant since requirements not met — Regarding necessary implication, purpose of Federal Courts Act would not be wholly frustrated if appellant herein not bound — As for waiver, respondents not establishing that appellant waiving immunity by past conduct — Appeal

Droit maritime — Appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a conclu, relativement à une question de droit soulevée avant la tenue du procès, qu'elle a compétence en matière personnelle à l'égard de l'appelante dans la présente affaire — L'action découle du décès de la jeune fille et sœur des demandeurs, à la suite d'un accident de bateau en Alberta — Depuis le début de la présente affaire, l'Alberta soutient que la Cour fédérale n'a pas compétence en matière personnelle à son égard — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a compétence en matière personnelle dans la présente affaire — Le juge Near, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La présente demande relevait du droit maritime; par conséquent, elle relevait de la compétence de la Cour fédérale en vertu de l'art. 22 de la Loi sur les Cours fédérales (la Loi) — Il y a présomption que la Couronne n'est pas liée par la Loi sauf si elle y est désignée de façon expresse, si elle est liée par déduction nécessaire ou si elle a renoncé à son immunité — Le fait que la Couronne soit définie à l'art. 2 de la Loi comme étant « Sa Majesté du chef du Canada » ne cadre pas avec une intention claire de lier les provinces — L'absence de toute indication que le législateur fédéral ait eu l'intention de conférer aux Cours fédérales la compétence en matière personnelle à l'égard des provinces dans les versions antérieures de l'art. 22 de la Loi, qui porte sur la compétence matérielle, va dans le sens de cette opinion — De plus, l'art. 19 de la Loi ne jouait pas et ne conférerait pas

allowed — *Per Sharlow J.A. (dissenting): Based on Act, ss. 22, 43, read in entirety, context, Parliament intending to give Federal Court complete, comprehensive jurisdiction in all claims under Marine Liability Act, including claims of respondents against appellant — Therefore, provinces bound by Act, ss. 22, 43.*

This was an appeal from a Federal Court order determining, as a question of law in advance of trial, that the Federal Court has *in personam* jurisdiction over the appellant in the underlying action. The action arose from the death of five-year old Janessa Toney, daughter and sister to the plaintiffs in the action, following a boating incident on Lake Newell in southern Alberta. The Toney family (respondents) and Janessa were allegedly out on their boat and encountered a malfunction in their steering equipment. They called for help and, in the course of the rescue, the rescue vessel, owned and operated by the appellant, capsized. All of the members of the rescue team and the respondents, except for Janessa, were taken to shore. She may have been pinned under the rescue vessel and died of drowning. The statement of claim sets out a series of allegations against the appellant, which consistently objected to the Federal Court's exercise of *in personam* jurisdiction over it in these proceedings.

The issue was whether the Federal Court has *in personam* jurisdiction over the appellant in this matter.

Held (Sharlow J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Near J.A. (Webb J.A. concurring): There was no dispute that the claim herein related to maritime law and thus fell within the subject-matter jurisdiction of the Federal Court pursuant to section 22 of the *Federal Courts Act* (Act). The contest was strictly about whether Parliament has shown a clear intention to grant the Federal Court *in personam* jurisdiction over the appellant in this matter. Doctrine has established that the Crown is presumptively not bound by legislation unless it is expressly named, bound by necessary implication or has waived its immunity.

compétence à la Cour fédérale à l'égard de l'appelante, car les exigences n'ont pas été remplies — En ce qui a trait à la déduction nécessaire, l'objet de la Loi sur les Cours fédérales ne serait pas privé de toute efficacité si l'appelante n'était pas liée en vertu des présentes — Quant à la renonciation, les intimés n'ont pas établi que l'appelante avait renoncé à son immunité du fait de sa conduite passée — Appel accueilli — La juge Sharlow, J.C.A. (dissidente) : Selon les art. 22 et 43 de la Loi, dans leur ensemble et interprétés au regard du contexte, le législateur fédéral voulait conférer à la Cour fédérale une compétence complète et exhaustive sur toutes les demandes introduites en vertu de la Loi sur la responsabilité en matière maritime, y compris les demandes des intimés à l'encontre de l'appelante — Par conséquent, les provinces sont liées par les art. 22 et 43 de la Loi.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a conclu, relativement à une question de droit soulevée avant la tenue du procès, qu'elle a compétence en matière personnelle à l'égard de l'appelante dans la présente affaire. L'action découle du décès de Janessa Toney, âgée de cinq ans, fille et sœur des demandeurs dans l'action à la suite d'un accident de bateau sur le lac Newell, dans le sud de l'Alberta. Il est allégué que la famille Toney (les intimés) et Janessa sont allées faire une promenade en bateau et que le dispositif de direction est tombé en panne. Ils ont appelé au secours et, pendant le sauvetage, le navire de sauvetage — dont l'appelante était la propriétaire et assurait l'exploitation — a chaviré. Tous les membres de l'équipe de sauvetage et les intimés ont été ramenés sur le rivage, à l'exception de Janessa. Il semble qu'elle soit restée prise sous le navire de sauvetage et qu'elle se soit noyée. Dans leur déclaration, les demandeurs ont énoncé une série d'allégations contre l'appelante, qui, depuis le début de la présente affaire, ont soutenu que la Cour fédérale n'a pas compétence en matière personnelle à son égard.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a compétence en matière personnelle à l'égard de l'appelante dans la présente affaire.

Arrêt (la juge Sharlow, J.C.A., dissidente) : l'appel doit être accueilli.

Le juge Near, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Il n'a pas été controversé que la demande aux présentes relevait du droit maritime, donc qu'elle relevait de la compétence de la Cour fédérale en vertu de l'article 22 de la *Loi sur les Cours fédérales* (la Loi). Seule était controversée la question de savoir si le législateur fédéral a clairement exprimé son intention de conférer à la Cour fédérale la compétence en matière personnelle à l'égard de l'appelante dans la présente affaire. La doctrine a établi qu'il y a présomption que la Couronne n'est pas liée par la Loi, sauf si elle y est

The fact that the Crown is defined in section 2 of the Act as “Her Majesty in right of Canada” was contraindicative of a clear intention to bind the provinces. When compared with other statutes that contain express language of an intention to bind the provinces, the words “as well as otherwise” in section 22 thereof were not sufficiently express to convey Parliament’s clear intention to bind the provinces. This view was supported by an absence of any indication of a Parliamentary intention to confer on the Federal Courts *in personam* jurisdiction over the provinces in the legislative history of section 22 of the Act. Section 22 deals with subject-matter jurisdiction and there was nothing in the provision or in the remainder of the statute whereby the conclusion could be drawn that Parliament clearly intended to bind the provincial Crown by express language or through logical inference.

Section 19 of the Act does grant jurisdiction to the Federal Court over the provincial crowns in cases of intergovernmental controversies if the particular province involved has adopted legislation accepting such jurisdiction. The appellant has accepted such jurisdiction under its *Judicature Act* (section 27). Section 19 of the Act cannot be invoked if an individual or a company commences an action against both the Federal government and the provincial government but may be invoked if the action is commenced against the Federal government and the Federal government then commences a third party proceeding against the provincial Crown. As a result, since this action was commenced by the respondents against the appellant and the Federal government, section 19 of the Act did not apply to grant the Federal Court jurisdiction over the appellant.

Contrary to what the respondents argued, there was no clear intention to grant *in personam* jurisdiction when section 22 of the Act was read in conjunction with sections 4 and 8 of the appellant’s *Proceedings Against the Crown Act* (APACA). Section 4 of APACA grants the right to substantive relief against the Crown and section 8 describes the forum and procedural rules that will govern proceedings against the appellant commenced in accordance with APACA. The Saskatchewan Court of Appeal has endorsed the interpretation that section 8 leads to the conclusion that the Alberta legislature intended that actions against the appellant can only proceed when brought in a court in Alberta. The Alberta legislature has not generally granted jurisdiction to the Federal Court over the appellant but rather has only granted jurisdiction in specific circumstances, a conclusion supported by section 27 of the appellant’s *Judicature Act*. Given the Saskatchewan Court of Appeal’s interpretation of section 8 of

désignée de façon expresse, si elle est liée par déduction nécessaire ou si elle a renoncé à son immunité.

Le fait que la Couronne soit définie à l’article 2 de la Loi comme étant « Sa Majesté du chef du Canada » ne cadrerait pas avec une intention claire de lier les provinces. À la lumière d’autres lois qui contiennent des dispositions explicites quant à l’intention de lier les provinces, l’expression « opposant notamment des administrés » de l’article 22 (« *as well as otherwise* » dans la version anglaise) ne suffisait pas pour exprimer une intention claire du Parlement de lier les provinces. L’absence de toute indication que le législateur fédéral ait eu l’intention de conférer aux Cours fédérales la compétence en matière personnelle à l’égard des provinces dans les versions antérieures de l’article 22 de la Loi va dans le sens de cette opinion. L’article 22 de la Loi porte sur la compétence matérielle et il n’y avait rien dans cet article, ou ailleurs dans la loi qui aurait permis de conclure que le législateur voulait clairement lier la Couronne provinciale au moyen d’une disposition expresse ou par déduction logique.

L’article 19 de la Loi confère compétence à la Cour fédérale à l’égard des Couronnes provinciales pour juger les cas de litige entre les gouvernements si la province en cause a adopté une loi par laquelle elle reconnaît cette compétence. L’appelante a reconnu cette compétence en vertu de l’article 27 de sa *Judicature Act*. L’article 19 de la Loi ne peut être invoqué lorsqu’un particulier ou une entreprise intente une poursuite à la fois contre le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial, mais peut être utilement invoqué si la poursuite est intentée contre le gouvernement fédéral et que ce dernier intente ensuite une procédure de mise en cause contre la Couronne provinciale. Par conséquent, étant donné que la présente poursuite a été intentée par les intimés contre l’appelante et le gouvernement fédéral, l’article 19 de la Loi ne jouait pas et ne conférerait pas compétence à la Cour fédérale à l’égard de l’appelante.

Contrairement à ce qu’ont prétendu les intimés, il n’y avait pas d’intention claire de conférer la compétence en matière personnelle lorsque l’article 22 de la Loi était interprété de concert avec les articles 4 et 8 de la *Proceedings Against the Crown Act* (APACA). L’article 4 de l’APACA confère le droit d’intenter un recours contre la Couronne, tandis que l’article 8 de l’APACA définit le forum et les règles de procédure régissant les instances intentées contre l’appelante conformément à l’APACA. La Cour d’appel de la Saskatchewan a confirmé l’interprétation de l’article 8 selon laquelle l’on doit conclure que le législateur de l’Alberta avait l’intention de n’autoriser les poursuites contre l’appelante que devant une cour de l’Alberta. Le législateur de l’Alberta n’a pas conféré à la Cour fédérale une compétence générale à l’égard de l’appelante, mais lui a plutôt conféré une compétence dans des cas précis, une conclusion appuyée par l’article 27 de la *Judicature Act* de l’appelante. À la lumière de l’interprétation de l’article 8

APACA and absent more explicit language to the contrary in any other provincial statute, there was no basis to find that the appellant granted the Federal Court jurisdiction there-over other than as provided in section 27 of the appellant's *Judicature Act*.

Regarding necessary implication, an intention to bind the Crown may be found where the purpose of the statute would be wholly frustrated if the government were not bound or, in other words, if an absurdity were produced. It could not be seen how the purpose of the *Federal Courts Act*—to advance the better administration of the Laws of Canada in accordance with the *Constitution Act, 1867*—would be wholly frustrated if the appellant was not bound. This was particularly so given that the plaintiffs in the underlying action were not without remedy in this case and could bring their action in the Alberta Court of Queen's Bench.

As for waiver, the respondents did not establish that the appellant waived its immunity by its past conduct.

Per Sharlow J.A. (dissenting): The jurisdiction of the Federal Court in this matter depended solely on federal legislation. It had to be determined whether the respondent's claim was based on federal legislation and whether federal legislation was binding on the provinces. It was clear that the respondent's claims were based on two federal statutes—the *Marine Liability Act* and the *Federal Courts Act*. The phrase "in all cases" in subsection 43(1) of the *Federal Courts Act*, which deals in particular with *in personam* jurisdiction, was broad enough to include an *in personam* claim for damages caused by a ship or its operation where the ship is owned by a province. Given the statutory context, that is what that provision was intended to mean. In conclusion, based on sections 22 and 43 of the *Federal Courts Act* read in their entirety and in context, Parliament intended to give the Federal Court complete and comprehensive jurisdiction in all claims under the *Marine Liability Act*, including the claims of the respondents in this case against the appellant. The test in section 17 of the federal *Interpretation Act* being met, the provinces were bound by sections 22 and 43 of the *Federal Courts Act*.

de l'APACA retenue par la Cour d'appel de la Saskatchewan et faute de dispositions explicitement contraires dans toute autre loi provinciale, rien ne permettait de conclure que la province de l'Alberta a conféré compétence à la Cour fédérale à l'égard de la province de l'Alberta, sauf dans la mesure prévue à l'article 27 de la *Judicature Act* de l'appelante.

En ce qui a trait à la déduction nécessaire, on peut conclure qu'il y a une intention de lier la Couronne lorsque l'objet de la loi serait privé de toute efficacité si l'État n'était pas lié ou, en d'autres termes, s'il donnait lieu à une absurdité. Il était impossible de voir comment l'objet de la *Loi sur les Cours fédérales* — soit l'amélioration de l'application du droit canadien conformément à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* — serait privé de toute efficacité si l'appelante n'était pas liée. Cela s'avérait d'autant plus vrai que les demandeurs ayant intenté l'action sous-jacente n'avaient pas été dépourvus de recours en l'espèce et pouvaient intenter leur action devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

Quant à la renonciation, les intimés n'ont pas établi que l'appelante avait renoncé à son immunité du fait de sa conduite passée.

La juge Sharlow, J.C.A. (dissidente) : La compétence de la Cour fédérale en l'espèce dépendait uniquement des lois fédérales. Il fallait déterminer si la demande des intimés était fondée sur la législation fédérale et si cette législation fédérale liait les provinces. Il est clair que les demandes des intimés étaient fondées sur deux lois fédérales — la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* et la *Loi sur les Cours fédérales*. La portée des mots « dans tous les cas » au paragraphe 43(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui traite en particulier de la compétence personnelle, était suffisamment large pour englober la demande personnelle visant les dommages-intérêts causés par un navire ou son exploitation lorsque celui-ci appartient à une province. À la lumière du contexte légal, c'est le sens que le législateur voulait donner à cette disposition. En conclusion, à la lumière des articles 22 et 43 de la *Loi sur les Cours fédérales* considérés dans leur ensemble et interprétés au regard du contexte, le législateur fédéral voulait conférer à la Cour fédérale une compétence complète et exhaustive sur toutes les demandes introduites en vertu de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, y compris les demandes des intimés dans la présente affaire à l'encontre de l'appelante. Le critère consacré par l'article 17 de la *Loi d'interprétation* fédérale étant rempli, les provinces étaient liées par les articles 22 et 43 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Alberta Treasury Branches Act, R.S.A. 2000, c. A-37, s. 2(4).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Alberta Treasury Branches Act, R.S.A. 2000, ch. A-37, art. 2(4).

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 101.
Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1996, c. 89.
Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 19, 23.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 “Crown”, 17, 19, 20, 22, 23, 43.
Federal Courts Rules, SOR/98-106.
Interpretation Act, R.S.A. 2000, c. I-8, ss. 14, 28 “Her Majesty”.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 16, 17.
Judicature Act, R.S.A. 2000, c. J-2, s. 27.
Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, ss. 3, 4 “dependant”, 5, 6(2), 79(3).
Proceedings Against the Crown Act, R.S.A. 2000, c. P-25, ss. 4, 8.
Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29, s. 5.

CASES CITED

APPLIED:

Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission), [1989] 2 S.C.R. 225, (1989), 61 D.L.R. (4th) 193; *Medvid v. Alberta (Health and Wellness)*, 2012 SKCA 49 (CanLII), 349 D.L.R. (4th) 72.

CONSIDERED:

Trainor Surveys (1974) Limited v. New Brunswick, [1990] 2 F.C. 168 (T.D.); *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*; *R. v. Uranium Canada Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551, (1983), 4 D.L.R. (4th) 193; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; *Kusugak v. Northern Transportation Co.*, 2004 FC 1696, 247 D.L.R. (4th) 323; *National Association of Broadcast Employees and Technicians v. The Queen in right of Canada*, [1980] 1 F.C. 820, (1979), 107 D.L.R. (3d) 186 (C.A.); *Canadian Javelin Ltd. v. The Queen in Right of Newfoundland*, [1978] 1 F.C. 408, (1977), 77 D.L.R. (3d) 317 (C.A.); *Greeley v. Tami Joan (The)* (1996), 113 F.T.R. 66 (F.C.T.D.); *Union Oil Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, [1974] 2 F.C. 452, (1974), 52 D.L.R. (3d) 388 (T.D.), affd [1976] 1 F.C. 74 (C.A.), affd (1976), 16 N.R. 425 (S.C.C.); *Fairford Band v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 F.C. 165, (1995), 96 F.T.R. 172 (T.D.), affd (1996), 205 N.R. 380 (F.C.A.); *R. in right of Newfoundland v. Commission Hydro-Electrique de Québec*; *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. v. Commission Hydro-Electrique de Québec*, [1982] 2 S.C.R. 79, (1982), 137

Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1996, ch. 89.
Interpretation Act, R.S.A. 2000, ch. I-8, art. 14, 28 « Sa Majesté ».
Judicature Act, R.S.A. 2000, ch. J-2, art. 27.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 101.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 16, 17.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10, art. 19, 23.
Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 3, 4 « personne à charge », 5, 6(2), 79(3).
Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, ch. E-13.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 « Couronne », 17, 19, 20, 22, 23, 43.
Loi sur les espèces en péril, L.C. 2002, ch. 29, art. 5.
Proceedings Against the Crown Act, R.S.A. 2000, ch. P-25, art. 4, 8.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes), [1989] 2 R.C.S. 225; *Medvid v. Alberta (Health and Wellness)*, 2012 SKCA 49 (CanLII), 349 D.L.R. (4th) 72.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Trainor Surveys (1974) Limited c. Nouveau-Brunswick, [1990] 2 C.F. 168 (1^{re} inst.); *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*; *R. c. Uranium Canada Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Kusugak c. Northern Transportation Co.*, 2004 CF 1696; *L'Association nationale des employés et techniciens en radiodiffusion c. La Reine du chef du Canada*, [1980] 1 C.F. 820 (C.A.); *Canadian Javelin Ltd. c. La Reine du chef de Terre-Neuve*, [1978] 1 C.F. 408 (C.A.); *Greeley c. Tami Joan (Le)*, [1996] A.C.F. n° 739 (1^{re} inst.) (QL); *Union Oil Co. of Canada Ltd. c. La Reine*, [1974] 2 C.F. 452 (1^{re} inst.), conf. par [1976] 1 C.F. 74 (C.A.), conf. par (1976), 16 N.R. 425 (C.S.C.); *Bande de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 C.F. 165 (1^{re} inst.), conf. par [1996] A.C.F. n° 1242 (C.A.) (QL); *R. (T.-N.) et Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltée. c. Commission Hydro-Electrique de Québec*, [1982] 2 R.C.S. 79; *Athabasca Chipewyan First Nation v. British Columbia*, 2001 ABCA 112 (CanLII), 281 A.R. 38; *Scott Steel Ltd. c. Alarissa (L')*, [1996] 2 C.F. 883 (1^{re} inst.); *Toney c. Canada*, 2011 CF 1440, conf. par 2012 CAF 167.

D.L.R. (3d) 577; *Athabasca Chipewyan First Nation v. British Columbia*, 2001 ABCA 112 (CanLII), 281 A.R. 38; *Scott Steel Ltd. v. Alarissa (The)*, [1996] 2 F.C. 883, (1996), 111 F.T.R. 81 (T.D.); *Toney v. Canada*, 2011 FC 1440, affd 2012 FCA 167.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Manitoba v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2013 FCA 91, 358 D.L.R. (4th) 563; *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58 (P.C.); *Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The)*, [1990] 1 F.C. 199, (1989), 99 N.R. 42 (C.A.); *Avant Inc. v. R.*, [1986] 2 F.C. 91, (1986), 25 D.L.R. (4th) 156 (T.D.); *Dableh v. Ontario Hydro* (1990), 33 C.P.R. (3d) 544 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Horsman, Karen and Gareth Morley. *Government Liability: Law and Practice*, loose-leaf. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2007.

APPEAL from a Federal Court order (2012 FC 1412, 422 F.T.R. 178) determining, as a question of law in advance of trial, that the Federal Court has *in personam* jurisdiction over the appellant in the underlying action taken by the respondents. Appeal allowed, Sharlow J.A. dissenting.

APPEARANCES

Marta Burns and *Bruce Hughson* for appellant.
Darren G. Williams for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Merchant Law Group LLP, Victoria, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NEAR J.A.: Her Majesty the Queen in right of Alberta (Alberta) appeals from the December 3, 2012 order of the Federal Court (2012 FC 1412, 422 F.T.R.

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Manitoba c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2013 CAF 91; *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58 (P.C.); *Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le)*, [1990] 1 C.F. 199 (C.A.); *Avant Inc. c. R.*, [1986] 2 C.F. 91 (1^{re} inst.); *Dableh c. Ontario Hydro*, [1990] A.C.F. n° 913 (1^{re} inst.) (QL).

DOCTRINE CITÉE

Horsman, Karen et Gareth Morley. *Government Liability: Law and Practice*, feuilles mobiles. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2007.

APPEL interjeté à l'encontre d'une ordonnance de la Cour fédérale (2012 CF 1412) qui a conclu, relativement à une question de droit soulevée avant la tenue du procès, qu'elle a compétence en matière personnelle à l'égard de l'appelante dans l'action sous-jacente intentée par les intimés. Appel accueilli, la juge Sharlow, J.C.A. étant dissidente.

ONT COMPARU

Marta Burns et *Bruce Hughson* pour l'appelante.
Darren Williams pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Merchant Law Group LLP, Victoria, pour les intimés.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] LE JUGE NEAR, J.C.A. : Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta (l'Alberta) interjette appel de l'ordonnance rendue le 3 décembre 2012 (2012 CF 1412) par laquelle

178) in which the Judge determined, as a question of law in advance of trial, that the Federal Court has *in personam* jurisdiction over Alberta in the underlying action.

[2] The action arises from the death of five-year-old Janessa Toney, daughter and sister to the plaintiffs, following a boating incident on Lake Newell in southern Alberta. It is alleged that the Toney family was out on their boat on Lake Newell on September 27, 2008, and encountered a malfunction in their steering equipment. They called for help and, in the course of the rescue, the rescue vessel, owned and operated by Alberta, capsized. All of the members of the rescue team and of the Toney family, except for Janessa, were taken to shore. It is believed that she was pinned under the rescue vessel and died of drowning.

[3] The statement of claim sets out a series of allegations against Alberta at paragraph 63, including “failing to identify and utilize the reasonably safest method, means and route for retrieving the Plaintiffs” and “overloading the [rescue] Vessel given the wind and wave conditions, and otherwise operating [it] in such a manner as swamping and/or capsizing of the Vessel was likely, and did in fact occur”.

[4] Alberta has consistently objected to the Federal Court’s exercise of *in personam* jurisdiction over it in these proceedings.

I. ISSUES

[5] The sole issue to be decided is whether the Federal Court has *in personam* jurisdiction over Alberta in this matter. As a question of law, the Judge’s determination in this regard is reviewable on the standard of correctness: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8; *Trainor Surveys (1974) Limited v. New Brunswick*, [1990] 2 F.C. 168 (T.D.), at page 175.

une juge de la Cour fédérale a conclu, relativement à une question de droit soulevée avant la tenue du procès, que la Cour fédérale a compétence en matière personnelle à l’égard de l’Alberta dans la présente affaire.

[2] L’action découle du décès de Janessa Toney, âgée de cinq ans, fille et sœur des demandeurs, à la suite d’un accident de bateau sur le lac Newell, dans le sud de l’Alberta. Il est allégué que la famille Toney est allée faire une promenade en bateau sur le lac Newell le 27 septembre 2008 et que le dispositif de direction est tombé en panne. Ils ont appelé au secours et, pendant le sauvetage, le navire de sauvetage — dont l’Alberta était la propriétaire et assurait l’exploitation — a chaviré. Tous les membres de l’équipe de sauvetage et de la famille Toney ont été ramenés sur le rivage, à l’exception de Janessa. Il semble qu’elle soit restée prise sous le navire de sauvetage et qu’elle se soit noyée.

[3] Dans leur déclaration, les demandeurs énoncent une série d’allégations contre l’Alberta au paragraphe 63, notamment [TRADUCTION] « ne pas avoir relevé et utilisé la méthode, les moyens et le chemin les plus raisonnablement sûrs en vue de rescaper les demandeurs » et [TRADUCTION] « avoir surchargé le navire [de sauvetage] compte tenu du vent et des vagues, et l’avoir conduit de telle manière qu’il était probable que le navire prendrait de l’eau ou chavirerait, ce qui en fait est arrivé ».

[4] Depuis le début de la présente affaire, l’Alberta soutient que la Cour fédérale n’a pas compétence en matière personnelle à son égard.

I. LES QUESTIONS EN LITIGE

[5] La seule question à trancher est celle de savoir si la Cour fédérale a compétence en matière personnelle à l’égard de l’Alberta dans la présente affaire. Puisqu’il s’agit d’une question de droit, la décision de la juge est assujettie à la norme de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8; *Trainor Surveys (1974) Limited c. Nouveau-Brunswick*, [1990] 2 C.F. 168 (1^{re} inst.), à la page 175.

II. ANALYSIS

A. Basic Principles

[6] Four basic principles will frame my analysis. First, Parliament and the provincial legislatures have “unequivocally adopted the premise that the Crown is *prima facie* immune” from legislation: *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*; *R. v. Uranium Canda Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551, at page 558. Alberta’s statutory directive on this point is found in section 14 of its *Interpretation Act*, R.S.A. 2000, c. I-8, and governs the approach to Alberta’s statutes:

Crown not bound

14 No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty’s rights or prerogatives in any manner, unless the enactment expressly states that it binds Her Majesty. [Emphasis mine.]

“Her Majesty” is defined in section 28 of the same Act as “the Sovereign of the United Kingdom, Canada and Her other realms and territories, and Head of the Commonwealth”. The federal equivalent, found in section 17 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, and applicable to federal statutes, states:

Her Majesty
not bound or
affected
unless stated

17. No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty’s rights or prerogatives in any manner, except as mentioned or referred to in the enactment. [Emphasis mine.]

“Her Majesty” is defined identically as in the provincial statute.

[7] The Supreme Court of Canada has cautioned that courts are not entitled to question the basic concept of Crown immunity (*Eldorado*, at page 558), and has emphasized that, in light of the language in the Interpretation Acts, a clear Parliamentary intention to bind the Crown—federal or provincial—is required to displace it: *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225 (*AGT*), at pages

II. ANALYSE

A. Principes élémentaires

[6] Quatre principes élémentaires serviront de cadre à mon analyse. Premièrement, les législateurs fédéral et provinciaux ont « adopté d’une manière non équivoque le principe que l’État jouit à première vue de l’immunité » à l’égard des textes législatifs : *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*; *R. c. Uranium Canada Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, à la page 558. Sur cette question, la directive de l’assemblée législative de l’Alberta se trouve à l’article 14 de sa *Interpretation Act*, R.S.A. 2000, ch. I-8, et régit la façon dont on aborde les lois de l’Alberta :

[TRADUCTION]

14 Nul texte législatif de quelque façon que ce soit ne lie Sa Majesté ni n’a d’effet à l’égard de Sa Majesté ou sur les droits et prérogatives de Sa Majesté, à moins qu’il n’y soit stipulé de façon expresse que Sa Majesté y est soumise. [Non souligné dans l’original.]

« Sa Majesté » est définie à l’article 28 de cette même loi comme étant [TRADUCTION] « le souverain du Royaume-Uni, du Canada et de ses autres royaumes et territoires, et chef du Commonwealth ». Selon la disposition fédérale équivalente, qui se trouve à l’article 17 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 et qui s’applique aux lois fédérales :

17. Sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n’a d’effet sur ses droits et prérogatives. [Non souligné dans l’original.]

Non-
obligation,
sauf
indication
contraire

La définition de « Sa Majesté » est identique à celle de la loi provinciale.

[7] La Cour suprême du Canada a précisé que le juge ne peut remettre en question le principe fondamental de l’immunité de la Couronne (*Eldorado*, à la page 558) et a souligné que, compte tenu de la formulation des lois d’interprétation, il faut que le législateur exprime clairement son intention de lier la Couronne — fédérale ou provinciale — pour écarter ce principe : *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radio-diffusion et des télécommunications canadiennes)*,

281–282. While certainly helpful, such an intention need not necessarily be expressed with such words as: “This Act shall bind Her Majesty” [at page 280]. As set out in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3 (*Oldman River*), at page 53, “a contextual analysis of a statute may reveal an intention to bind the Crown if one is irresistibly drawn to that conclusion through logical inference” (emphasis mine).

[8] Second, where Parliament has the authority to legislate in an area, a provincial Crown will be bound if Parliament so chooses: *AGT*, at page 275.

[9] Third, the Federal Court, created by Parliament pursuant to section 101 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [(as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] obtains its jurisdiction from statute. In order for the provincial Crowns to be sued in this Court, there must be “some legislative provision permitting suits”: *Trainor Surveys*, at page 176.

[10] Fourth and finally, the Court must have jurisdiction over both the subject-matter of the dispute and the parties: *Kusugak v. Northern Transportation Co.*, 2004 FC 1696, 247 D.L.R. (4th) 323, at paragraph 42. There is no dispute that the claim relates to maritime law, and thus falls within the subject-matter jurisdiction of the Federal Court pursuant to section 22 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. The contest is strictly about whether Parliament has shown a clear intention to grant the Federal Court *in personam* jurisdiction over Alberta in this matter.

B. Has Parliament shown a clear intention to bind the Province?

[1989] 2 R.C.S. 225 (*AGT*), aux pages 281 et 282. Il n’est pas nécessaire que cette intention soit exprimée au moyen d’une formule telle que : « La présente loi lie Sa Majesté » [à la page 280], bien qu’une telle disposition s’avérerait sans doute utile. Ainsi qu’il est signalé dans l’arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3 (*Oldman River*), à la page 53, « une analyse du contexte d’une loi peut révéler une intention de lier la Couronne si cette conclusion s’impose immanquablement par déduction logique » (non souligné dans l’original).

[8] Deuxièmement, lorsque le Parlement a le pouvoir de légiférer dans un domaine, la Couronne provinciale est liée si le législateur fédéral en décide ainsi : *AGT*, à la page 275.

[9] Troisièmement, la Cour fédérale, créée par le législateur fédéral en vertu de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [(mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], tire sa compétence d’un texte de loi. Pour que les Couronnes provinciales puissent faire l’objet d’une poursuite devant la Cour, il faut qu’il existe « une disposition législative permettant d’engager [...] des poursuites » : *Trainor Surveys*, à la page 176.

[10] Enfin, quatrièmement, la Cour doit avoir compétence à la fois sur l’objet du litige et sur les parties : *Kusugak c. Northern Transportation Co.*, 2004 CF 1696, au paragraphe 42. Il n’est pas controversé que la demande relève du droit maritime, donc qu’elle relève de la compétence de la Cour fédérale en vertu de l’article 22 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Seule est controversée la question de savoir si le législateur fédéral a clairement exprimé son intention de conférer à la Cour fédérale la compétence en matière personnelle à l’égard de l’Alberta dans la présente affaire.

B. Le législateur fédéral a-t-il clairement exprimé l’intention de lier la province?

[11] In their text, *Government Liability: Law and Practice*, loose-leaf (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2007), Horsman and Morley point out that the Crown is presumptively not bound by legislation unless (i) it is expressly named; (ii) it is bound by necessary implication; or (iii) it has waived its immunity. This is a useful rubric for assessing the parties' arguments in this case, being ever mindful that the starting presumption is that the Crown is not bound.

i. Expressly Named

(a) Section 22 of the *Federal Courts Act*

[12] Section 22 of the *Federal Courts Act* reads, in relevant part, as follows:

Navigation
and
shipping

22. (1) The Federal Court has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

[13] The respondents submit that the phrase “between subject and subject as well as otherwise” expressly grants *in personam* jurisdiction over provincial Crowns. Relying primarily on *National Association of Broadcast Employees and Technicians v. The Queen in right of Canada*, [1980] 1 F.C. 820 (C.A.) (*N.A.B.E.*), the respondents argue that “as well as otherwise” can only refer to public authorities, which includes provincial and territorial governments: *Kusugak*, at paragraph 50.

[14] I do not find the authorities relied on by the respondents persuasive for two reasons: First, *N.A.B.E.* was decided in a purely federal context, without regard to the potential difference between levels of government. For its part, the Court in *Kusugak* did not consider the

[11] Dans leur traité, *Government Liability: Law and Practice*, feuilles mobiles (Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2007), Horsman et Morley signalent qu’il y a présomption que la Couronne n’est pas liée, sauf si : i) elle est désignée de façon expresse; ii) elle est liée par déduction nécessaire; ou iii) elle a renoncé à son immunité. Il s’agit de rubriques utiles pour examiner les thèses des parties en l’espèce, tout en gardant à l’esprit la présomption initiale selon laquelle la Couronne n’est pas liée.

i. Désignée de façon expresse

a) L’article 22 de la *Loi sur les Cours fédérales*

[12] Voici la disposition pertinente de l’article 22 de la *Loi sur les Cours fédérales* :

22. (1) La Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas — opposant notamment des administrés — où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d’une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, sauf attribution expresse contraire de cette compétence.

Navigation et
marine
marchande

[13] Les intimés soutiennent que les mots « opposant notamment des administrés » (« *between subject and subject as well as otherwise* » dans la version anglaise) confèrent de façon expresse la compétence en matière personnelle à l’égard des Couronnes provinciales. Se fondant principalement sur la jurisprudence *L’Association nationale des employés et techniciens en radio-diffusion c. La Reine du chef du Canada*, [1980] 1 C.F. 820 (C.A.) (*ANETR*), les intimés soutiennent que les mots « opposant notamment des administrés » (« tant entre sujets qu’autrement », selon la formulation antérieure de la loi) renvoient uniquement aux autorités publiques, ce qui englobe les gouvernements provinciaux et territoriaux : *Kusugak*, au paragraphe 50.

[14] À mon avis, la jurisprudence citée par les intimés n’est pas convaincante pour deux motifs : premièrement, l’affaire *ANETR* se situait entièrement dans un contexte fédéral, sans que soit mise en jeu la différence potentielle entre les ordres de gouvernement. Pour ce qui est

phrase “as well as otherwise”, limiting itself only to a consideration of the meaning of “between subject and subject”.

[15] Second, the fact that the Crown is defined in section 2 of the *Federal Courts Act* as “Her Majesty in right of Canada” is contraindicative of a clear intention to bind the provinces. In *Canadian Javelin Ltd. v. The Queen in Right of Newfoundland*, [1978] 1 F.C. 408 (C.A.), the Court noted at page 410 that “where the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] contemplates conferring jurisdiction in claims against Her Majesty, it does so (e.g., section 17(1)) by express reference to claims against the ‘Crown’, which is defined, for purposes of the *Federal Court Act*, by section 2 thereof as ‘Her Majesty in right of Canada’”. When compared with other statutes that contain express language of an intention to bind the provinces, such as section 5 of the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29 (“This Act is binding on Her Majesty in right of Canada or a province”), I am not convinced that the words “as well as otherwise” are sufficiently express to convey Parliament’s clear intention to bind the provinces. While language as explicit as that in the *Species at Risk Act* is not strictly required, my view is supported by the absence of any indication of a Parliamentary intention to confer on the Federal Courts *in personam* jurisdiction over the provinces in the legislative history of section 22 of the *Federal Courts Act*.

[16] This interpretation is equally consistent with the case law that explicitly dealt with whether similar provisions in the *Federal Courts Act* and its predecessors intended to bind the provinces. In *Javelin*, for example, this Court held that section 23 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] did not confer jurisdiction in respect of Her Majesty in right of Newfoundland. While it related to bills of exchange and promissory notes, section 23 of the former *Federal Court Act*

de l’affaire *Kusugak*, la Cour ne s’est pas penchée sur les mots « *as well as otherwise* » (« notamment » ou « qu’autrement »), mais s’est plutôt concentrée sur le sens des mots « *between subject and subject* » (« opposant [...] des administrés » ou « entre sujets »).

[15] Deuxièmement, le fait que la Couronne soit définie à l’article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales* comme étant « Sa Majesté du chef du Canada » ne cadre pas avec une intention claire de lier les provinces. Dans l’arrêt *Canadian Javelin Ltd. c. La Reine du chef de Terre-Neuve*, [1978] 1 C.F. 408 (C.A.), la Cour a fait remarquer, à la page 410, que « lorsque la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10] prévoit conférer, à la Cour, compétence dans les cas de demandes de redressement contre Sa Majesté, elle le fait (par exemple, à l’article 17(1)) par une référence expresse aux demandes de redressement contre la “Couronne”, définie pour les fins de la *Loi sur la Cour fédérale* à l’article 2 de ladite loi comme “Sa Majesté du chef du Canada” ». À la lumière d’autres lois qui contiennent des dispositions explicites quant à l’intention de lier les provinces, telles que l’article 5 de la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29 (« La présente loi lie Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province »), je ne suis pas convaincu que l’expression « opposant notamment des administrés » (« *as well as otherwise* » dans la version anglaise) est suffisante pour exprimer une intention claire du Parlement de lier les provinces. Bien qu’une formulation aussi explicite que celle de la *Loi sur les espèces en péril* ne soit pas strictement nécessaire, l’absence de toute indication que le législateur fédéral ait eu l’intention de conférer aux Cours fédérales la compétence en matière personnelle à l’égard des provinces dans les versions antérieures de l’article 22 de la *Loi sur les Cours fédérales* va dans le sens de mon opinion.

[16] De plus, cette interprétation concorde avec la jurisprudence portant expressément sur la question de savoir si des dispositions similaires dans la *Loi sur les Cours fédérales* et ses versions antérieures avaient pour but de lier les provinces. Par exemple, à l’occasion de l’affaire *Javelin*, la Cour a statué que l’article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10] ne conférait pas compétence à l’égard de Sa Majesté du chef de Terre-Neuve. L’article 23 de l’ancienne *Loi sur*

contained similar language as section 22 of the current *Federal Courts Act*. The Court's holding flowed from then-section 16 of the federal *Interpretation Act*, which provided that Her Majesty is bound by an enactment only where she is therein mentioned or referred to: *Javelin*, at pages 409–410. No mention or reference to Her Majesty was found.

[17] In *Trainor Surveys*, the Federal Court adopted the *Javelin* reasoning that “it is clear law that the Crown cannot be impleaded in a court in respect of a claim against the Crown except where statutory jurisdiction has been conferred on the court to entertain claims against the Crown of a class in which the particular claim falls”: *Trainor Surveys*, at page 176; *Javelin*, at page 409. While *Trainor Surveys* was a case related to copyright infringement pursuant to section 20 of the *Federal Courts Act*, the language at issue was again the same as in our case. The Court held that a general description of subject-matter of concurrent jurisdiction was insufficient to displace the traditional immunity enjoyed by provincial Crowns from suits in the Federal Court (at page 176; see also *Greeley v. Tami Joan (The)* (1996), 113 F.T.R. 66 (F.C.T.D.), particularly at paragraph 21):

In my opinion, the mere fact that the Federal Court has concurrent jurisdiction with provincial courts to hear and determine civil actions for copyright infringement is insufficient to vest the Court with jurisdiction to entertain the present suit impleading the provincial Crowns and the Crown agencies named as defendants in the absence of some specific provision to that effect, whether contained in federal legislation or in the respective Crown proceedings statutes of the three provinces. I concur with the reasoning of Collier J. in *Avant Inc. v. R.*, *supra*, and, paraphrasing his words, conclude that “for the provincial Crown[s] to be sued in this court, there must, ... be some legislative provision permitting suits”, and here there is none. I am also of the opinion that the traditional immunity of the provincial Crowns and their agencies from suits in the Federal Court is not abrogated in the present case by the general descriptions of subject matter of concurrent jurisdiction with respect to copyright contained in the *Federal Court Act*, on the principle of *Union Oil Company v. The Queen*, *supra*. [Emphasis mine.]

la Cour fédérale avait trait aux lettres de change et aux billets à ordre, mais il contenait une formulation similaire à celle de l'article 22 de l'actuelle *Loi sur les Cours fédérales*. La décision de la Cour découlait de l'article 16 de la *Loi d'interprétation* fédérale (en vigueur à l'époque), qui disposait que nul texte législatif ne lie Sa Majesté sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue : *Javelin*, aux pages 409 et 410. La Cour n'a relevé aucune mention ou référence à Sa Majesté.

[17] À l'occasion de l'affaire *Trainor Surveys*, la Cour fédérale a retenu le raisonnement consacré par la jurisprudence *Javelin* selon lequel « il est reconnu en droit que la Couronne ne peut être poursuivie devant un tribunal pour une demande de redressement faite contre Elle sauf dans le cas où le tribunal s'est vu attribuer la compétence statutaire pour connaître des demandes d'une catégorie spécifique formulées contre la Couronne » : *Trainor Surveys*, à la page 176; *Javelin*, à la page 409. Même si l'affaire *Trainor Surveys* portait sur une atteinte au droit d'auteur en vertu de l'article 20 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la formulation en cause était encore une fois similaire à celle examinée en l'espèce. La Cour a conclu que les dispositions générales visant la compétence concurrente ne suffisaient pas pour abroger l'immunité traditionnelle des Couronnes provinciales contre les actions devant la Cour fédérale (aux pages 176 et 177; voir également *Greeley c. Tami Joan (Le)*, [1996] A.C.F. n° 739 (1^{re} inst.) (QL), particulièrement le paragraphe 21) :

À mon avis, le simple fait que la Cour fédérale a compétence concurrente avec les tribunaux provinciaux pour connaître d'actions civiles en violation du droit d'auteur ne suffit pas à conférer à la Cour la compétence pour connaître du présent procès intenté contre les Couronnes provinciales et les organismes provinciaux désignés comme défendeurs en l'absence d'une disposition expresse en ce sens, qu'elle se trouve dans la loi fédérale ou dans les lois relatives aux poursuites contre la Couronne de chacune des trois provinces. Je souscris au raisonnement formulé par le juge Collier dans le jugement *Avant Inc. c. R.*, précité, et, pour le paraphraser, je conclus que « pour pouvoir saisir notre Cour d'une action contre la Couronne provinciale, il faut [...] qu'il existe une disposition législative permettant d'engager [...] des poursuites ». Or dans le cas qui nous occupe il n'en existe aucune. Je suis également d'avis que la traditionnelle immunité de la Couronne provinciale et de ses organismes en matière de procès devant la Cour fédérale n'a pas été supprimée en l'espèce par les dispositions générales de la *Loi sur la Cour fédérale* relatives à la compétence concurrente *ratione materiae* à l'égard du droit

[18] I am of the same mind with respect to section 22 of the *Federal Courts Act*: it deals with subject-matter jurisdiction, and I see nothing in the provision, or in the remainder of the statute (other than section 19 of the *Federal Courts Act*), that irresistibly draws me to the conclusion that Parliament clearly intended to bind the provincial Crown by express language or through logical inference: see *Manitoba v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2013 FCA 91, 358 D.L.R. (4th) 563, at paragraph 48; *Oldman River*, at pages 52–53.

(b) Section 19 of the *Federal Courts Act*

[19] Section 19 of the *Federal Courts Act* does grant jurisdiction to the Federal Court over the provincial crowns in cases of intergovernmental controversies if the particular province involved has adopted legislation accepting such jurisdiction. Alberta has accepted such jurisdiction (section 27 of Alberta’s *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2).

[20] In *Union Oil Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, [1974] 2 F.C. 452 (T.D.), the plaintiff had sold fuel oil to the Province of British Columbia who claimed an exemption from the tax imposed under the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1970, c. E-13. The Federal government did not agree that the exemption was applicable. The plaintiff commenced an action against both the Federal government and the Province of British Columbia. In striking the claim against the Province of British Columbia, Collier J. made the following comments in relation to the argument that the Federal Court had jurisdiction over the Province of British Columbia as a result of the provisions of section 19 of the then *Federal Court Act* [at page 459]:

In my opinion section 19 has no application to this case. There is no doubt there is a dispute or disagreement between Canada and British Columbia as to whether the diesel fuel was exempt from tax. Assuming that dispute or disagreement to be a “controversy”, it seems to me the jurisdiction of the Federal Court can only be invoked by Canada or by the

d’auteur, suivant le principe posé dans l’arrêt *Union Oil Company c. La Reine*, précité. [Non souligné dans l’original.]

[18] Je suis du même avis en ce qui a trait à l’article 22 de la *Loi sur les Cours fédérales* : il porte sur la compétence matérielle et je ne relève rien dans cet article, ou ailleurs dans la loi (à part l’article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales*), qui me mène inmanquablement à conclure que le législateur voulait clairement lier la Couronne provinciale au moyen d’une disposition expresse ou par déduction logique : voir *Manitoba c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2013 CAF 91, au paragraphe 48; *Oldman River*, aux pages 52 et 53.

b) L’article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales*

[19] L’article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales* confère compétence à la Cour fédérale à l’égard des Couronnes provinciales pour juger les cas de litige entre les gouvernements si la province en cause a adopté une loi par laquelle elle reconnaît cette compétence. L’Alberta a reconnu cette compétence (article 27 de la *Judicature Act*, R.S.A. 2000, ch. J-2).

[20] Dans l’affaire *Union Oil Co. of Canada Ltd. c. La Reine*, [1974] 2 C.F. 452 (1^{re} inst.), la demanderesse avait vendu du mazout à la province de la Colombie Britannique, qui a demandé une exemption de la taxe imposée en vertu de la *Loi sur la taxe d’accise*, S.R.C. 1970, ch. E-13. Le gouvernement fédéral était d’avis que l’exemption ne pouvait jouer. La demanderesse a intenté une poursuite contre le gouvernement fédéral et la province de la Colombie-Britannique. En rejetant la demande visant la province de la Colombie-Britannique, le juge Collier a formulé les observations suivantes au sujet de la thèse portant que la Cour fédérale avait compétence à l’égard de la province de la Colombie-Britannique en raison de l’article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* (en vigueur à l’époque) [à la page 459] :

Selon moi, l’article ne s’applique pas à cette affaire. Il existe indubitablement un différend ou désaccord entre le Canada et la Colombie-Britannique quant à savoir si le gas-oil était exempt de la taxe. En supposant que le différend ou désaccord constitue un « litige », il me semble que la compétence de la Cour fédérale ne peut être invoquée que par le Canada ou par

Province, and not by the commencement of legal proceedings by a private citizen.

[21] In dismissing the appeal by *Union Oil Co. of Canada Ltd.* ([1976] 1 F.C. 74), the Federal Court of Appeal stated [at page 75] that:

The jurisdiction of the Federal Court is entirely statutory and, accepting that it lies within the powers of the Parliament of Canada, when legislating in a field within its competence, to give the Federal Court jurisdiction to implead the Crown in right of a province, we do not think any of the statutory provisions to which we were referred, or any others of which we are aware, authorize the Court to entertain a proceeding at the suit of a subject against the Crown in right of a province.

[22] The Supreme Court of Canada, in brief reasons ((1976), 16 N.R. 425) also dismissed the company's appeal and noted that [at page 426]:

... the appellant has failed to show any ground of jurisdiction in the Federal Court over the Crown in right of British Columbia in this case.

[23] In *Fairford Band v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 F.C. 165 (T.D.) (affirmed on appeal (1996), 205 N.R. 380 (F.C.A.)), the courts distinguished the *Union Oil* case and held that section 19 of the *Federal Court Act* could be invoked if the Federal government (against whom a claim was being made) commenced a third party proceeding against a provincial Crown. Therefore it seems to me that section 19 of the *Federal Courts Act* cannot be invoked if an individual or a company commences an action against both the Federal government and a provincial government but may be invoked if the action is commenced against the Federal government and the Federal government then commences a third party proceeding against the provincial Crown.

[24] Even though it may be necessary or desirable to have both the Federal government and the province of Alberta before the Federal Court without the necessity of first commencing an action against the Federal government and then, if the Federal government should so choose, having the federal government commence a third party proceeding against the province of Alberta,

la Province et qu'un simple citoyen ne saurait le faire en introduisant des poursuites judiciaires.

[21] En rejetant l'appel de l'arrêt *Union Oil Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 C.F. 74, la Cour d'appel fédérale a observé [à la page 75] :

La compétence de la Cour fédérale découle uniquement de la législation et, même si le Parlement du Canada, légiférant dans un domaine relevant de sa compétence, a le pouvoir de conférer à la Cour fédérale la compétence pour connaître des actions intentées contre la Couronne du chef d'une province, nous ne pensons pas que les dispositions législatives citées, ou autres textes législatifs à notre connaissance, autorisent la Cour à connaître d'une procédure relevant d'une action d'un sujet contre la Couronne du chef d'une province.

[22] La Cour suprême du Canada, par des motifs succincts ((1976), 16 N.R. 425), a également rejeté l'appel de l'entreprise et a souligné [à la page 426] :

[TRADUCTION] [...] l'appelante n'a réussi à faire valoir aucun motif justifiant la compétence de la Cour fédérale vis-à-vis de la Couronne du chef de la province de la Colombie-Britannique.

[23] Dans la décision *Bande de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 C.F. 165 (1^{re} inst.) (confirmée en appel dans [1996] A.C.F. n° 1242 (C.A.) (QL)), les juges ont opéré une distinction par rapport à l'affaire *Union Oil* et conclu que l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* pouvait jouer lorsque le gouvernement fédéral (visé par une demande) intente une procédure de mise en cause contre une Couronne provinciale. Par conséquent, il me semble que l'article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales* ne peut être invoqué lorsqu'un particulier ou une entreprise intente une poursuite à la fois contre le gouvernement fédéral et un gouvernement provincial, mais peut être utilement invoqué si la poursuite est intentée contre le gouvernement fédéral et que ce dernier intente ensuite une procédure de mise en cause contre la Couronne provinciale.

[24] Il serait peut-être essentiel ou souhaitable de traduire à la fois le gouvernement fédéral et la province de l'Alberta devant la Cour fédérale sans devoir d'abord intenter une poursuite contre le gouvernement fédéral et attendre ensuite que ce dernier — s'il en décide ainsi — intente une procédure de mise en cause à l'égard de la province de l'Alberta, mais, comme l'a noté la Cour

as noted by the Supreme Court of Canada in *R. in Right of Newfoundland v. Commission Hydro-Electrique de Québec*, [1982] 2 S.C.R. 79 [at page 92]:

As Collier J. rightly stated in *Union Oil Co. of Canada Ltd. v. The Queen in right of Canada* (1974), 52 D.L.R. (3d) 388, in a note at the foot of p. 393:

The fact that one defendant is properly before the Court, and another party may be a necessary or desirable defendant, does not confer jurisdiction.

[25] As a result, since this action was commenced by the Toney family against the province of Alberta and the Federal government, section 19 of the *Federal Courts Act* does not apply to grant the Federal Court jurisdiction over the province of Alberta.

(c) Alberta's *Proceedings Against the Crown Act* and section 22 of the *Federal Courts Act*

[26] The respondents argue that, even if section 22 of the *Federal Courts Act* merely grants the Federal Court subject-matter jurisdiction, a clear intention to grant *in personam* jurisdiction is evident when it is read in conjunction with sections 4 and 8 of Alberta's *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.A. 2000, c. P-25 (APACA). This is particularly so, they posit, when compared with the equivalent provisions in the Crown proceedings legislation in other provinces, which specify in which courts proceedings against the Crown must be brought (generally the superior courts of the province in question). The respondents submit that had the Alberta legislator intended to exclude the jurisdiction of the Federal Courts over proceedings commenced by individuals or companies against it, it would have included language to that effect.

[27] I am not persuaded by this line of reasoning. Section 4 of APACA grants the right to substantive relief against the Crown, and reads as follows:

suprême du Canada à l'occasion de l'affaire *R. du chef de Terre-Neuve c. Commission Hydro-Électrique de Québec*, [1982] 2 R.C.S. 79 [à la page 92] :

C'est avec raison que le juge Collier écrit dans *Union Oil Co. of Canada Ltd. v. The Queen in right of Canada* (1974), 52 D.L.R. (3d) 388, en note au bas de la p. 393 :

[TRADUCTION] Le fait qu'un défendeur ait correctement été cité devant la Cour et qu'une autre partie puisse être un défendeur nécessaire ou souhaitable, ne confère pas pour autant la compétence.

[25] Par conséquent, étant donné que la présente poursuite a été intentée par la famille Toney contre la province de l'Alberta et le gouvernement fédéral, l'article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales* ne joue pas et ne confère pas compétence à la Cour fédérale à l'égard de la province de l'Alberta.

c) La *Proceedings Against the Crown Act* de l'Alberta et l'article 22 de la *Loi sur les Cours fédérales*

[26] Les intimés soutiennent que, même si l'article 22 de la *Loi sur les Cours fédérales* ne confère à la Cour fédérale que la compétence matérielle, l'intention claire de conférer la compétence en matière personnelle est manifeste lorsqu'on interprète l'article 22 de concert avec les articles 4 et 8 de la *Proceedings Against the Crown Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, ch. P-25 (APACA). Selon les intimés, cela est d'autant plus manifeste lorsqu'on compare ces articles aux dispositions correspondantes des lois sur les instances visant la Couronne des autres provinces, qui précisent devant quels tribunaux il faut introduire une instance contre la Couronne (en général, les cours supérieures de la province en question). Les intimés soutiennent que si le législateur albertain avait eu l'intention de priver les Cours fédérales de toute compétence sur les procédures intentées par des particuliers ou des entreprises contre l'Alberta, il aurait inclus une formulation explicite en ce sens.

[27] Cette argumentation ne me convainc pas. L'article 4 de l'APACA confère le droit d'intenter un recours contre la Couronne. Il est libellé ainsi :

Right to sue Crown

4 A claim against the Crown that, if this Act had not been passed, might be enforced by petition of right, subject to the grant of a fiat by the Lieutenant Governor, may be enforced as of right by proceedings against the Crown in accordance with this Act, without the grant of a fiat by the Lieutenant Governor.

[28] Section 8 of APACA describes the forum and procedural rules that will govern proceedings against Alberta commenced in accordance with APACA, and reads as follows:

Proceedings against Crown

8 Except as otherwise provided in this Act, all proceedings against the Crown in any court shall be instituted and proceeded with in accordance with the relevant law governing the practice in that court. [Emphasis mine.]

[29] By way of comparison, the equivalent provision in British Columbia's (B.C.) *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, c. 89, reads as follows (subsection 4(1)):

Institution of claims in the Supreme Court

4 (1) Subject to this Act, all proceedings against the government in the Supreme Court must be instituted and proceeded with under the *Supreme Court Act* and, if applicable, under the *Class Proceedings Act*.

[30] In *Athabasca Chipewyan First Nation v. British Columbia*, 2001 ABCA 112 (CanLII), 281 A.R. 38 (*Athabasca*), the Alberta Court of Appeal held that the Alberta courts had no jurisdiction over the B.C. Crown by virtue of subsection 4(1) of B.C.'s *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, c. 89.

[31] The Alberta Court of Appeal in *Athabasca* recognized that the B.C. Crown had largely waived its historical immunity with respect to tort liability (particularly in paragraph 2(c) of the *Crown Proceeding Act*), but reasoned that the B.C. Crown maintained part of its procedural immunity by virtue of subsection 4(1) (at paragraph 19):

[TRANSLATION]

4 Toute poursuite contre la Couronne qui aurait pu, n'eût été de l'adoption de la présente loi, être engagée avec l'autorisation du lieutenant-gouverneur, par pétition de droit, peut être engagée de plein droit par voie d'instance contre la Couronne, conformément à la présente loi, sans autorisation du lieutenant-gouverneur.

[28] L'article 8 de l'APACA définit le for et les règles de procédure régissant les instances intentées contre l'Alberta conformément à l'APACA. Il est libellé ainsi :

[TRANSLATION]

8 Sauf disposition contraire de la présente loi, les instances introduites contre la Couronne devant tout tribunal sont engagées et sont instruites conformément à la loi régissant la pratique de ce tribunal ». [Non souligné dans l'original.]

[29] En guise de comparaison, la disposition correspondante de la *Crown Proceeding Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 89, est libellée ainsi (paragraphe 4(1)) :

[TRANSLATION]

4 (1) Sous réserve de la présente Loi, toutes les instances introduites contre le gouvernement devant la Cour suprême doivent être engagées et menées conformément à la *Supreme Court Act* et, le cas échéant, à la *Class Proceedings Act*.

[30] Par l'arrêt *Athabasca Chipewyan First Nation v. British Columbia*, 2001 ABCA 112 (CanLII), 281 A.R. 38 (*Athabasca*), la Cour d'appel de l'Alberta a statué que les cours de l'Alberta n'avaient aucune compétence à l'égard de la Couronne de la Colombie-Britannique aux termes du paragraphe 4(1) de la *Crown Proceeding Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 89.

[31] Par l'arrêt *Athabasca*, la Cour d'appel de l'Alberta a reconnu que la Couronne de la Colombie-Britannique avait dans une large mesure renoncé à son immunité traditionnelle en matière de responsabilité délictuelle (notamment à l'alinéa 2(c) de la *Crown Proceeding Act*), mais a conclu que la Couronne de la Colombie-Britannique avait maintenu une partie de son immunité procédurale en vertu du paragraphe 4(1) (au paragraphe 19) :

Second, there is a presumption that “the legislature does not intend to make any change in the existing law beyond that which is expressly stated in, or follows by necessary implication from, the language of the statute”. P. St. J. Langan, *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1969) at 116. At common law, the general rule is that the Crown cannot be sued. *Young v. S.S. “Scotia”*, [1903] A.C. 501 at 505 (P.C., Can.); *Can. Javelin v. The Queen Nfld.*, [1978] 1 F.C. 408 at 409 (F.C.A.). The Crown can be sued, of course, in a court that has been granted jurisdiction over it by statute. The B.C. Act does not expressly give jurisdiction over the B.C. government to the Alberta Court of Queen’s Bench. While it does not give express jurisdiction over the government to the B.C. Supreme Court either, it does so by implication of s. 4(1). Absent more explicit language (such as that found in the similar federal legislation), the above principle suggests that s. 4(1) should not be interpreted as granting jurisdiction to any court other than the B.C. Supreme Court. In the result, while British Columbia has largely waived its substantive immunity through s. 2(c), it has only partly waived its procedural immunity through s. 4(1). [Emphasis mine.]

[32] In *Medvid v. Alberta (Health and Wellness)*, 2012 SKCA 49 (CanLII), 349 D.L.R. (4th) 72, the Saskatchewan Court of Appeal dealt with the issue of the interpretation of section 8 of the APACA. The decision of the Saskatchewan Court of Appeal was released on April 25, 2012 which was over four months before the motion that is under appeal was heard by Mactavish J. on September 4, 2012. However there is no indication that this case was brought to her attention and this case was not included in the joint book of authorities that was submitted to this Court. Counsel for the Medvids and Coreen Hardy before the Saskatchewan Court of Appeal were E.F.A. Merchant, Q.C. and Nicholas Robinson.

[33] The Saskatchewan Court of Appeal endorsed the interpretation of section 8 of the APACA adopted by Dawson J. and repeated this interpretation in paragraph 39:

Section 8 of the Alberta Act leads to the inevitable conclusion that the Alberta Legislature intended that actions against Alberta can only proceed when brought in a court in Alberta.

[TRADUCTION] Deuxièmement, il existe une présomption selon laquelle « le législateur n’a pas l’intention d’introduire dans la loi existante d’autres changements au droit existant que ceux qui sont expressément énoncés dans le libellé de la loi ou qui découlent nécessairement de ce libellé » : P. St. J. Langan, *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12^e éd. (London : Sweet & Maxwell, 1969), à la page 116. En common law, la règle générale porte que la Couronne ne puisse être poursuivie : *Young c. S.S. “Scotia”*, [1903] A.C. 501, à la page 505 (P.C., Can.); *Canadian Javelin Ltd. c. La Reine (Terre-Neuve)*, [1978] 1 C.F. 408, à la page 409 (CAF). Évidemment, la Couronne peut être poursuivie devant une cour lorsqu’une loi confère compétence à cette cour. La Crown Proceeding Act de la C.-B. ne confère pas compétence de façon expresse à la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta à l’égard du gouvernement de la Colombie-Britannique. Même si cette loi ne confère pas non plus de façon expresse la compétence à l’égard du gouvernement à la Cour suprême de la C.-B., elle la lui confère de façon implicite en vertu du paragraphe 4(1). Faute d’une disposition plus explicite (telle que celles incluses dans les lois fédérales similaires), vu le principe ci-dessus, il n’y a pas lieu d’interpréter le paragraphe 4(1) de manière à conférer la compétence à une cour autre que la Cour suprême de la C.-B. Ainsi, bien que la Colombie-Britannique ait dans une large mesure renoncé à son immunité de fond en vertu de l’alinéa 2(c), elle n’a renoncé que partiellement à son immunité procédurale aux termes du paragraphe 4(1). [Non souligné dans l’original.]

[32] Dans l’arrêt *Medvid v. Alberta (Health and Wellness)*, 2012 SKCA 49 (CanLII), 349 D.L.R. (4th) 72, la Cour d’appel de la Saskatchewan a examiné la question de l’interprétation de l’article 8 de l’APACA. La décision de la Cour d’appel de la Saskatchewan a été rendue le 25 avril 2012, soit plus de quatre mois avant que la requête visée par le présent appel ne fût entendue par la juge Mactavish le 4 septembre 2012. Toutefois, rien n’indique que cette jurisprudence ait été portée à son attention : elle ne figurait pas dans le recueil conjoint de jurisprudence et de doctrine soumis à la Cour. Les avocats des Medvid et de Coreen Hardy devant la Cour d’appel de la Saskatchewan étaient E.F.A. Merchant, c.r., et Nicholas Robinson.

[33] La Cour d’appel de la Saskatchewan a confirmé l’interprétation de l’article 8 de l’APACA retenue par le juge Dawson et a réitéré cette interprétation au paragraphe 39 :

[TRADUCTION] Vu l’article 8 de la Loi de l’Alberta, l’on doit inévitablement conclure que le législateur de l’Alberta avait l’intention de n’autoriser les poursuites contre l’Alberta que

The *Proceedings Against the Crown Act* of Alberta does not open the door for an action against Alberta in another jurisdiction.

[34] Section 27 of Alberta's *Judicature Act*, also supports the conclusion that Alberta Legislature has not generally granted jurisdiction to the Federal Court over Alberta but rather has only granted jurisdiction in specific circumstances:

Jurisdiction of federal courts

27 The Supreme Court of Canada and the Federal Court of Canada, or the Supreme Court of Canada alone, according to the *Supreme Court Act* (Canada) and the *Federal Court Act* (Canada) have jurisdiction

- (a) in controversies between Canada and Alberta;
- (b) in controversies between Alberta and any other province or territory of Canada in which an Act similar to this Act is in force;
- (c) in proceedings in which the parties by their pleadings have raised the question of the validity of an Act of the Parliament of Canada or of an Act of the Legislature of Alberta, when in the opinion of a judge of the court in which they are pending the question is material, and in that case the judge shall, at the request of the parties, and may without request if the judge thinks fit, order the case to be removed to the Supreme Court of Canada in order that the question may be decided.

[35] Given the interpretation of section 8 of the APACA adopted by the Saskatchewan Court of Appeal in *Medvid* and absent more explicit language to the contrary in any other provincial statute, there is no basis to find that the Province of Alberta has granted the Federal Court jurisdiction over the Province of Alberta other than as provided in section 27 of the *Alberta Judicature Act*.

ii. Necessary Implication

[36] The respondents rely on various provisions that prohibit *in rem* proceedings against ships owned by a province—primarily subsections 43(7) of the *Federal Courts Act* and 79(3) of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6—to argue that, because a statutory right *in rem*, without a maritime lien, does not lie without the

devant une cour de l'Alberta. La *Proceedings Against the Crown Act* de l'Alberta n'ouvre pas la porte à une poursuite contre l'Alberta devant une autre juridiction.

[34] De plus, l'article 27 de la *Judicature Act* de l'Alberta appuie la conclusion selon laquelle le législateur de l'Alberta n'a pas conféré à la Cour fédérale une compétence générale à l'égard de l'Alberta, mais lui a plutôt conféré une compétence dans des cas précis :

[TRADUCTION]

27 En vertu de la *Loi sur la Cour suprême* (Canada) et de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour suprême du Canada et la Cour fédérale du Canada ou la Cour suprême du Canada seule ont compétence :

- a) dans les contentieux opposant le Canada et la province de l'Alberta;
- b) dans les contentieux opposant la province de l'Alberta et toute autre province du Canada qui a adopté une loi semblable à celle-ci;
- c) dans les instances où les parties, par leurs actes de procédure, ont soulevé la question de la validité d'une loi du Parlement du Canada ou d'une loi de la Législature de l'Alberta, lorsque, de l'avis d'un juge de la cour dans laquelle ces instances sont en cours, la question est importante; en pareil cas, le juge doit, à la demande des parties, et en l'absence d'une demande peut, s'il le juge opportun, ordonner que l'affaire soit renvoyée à la Cour suprême du Canada pour qu'elle tranche la question.

[35] À la lumière de l'interprétation de l'article 8 de l'APACA retenue par la Cour d'appel de la Saskatchewan à l'occasion de l'affaire *Medvid* et faute de dispositions explicitement contraires dans toute autre loi provinciale, rien ne permet de conclure que la province de l'Alberta a conféré compétence à la Cour fédérale à l'égard de la province de l'Alberta, sauf dans la mesure prévue à l'article 27 de la *Judicature Act* de l'Alberta.

ii. La déduction nécessaire

[36] Les intimés se fondent sur diverses dispositions qui interdisent les actions réelles contre un navire appartenant à une province — principalement le paragraphe 43(7) de la *Loi sur les Cours fédérales* et le paragraphe 79(3) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 — pour faire valoir

liability of the ship owner, the only logical interpretation of the prohibitions is to imply that the Federal Court has *in personam* jurisdiction over the provinces as the owners of vessels. Otherwise, they posit, these provisions would have no meaning. The Federal Court Judge accepted this line of argument: see reasons, at paragraphs 41–49. However, as noted above, the Federal Court does have jurisdiction over the provinces in inter-governmental disputes where the province has accepted such jurisdiction.

[37] The Supreme Court of Canada recognized in *AGT* that the common law doctrine of necessary implication elaborated in *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58 (P.C.) remains applicable with the advent of modern Interpretation Acts. An intention to bind the Crown may be found “where the purpose of the statute would be ‘wholly frustrated’ if the government were not bound, or, in other words, if an absurdity (as opposed to simply an undesirable result) were produced”: *AGT*, at page 281.

[38] I fail to see how the purpose of the *Federal Courts Act*—i.e. to advance the better administration of the Laws of Canada in accordance with section 101 of the *Constitution Act, 1867*—is “wholly frustrated” if Alberta is not bound. This is particularly so given that the plaintiffs in the underlying action are not without remedy in this case—they could bring their action in the Alberta Court of Queen’s Bench.

[39] I also fail to see how the purpose of the *in rem* provisions referred to by the respondents would be “wholly frustrated” if Alberta were not bound. Indeed, the Federal Court Judge suggested that the purpose of the provisions is to prevent the arrest of ships engaged in government service: reasons, at paragraph 42. Given that the starting presumption is that the Crown is immune from such proceedings, both at common law and in the various applicable statutes, it is not apparent that this purpose would be “wholly frustrated” if Alberta were not bound.

que la seule interprétation logique des interdictions, étant donné qu’en l’absence d’un privilège maritime un droit réel prévu par la loi n’existe pas sans la responsabilité du propriétaire du navire, est que la Cour fédérale a compétence en matière personnelle à l’égard des provinces à titre de propriétaires des navires. Autrement, soutiennent-ils, ces dispositions seraient dépourvues de sens. La juge de la Cour fédérale a retenu ce raisonnement : voir les motifs, aux paragraphes 41 à 49. Toutefois, ainsi que nous l’avons vu, la Cour fédérale a compétence à l’égard des provinces relativement aux contentieux entre les gouvernements lorsque la province a reconnu cette compétence.

[37] À l’occasion de l’affaire *AGT*, la Cour suprême du Canada a reconnu que la doctrine de la déduction nécessaire en common law consacrée par la jurisprudence *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58 (P.C.) est toujours d’actualité avec l’avènement des lois d’interprétation contemporaines. On peut conclure qu’il y a une intention de lier la Couronne « lorsque l’objet de la loi serait “privé [...] de toute efficacité” si l’État n’était pas lié ou, en d’autres termes, s’il donnait lieu à une absurdité (par opposition à un simple résultat non souhaité) » : *AGT*, à la page 281.

[38] Je ne vois pas comment l’objet de la *Loi sur les Cours fédérales* — soit améliorer l’application du droit canadien conformément à l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* — serait « privé [...] de toute efficacité » si l’Alberta n’était pas liée. Cela s’avère d’autant plus vrai que les demandeurs ayant intenté l’action sous-jacente ne sont pas dépourvus de recours en l’espèce — ils pourraient intenter leur action devant la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta.

[39] De plus, je ne vois pas comment l’objet des dispositions visant les actions réelles signalées par les intimés serait « privé [...] de toute efficacité » si l’Alberta n’était pas liée. En effet, la juge de la Cour fédérale a affirmé que les dispositions ont pour objet d’empêcher la saisie de navires en service commandé pour le compte de l’État : motifs, au paragraphe 42. À la lumière de la présomption initiale selon laquelle la Couronne dispose d’une immunité contre de telles procédures, en common law et en vertu de diverses lois applicables, il n’est pas

iii. Waiver

[40] In their written submissions, the respondents argue that Alberta has waived its immunity by its past conduct. By attorning to the Federal Court's jurisdiction in *Scott Steel Ltd. v. Alarissa (The)*, [1996] 2 F.C. 883 (T.D.), they posit, Alberta took the benefit of the *Federal Courts Act* and the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, and therefore cannot now deny the burden of the same statutes.

[41] The facts of the *Scott Steel* case, however, do not support the respondents' proposition. Indeed, the Alberta entity that purportedly took the benefit of the *Federal Courts Act* and Rules was Alberta Treasury Branches. Pursuant to subsection 2(4) of the *Alberta Treasury Branches Act*, R.S.A. 2000, c. A-37, it is clear that the corporation established as the "Alberta Treasury Branches" is to be treated, for the purposes of *in personam* jurisdiction, as if it were a private party, and not as an agent of the Crown in right of Alberta. In my view, the *Scott Steel* case is of no assistance to the respondents in seeking to establish that Alberta has in any way waived its immunity by virtue of its conduct. Indeed, this case would seem to indicate the contrary, given the operation of subsection 2(4) of the *Alberta Treasury Branches Act*.

III. CONCLUSION

[42] For the reasons above, I would allow the appeal, set aside the order of the Federal Court, and, rendering the judgment that should have been rendered, grant the appellant's application for a determination on a point of law that the Federal Court has no jurisdiction in this matter over Her Majesty the Queen in right of Alberta.

WEBB J.A.: I agree.

évident que cet objet serait « privé [...] de toute efficacité » si l'Alberta n'était pas liée.

iii. La renonciation

[40] Dans leurs observations écrites, les intimés soutiennent que l'Alberta a renoncé à son immunité du fait de sa conduite par le passé. En acquiesçant à la compétence de la Cour fédérale dans l'affaire *Scott Steel Ltd. c. Alarissa (L')*, [1996] 2 C.F. 883 (1^{re} inst.), soutiennent-ils, l'Alberta s'est prévalué des avantages de la *Loi sur les Cours fédérales* et des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, et ne peut donc pas refuser le fardeau associé à ces mêmes textes législatifs.

[41] Toutefois, les faits de l'affaire *Scott Steel* ne vont pas dans le sens de la thèse des intimés. En fait, c'est la société d'État albertaine Alberta Treasury Branches qui se serait prévalué des avantages de la *Loi sur les Cours fédérales* et des Règles. En vertu du paragraphe 2(4) de la *Alberta Treasury Branches Act*, R.S.A. 2000, ch. A-37, il est clair que la société constituée sous le nom de « Alberta Treasury Branches » doit être assimilée, aux fins de la compétence en matière personnelle, à une partie privée, et non à un représentant de la Couronne du chef de l'Alberta. À mon avis, la jurisprudence *Scott Steel* n'aide aucunement les intimés à établir que l'Alberta a renoncé de quelque manière que ce soit à son immunité du fait de sa conduite par le passé. En fait, cette décision semble indiquer le contraire, à la lumière du paragraphe 2(4) de la *Alberta Treasury Branches Act*.

III. CONCLUSION

[42] Par les motifs exposés ci-dessus, j'accueillerais l'appel, j'annulerais l'ordonnance rendue par la Cour fédérale et, rendant le jugement qui aurait dû être rendu, j'accueillerais la demande de l'appelante visant un point de droit : la Cour fédérale n'a pas compétence en l'espèce à l'égard de la Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta.

LE JUGE WEBB, J.C.A. : Je suis d'accord.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[43] SHARLOW J.A. (dissenting): I regret that I am unable to agree with my colleagues on the disposition of this appeal. I would dismiss the appeal.

[44] This is the second time in this case that the jurisdiction of the Federal Court has been put in issue by Alberta. The subject of this appeal is the Federal Court's dismissal of Alberta's application for a determination before trial on a question of law, specifically, that the Federal Court does not have the jurisdiction to determine the Toney family's claim against Alberta. That application was dismissed, and this appeal by Alberta followed.

[45] Alberta had previously applied to strike the Toney family's claim against Alberta for want of jurisdiction. In a decision that was upheld by this Court (2012 FCA 167), Justice Harrington dismissed that motion [2011 FC 1440]. He concluded [at paragraph 5] that the "action falls within the federal legislative class of action of navigation and shipping, there is actual federal law to administer, and the administration of that law has been confided to this Court pursuant to section 22 of the *Federal Courts Act* (*ITO-International Terminal Operators Ltd v Miida Electronics Inc*, [1986] 1 SCR 752)." He also concluded that it was irrelevant that one of the defendants is the Crown in right of a province because this is not an action against the Crown as such under section 17 of the *Federal Courts Act*.

[46] I might have been sympathetic to the argument that the matter of the jurisdiction of the Federal Court in this matter was settled by Justice Harrington. However, that argument was not made, so I will say no more about it.

[47] Alberta's position is rooted in the Crown's common law immunity, which includes immunity from legal claims and immunity from the operation of statutes. Alberta's position is that Alberta legislation permitting claims against the Crown in right of Alberta is not broad

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[43] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. (dissidente) : Je regrette de ne pouvoir souscrire à la décision rendue en l'espèce par mes collègues quant à l'issue du présent appel. Je rejetterais l'appel.

[44] Il s'agit de la deuxième fois dans la présente affaire que la compétence de la Cour fédérale est contestée par l'Alberta. Le présent appel vise la décision par laquelle la Cour fédérale a rendu une décision défavorable à l'Alberta concernant une question de droit soulevée par cette dernière avant la tenue du procès — à savoir si la Cour fédérale a compétence pour trancher la demande de la famille Toney contre l'Alberta. La demande a été rejetée, et l'Alberta a interjeté appel de cette décision.

[45] L'Alberta avait auparavant présenté une requête en radiation de la demande de la famille Toney, pour défaut de compétence. Par une décision qui a été confirmée par notre Cour (2012 CAF 167), le juge Harrington a rejeté cette requête [2011 CF 1440]. Il a conclu [au paragraphe 5] que [TRADUCTION] « [l']action relève de la compétence législative fédérale sur la navigation ou la marine marchande. Il existe en effet une loi fédérale à appliquer et l'application de cette loi a été confiée à la Cour conformément à l'article 22 de la *Loi sur les Cours fédérales* (*ITO-International Terminal Operators Ltd c. Miida Electronics Inc*, [1986] 1 R.C.S. 752) ». Il a également conclu que le fait que l'un des défendeurs soit une Couronne provinciale n'était pas pertinent, car il ne s'agissait pas d'une action intentée contre la Couronne en vertu de l'article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[46] J'aurais peut-être été sensible à l'argument selon lequel la question de la compétence de la Cour fédérale dans la présente affaire a été réglée par le juge Harrington. Toutefois, cet argument n'a pas été soulevé, si bien que je n'en dirai pas plus à ce sujet.

[47] La thèse de l'Alberta est fondée sur l'immunité de la Couronne en common law, ce qui inclut l'immunité des demandes fondées sur le droit et l'immunité à l'encontre de l'application des lois. La thèse de l'Alberta est que la législation albertaine autorisant les demandes

enough to encompass maritime law claims brought in the Federal Court. In my view, that position is based on the incorrect premise that the question of the jurisdiction of the Federal Court in relation to the claims of the Toney family against Alberta depends upon the laws of Alberta.

[48] In my view, the jurisdiction of the Federal Court in this matter depends solely on federal legislation. The relevant legal questions are as follows: (1) Is the Toney family's claim based on federal legislation? (2) Is that federal legislation binding on the provinces? If the answer to both questions is yes, then no Alberta legislation can prevent the Federal Court from exercising its statutory jurisdiction.

[49] As to the first question, it is clear that the Toney family's claims are based on two federal statutes. At the risk of oversimplifying, it could be said that the substantive aspects of their claims are governed by the *Marine Liability Act*, and the procedural aspects are governed by the *Federal Courts Act*. In determining the answer to the second question—whether those enactments are binding on the provinces, it is necessary to consider section 17 of the federal *Interpretation Act*, which reads as follows:

Her Majesty not bound or affected unless stated **17.** No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner, except as mentioned or referred to in the enactment.

[50] In section 17 of the federal *Interpretation Act*, "Her Majesty" includes the Crown in right of Canada and the Crown in right of a province or territory (see *AGT* (cited in the majority reasons), at pages 270–275). Thus, a province is immune from the application of a federal enactment "except as mentioned or referred to in the enactment."

[51] There is a long line of jurisprudence relating to the interpretation of section 17 of the federal *Interpretation Act*, and in particular the meaning of the phrase "except as mentioned or referred to in the enactment." That jurisprudence was recently considered by this

contre la Couronne du chef de l'Alberta n'est pas suffisamment large pour englober les demandes relevant du droit maritime présentées devant la Cour fédérale. À mon avis, cette thèse repose sur la prémisse inexacte selon laquelle la question de la compétence de la Cour fédérale sur les demandes de la famille Toney contre l'Alberta dépend des lois de l'Alberta.

[48] À mon avis, la compétence de la Cour fédérale en l'espèce dépend uniquement des lois fédérales. Les questions de droit pertinentes sont les suivantes : 1) Est-ce que la demande de la famille Toney est fondée sur la législation fédérale? 2) Est-ce que cette législation fédérale lie les provinces? Si la réponse à ces deux questions est affirmative, alors aucune loi de l'Alberta ne peut empêcher la Cour fédérale d'exercer la compétence que lui confèrent les lois.

[49] En ce qui a trait à la première question, il est clair que les demandes de la famille Toney sont fondées sur deux lois fédérales. Au risque d'une simplification excessive, on peut affirmer que les questions de fond liées à leurs demandes sont régies par la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, tandis que les questions de procédure sont régies par la *Loi sur les Cours fédérales*. Pour rendre une décision sur la deuxième question — à savoir si ces lois lient les provinces — il faut se reporter à l'article 17 de la *Loi d'interprétation* fédérale, qui est libellé ainsi :

17. Sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet sur ses droits et prérogatives.

Non-obligation sauf indication contraire

[50] À l'article 17 de la *Loi d'interprétation* fédérale, « Sa Majesté » englobe la Couronne du chef du Canada et la Couronne du chef d'une province ou d'un territoire (voir l'arrêt *AGT* (cité dans les motifs de la majorité), aux pages 270 à 275). Par conséquent, une province dispose d'une immunité à l'égard de l'application d'une loi fédérale « [s]auf indication contraire y figurant ».

[51] Il y a une abondante jurisprudence se rapportant à l'interprétation de l'article 17 de la *Loi d'interprétation* fédérale et, en particulier, des mots « [s]auf indication contraire y figurant ». Notre Cour a récemment examiné cette jurisprudence à l'occasion de l'affaire *Manitoba*

Court in *Manitoba v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)* (cited in the majority reasons), which followed the most recent case in the Supreme Court of Canada, *Oldman River* (also cited in the majority reasons).

[52] According to *Oldman River*, the Crown is bound by a federal statute if it meets any of the following tests:

- (a) the statute contains a provision stating that the Crown is bound,
- (b) a purposive and contextual analysis of the statute discloses a clear parliamentary intention to bind the Crown, or
- (c) the purpose of the statute would be wholly frustrated unless the Crown is bound.

[53] The subject-matter of the claims of the Toney family against Alberta in respect of the death of Janessa is a matter of admiralty and maritime law, which is a matter within the legislative authority of Parliament. That conclusion is not disputed and it cannot be disputed.

[54] Nor can it be disputed that Part 2 [sections 15 to 23] of the *Marine Liability Act* applies to the claims of the Toney family against Alberta (see section 5). The *Marine Liability Act* states that it is “binding on her Majesty in right of Canada or a province” (see section 3). Therefore, Alberta does not and cannot dispute that it can be held liable for damages for such of the Toney family’s claims as are proved at trial in a “court of competent jurisdiction” (see subsection 6(2) and the definition of “dependant” in section 4 of the *Marine Liability Act*). Indeed, Alberta admits that it would be liable for the damages claimed by the Toney family if the claims were proved at a trial in the Alberta Court of Queen’s Bench, which is a court of competent jurisdiction for their claims.

c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) (cité dans les motifs de la majorité), qui faisait suite au plus récent arrêt de la Cour suprême du Canada, *Oldman River* (également cité dans les motifs de la majorité).

[52] D’après la jurisprudence *Oldman River*, la Couronne est liée par une loi fédérale si l’un des critères suivants est rempli :

- a) la loi contient une disposition portant que la Couronne est liée;
- b) une analyse contextuelle et téléologique de la loi révèle que le législateur avait clairement l’intention de lier la Couronne;
- c) l’objet de la loi serait privé de toute efficacité si la Couronne n’était pas liée.

[53] L’objet des demandes de la famille Toney contre l’Alberta relativement au décès de Janessa relève de l’amirauté et du droit maritime, qui fait partie du champ de compétence du législateur fédéral. Cette conclusion n’est pas controversée et ne saurait être controversée.

[54] Nul ne peut non plus contester que la partie 2 [articles 15 à 23] de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* vise les demandes de la famille Toney contre l’Alberta (voir l’article 5). La *Loi sur la responsabilité en matière maritime* dispose qu’elle « lie Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province » (voir l’article 3). Par conséquent, l’Alberta ne conteste pas et ne saurait pas contester qu’elle peut être tenue responsable des dommages-intérêts associés aux réclamations de la famille Toney qui sont établies dans le cadre d’un procès devant un « tribunal compétent » (voir le paragraphe 6(2) et la définition de « personne à charge » à l’article 4 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*). En fait, l’Alberta reconnaît qu’elle serait responsable des dommages-intérêts réclamés par la famille Toney si les réclamations étaient établies dans le cadre d’un procès devant la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, qui est le tribunal compétent pour leurs demandes.

[55] The position of Alberta essentially is that the Toney family’s claims against Alberta cannot be heard in the Federal Court because Alberta is not bound by the provisions of the *Federal Courts Act* (sections 22 and 43) in which Parliament has given the Federal Court jurisdiction in claims under the *Marine Liability Act*. Thus, the key question is whether, in the words of section 17 of the federal *Interpretation Act*, there is anything “mentioned or referred to” in the *Federal Courts Act* that manifests an intention on the part of Parliament to bind the provinces to sections 22 and 43 of the *Federal Courts Act*.

[56] The Toney family, like most claimants in admiralty and maritime law matters, have a choice of forum. The jurisdiction of the Alberta Court of Queen’s Bench is inherent. The jurisdiction of the Federal Court is statutory. It flows from subsection 22(1) of the *Federal Courts Act*, which reads as follows:

Navigation
and
shipping

22. (1) The Federal Court has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

[57] This Court has held that the phrase “as well between subject and subject as otherwise” in the predecessor to section 23 of the *Federal Courts Act* (reworded in the current version of section 23 to read “between subject and subject as well as otherwise”) is broad enough to refer to an action against a public authority (*N.A.B.E.*, cited in the majority reasons, at pages 824–825). I agree, and I see no reason to give it a different meaning in section 22 of the *Federal Courts Act*. I conclude that the similar phrase in section 22, read literally, is broad enough to include a claim against a province. Whether that literal meaning is the correct one depends upon a purposive and contextual interpretation of the rest of section 22 and the related provision, section 43.

[55] La thèse de l’Alberta porte essentiellement que les demandes de la famille Toney contre l’Alberta ne peuvent être instruites devant la Cour fédérale parce que l’Alberta n’est pas liée par les dispositions de la *Loi sur les Cours fédérales* (articles 22 et 43), par lesquelles le Parlement a conféré compétence à la Cour fédérale sur les demandes fondées sur la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*. Par conséquent, la question clé est de savoir si — selon le texte de l’article 17 de la *Loi d’interprétation* fédérale — il y a une « indication contraire » dans la *Loi sur les Cours fédérales* qui reflète une intention de la part du Parlement de lier les provinces aux articles 22 et 43 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[56] La famille Toney, comme la plupart des demandeurs dans les affaires d’amirauté et de droit maritime, a la possibilité de choisir le for. La compétence de la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta est inhérente. La compétence de la Cour fédérale est établie par la loi. Elle découle du paragraphe 22(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, libellé comme suit :

22. (1) La Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas — opposant notamment des administrés — où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d’une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, sauf attribution expresse contraire de cette compétence.

Navigation et
marine
marchande

[57] La Cour a statué que les mots « tant entre sujets qu’autrement » (« *as well between subject and subject as otherwise* ») dans la version précédente de l’article 23 de la *Loi sur les Cours fédérales* (reformulée comme suit dans la version française actuelle de l’article 23 : « opposant notamment des administrés ») sont suffisamment larges pour faire renvoi à une action à l’encontre d’une autorité publique (arrêt *ANETR*, cité dans les motifs de la majorité, aux pages 824 et 825). Je retiens cette doctrine et je ne vois aucun motif de lui attribuer un autre sens à l’article 22 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Je conclus qu’une formulation similaire à l’article 22, interprétée littéralement, est suffisamment large pour inclure une demande dirigée contre une province. La question de savoir si l’interprétation littérale est la bonne dépend d’une interprétation contextuelle et téléologique du reste de l’article 22 et de la disposition connexe, l’article 43.

[58] Subsection 22(2) of the *Federal Courts Act* provides a long list of the specific types of claims that fall within the scope of subsection 22(1). It is clear that the claims of the Toney family are within that list, specifically, paragraphs 22(2)(d) and (g):

22. ...

Maritime
jurisdiction

(2) Without limiting the generality of subsection (1), for greater certainty, the Federal Court has jurisdiction with respect to all of the following:

...

(d) any claim for damage or for loss of life or personal injury caused by a ship either in collision or otherwise;

...

(g) any claim for loss of life or personal injury occurring in connection with the operation of a ship including, without restricting the generality of the foregoing, any claim for loss of life or personal injury sustained in consequence of any defect in a ship or in her apparel or equipment, or of the wrongful act, neglect or default of the owners, charterers or persons in possession or control of a ship or of the master or crew thereof or of any other person for whose wrongful acts, neglects or defaults the owners, charterers or persons in possession or control of the ship are responsible, being an act, neglect or default in the management of the ship, in the loading, carriage or discharge of goods on, in or from the ship or in the embarkation, carriage or disembarkation of persons on, in or from the ship;

[59] The scope of the Federal Court's section 22 jurisdiction in relation to claims for damages relating to ships and their operation is illustrated by subsection 22(3), which reads as follows:

22. ...

Jurisdiction
applicable

(3) For greater certainty, the jurisdiction conferred on the Federal Court by this section applies

[58] Le paragraphe 22(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* dresse une longue liste des types de demandes qui sont visés par le paragraphe 22(1). Il est clair que les demandes de la famille Toney sont visées par cette liste, plus précisément par les alinéas 22(2)d) et g) :

22. [...]

(2) Il demeure entendu que, sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), elle a compétence dans les cas suivants :

[...]

d) une demande d'indemnisation pour décès, dommages corporels ou matériels causés par un navire, notamment par collision;

[...]

g) une demande d'indemnisation pour décès ou lésions corporelles survenus dans le cadre de l'exploitation d'un navire, notamment par suite d'un vice de construction dans celui-ci ou son équipement ou par la faute ou la négligence des propriétaires ou des affréteurs du navire ou des personnes qui en disposent, ou de son capitaine ou de son équipage, ou de quiconque engageant la responsabilité d'une de ces personnes par une faute ou négligence commise dans la manœuvre du navire, le transport et le transbordement de personnes ou de marchandises;

[59] L'étendue de la compétence de la Cour fédérale en vertu de l'article 22 concernant les demandes de dommages-intérêts liées à des navires et leur exploitation est illustrée au paragraphe 22(3), libellé ainsi :

22. [...]

(3) Il est entendu que la compétence conférée à la Cour fédérale par le présent article s'étend :

Compétence
maritime

Étendue de la
compétence

(a) in relation to all ships, whether Canadian or not and wherever the residence or domicile of the owners may be;

...

(c) in relation to all claims, whether arising on the high seas, in Canadian waters or elsewhere and whether those waters are naturally navigable or artificially made so, including, without restricting the generality of the foregoing, in the case of salvage, claims in respect of cargo or wreck found on the shores of those waters...

a) à tous les navires, canadiens ou non, quel que soit le lieu de résidence ou le domicile des propriétaires;

[...]

c) à toutes les demandes, que les faits y donnant lieu se soient produits en haute mer ou dans les eaux canadiennes ou ailleurs et que ces eaux soient naturellement ou artificiellement navigables, et notamment, dans le cas de sauvetage, aux demandes relatives aux cargaisons ou épaves trouvées sur les rives de ces eaux [...]

[60] It has not been suggested that any aspect of the claims of the Toney family, or any defence asserted by Alberta, is a matter in respect of which, in the words of subsection 22(1) of the *Federal Courts Act*, “jurisdiction has been otherwise specially assigned.” Therefore, that exception to the scope of subsection 22(1) does not apply to this case.

[61] Section 43 of the *Federal Courts Act* specifies the circumstances in which the Federal Court may exercise its section 22 jurisdiction *in personam* (that is, against a person, such as the owner or operator of a ship), and when it may exercise its section 22 jurisdiction *in rem* (that is, against a ship). As noted by Justice Harrington, subsection 43(3) of the *Federal Courts Act* precludes the Toney family from pursuing an action *in rem* in the Federal Court against the rescue vessel because it was not owned by the same person when the cause of action arose and when the action was commenced. Subsection 43(3) reads as follows:

43. ...

Exception (3) Despite subsection (2), the jurisdiction conferred on the Federal Court by section 22 shall not be exercised *in rem* with respect to a claim mentioned in paragraph 22(2)(e), (f), (g), (h), (i), (k), (m), (n), (p) or (r) unless, at the time of the commencement of the action, the ship, aircraft or other property that is the subject of the action is beneficially owned by the person who was the beneficial owner at the time when the cause of action arose.

[60] Il n’a pas été avancé que, pour reprendre les termes du paragraphe 22(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, il y a eu « attribution expresse contraire de cette compétence » en ce qui a trait à certains éléments des demandes de la famille Toney ou aux moyens de défense présentés par l’Alberta. Par conséquent, cette exception à la portée du paragraphe 22(1) ne joue pas en l’espèce.

[61] L’article 43 de la *Loi sur les Cours fédérales* précise les circonstances dans lesquelles la Cour fédérale peut exercer sa compétence en matière personnelle en vertu de l’article 22 (c’est-à-dire, à l’égard d’une personne, comme le propriétaire ou l’exploitant d’un navire), et les circonstances dans lesquelles elle peut exercer sa compétence en matière réelle en vertu de l’article 22 (c’est-à-dire, à l’égard d’un navire). Comme l’a signalé le juge Harrington, en vertu du paragraphe 43(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, la famille Toney ne peut pas intenter d’action réelle devant la Cour fédérale à l’encontre du navire de sauvetage parce que ce dernier n’appartenait pas à la même personne au moment du fait générateur et au moment où l’action a été intentée. Voici le libellé du paragraphe 43(3) :

43. [...]

(3) Malgré le paragraphe (2), elle ne peut exercer la compétence en matière réelle prévue à l’article 22, dans le cas des demandes visées aux alinéas 22(2) e), f), g), h), i), k), m), n), p) ou r), que si, au moment où l’action est intentée, le véritable propriétaire du navire, de l’aéronef ou des autres biens en cause est le même qu’au moment du fait générateur.

Exception

[62] Justice Harrington also held that the Toney family can pursue their action in the Federal Court against the party that was the owner and operator of the rescue vessel when the cause of action arose—Alberta. Their *in personam* claim against Alberta is literally within the scope of the section 22 jurisdiction of the Federal Court by virtue of subsection 43(1) of the *Federal Courts Act* which reads as follows:

43. ...

Jurisdiction *in personam* (1) Subject to subsection (4), the jurisdiction conferred on the Federal Court by section 22 may in all cases be exercised *in personam*. [My emphasis.]

[63] Subsection 43(1) is subject to subsection 43(4), which does not apply in this case but I reproduce it here for the sake of completeness. It reads as follows:

43. ...

Where action *in personam* may be commenced (4) No action *in personam* may be commenced in Canada for a collision between ships unless

- (a) the defendant is a person who has a residence or place of business in Canada;
- (b) the cause of action arose in Canadian waters; or
- (c) the parties have agreed that the Federal Court is to have jurisdiction.

[64] The phrase “in all cases” in subsection 43(1) of the *Federal Courts Act* is broad enough to include an *in personam* claim for damages caused by a ship or its operation where the ship is owned by a province. In my view, given the statutory context, that is what this provision is intended to mean. I reach that conclusion because maritime claims against a province are specifically mentioned elsewhere in section 43, in paragraph 43(7)(b).

[62] Le juge Harrington a également conclu que la famille Toney peut intenter une action devant la Cour fédérale contre la partie qui était le propriétaire et l’exploitant du navire de secours au moment du fait générateur — l’Alberta. En vertu du paragraphe 43(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, leur demande personnelle à l’encontre de l’Alberta est littéralement dans la portée de la compétence conférée à la Cour fédérale par l’article 22 :

43. [...]

(1) Sous réserve du paragraphe (4), la Cour fédérale peut, aux termes de l’article 22, avoir compétence en matière personnelle dans tous les cas. [Non souligné dans l’original.]

[63] Le paragraphe 43(1) est assujéti au paragraphe 43(4), qui ne joue pas en l’espèce, mais que je reproduis ici par souci d’exhaustivité. Il est libellé ainsi :

43. [...]

(4) Pour qu’une action personnelle puisse être intentée au Canada relativement à une collision entre navires, il faut :

- a) soit que le défendeur ait une résidence ou un établissement commercial au Canada;
- b) soit que le fait générateur soit survenu dans les eaux canadiennes;
- c) soit que les parties aient convenu de la compétence de la Cour fédérale.

[64] La portée des mots « dans tous les cas » au paragraphe 43(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* est suffisamment large pour englober la demande personnelle visant les dommages-intérêts causés par un navire ou son exploitation lorsque celui-ci appartient à une province. À mon avis, à la lumière du contexte légal, c’est le sens que le législateur voulait donner à cette disposition. Je tire cette conclusion parce que les demandes d’indemnisation en matière maritime à l’encontre d’une province sont expressément prévues à l’article 43, à l’alinéa 43(7)(b).

[65] Paragraph 43(7)(b) precludes an action *in rem* in the Federal Court against any ship owned or operated by Canada or a province where the ship is engaged on government service. Generally, in the absence of a maritime lien there is no statutory right *in rem* in the absence of personal liability of the ship owner (*Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The)*, [1990] 1 F.C. 199 (C.A.), at page 216). Therefore, the paragraph 43(7)(b) bar to an action *in rem* against any ship owned or operated by a province makes no sense if the Federal Court has no jurisdiction to consider a claim *in personam* against a ship owner that is a province.

[66] I conclude, based on sections 22 and 43 of the *Federal Courts Act* read in their entirety and in context, that Parliament intended to give the Federal Court complete and comprehensive jurisdiction in all claims under the *Marine Liability Act*, including the claims of the Toney family in this case against Alberta. The test in section 17 of the federal *Interpretation Act* is met (that is, the second branch of that test as explained in *Oldman River*), and therefore the provinces are bound by sections 22 and 43 of the *Federal Courts Act*.

[67] In my view, this conclusion is not inconsistent with any of the cases cited by Alberta in argument. None of those cases involve a claim for damages under the *Marine Liability Act*, or a claim falling within the scope of sections 22 and 43 of the *Federal Courts Act* or a similar statutory scheme. I note as well that none of those cases refers to the purposive and contextual interpretation of section 17 of the federal *Interpretation Act* mandated by *Oldman River* and the cases upon which it relied.

[68] One of the main cases cited by Alberta is *Union Oil* (cited in the majority reasons). *Union Oil* involved a claim by a corporation against both Canada and British Columbia for reimbursement of federal taxes

[65] Selon l'alinéa 43(7)b), il ne peut être intenté d'action réelle devant la Cour fédérale à l'encontre d'un navire possédé ou exploité par le Canada ou une province lorsque ce navire est en service commandé pour le compte de l'État. En général, en l'absence d'un privilège maritime, il n'existe pas de droit réel prévu par loi en l'absence d'une responsabilité personnelle du propriétaire du navire (*Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le)*, [1990] 1 C.F. 199 (C.A.), à la page 216). Par conséquent, l'interdiction établie à l'alinéa 43(7)b) d'intenter une action réelle à l'encontre d'un navire possédé ou exploité par une province est dépourvue de sens si la Cour fédérale n'a aucune compétence en matière personnelle à l'encontre d'un navire appartenant à une province.

[66] Je conclus, à la lumière des articles 22 et 43 de la *Loi sur les Cours fédérales* considérés dans leur ensemble et interprétés au regard du contexte, que le législateur fédéral voulait conférer à la Cour fédérale une compétence complète et exhaustive sur toutes les demandes introduites en vertu de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, y compris les demandes de la famille Toney dans la présente affaire à l'encontre de l'Alberta. Le critère consacré par l'article 17 de la *Loi d'interprétation* fédérale est rempli (plus précisément le deuxième volet de ce critère, exposé dans l'arrêt *Oldman River*) et, par conséquent, les provinces sont liées par les articles 22 et 43 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[67] À mon avis, cette conclusion n'est pas incompatible avec la jurisprudence citée par l'Alberta dans son argumentation. Aucune de ces jurisprudences n'avait trait à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, ou à une demande relevant des articles 22 et 43 de la *Loi sur les Cours fédérales* ou d'un cadre législatif similaire. De plus, je constate qu'aucune de ces jurisprudences ne mentionne l'interprétation contextuelle ou téléologique de l'article 17 de la *Loi d'interprétation* fédérale exigée par la jurisprudence *Oldman River* et la jurisprudence sur laquelle elle est fondée.

[68] L'une des principales décisions citées par l'Alberta est la décision *Union Oil* (citée dans les motifs de la majorité). L'affaire *Union Oil* avait trait à une demande dirigée contre le Canada et la Colombie-

it had paid to the federal government in respect of diesel oil sold to the province. The position of the corporation was that it should have been entitled to the benefit of a tax exemption. The corporation also argued that its claim against British Columbia was based on maritime law, but that argument was rejected. Therefore, the Federal Court could have jurisdiction only under section 17 of the *Federal Courts Act*. That provision gives the Federal Court general jurisdiction in “all cases in which relief is claimed against the Crown.” However, section 17 can apply only to claims against Canada because of the restrictive definition of “Crown” in the *Federal Courts Act*. Therefore, there was no statutory foundation for the argument that the Federal Court had jurisdiction against British Columbia in respect of the corporation’s claim for reimbursement.

[69] In *Javelin* (cited in the majority reasons), this Court held that the Federal Court does not have the jurisdiction to entertain a claim against a province involving one of the matters mentioned in section 23 of the *Federal Courts Act*—bills of exchange and promissory notes where the federal Crown is a party to the proceedings, aeronautics, and interprovincial or extra-provincial works and undertakings. Section 23 gives the Federal Court jurisdiction in such claims “between subject and subject as well as otherwise”. I note that the meaning of that phrase apparently was not in issue in *Javelin*, as it was two years later in *N.A.B.E.* (cited in the majority reasons). It is an open question whether *Javelin* would have been decided the same way after that case.

[70] The Federal Court has also determined that it has no jurisdiction to consider a claim against a province for infringement of a patent or copyright (*Avant Inc. v. R.*, [1986] 2 F.C. 91 (T.D.), *Trainor Surveys* (cited in the majority reasons); and *Dableh v. Ontario Hydro* (1990), 33 C.P.R. (3d) 544 (F.C.T.D.)). The jurisdiction of the Federal Court in such matters is governed by subsection 20(2) of the *Federal Courts Act*, which does not

Britannique présentée par une société en vue d’obtenir le remboursement des taxes fédérales qu’elle avait payées au gouvernement fédéral relativement au carburant diesel vendu à la province. La société soutenait qu’elle aurait dû avoir droit à une exemption. Elle a aussi fait valoir que sa demande dirigée contre la Colombie-Britannique était fondée sur le droit maritime, mais cette thèse a été rejetée. Par conséquent, la compétence de la Cour fédérale ne pouvait découler que de l’article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Cet article confère à la Cour fédérale une compétence générale « dans les cas de demande de réparation contre la Couronne ». Toutefois, l’article 17 vise uniquement les demandes dirigées contre le Canada en raison de la définition restrictive de la « Couronne » dans la *Loi sur les Cours fédérales*. Par conséquent, la thèse selon laquelle la Cour fédérale avait compétence à l’égard de la Colombie-Britannique relativement à la demande de remboursement présentée par la société était dépourvue de fondement légal.

[69] À l’occasion de l’affaire *Javelin* (cité dans les motifs de la majorité), notre Cour a statué que la Cour fédérale n’a pas compétence pour instruire les demandes dirigées contre une province relevant d’un des domaines énumérés à l’article 23 de la *Loi sur les Cours fédérales* : les lettres de change et billets à ordre lorsque la Couronne est partie aux procédures; l’aéronautique; et les ouvrages reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province. En vertu de l’article 23, la Cour fédérale a compétence relativement à de telles demandes « opposant notamment des administrés ». Je signale que le sens de ces mots ne faisait pas partie des questions examinées à l’occasion de l’affaire *Javelin*, contrairement à l’arrêt *ANETR* (cité dans les motifs de la majorité), rendu deux ans plus tard. On ne sait pas avec certitude si l’arrêt *Javelin* aurait retenu la même solution après l’arrêt *ANETR*.

[70] La Cour fédérale a également conclu qu’elle n’avait pas compétence pour instruire une demande dirigée contre une province pour contrefaçon de brevet ou violation du droit d’auteur (*Avant Inc. c. R.*, [1986] 2 C.F. 91 (1^{re} inst.); *Trainor Surveys* (décision citée dans les motifs de la majorité) et *Dableh c. Ontario Hydro*, [1990] A.C.F. n° 913 (1^{re} inst.) (QL)). La compétence de la Cour fédérale dans de telles affaires est régie par le

include the phrase “between subject and subject as well as otherwise” or any analogous words.

[71] There is one case involving maritime claims where the action *in personam* against a province was struck for want of jurisdiction: *Greeley v. Tami Joan (The)* (cited in the majority reasons). That decision, which was not appealed, removed the province of New Brunswick, the mortgagee of a ship, as an *in personam* defendant in a maritime law claim by a lessee under a charterparty for wrongful seizure of a vessel, but the province remained as an *in rem* defendant by virtue of the mortgage. For reasons that are not entirely clear, the jurisdiction of the Federal Court in respect of the *in personam* claim against the province was determined on the basis of section 17 of the *Federal Courts Act* rather than sections 22 and 43, and neither subsection 43(1) nor paragraph 43(7)(b) was mentioned.

[72] For these reasons, I conclude that the Federal Court has the jurisdiction to determine the claims of the Toney family against Alberta.

[73] I add that I would have been inclined to reach the same conclusion on the basis of section 19 of the *Federal Courts Act*, which reads as follows:

Intergovernmental disputes

19. If the legislature of a province has passed an Act agreeing that the Federal Court, the Federal Court of Canada or the Exchequer Court of Canada has jurisdiction in cases of controversies between Canada and that province, or between that province and any other province or provinces that have passed a like Act, the Federal Court has jurisdiction to determine the controversies.

[74] Section 27 of the *Alberta Judicature Act* meets the conditions in section 19 of the *Federal Courts Act*. It reads in relevant part as follows:

paragraphe 20(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui ne contient pas l’expression « opposant notamment des administrés » ou un texte analogue.

[71] Il y a une affaire portant sur une demande d’indemnisation en matière maritime où l’action personnelle contre une province a été rejetée pour défaut de compétence : *Greeley c. Tami Joan (Le)* (décision citée dans les motifs de la majorité). Dans cette affaire, qui n’a pas fait l’objet d’un appel, la province du Nouveau-Brunswick, la créancière hypothécaire du navire en cause, a été supprimée à titre de défenderesse *in personam* relativement à la demande d’indemnisation en matière maritime déposée par le locataire du navire pour saisie injustifiée, mais elle est demeurée défenderesse *in rem* en raison de l’hypothèque. Par des motifs qui ne sont pas entièrement clairs, la question de la compétence de la Cour fédérale sur la demande personnelle contre la province a été tranchée sur la base de l’article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*, au lieu des articles 22 et 43, et ni le paragraphe 43(1) ni l’alinéa 43(7)b) n’ont été mentionnés.

[72] Par ces motifs, je conclus que la Cour fédérale a compétence pour trancher les demandes de la famille Toney contre l’Alberta.

[73] J’ajoute que j’aurais probablement tiré la même conclusion sur la base de l’article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui est libellé ainsi :

19. Lorsqu’une loi d’une province reconnaît sa compétence en l’espèce, — qu’elle y soit désignée sous le nom de Cour fédérale, Cour fédérale du Canada ou Cour de l’Échiquier du Canada — la Cour fédérale est compétente pour juger les cas de litige entre le Canada et cette province ou entre cette province et une ou plusieurs autres provinces ayant adopté une loi semblable.

Différends entre gouvernements

[74] L’article 27 de la *Judicature Act* de l’Alberta satisfait aux conditions de l’article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Voici les dispositions pertinentes de cet article :

Jurisdiction of federal courts

27 The Supreme Court of Canada and the Federal Court of Canada, or the Supreme Court of Canada alone, according to the *Supreme Court Act* (Canada) and the *Federal Court Act* (Canada) have jurisdiction.

(a) in controversies between Canada and Alberta ...

[75] Section 19 of the *Federal Courts Act* is applicable in an action for damages against the federal Crown and a province in relation to the same facts, if either of them were to make a cross-claim or a third party claim against the other. For example, if the Toney family had asserted their claim initially against Canada only, and Canada had made a third party claim against Alberta, the entire matter would have been within section 19 of the *Federal Courts Act* (see *Fairford Band*, cited in the majority reasons).

[76] In this case, the Toney family asserted their claims in the Federal Court against Canada and Alberta simultaneously. Later, Canada and Alberta each asserted a claim against the other, in the Federal Court, for contribution and indemnity. The claim of Canada against Alberta for contribution and indemnity raises a controversy between Canada and Alberta to which section 19 of the *Federal Courts Act* should apply, and the same could be said of the claim of Alberta against Canada for contribution and indemnity. In the face of section 19, the existence of either claim for contribution and indemnity precludes Alberta from disputing the jurisdiction of the Federal Court in this matter.

[TRANSLATION]

27 En vertu de la *Loi sur la Cour suprême* (Canada) et de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour suprême du Canada et la Cour fédérale du Canada ou la Cour suprême du Canada seule ont compétence :

a) dans les litiges opposant le Canada et la province de l'Alberta; [...]

[75] L'article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales* vise l'action en dommages-intérêts contre la Couronne fédérale et une province relativement aux mêmes faits, si l'une ou l'autre d'entre elles devait introduire une demande reconventionnelle ou une procédure de mise en cause contre l'autre. Par exemple, si la famille Toney avait initialement fait valoir sa demande contre le Canada uniquement, et que le Canada avait mis en cause l'Alberta, l'affaire dans son ensemble aurait relevé de l'article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales* (voir la décision *Bande de Fairford*, citée dans les motifs de la majorité).

[76] En l'espèce, la famille Toney a introduit ses demandes devant la Cour fédérale dirigées contre le Canada et l'Alberta simultanément. Par la suite, le Canada et l'Alberta ont chacun de leur côté présenté une demande à l'encontre de l'autre, devant la Cour fédérale, en vue d'obtenir une contribution et une indemnité. La demande de contribution et d'indemnité présentée par le Canada contre l'Alberta donne lieu à un litige entre le Canada et l'Alberta auquel doit s'appliquer l'article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales*, et il doit en être de même pour ce qui est de la demande de contribution et d'indemnité de l'Alberta contre le Canada. En raison de l'article 19, l'existence de l'une ou l'autre de ces demandes de contribution et d'indemnité empêche l'Alberta de contester la compétence de la Cour fédérale dans la présente affaire.

A-372-12
2013 FCA 226

A-372-12
2013 CAF 226

The Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Appellants*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*appelants*)

v.

c.

Enrique Andres Tobar Toledo (*Respondent*)

Enrique Andres Tobar Toledo (*intimé*)

INDEXED AS: TOBAR TOLEDO v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : TOBAR TOLEDO c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court of Appeal, Pelletier, Gauthier and Trudel JJ.A.—Montréal, April 10; Ottawa, September 25, 2013.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Gauthier et Trudel, J.C.A.—Montréal, 10 avril; Ottawa, 25 septembre 2013.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Appeal from Federal Court decision holding border services officer erred in concluding respondent made earlier claim for refugee protection rejected by Refugee Protection Division (RPD) — Respondent minor when claim made by father on his behalf in 1995 rejected — Respondent making another claim in 2011, considered ineligible pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 101(1)(b) because of rejection of previous claim — Federal Court comparing both official versions of s. 101(1)(b), determining that with respect to ineligibility of subsequent claims, children not to be subjected to same treatment as parents — Federal Court holding that border services officer erring in rejecting respondent's 2011 claim; 2011 claim to be referred to RPD if not based on same circumstances as those in father's 1995 claim — Whether respondent had prior claim for refugee protection rejected by RPD — Rejection of child's refugee claim rendering ineligible later claim at age of majority pursuant to s. 101(1)(b) regardless of whether facts in original, second claim different — Factual basis of respondent's 1995 claim not to be confused with claim's legal character — Federal Court erring in holding that 1995 claim filed on respondent's behalf not respondent's own claim — Officer's conclusion that respondent made 1995 claim on his own behalf not unreasonable — Federal Court erring in distinguishing between parent's claim for refugee protection, that of child — Respondent's 2011 claim ineligible because of 1995 claim, not because of father's legal status, acts or opinions — Act offering child refugee claimant same protections as parent, but also imposing same consequences when claim rejected, unless child's condition different from that of parent — Act consistent with Convention on the Rights of the Child — Convention requirements met in processing of claim for refugee protection, not applying to consequences of rejection of child's claim — These

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a statué que l'agent des services frontaliers a eu tort de conclure que l'intimé avait fait une demande d'asile antérieure qui avait été rejetée par la Section de protection des réfugiés (SPR) — L'intimé était mineur lorsque la demande faite par son père en son nom a été rejetée en 1995 — L'intimé a fait une autre demande en 2011 qui est jugée irrecevable conformément à l'art. 101(1)b de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés en raison du rejet de la demande antérieure — La Cour fédérale a comparé les deux versions officielles de l'art. 101(1)b, déterminant qu'en ce qui a trait à l'irrecevabilité de toute demande d'asile subséquente, les enfants ne devaient pas être assujettis au même traitement que celui accordé à leurs parents — La Cour fédérale a statué que l'agent des services frontaliers a eu tort de rejeter la demande déposée en 2011 par l'intimé; la demande de 2011 devait être déferée à la SPR si elle ne semblait pas reposer sur les mêmes faits et circonstances que celle de son père en 1995 — Il s'agissait de savoir si l'intimé est une personne dont la demande d'asile antérieure a été rejetée par la SPR — Le rejet d'une demande d'asile présentée par un enfant mineur emporte nécessairement l'irrecevabilité d'une demande ultérieure présentée par l'enfant devenu majeur aux termes de l'art. 101(1)b, peu importe que les faits sur lesquels repose la deuxième demande d'asile soient différents de ceux qui étaient à l'origine de la première demande — Il ne faut pas confondre le fondement factuel de la demande d'asile de l'intimé avec son caractère juridique — La Cour fédérale a eu tort de considérer que la demande d'asile déposée au nom de l'intimé en 1995 n'était pas sa propre demande d'asile — La conclusion de l'agent des services frontaliers que l'intimé avait fait une demande d'asile en son propre nom en 1995 n'était pas déraisonnable — La Cour fédérale a eu tort de distinguer

consequences arising from rejection of child's claim, not sanction imposed on child — Federal Court erroneously interpreting s. 101(1)(b) — Appeal allowed.

This was an appeal from a decision of the Federal Court holding that a border services officer erred in concluding that the respondent had made an earlier claim for refugee protection that had been rejected by the Refugee Protection Division (RPD).

The respondent was 11 years old in 1995 when his father made a claim for refugee protection on his own behalf and on behalf of his minor children. Those claims were rejected by the Convention Refugee Determination Division in 1997. The respondent made another claim in 2011. He was considered ineligible because of the rejection of the claim made on his behalf in 1995, pursuant to paragraph 101(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The Federal Court compared the two official versions of paragraph 101(1)(b), leading it to determine that with respect to the ineligibility of any subsequent claims for refugee protection, children should not be subject to the same treatment as their parents. It held, *inter alia*, that the border services officer had erred in deciding that the respondent's claim for refugee protection was ineligible "simply because his father's claim for refugee protection [...] was rejected in 1997"; and that if the respondent's claim did not appear to be based on the same circumstances as those in his father's claim, it would have to be referred to the RPD.

The main issue was whether the respondent is a person who had a prior claim for refugee protection rejected by the RPD.

Held, the appeal should be allowed.

The rejection of a refugee claim submitted by a minor child renders ineligible a later claim submitted by that child, having now reached the age of majority, pursuant to paragraph 101(1)(b) regardless of whether the facts on which the second claim is based are different from those on which the original claim submitted by the child was based. The Federal

entre une demande d'asile d'un parent et celle de son enfant — La demande d'asile faite en 2011 par l'intimé est irrecevable en raison de la demande de 1995, et non en raison du statut juridique ou des actes ou opinions de son père — La Loi offre à un enfant demandeur d'asile les mêmes protections qu'elle offre à ses parents, mais elle lui impose les mêmes conséquences lorsque la demande d'asile est refusée, sauf dans les cas où la condition de l'enfant est différente de celle du parent — La Loi est conforme à la Convention relative aux droits de l'enfant — Les exigences de la Convention sont remplies dans le traitement de la demande d'asile et n'ont pas d'application aux conséquences d'un refus d'une demande d'asile d'un enfant — Ces conséquences découlent du refus de la demande de l'enfant et ne sont pas une sanction imposée à l'enfant — La Cour fédérale a commis une erreur de droit lorsqu'elle a interprété l'art. 101(1)b) — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a statué qu'un agent des services frontaliers a eu tort de conclure que l'intimé avait fait une demande d'asile antérieure qui avait été rejetée par la Section de protection des réfugiés (SPR).

L'intimé était âgé de 11 ans en 1995 lorsque son père fait une demande d'asile en son propre nom et au nom de ses enfants mineurs. Ces demandes ont été rejetées par la Section du statut de réfugié en 1997. L'intimé a fait une autre demande en 2011. Sa demande d'asile a été jugée irrecevable en raison du rejet antérieur de la demande d'asile faite en son nom en 1995, tel qu'il est prévu à l'alinéa 101(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. La Cour fédérale a comparé les deux versions officielles de l'alinéa 101(1)b), l'amenant à conclure qu'en ce qui a trait à l'irrecevabilité de toute demande d'asile subséquente, on ne devait pas réserver aux enfants le même traitement que celui accordé à leurs parents. Le juge a conclu, entre autres, que l'agent des services frontaliers s'était mépris en décidant que la demande d'asile de l'intimé était irrecevable « du seul fait que la demande d'asile de son père [...] avait été rejetée en 1997 » et que si la demande d'asile de l'intimé ne semblait pas reposer sur les mêmes faits et circonstances que celle de son père, elle devait être déférée à la SPR.

La question en litige était celle de savoir si l'intimé est une personne dont la demande d'asile antérieure a été rejetée par la SPR.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Le rejet d'une demande d'asile présentée par un enfant mineur emporte nécessairement l'irrecevabilité d'une demande ultérieure présentée par l'enfant devenu majeur, aux termes de l'alinéa 101(1)b), peu importe que les faits sur lesquels repose la deuxième demande d'asile soient différents de ceux qui étaient à l'origine de la première demande présentée

Court did not consider the respondent's claim to be on the same footing as his father's claim. The factual basis of the respondent's 1995 claim should not be confused with the claim's legal character. The Federal Court erred in holding that the claim for refugee protection filed on the respondent's behalf in 1995 was not his own claim. The fact that it was heard jointly with his father's claim did not affect its individual nature. The border services officer clearly concluded that the respondent had made a claim for refugee protection on his own behalf in 1995. This conclusion was not unreasonable. The Federal Court also erred in distinguishing between a parent's claim for refugee protection and that of his or her child. If the same status is given to both claims, the Federal Court's finding based on the two versions of paragraph 101(1)(b) no longer holds. It is the respondent's prior claim for refugee protection that resulted in the ineligibility of his current claim, not his father's legal status or acts or opinions. The Act offers a child claimant for refugee protection the same protections that it offers the parent, but it also imposes the same consequences when the claim for refugee protection is rejected, unless the child's condition is different from that of the parent. It is precisely this possibility of distinguishing between the condition of the child and that of the parent that makes the Act consistent with the *Convention on the Rights of the Child*. According to the interpretation of paragraph 101(1)(b) proposed herein, the requirements of the Convention are met in the processing of the claim for refugee protection and do not apply to the consequences of a rejection of a child's claim for refugee protection. These consequences arise from the rejection of the child's claim, and are not a sanction imposed on the child because of the rejection of the parent's claim for refugee protection. The Federal Court therefore erred in law in interpreting paragraph 101(1)(b) in such a way that the claim for refugee protection filed on the respondent's behalf did not result in the ineligibility of any subsequent claim on his part, regardless of the facts underlying either of the claims.

par l'enfant. La Cour fédérale n'a pas considéré que la demande de l'intimé était une demande d'asile au même titre que celle de son père. Il ne faut pas confondre le fondement factuel de la demande d'asile faite en 1995 au nom de l'intimé avec son caractère juridique. La Cour fédérale a eu tort de considérer que la demande d'asile déposée au nom de l'intimé en 1995 n'était pas sa propre demande d'asile. Le fait qu'elle était jointe à celle de son père n'a changé en rien son caractère individuel. L'agent des services frontaliers a évidemment conclu que l'intimé avait fait une demande d'asile en son propre nom en 1995. Cette conclusion n'était pas déraisonnable. La Cour fédérale a également eu tort de distinguer entre une demande d'asile d'un parent et celle de son enfant. Lorsqu'on accorde le même statut aux deux demandes, la conclusion tirée par la Cour fédérale à partir des deux versions de l'alinéa 101(1)(b) ne tient plus. C'est la demande d'asile antérieure de l'intimé qui est à l'origine de l'irrecevabilité de sa présente demande, et non le statut juridique ou les actes ou opinions de son père. La Loi offre à un enfant demandeur d'asile les mêmes protections qu'elle offre au parent, mais elle lui impose les mêmes conséquences lorsque la demande d'asile est refusée, sauf dans les cas où la condition de l'enfant est différente de celle du parent. C'est précisément cette possibilité de distinguer entre la condition de l'enfant et celle de son parent qui rend la Loi conforme à la *Convention relative aux droits de l'enfant* (la Convention). Selon l'interprétation de l'alinéa 101(1)(b) proposée en l'espèce, les exigences de la Convention sont remplies dans le traitement de la demande d'asile et n'ont pas d'application aux conséquences d'un refus d'une demande d'asile d'un enfant. Ces conséquences découlent du refus de la demande de l'enfant et ne sont pas une sanction imposée à l'enfant suivant le refus de la demande d'asile du parent. La Cour fédérale a commis une erreur de droit lorsqu'elle a interprété l'alinéa 101(1)(b) de sorte que le refus de la demande d'asile déposée au nom de l'intimé n'emportait pas l'irrecevabilité de toute demande d'asile subséquente de sa part, et ce, sans égard aux faits à l'origine de l'une ou de l'autre demande.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15.
Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45, s. 10.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4)(d).
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46.01.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(2)(e), 4(2), 6(1), 72, 99(3), 100(3), 101(1)(b), 104(1), 112, 113(c).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4)d).
Loi sur les espèces en péril, L.C. 2002, ch. 29.
Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(2)e), 4(2), 6(1), 72, 99(3), 100(3), 101(1)b), 104(1), 112, 113c).

Immigration and Refugee Protection Regulations,
SOR/2002-227, s. 226.
Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29.

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés,
DORS/2002-227, art. 226.
Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45,
art. 10.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention on the Rights of the Child, November 20, 1989,
[1992] Can. T.S. No. 3, Art. 2.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre
1989, [1992] R.T. Can. n° 3, art. 2.

CASES CITED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601.

CONSIDERED:

Charalampis v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2009 FC 1002, 353 F.T.R. 24; *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155; *Bueckert v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1042, 396 F.T.R. 223.

REFERRED TO:

Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2012 FC 764, 413 F.T.R. 222) holding that a border services officer erred in concluding that the respondent made an earlier claim for refugee protection that was rejected by the Refugee Protection Division. Appeal allowed.

APPEARANCES

Michel Pépin for appellants.
Claudia Andrea Molina for respondent.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Charalampis c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2009 CF 1002; *Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155; *Bueckert c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1042.

DÉCISIONS CITÉES :

Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CAF 89; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2012 CF 764) qui a statué qu'un agent des services frontaliers a eu tort de conclure que l'intimé avait fait une demande d'asile antérieure qui avait été rejetée par la Section de protection des réfugiés. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Michel Pépin pour les appelants.
Claudia Andrea Molina pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellants.

Claudia Andrea Molina, Montréal, for respondent.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

[1] PELLETIER J.A.: Enrique Andres Tobar Toledo was only 11 years old in 1995 when he accompanied his father and the other members of his family to Canada, where his father made a claim for refugee protection on his own behalf and on behalf of his minor children. The claims for refugee protection were rejected. The family therefore returned to Chile, its country of origin.

[2] In 2011, Mr. Tobar Toledo, accompanied by his spouse, returned to Canada, where each made a claim for refugee protection. His spouse's claim was considered eligible and was referred to the Refugee Protection Division (RPD). However, Mr. Tobar Toledo's claim for protection was considered ineligible because of the rejection of the claim for refugee protection made on his behalf in 1995, as provided for at paragraph 101(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act):

Ineligibility **101.** (1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if

...

(b) a claim for refugee protection by the claimant has been rejected by the Board;

[3] Mr. Tobar Toledo was granted leave to file an application for judicial review of that decision, which application was ruled on by Mr. Justice de Montigny of the Federal Court (the Judge or the Federal Court Judge). The latter held that the border services officer who considered Mr. Tobar Toledo's claim erred in concluding that he had made an earlier claim for refugee protection that had been rejected by the RPD. The Judge was of the view that the application for judicial review raised the following serious question of general importance [at paragraph 30]:

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour les appelants.

Claudia Andrea Molina, Montréal, pour l'intimé.

Voici les motifs du jugement rendu en français par

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : M. Enrique Andres Tobar Toledo n'a que 11 ans en 1995 lorsqu'il accompagne son père et les autres membres de sa famille au Canada où son père fait une demande d'asile en son propre nom et au nom de ses enfants mineurs. Les demandes d'asile sont refusées. Devant ce refus, la famille retourne au Chili, son pays d'origine.

[2] En 2011, M. Tobar Toledo, accompagné de son épouse, revient au Canada où ils font chacun une demande d'asile. Celle de l'épouse de M. Tobar Toledo est jugée recevable et est déferée à la Section de la protection des réfugiés (la SPR). Par contre, la demande d'asile de M. Tobar Toledo est jugée irrecevable en raison du rejet antérieur de la demande d'asile faite en son nom en 1995, tel qu'il est prévu à l'alinéa 101(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi ou la LIPR) :

101. (1) La demande est irrecevable dans les Irrecevabilité cas suivants :

[...]

b) rejet antérieur de la demande d'asile par la Commission;

[3] M. Tobar Toledo obtient l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire à l'encontre de cette décision, demande qui est tranchée par le juge de Montigny de la Cour fédérale (le juge, ou le juge de la Cour fédérale). Ce dernier arrive à la conclusion que l'agent des services frontaliers qui a examiné la demande d'asile de M. Tobar Toledo a eu tort de conclure que celui-ci avait fait une demande d'asile antérieure qui avait été rejetée par la SPR. Le juge est d'avis que la demande de contrôle judiciaire soulève la question grave de portée générale suivante [au paragraphe 30] :

Does the rejection of a refugee claim submitted by parents accompanied by minor children necessarily render ineligible a later claim submitted by one of those children, having now reached the age of majority, on their own behalf, pursuant to paragraph 101(1)(b) of the IRPA, regardless of whether the facts on which the second claim is based are different from those on which the original claim submitted by the parents was based?

The Judge's reasons are reported in *Tobar Toledo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 764, 413 F.T.R. 222 (reasons).

[4] For the reasons provided below, I am of the view that the appeal must be allowed, the Federal Court decision set aside and the decision of the border services officer confirmed.

FACTS AND PROCEDURAL HISTORY

[5] The relevant facts are very simple and have been broadly outlined in the preceding paragraphs. A few points are worth noting.

[6] In the course of the claim for refugee protection in 1995, the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) delivered to the respondent, Mr. Tobar Toledo, a document addressed to him that read as follows (appeal book (A.B.), at page 42):

[TRANSLATION] Determination of eligibility under subsection 45(1) of the *Immigration Act* and referral of the claim to the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board under section 46.02

Pursuant to section 45 of the *Immigration Act*, your claim to be a Convention Refugee has been found eligible by the Immigration and Refugee Board.

Accordingly, and under section 46.02 of the *Immigration Act*, your claim has been referred to the Convention Refugee Determination Division.

[7] The appeal book contains data obtained from the Department of Citizenship and Immigration's computer system indicating that Mr. Tobar Toledo's claim for

Le rejet d'une demande d'asile présentée par des parents accompagnés d'enfants mineurs emporte-t-il nécessairement l'irrecevabilité d'une demande ultérieure présentée en leur propre nom par l'un de ces enfants devenus majeurs, aux termes de l'alinéa 101(1)b) de la LIPR, peu importe que les faits sur lesquels repose la deuxième demande d'asile soient différents de ceux qui étaient à l'origine de la première demande présentée par les parents?

Les motifs de la décision du juge sont répertoriés : *Tobar Toledo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 764 (motifs).

[4] Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis que l'appel doit être accueilli, la décision de la Cour fédérale cassée et la décision de l'agent des services frontaliers confirmée.

FAITS ET PROCÉDURE

[5] Les faits pertinents sont très simples et ont largement été exposés dans les paragraphes précédents. Il suffit d'apporter quelques précisions.

[6] Lors de la demande d'asile en 1995, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) livre à l'intimé, M. Tobar Toledo, un document qui lui est adressé et qui se lit comme suit (dossier d'appel (D.A.), à la page 42) :

Détermination de la recevabilité en vertu de l'alinéa 45 (1) de la Loi sur l'immigration et renvoi de la revendication à la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en vertu de l'article 46.02

En application de l'article 45 de la Loi sur l'immigration, votre revendication du statut de réfugié au sens de la Convention a été jugée recevable par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

En conséquence et en application de l'article 46.02 de la Loi sur l'immigration, votre revendication est déferée à la Section du statut de réfugié.

[7] Le dossier d'appel contient des données puisées au système informatique du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration selon lesquelles la demande de statut

refugee protection was rejected by the Convention Refugee Determination Division on March 17, 1997.

[8] Mr. Tobar Toledo says that he knows nothing about the claim filed by his father in 1995. He is unaware of the reasons for the claim as well as of the reasons for which it was rejected. Nor does he know anything about the claim for refugee protection filed on his behalf at the same time. It should be noted, however, that Mr. Tobar Toledo's father is still alive: A.B., at page 200.

[9] The claims for refugee protection filed by Mr. Tobar Toledo and his spouse in 2011 are based on their persecution by powerful businesspeople who tried to burn down their house and impair their physical integrity. The civil authorities were aware of the misdeeds of these powerful individuals, but they refused to intervene. Mr. Tobar Toledo and his spouse therefore decided that they had to flee Chile.

[10] In his application for judicial review, Mr. Tobar Toledo alleged that the officer had misinterpreted paragraph 101(1)(b) of the Act and that this incorrect interpretation is inconsistent with Canada's obligations as a signatory of the *Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3 (the Convention). Mr. Tobar Toledo also alleges that this faulty interpretation violates his rights under sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter).

[11] The Federal Court Judge began his analysis by addressing the standard of review. The Judge noted that decisions regarding the eligibility of a claim for refugee protection often raised questions of fact or questions of mixed fact and law. Such questions are reviewable on a standard of reasonableness, but the Judge was of the opinion that the issues raised in Mr. Tobar Toledo's case were not of that kind.

[12] According to the Judge, the issue of whether the officer has properly interpreted the Act is one of

de réfugié de M. Tobar Toledo a été rejetée par la Section du statut le 17 mars 1997.

[8] M. Tobar Toledo dit ne rien savoir au sujet de la demande d'asile déposée par son père en 1995. Il ignore les motifs de cette demande, tout comme il ignore les raisons pour lesquelles elle a été rejetée. Il n'en sait pas plus à l'égard de la demande d'asile déposée en son nom à la même époque. Notons, cependant, que le père de M. Tobar Toledo est toujours en vie : D.A., à la page 200.

[9] Les demandes d'asile déposées par M. Tobar Toledo et son épouse en 2011 sont fondées sur leur persécution par des gens d'affaires puissants qui ont tenté de brûler leur maison et de porter atteinte à leur intégrité physique. Les autorités civiles étaient au courant des méfaits de ces gens puissants, mais ont refusé d'intervenir. M. Tobar Toledo et son épouse ont alors décidé qu'il fallait fuir le Chili.

[10] Dans sa demande de contrôle judiciaire, M. Tobar Toledo allègue que l'agent a mal interprété l'alinéa 101(1)(b) de la Loi et que cette interprétation erronée va à l'encontre des obligations assumées par le Canada en tant que signataire de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3 (la Convention). M. Tobar Toledo allègue en plus que cette interprétation fautive ne respecte pas ses droits garantis par les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte).

[11] Le juge de la Cour fédérale a commencé son analyse en abordant la question de la norme de contrôle. Le juge a constaté que les décisions quant à la recevabilité d'une demande d'asile soulèvent souvent des questions de fait ou des questions mixtes de fait et de droit. De telles questions sont révisables selon la norme de la décision raisonnable, mais le juge était d'avis que les questions en litige dans le cas de M. Tobar Toledo n'étaient pas de ce genre-là.

[12] Selon le juge, la question de savoir si l'agent a bien interprété la Loi est une question d'interprétation

statutory interpretation that raises a jurisdictional issue because the officer's decision determines whether the RPD has the jurisdiction to examine and decide a claim. The submissions that the officer's interpretation of the Act violates sections 7 and 15 of the Charter raise constitutional issues. Citing paragraphs 58–61 of *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), the Judge held that both questions were reviewable on a standard of correctness.

[13] The Judge then referred to a case cited by the defendants (the appellants before this Court), the Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (the ministers): *Charalampis v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1002, 353 F.T.R. 24. This is the authority that led him to consider the consequences that ensue when the facts underlying two successive claims for refugee protection are similar.

[14] The claimants in *Charalampis* were two sisters who had accompanied their father to Canada, where he had filed claims for refugee protection on his own behalf and on theirs. These claims were accepted, and the father and two daughters were granted refugee status. The father later admitted to the RPD that the account of persecution provided in support of the claim for refugee protection was a complete fabrication. The RPD revoked its previous decision and held that the claims for refugee protection of the family members were deemed to have been rejected. This resulted in the issuance of a removal order against all of them.

[15] The two sisters then attempted to file a new claim for refugee protection, alleging that forcing them to suffer the consequences of their father's dishonesty violated their right to equality under section 15 of the Charter. The immigration officer was of the view that the sisters' claims for refugee protection were ineligible because of the removal order against them, as provided for in subsection 99(3) of the Act.

[16] The officer's decision was challenged through an application for judicial review. In its reasons, the Federal

législative qui soulève une question de compétence puisque la décision de l'agent détermine si la SPR est compétente pour recevoir et décider une revendication. Les allégations que l'interprétation de la Loi adoptée par l'agent va à l'encontre des articles 7 et 15 de la Charte soulèvent des questions d'ordre constitutionnel. Se fondant sur l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), aux paragraphes 58 à 61, le juge a conclu que, dans un cas comme dans l'autre, ces questions sont révisables selon la norme de la décision correcte.

[13] Le juge a ensuite repris une cause mentionnée par les défendeurs (les appelants devant cette Cour), le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (les ministres), *Charalampis c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 1002. C'est cette cause qui l'a amené à s'interroger sur les conséquences découlant de la similitude des faits sous-tendant deux demandes d'asile successives.

[14] Les demanderesse dans l'affaire *Charalampis* étaient deux sœurs qui avaient accompagné leur père au Canada où ce dernier avait déposé une demande d'asile en son nom et en leurs noms. Ces demandes ont été accueillies et le statut de réfugié a été accordé au père et aux filles. Par la suite, le père a admis devant la SPR que le récit de persécution soumis au soutien de sa demande d'asile avait été fabriqué de toutes pièces. La SPR a révoqué sa décision antérieure et statué que les demandes d'asile des membres de la famille étaient réputées avoir été rejetées. Ceci a entraîné la délivrance d'une mesure de renvoi à leur égard.

[15] Les deux sœurs ont alors tenté de faire une nouvelle demande d'asile, alléguant que le fait de leur imposer les conséquences de la malhonnêteté de leur père violait leur droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la Charte. L'agent d'immigration était d'avis que les demandes d'asile des sœurs n'étaient pas recevables en raison de la mesure de renvoi qui pesait contre elles, tel qu'il est prévu au paragraphe 99(3) de la Loi.

[16] La décision de l'agent a fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire. Dans ses motifs, la Cour fédérale

Court accepted the Minister's argument that several provisions of the Act subjected children to the consequences of a parent's dishonesty and that having the courts intervene in such cases may "create something different in nature from what Parliament intended": *Charalampis*, at paragraph 39. Accordingly, the application for judicial review was dismissed.

[17] The ministers cited *Charalampis* in support of their submission that the officer had very limited discretion once he had determined that a prior claim for refugee protection by Mr. Tobar Toledo had been rejected. The Judge concluded that *Charalampis* was irrelevant because the Charalampis sisters had not left Canada after the rejection of their initial claim for refugee protection. Accordingly, any new claim for refugee protection necessarily had to be based on the same facts as the first, since they could not have been persecuted in Canada. Mr. Tobar Toledo, however, left Canada for a period of more than 15 years after the initial claim for refugee protection was rejected.

[18] The Judge noted that paragraph 101(1)(b) of the Act did not distinguish between a claim for refugee protection based on facts that had already supported a prior claim and one based on different facts. Once a claimant for refugee protection has had a claim rejected, subsequent claims for refugee protection are ineligible, even if they are based on a completely different set of facts from those underlying the original claim for refugee protection. That led the Judge to inquire as to whether the same principle applies in cases where a claim for refugee protection is later filed by a child who has accompanied a claimant whose claim was previously rejected.

[19] Bearing in mind that minor children are an integral part of claims for refugee protection filed by their parents, the Judge inquired whether children should, therefore, be subject to the same treatment as their parents, particularly with respect to the ineligibility of any subsequent claims for refugee protection under paragraph 101(1)(b) of the Act.

a accepté l'argument du ministre selon lequel il y a plusieurs dispositions dans la Loi qui imposent aux enfants les conséquences de la malhonnêteté d'un parent et que l'intervention des tribunaux dans tels cas risque de « créer quelque chose qui serait d'une toute autre nature que celle voulue par le législateur » : *Charalampis*, au paragraphe 39. La demande de contrôle judiciaire a donc été rejetée.

[17] Les ministres ont cité la décision *Charalampis* à l'appui de leur prétention que l'agent avait une discrétion très limitée dès qu'il constatait qu'une demande d'asile antérieure de M. Tobar Toledo avait été refusée. Le juge a conclu que la décision *Charalampis* n'était pas pertinente parce que les sœurs Charalampis n'avaient pas quitté le Canada après le refus de leur première demande d'asile. En conséquence, toute nouvelle demande d'asile devait nécessairement être fondée sur les mêmes faits que la première puisqu'il ne pouvait y avoir persécution au Canada. Par contre, M. Tobar Toledo avait quitté le Canada pour une période de plus de 15 ans après le refus de la première demande d'asile.

[18] Le juge constata que l'alinéa 101(1)(b) de la Loi ne distingue pas selon qu'une demande d'asile est fondée sur les mêmes faits qui étaient à l'origine d'une demande antérieure ou sur des faits différents. Lorsqu'un demandeur d'asile a été débouté, une deuxième demande d'asile est irrecevable, même si elle est fondée sur un ensemble de faits qui n'a rien en commun avec celui à l'origine de la première demande d'asile. Le juge en vint donc à se demander si ce principe s'appliquait lorsqu'une demande d'asile est déposée subséquemment par un enfant accompagnateur du demandeur dont la demande a été refusée précédemment.

[19] Tenant pour acquis que les enfants mineurs faisaient partie intégrante de la demande d'asile déposée par leurs parents, le juge se demanda si l'on devait pour autant réserver aux enfants le même traitement que celui accordé à leurs parents, notamment l'irrecevabilité de toute demande d'asile subséquente aux termes de l'alinéa 101(1)(b) de la Loi.

[20] The Judge noted that a comparison of the two official versions of the Act led to a negative conclusion. The Judge's reasoning on this point is reproduced below (reasons, at paragraph 21):

The very words of paragraph 101(1)(b) raises a first doubt. While the French version declares a claim ineligible in the case of a "rejet antérieur de la demande d'asile" ["prior rejection of a claim for refugee protection"] by the Board, the English version seems to be slightly more specific by providing that a claim is ineligible if "a claim for refugee protection by the claimant" [emphasis in original] has been rejected by the RPD. Even if the minor children are included in their parents' application, one cannot accurately state that it is the children who are making the claim. In fact, they often do not have the ability to make such a claim, and that is the reason their interests are represented by either parent. While a minor can certainly make a claim for refugee protection on his or her own behalf, that is not the case here. [Emphasis added.]

[21] The Judge also noted Mr. Tobar Toledo's argument that Parliament does not always subject minor children to the same treatment as their parents. For example, section 226 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, provides that a child accompanying a parent who is inadmissible and subject to a deportation order is exempt from the requirement that he or she obtain prior authorization before returning to Canada, unlike the parent, who must obtain such an authorization.

[22] The Judge then considered the legislative history of the provision at issue. He noted that section 46.01 of the former statute, the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, allowed a failed claimant to file a new claim for refugee protection on the condition that the claimant leave Canada for at least 90 days. This resulted in abuse of the system by some failed claimants, who would file successive claims separated by 90-day stays in the United States. It was to put an end to this type of abusive practice that the Act was amended and paragraph 101(1)(b) introduced.

[23] The Judge was of the view that Mr. Tobar Toledo was not abusing the system in this fashion. While

[20] Le juge a noté que la comparaison des deux versions officielles de la Loi permettait de conclure que non. Le raisonnement du juge sur ce point est reproduit ci-dessous (motifs, au paragraphe 21) :

Le texte même de l'alinéa 101(1)b suscite un premier doute. Tandis que la version française déclare irrecevable une demande dans le cas d'un rejet antérieur de la demande d'asile par la Commission, la version anglaise semble un peu plus précise en stipulant qu'une demande est irrecevable si « a claim for refugee protection by the claimant » [soulignement dans l'original] a été rejetée par la SPR. Même si les enfants mineurs sont visés par la demande de leurs parents, on ne peut pas vraiment dire que ce sont eux qui présentent la revendication. À vrai dire, ils n'auraient souvent pas la capacité de faire une telle demande, et c'est la raison pour laquelle leurs intérêts sont représentés par l'un ou l'autre des parents. Sans doute un enfant mineur peut-il lui-même présenter une demande d'asile en son propre nom, mais telle n'est pas la situation ici. [Je souligne.]

[21] Le juge a aussi pris note de l'argument de M. Tobar Toledo selon lequel le législateur n'assujettit pas invariablement les enfants mineurs au même traitement que leurs parents. À titre d'exemple, l'article 226 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, prévoit qu'un enfant accompagnateur d'un parent interdit du territoire et visé par une mesure d'expulsion est dispensé de l'obligation d'obtenir une autorisation avant de revenir au Canada, contrairement à son parent qui, lui, doit obtenir une telle autorisation.

[22] Le juge est ensuite passé à un examen du contexte législatif de la disposition en cause. Il a pris acte du fait que l'article 46.01 de l'ancienne loi, la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, permettait à un revendicateur débouté de présenter une nouvelle demande de statut de réfugié à condition d'avoir séjourné à l'extérieur du Canada pour au moins 90 jours. Ceci faisait en sorte que certains revendicateurs déboutés abusaient du système en déposant des demandes d'asiles successives séparées par un séjour de 90 jours aux États-Unis. C'est pour mettre fin à ce genre de pratiques abusives que la Loi a été modifiée et l'alinéa 101(1)b y a été introduit.

[23] Le juge était d'avis que M. Tobar Toledo n'abusait pas ainsi du système. Tout en reconnaissant que les

acknowledging that the circumstances of the father's claim for refugee protection remained unknown, the Judge took the view, most likely because of the passage of time, that Mr. Tobar Toledo's claim for refugee protection was unrelated to that filed by his father.

[24] The Judge held that the border services officer had erred in deciding that Mr. Tobar Toledo's claim for refugee protection was ineligible "simply because his father's claim for refugee protection, in which he was included, was rejected in 1997": reasons, at paragraph 27. The Judge continued by stating that the situation would be otherwise if Mr. Tobar Toledo's claim had been based on the same facts as that of his father. According to the Judge, in order to make the necessary assessment, Mr. Tobar Toledo's claim would have to be examined on its face: if the claim did not appear to be based on the same circumstances as those in his father's claim, it would have to be referred to the RPD for the purposes of determining whether refugee status could be granted to Mr. Tobar Toledo.

[25] In the light of this ruling, the Judge did not have to address the issues relating to the Convention or the Charter.

ISSUES

[26] Since I am of the view that the appeal must be allowed, I will examine the issues raised by Mr. Tobar Toledo:

- 1- The validity of the certified question.
- 2- The standard of review.
- 3- The interpretation of paragraph 101(1)(b).
- 4- The connection between Mr. Tobar Toledo's claim and his father's.
- 5- The reasonableness of the border services officer's decision.

circonstances de la demande d'asile du père demeuraient inconnues, le juge était d'avis, sans doute à cause du passage du temps, que la demande d'asile de M. Tobar Toledo n'avait aucun rapport avec celle déposée par son père.

[24] Le juge a conclu que l'agent des services frontaliers s'était mépris en décidant que la demande d'asile de M. Tobar Toledo était irrecevable « du seul fait que la demande d'asile de son père, dans laquelle il était inclus, avait été rejetée en 1997 » : motifs, au paragraphe 27. Le juge enchaîna en disant qu'il en serait autrement si la demande d'asile de M. Tobar Toledo était fondée sur les mêmes faits que celle de son père. Afin de faire l'évaluation nécessaire, il fallait, toujours selon le juge, examiner la revendication de M. Tobar Toledo à sa face même : si elle ne semblait pas reposer sur les mêmes faits et circonstances que celle de son père, elle devait être déferée à la SPR pour que soit décidé si M. Tobar Toledo avait droit au statut de réfugié.

[25] Compte tenu de la conclusion à laquelle il est arrivé, le juge n'avait pas à aborder les questions relevant de la Convention et de la Charte.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[26] Puisque je suis d'avis que l'appel doit être accueilli, je vais examiner les questions en litige formulées par M. Tobar Toledo :

- 1- La validité de la question certifiée.
- 2- La norme de contrôle.
- 3- L'interprétation de l'alinéa 101(1)b).
- 4- Le lien entre la revendication de M. Tobar Toledo et celle de son père.
- 5- La raisonnablement de la décision de l'agent des services frontaliers.

ANALYSIS

The certified question

[27] Mr. Tobar Toledo raises the preliminary issue of whether the question certified by the Judge is consistent with the standards established by this Court. The case law of this Court holds that a certified question must be not only a serious question of general importance, but also a question that has been dealt with by the Judge in his or her reasons and one that would be dispositive of the appeal: see *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, at paragraphs 11–12; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, at paragraphs 27–29.

[28] In this case, Mr. Tobar Toledo argues that the certified question cannot be dispositive of the appeal because it assumes that there is a difference between the facts underlying the first and second claims. Because the facts alleged by Mr. Tobar Toledo's father in his claim for refugee protection are unknown, it is impossible to know whether the facts alleged by Tobar Toledo are the same or not. Furthermore, the ministers have never alleged that the facts underlying the two claims were the same. According to Mr. Tobar Toledo, the Court should therefore refuse to hear this appeal on the merits.

[29] I disagree with Mr. Tobar Toledo's reasoning. In his reasons, the Judge concluded that paragraph 101(1)(b) applies, on the basis of its wording, to cases of successive claims for refugee protection by an adult, regardless of whether the facts underlying the claims are the same or not: reasons, at paragraph 18. Further in his reasons, the Judge held that a subsequent claim for refugee protection is ineligible if it is based on the same facts as a prior claim even if that claim is made by a minor child or on behalf of a minor child by his or her parent: reasons, at paragraph 27. Therefore, in the Judge's mind, a subsequent claim for refugee protection may be eligible if the prior claim was made by, or on behalf of, a minor child and if the two claims are based on different facts.

ANALYSE

La question certifiée

[27] M. Tobar Toledo soulève une question préliminaire, à savoir si la question certifiée par le juge est conforme aux normes établies par cette Cour. La jurisprudence de cette Cour établit qu'une question certifiée doit non seulement traiter d'une question sérieuse et de portée générale, mais elle doit aussi être une question dont le juge a traité dans ses motifs et elle doit être susceptible de déterminer l'issue d'un appel : voir *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89, aux paragraphes 11 et 12; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129, aux paragraphes 27 à 29.

[28] En l'instance, M. Tobar Toledo fait valoir que la question certifiée n'est pas susceptible de déterminer l'issue de l'appel puisqu'elle tient pour acquis qu'il y a une différence entre la base factuelle d'une première demande d'asile et celle d'une deuxième demande. Puisque les faits allégués par le père de M. Tobar Toledo dans sa demande d'asile ne sont pas connus, il n'est pas possible de savoir si les faits allégués par M. Tobar Toledo sont, ou ne sont pas, les mêmes. Qui plus est, les ministres n'ont jamais allégué que les faits à la base des deux demandes étaient les mêmes. Le résultat, selon M. Tobar Toledo, est que la Cour devrait refuser d'examiner l'appel sur le fond.

[29] Je ne suis pas d'accord avec le raisonnement de M. Tobar Toledo. Dans ses motifs, le juge a conclu que l'alinéa 101(1)b) s'applique selon son libellé lorsqu'il y a des demandes d'asile successives par un adulte, peu importe que les faits à la base des demandes soient les mêmes ou non : voir les motifs, au paragraphe 18. Plus loin dans son raisonnement, le juge a conclu qu'une demande d'asile subséquente est irrecevable si elle est fondée sur les mêmes faits qu'une demande antérieure même si celle-ci est faite par, ou au nom d'un enfant mineur par son parent : voir les motifs, au paragraphe 27. Donc, dans l'esprit du juge, une demande d'asile subséquente échappe à l'irrecevabilité si la demande antérieure est faite par, ou au nom d'un enfant

[30] In his analysis, the Judge seems to have concluded that, because Mr. Tobar Toledo's claim was filed 15 years after that of his father, the two claims were not based on the same facts: reasons, at paragraph 26. This assumption is not unreasonable. Moreover, it is not at all detrimental to Mr. Tobar Toledo; any other conclusion would have made his claim ineligible. Mr. Tobar Toledo's attack on this inference by the Judge is ill-advised, as it was the only basis on which the former's application for judicial review could be allowed.

The standard of review

[31] The parties do not agree on the applicable standard of review.

[32] It will be recalled that the Judge decided that the standard of correctness was applicable to the issues before him because they either raised questions about the jurisdiction of the RPD or constitutional issues. Mr. Tobar Toledo agrees with this conclusion.

[33] The ministers, on the other hand, are of the view that the standard of reasonableness should apply. They argue that the case law of the Federal Court supports their view.

[34] When this Court hears an appeal from the Federal Court's decision in a judicial review of a tribunal or of an administrative decision maker, its role is to determine whether the Federal Court has chosen the appropriate standard of review and applied it correctly. The choice of standard of review is a question of law that is reviewable by this Court on a standard of correctness: *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 43.

[35] In *Dunsmuir*, at paragraphs 54 and 62, the Supreme Court of Canada states that before proceeding to the standard of review analysis, courts must ascertain

mineur et si les deux demandes se fondent sur des faits différents.

[30] Dans son analyse, le juge semble avoir conclu que puisque la demande de M. Tobar Toledo a été déposée 15 ans après celle de son père, les deux demandes ne reposaient pas sur les mêmes faits : voir les motifs, au paragraphe 26. Cette hypothèse n'est pas déraisonnable. Qui plus est, elle ne nuit aucunement à M. Tobar Toledo; toute autre hypothèse rendrait sa demande irrecevable. M. Tobar Toledo est malvenu de s'attaquer à cette inférence du juge, qui est la seule qui lui permettait d'accorder la demande de contrôle judiciaire de M. Tobar Toledo.

La norme de contrôle

[31] Les parties en l'instance ne s'entendent pas sur la norme de contrôle applicable.

[32] Rappelons que le juge a décidé que la norme de la décision correcte était applicable aux questions qu'il avait à trancher puisqu'elles soulevaient soit des questions de compétence de la SPR, soit des questions constitutionnelles. M. Tobar Toledo est d'accord avec cette conclusion.

[33] Les ministres, pour leur part, sont d'avis que c'est la norme de la décision raisonnable qui doit être appliquée. Ils font valoir que la jurisprudence de la Cour fédérale va dans ce sens.

[34] Lorsque cette Cour siège en appel de la Cour fédérale qui, elle, siège en révision judiciaire d'un tribunal ou d'un décideur administratif, son rôle est de déterminer si la Cour fédérale a bien choisi la norme de contrôle applicable et, le cas échéant, si elle l'a bien appliquée. Le choix de la norme de contrôle est une question de droit qui est révisable par cette Cour selon la norme de la décision correcte : *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 43.

[35] Dans l'arrêt *Dunsmuir*, aux paragraphes 54 et 62, la Cour suprême du Canada nous enseigne qu'avant d'aborder l'analyse relative à la norme de contrôle, il

whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. This requires a definition of the category of question at issue.

[36] In this case, the issue is whether Mr. Tobar Toledo is a person who has had a prior claim for refugee protection rejected by the RPD. The border services officer obviously decided that he was, while the Judge, despite acknowledging that Mr. Tobar Toledo had been named in a claim for refugee protection, nevertheless found that he was not a person who had had a prior claim for refugee protection rejected.

[37] This issue seems to have two aspects: the first is determining whether Mr. Tobar Toledo filed a claim for refugee protection that was rejected. The second is determining whether this rejection is covered by paragraph 101(1)(b). To respond to the first question, the officer merely had to consult the archives or the computer system of the Department of Citizenship and Immigration. This is a question of fact.

[38] The answer to the second question calls for the interpretation of paragraph 101(1)(b) of the Act. When this provision is interpreted in the light of its wording, its context and Parliament's purpose for enacting it, do the words "a claim for refugee protection by the claimant has been rejected" include the rejection of a claim for refugee protection of a minor child whose claim is dependent on his parents' claim for refugee protection, and if so, is there a distinction to be made between claims that are based on the same facts or different facts? These are questions of law.

[39] The issues of whether the interpretation given of paragraph 101(1)(b) is in accordance with the Convention and the Charter are indisputably also questions of law.

[40] Having defined the categories of question, has the standard of review already been determined in a satisfactory manner by the case law? For questions of fact, the standard of review can be found at

convient de voir si le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions a déjà été décidée de façon satisfaisante. Ceci exige que l'on ait défini la catégorie de questions en cause.

[36] En l'instance, la question en litige est celle de savoir si M. Tobar Toledo est une personne dont la demande d'asile antérieure a été rejetée par la SPR. L'agent des services frontaliers a évidemment décidé que M. Tobar Toledo l'était tandis que le juge, tout en reconnaissant que M. Tobar Toledo était nommé dans une demande d'asile, semble avoir conclu qu'il n'était pas pour autant une personne dont une demande d'asile antérieure avait été rejetée.

[37] Il me semble que cette question a deux volets : le premier est de déterminer si M. Tobar Toledo a fait une demande d'asile qui lui a été refusée. Le second est de déterminer si ce refus est visé par l'alinéa 101(1)b). Pour répondre à la première question, l'agent n'avait qu'à consulter les archives ou le système informatique du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration. Cette question en est une de fait.

[38] Pour répondre à la deuxième question, il faut interpréter l'alinéa 101(1)b) de la Loi. Lorsque cette disposition est interprétée à la lumière de son texte, de son contexte, et de l'objet visé par le législateur, est-ce que les mots « rejet antérieur de la demande d'asile » comprennent le rejet d'une demande d'asile d'un enfant mineur qui est tributaire de la demande d'asile d'un parent, et si oui, doit-on distinguer selon que la demande se fonde ou non, sur les mêmes faits. Ces questions sont des questions de droit.

[39] Les questions de savoir si l'interprétation donnée à l'alinéa 101(1)b) est conforme à la Convention ou à la Charte sont indiscutablement aussi des questions de droit.

[40] Les catégories de questions ayant été définies, la question de la norme de contrôle a-t-elle été réglée de façon satisfaisante par la jurisprudence? Pour ce qui est des questions de fait, la norme de contrôle se trouve

paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7:

Application
for judicial
review

18.1 ...

Grounds of
review

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

...

(d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;

[41] In *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 45, the Supreme Court of Canada held that the standard described at paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Courts Act* corresponded to the standard of reasonableness.

[42] As for questions of law, it should be noted that the decision maker, the border services officer, is an administrative decision maker. He does not decide these issues on behalf of a tribunal. At the most, he decides questions of law as a delegate of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness: see subsections 4(2) and 6(1) of the Act.

[43] This Court, in a decision authored by Mr. Justice Mainville, has considered in depth the issue of the deference owed to an administrative decision maker, including a ministerial delegate, in *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155 (*David Suzuki*). In that case, this Court stated that the case law pertaining to the deference owed to an administrative tribunal that decides questions of law in the course of an adversarial proceeding does not apply to an administrative decision maker “who is not acting as an adjudicator and who thus has no implicit power to decide questions of law”: see *David Suzuki*, at paragraphs 96–99.

[44] The Court went on to conduct the standard of review analysis. Given that *David Suzuki* involved the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29, and the *Fisheries*

à l’alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 :

18.1 [...]

Demande
de contrôle
judiciaire

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l’office fédéral, selon le cas :

[...]

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

Motifs

[41] Dans l’arrêt *Canada (Citoyenneté et de l’Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 45, la Cour Suprême du Canada a statué que la norme énoncée à l’alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur les Cours fédérales* correspond à la norme de la décision raisonnable.

[42] Pour ce qui est des questions de droit, il faut garder à l’esprit que le décideur, l’agent des services frontaliers, est un décideur administratif. Il ne décide pas ces questions au nom d’un tribunal quelconque. Au plus, il décide ces questions de droit en tant que délégué du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile : voir les paragraphes 4(2) et 6(1) de la Loi.

[43] Cette Cour, sous la plume du juge Mainville, a examiné en profondeur la question de la déférence due à un décideur administratif, y inclus un délégué ministériel, dans l’affaire *Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155 (*David Suzuki*). Dans cet arrêt, notre Cour a précisé que la jurisprudence qui traite de la déférence due à un tribunal administratif qui tranche des questions de droit au cours d’un débat contradictoire ne s’applique pas à un décideur administratif « qui ne statue pas à l’égard d’un litige et qui ne dispose donc pas d’un pouvoir implicite de décider des questions de droit » : voir *David Suzuki*, aux paragraphes 96 à 99.

[44] La Cour a poursuivi en entreprenant l’analyse relative à la norme de contrôle. Étant donné que dans l’arrêt *David Suzuki*, il s’agissait de la *Loi sur les*

Act, R.S.C., 1985, c. F-14, this analysis does not apply to the interpretation of the Act by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (or his delegate).

[45] It is therefore necessary to undertake the standard of review analysis by examining the factors identified at paragraph 64 of *Dunsmuir*. The factor that best reveals Parliament's intention is, in my view, the fact that the Act does not contain a privative clause; furthermore, it allows for the possibility of judicial review "with respect to any matter — a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised — under this Act": see section 72 of the Act. This is an unequivocal indication of Parliament's intention not to shield the Minister's interpretation of the Act from judicial oversight.

[46] Although the Act establishes a comprehensive scheme for dealing with immigration and refugee protection applications, in comparison with the courts, the Minister and his agents do not have any greater *expertise* on questions pertaining to the interpretation of the part of the Act that deals with the examination of claims at the border. The fact that it is different for the Immigration and Refugee Board and the RPD is not determinative, because they are not involved in this case.

[47] The nature of the question, i.e., the scope of paragraph 101(1)(b), does not call upon the decision maker's specialized expertise either. This provision reflects the objectives of the Act, particularly paragraph 3(2)(e):

Objectives
—refugees

3. ...

(2) The objectives of this Act with respect to refugees are

...

(e) to establish fair and efficient procedures that will maintain the integrity of the Canadian refugee protection system, while upholding Canada's respect for the human rights and fundamental freedoms of all human beings.

espèces en péril, L.C. 2002, ch. 29 et de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, cette analyse ne s'applique pas à l'interprétation de la Loi par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (ou à son délégué).

[45] Il faut donc entreprendre l'analyse relative à la norme de contrôle, en examinant les facteurs identifiés au paragraphe 64 de l'arrêt *Dunsmuir*. Le facteur le plus révélateur de l'intention du législateur est, selon moi, le fait que la Loi ne contient pas de clause privative; qui plus est, elle entrevoit la possibilité de révision judiciaire « de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire — prise dans le cadre de la présente loi » : voir l'article 72 de la Loi. Cela est un indice sans équivoque de l'intention du législateur de ne pas mettre l'interprétation de la Loi par le ministre à l'abri des tribunaux.

[46] Bien que la Loi mette en place un régime global pour traiter des demandes d'immigration et de protection, la portion de la Loi qui traite de l'examen des revendications à la frontière ne fait pas appel à une expertise spéciale du ministre ou de ses agents, comparativement aux tribunaux judiciaires, dans l'interprétation de la Loi. Qu'il en soit autrement pour la Commission de l'immigration et la SPR n'est pas déterminant puisque ce n'est pas d'eux qu'il est question en l'instance.

[47] La nature de la question, soit la portée de l'alinéa 101(1)(b), ne fait pas davantage appel à des connaissances spécialisées de la part du décideur. Cette disposition s'inscrit dans le cadre des objets de la Loi, notamment l'alinéa 3(2)e) :

3. [...]

(2) S'agissant des réfugiés, la présente loi a pour objet :

[...]

e) de mettre en place une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse, d'une part, de l'intégrité du processus canadien d'asile et, d'autre part, des droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain.

Objet relatif
aux réfugiés

It is clear on its face that paragraph 101(1)(b) is intended to protect the integrity of Canada's refugee protection process by limiting repeated access to the RPD. The challenge of interpreting this provision in the light of fundamental rights and freedoms is one that the courts are better equipped to handle than administrative decision makers, which suggests that Parliament did not intend to impose an obligation of deference on the courts.

[48] All of these factors lead me to conclude that the findings of law reached by the border services officer in the context of paragraph 101(1)(b) are reviewable on the standard of correctness.

The connection between Mr. Tobar Toledo's claim and his father's

[49] For the purposes of this analysis, I will address this issue before moving on to the interpretation of paragraph 101(1)(b), contrary to the order of analysis followed by Mr. Tobar Toledo.

[50] As noted previously, the Federal Court Judge accepted the fact that Mr. Tobar Toledo was the subject of a claim for refugee protection in 1995, but appears to have questioned the legal status of that claim. It appears from a reading of his reasons that the Judge did not consider Mr. Tobar Toledo's claim for refugee protection to be on the same footing as his father's claim. From the Judge's perspective, Mr. Tobar Toledo's claim depended on his father's; it was not examined independently. Its outcome depended entirely on the outcome of his father's claim for refugee protection.

[51] It is important not to confuse the factual basis of Mr. Tobar Toledo's claim for refugee protection with the claim's legal character. The material of record clearly establishes that the RPD had before it a claim for refugee protection with respect to Mr. Tobar Toledo. This claim was joined with his father's in accordance with the regulations in force at the time (*Convention Refugee Determination Division Rules*, SOR/93-45):

Il est évident à sa face que l'alinéa 101(1)b) vise à protéger l'intégrité du processus d'asile canadien en limitant l'accès à répétition à la SPR. Le défi d'interpréter cette disposition à la lumière des droits et libertés fondamentales en est un que les tribunaux judiciaires sont plus aptes à relever que des décideurs administratifs, ce qui laisse à penser que le législateur n'avait pas l'intention d'imposer une obligation de déférence de la part des tribunaux.

[48] L'ensemble de ces facteurs me permet de conclure que les conclusions de droit tirées par l'agent des services frontaliers dans le cadre de l'alinéa 101(1)b) sont révisables selon la norme de la décision correcte.

Le lien entre la revendication de M. Tobar Toledo et celle de son père

[49] Aux fins de mon analyse, je vais aborder cette question avant de passer à la question de l'interprétation de l'alinéa 101(1)b), contrairement à l'ordre d'analyse suivi par M. Tobar Toledo.

[50] Tel que je l'ai noté précédemment, le juge de la Cour fédérale a pris acte du fait que M. Tobar Toledo faisait l'objet d'une demande d'asile en 1995, mais semblait remettre en question le statut juridique de cette demande. À la lecture de ses motifs, il appert que le juge ne considérait pas que la demande de M. Tobar Toledo était une demande d'asile au même titre que celle de son père. Dans la perspective du juge, la demande de M. Tobar Toledo dépendait de celle de son père; elle n'a pas fait l'objet d'un examen indépendant. Son sort dépendait entièrement du sort de la demande d'asile de son père.

[51] Il ne faut pas confondre le fondement factuel de la demande d'asile de M. Tobar Toledo avec son caractère juridique. La documentation au dossier établit clairement qu'il y avait devant la SPR une demande d'asile concernant M. Tobar Toledo. Cette demande a été jointe à celle de son père selon le règlement en force à l'époque (*Règles de la section du statut de réfugié*, DORS/93-45) :

10. (1) An Assistant Deputy Chairperson or coordinating member may order that two or more claims or applications be processed jointly where the Assistant Deputy Chairperson or coordinating member believes that no injustice is thereby likely to be caused to any party.

(2) Subject to subsection (3), claims or applications of the legal or de *facto* spouse, dependant children, father, mother, brothers or sisters of the person concerned shall be processed jointly.

(3) On application by a party, or on the members' own motion at the time of the hearing, the members may order that the claims or applications be heard separately, where the members believe that hearing the claims or applications jointly is likely to cause an injustice to any party.

[52] It is clear from reading these regulations that each member of a family unit claiming refugee protection makes his or her own claim, otherwise it would not be possible to hear them jointly or separately. When the claims are all based on the same facts, hearing them jointly is a cost-saving measure that avoids the need to hear the same evidence multiple times with the risk of contradictory outcomes. In the circumstances, it is inaccurate to say that the son's claim is dependent on the father's: the treatment of both depends on the RPD's assessment of a single version of the facts. However, this does not mean that all members of the family are not claimants for refugee protection on the same basis.

[53] It occasionally happens that one of a group of jointly heard claims is accepted while others are rejected, a result that is only possible if all the applications are independent of one another. In *Bueckert v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1042, 396 F.T.R. 223 (*Bueckert*), the RPD rejected the claim for refugee protection of a father and his seven-year-old son. The father, mother and son had come to Canada on a temporary visa. The mother was so abusive to the son that he was placed with his aunt and uncle (in Canada), who became his guardians. When the visa expired, the father and mother returned to their country of origin. The mother, furious that the son had been left behind in Canada, uttered death threats against her husband. The father returned to Canada and filed a claim for refugee

10. (1) Un vice-président adjoint ou un membre coordonnateur peut ordonner que deux ou plusieurs revendications ou demandes soient traitées conjointement, s'il estime qu'une telle mesure ne risque pas de causer d'injustice aux parties.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), les revendications ou les demandes du conjoint de droit ou de fait, des enfants à charge, du père, de la mère, des frères ou des sœurs de l'intéressé sont traitées conjointement.

(3) Les membres peuvent, à la demande d'une partie, ou de leur propre initiative au moment de l'audience, ordonner qu'une revendication ou une demande soit entendue séparément d'une autre revendication ou demande, s'ils estiment que le fait d'entendre conjointement les revendications ou les demandes risque de causer une injustice à l'une ou l'autre des parties.

[52] Il est clair, à la lecture de ces règles, que chaque membre d'une unité familiale qui revendique le statut de réfugié fait sa propre demande, sans quoi il ne serait pas possible ni de les joindre, ni de les entendre séparément. Lorsque les demandes sont toutes fondées sur les mêmes faits, le fait de les joindre est une mesure d'économie qui évite la nécessité d'entendre la même preuve de nombreuses fois avec le risque de résultats contradictoires. Dans ces circonstances, il n'est pas exact de dire que la demande du fils est tributaire de celle du père : le traitement des deux dépend de l'évaluation que fait la SPR d'une même version des faits. Mais cela ne veut pas dire que tous les membres de la famille ne sont pas demandeurs d'asile au même titre.

[53] Il arrive, de temps en temps, qu'une des demandes jointes soit acceptée et que les autres soient rejetées, possibilité qui n'est envisageable que si toutes les demandes sont indépendantes les unes des autres. Dans l'affaire *Bueckert c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1042 (*Bueckert*), la SPR a rejeté la demande d'asile d'un père et de son fils de sept ans. Le père, la mère et le fils étaient venus au Canada en vertu d'un visa temporaire. La mère maltraitait le fils à tel point qu'il a été confié à son oncle et sa tante (au Canada) qui en ont assumé la garde. Lorsque le visa est venu à échéance, le père et la mère sont retournés à leur pays d'origine. La mère, furieuse que le fils avait été laissé au Canada, menaçait son mari de mort. Le père est revenu au Canada et a fait une demande d'asile en son nom

protection on his own behalf and on behalf of his son. Both claims for refugee protection were rejected because the father had not sought state protection in his country of origin.

[54] The Federal Court overturned the RPD's decision with respect to the son's claim for refugee protection. The Court was of the view that the RPD had not been sufficiently alive to the son's specific vulnerabilities as an abused child. The Court allowed the son's application for judicial review and referred the matter back to the RPD, instructing it to grant him refugee status. However, the Court dismissed the father's application for judicial review.

[55] Such a result can be explained by the fact that each claim for refugee protection is independent of other claims made by members of a single family unit, regardless of the similarity of the facts underlying the claims. This does not mean that the similarity of the facts has no impact on the outcome of these claims. When the facts supporting several claims are the same, it is not surprising that all of the claims have the same outcome. When the facts underlying the claims are not the same, it is also to be expected that each claim will be judged on the basis of its own facts.

[56] I find that the Federal Court Judge erred in holding that the claim for refugee protection filed on Mr. Tobar Toledo's behalf in 1995 was not his own claim for refugee protection. The fact that it was heard jointly with his father's claim does not affect its individual nature. The border services officer clearly concluded that Mr. Tobar Toledo had made a claim for refugee protection on his own behalf in 1995. This conclusion was not unreasonable. The Judge erred in questioning it.

The interpretation of paragraph 101(1)(b)

[57] I will now move on to the interpretation of paragraph 101(1)(b).

et au nom de son fils. La SPR a trouvé le père crédible, mais a rejeté les deux demandes d'asile parce que le père n'avait pas eu recours à la protection de l'état dans son pays d'origine.

[54] La Cour fédérale a cassé la décision de la SPR en ce qui concernait la demande d'asile du fils. La Cour était d'avis que la SPR n'avait pas été suffisamment attentive aux vulnérabilités particulières de l'enfant en tant qu'enfant maltraité. La Cour a accueilli la demande de contrôle judiciaire du fils et renvoya la cause à la SPR pour qu'elle lui accorde le statut de réfugié. Par contre, la Cour a rejeté la demande de contrôle judiciaire du père.

[55] Un tel résultat s'explique par le fait que chaque demande d'asile est indépendante de toute autre demande faite par les membres d'une même unité familiale, et ce, sans égard pour la similitude des faits à l'origine des demandes. Ce qui ne veut pas dire que la similitude des faits n'a pas d'incidence sur le sort de ces demandes. Lorsque les faits à l'appui de plusieurs demandes sont les mêmes, il n'y a rien de surprenant à ce que les demandes subissent toutes le même sort. Lorsque les faits à l'origine des demandes ne sont pas les mêmes, il n'est guère plus surprenant que chaque demande soit jugée en fonction des faits qui lui sont propres.

[56] Je conclus que le juge de la Cour fédérale avait tort de considérer que la demande d'asile déposée au nom de M. Tobar Toledo en 1995 n'était pas sa propre demande d'asile. Le fait qu'elle était jointe à celle de son père ne changeait en rien son caractère individuel. L'agent des services frontaliers a évidemment conclu que M. Tobar Toledo avait fait une demande d'asile en son propre nom en 1995. Cette conclusion n'était pas déraisonnable. Le juge a eu tort de remettre cette conclusion en question.

L'interprétation de l'alinéa 101(1)b)

[57] Je passe maintenant à l'interprétation de l'alinéa 101(1)b).

[58] Let us recall that there is today but one rule of statutory interpretation (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21):

Although much has been written about the interpretation of legislation (see, e.g., Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994) (hereinafter “*Construction of Statutes*”); Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991)), Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best encapsulates the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. At p. 87 he states:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read 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.

[59] To this single principle of interpretation, one must add the qualification set out by the Supreme Court of Canada in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read 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”: see 65302 *British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

[60] The starting point is always the text of the statute that is being interpreted. I will repeat the text of the provision at issue for ease of reference:

[58] Rappelons qu’il n’y a aujourd’hui qu’une règle d’interprétation des lois (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21) :

Bien que l’interprétation législative ait fait couler beaucoup d’encre (voir par ex. Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994) (ci-après « *Construction of Statutes* »); Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990)), Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983) résume le mieux la méthode que je privilégie. Il reconnaît que l’interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi. À la p. 87, il dit:

[Traduction] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution: il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[59] À ce seul et unique principe d’interprétation, il faut ajouter la nuance apportée par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10 :

Il est depuis longtemps établi en matière d’interprétation des lois qu’ « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur »: voir 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L’interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d’une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux.

[60] Le point de départ est toujours le texte même de la loi dont l’interprétation est en question. Par souci de commodité, je reprends ci-dessous le texte de la disposition en cause :

Ineligibility	<p>101. (1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if</p> <p>(a) refugee protection has been conferred on the claimant under this Act;</p> <p>(b) a claim for refugee protection by the claimant has been rejected by the Board;</p> <p>(c) a prior claim by the claimant was determined to be ineligible to be referred to the Refugee Protection Division, or to have been withdrawn or abandoned;</p> <p>(d) the claimant has been recognized as a Convention refugee by a country other than Canada and can be sent or returned to that country;</p> <p>(e) the claimant came directly or indirectly to Canada from a country designated by the regulations, other than a country of their nationality or their former habitual residence; or</p> <p>(f) the claimant has been determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality, except for persons who are inadmissible solely on the grounds of paragraph 35(1)(c).</p>	<p>101. (1) La demande est irrecevable dans les cas suivants :</p> <p>a) l'asile a été conféré au demandeur au titre de la présente loi;</p> <p>b) rejet antérieur de la demande d'asile par la Commission;</p> <p>c) décision prononçant l'irrecevabilité, le désistement ou le retrait d'une demande antérieure;</p> <p>d) reconnaissance de la qualité de réfugié par un pays vers lequel il peut être renvoyé;</p> <p>e) arrivée, directement ou indirectement, d'un pays désigné par règlement autre que celui dont il a la nationalité ou dans lequel il avait sa résidence habituelle;</p> <p>f) prononcé d'interdiction de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux — exception faite des personnes interdites de territoire au seul titre de l'alinéa 35(1)c) —, grande criminalité ou criminalité organisée.</p>	Irrecevabilité
---------------	--	---	----------------

[61] The meaning of paragraph 101(1)(b) seems fairly clear, although there appears to be a slight difference between the English and French versions. The Federal Court Judge noted that the English version specifically referred to a prior claim by the claimant, while that point was absent from the French version. This difference led the Judge to conclude that one could not hold that a claim had been made by a minor child who lacked the legal capacity to do so. Without saying so explicitly, the Judge implied that because a child cannot file a claim, a child's claim cannot be rejected. Paragraph 101(1)(b) would therefore not apply to cases in which a claimant's claim was heard jointly with that of his or her parent.

[62] The Judge erred in distinguishing between a parent's claim for refugee protection and that of his or her child. If the same status is given to both claims, the

[61] Le sens de l'alinéa 101(1)(b) semble assez clair quoiqu'il y ait un léger décalage entre la version anglaise et la version française de celle-ci. Le juge de la Cour fédérale a noté que la version anglaise visait spécifiquement une demande antérieure par le revendicateur (*the claimant*) tandis que la version française ne contient pas cette précision. Cette différence a amené le juge à constater que l'on ne pouvait pas dire qu'une revendication était présentée par un enfant mineur qui n'aurait pas la capacité légale de le faire. Sans le dire explicitement, le juge laissait entendre que puisqu'un enfant ne présentait pas une demande, on ne pouvait la lui refuser. L'alinéa 101(1)(b) n'aurait donc pas d'application au cas d'un revendicateur dont la demande était jointe avec celle de son parent.

[62] Le juge avait tort de distinguer entre une demande d'asile d'un parent et celle de son enfant. Lorsqu'on accorde le même statut aux deux demandes, la

Judge's finding based on the two versions of the text no longer holds.

[63] Mr. Tobar Toledo also argues that the Act must be interpreted in a way that respects Canada's obligations under the treaties to which it is a signatory, in this case, the Convention. In particular, Mr. Tobar Toledo draws the Court's attention to paragraph 2 of Article 2 of the Convention:

Article 2

...

2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expressed opinions, or beliefs of the child's parents, legal guardians, or family members.

[64] According to Mr. Tobar Toledo, paragraph 101(1)(b) must be interpreted in such a manner that he is not punished on the basis of the [TRANSLATION] "political opinions or activities of his father": memorandum of the respondent, at paragraph 93. The interpretation of paragraph 101(1)(b) that I am proposing does not subject Mr. Tobar Toledo to punishment or discrimination on the basis of his father's activities or political opinions. It is Mr. Tobar Toledo's prior claim for refugee protection that results in the ineligibility of his current claim, not his father's legal status or acts or opinions.

[65] Mr. Tobar Toledo pursues his argument as follows at paragraph 93 of his memorandum of fact and law:

[TRANSLATION] The respondent alleges that he neither participated in nor attended the hearing for his father's claim for refugee protection. He also alleges in his affidavit, filed before this Court, that he has no knowledge of the details of or reasons for his father's claim for refugee protection. It is for this very reason that he should now be entitled to file a claim for refugee protection on his own behalf.

[66] As to this argument, it would be useful to recall that we are in the process of interpreting paragraph 101(1)(b) of the Act in the light of the Convention. It is not a matter of deciding whether the Convention itself grants rights to Mr. Tobar Toledo, as he implies in the passage cited above.

conclusion tirée par le juge à partir des deux versions du texte de loi ne tient plus.

[63] M. Tobar Toledo fait aussi valoir que la Loi doit être interprétée de façon à respecter les obligations assumées par le Canada dans les traités auxquels il a souscrit, en l'occurrence, la Convention. En particulier, M. Tobar Toledo porte à l'attention de cette Cour le paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention :

Article 2

[...]

2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toute forme de discrimination ou de sanction motivée par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille.

[64] Selon M. Tobar Toledo, l'alinéa 101(1)(b) doit être interprété de façon qu'il ne subisse pas un préjudice en raison « des opinions politiques ou activités de son père » : mémoire de l'intimé, au paragraphe 93. L'interprétation de l'alinéa 101(1)(b) que je propose ne fait pas en sorte que M. Tobar Toledo soit susceptible de sanction ou de discrimination en vertu des opinions politiques ou des activités de son père. C'est la demande d'asile antérieure de M. Tobar Toledo qui est à l'origine de l'irrecevabilité de sa présente demande, et non le statut juridique ou les actes ou opinions de son père.

[65] M. Tobar Toledo poursuit son argument en disant, au paragraphe 93 de son mémoire de faits et de droit :

L'intimé allègue ne jamais avoir participé ni avoir été présent le jour de l'audience pour la demande de statut de réfugié de son père. Il allègue aussi dans son affidavit, déposé devant cette Cour, [ne] pas connaître les détails des motifs de la demande d'asile de son père. C'est pour cette raison même qu'il devrait aujourd'hui avoir le droit de présenter une demande d'asile en son nom.

[66] Devant cet argument, il est utile de rappeler que nous sommes à l'étape de l'interprétation de l'alinéa 101(1)(b) de la Loi à la lumière de la Convention. Il n'est pas question de décider si la Convention elle-même confère des droits à M. Tobar Toledo comme il le laisse sous-entendre dans le passage cité ci-dessus.

[67] It is true that Mr. Tobar Toledo had little control over the presentation of his first claim for refugee protection and that its rejection did not result from any act on his part. He therefore finds himself disadvantaged as a consequence of decisions made by his parents. It is possible to agree with Mr. Tobar Toledo's statements without agreeing with the conclusion he draws from them. The Convention cannot protect children from all of the consequences of the choices made by their parents. The child of a criminal may well have to live apart from his or her parent during a period of detention. The child is not responsible for his or her parent's criminal acts but must suffer the consequences.

[68] The Act offers a child claimant for refugee protection the same protections that it offers his or her parents, but it also imposes the same consequences when the claim for refugee protection is rejected, unless the child's condition is different from that of his or her parent: see *Bueckert*, cited above. It is precisely this possibility of distinguishing between the condition of the child and that of the parent that makes the Act consistent with the Convention. According to the interpretation of paragraph 101(1)(b) that I am proposing, the requirements of the Convention are met in the processing of the claim for refugee protection and do not apply to the consequences of a rejection of a child's claim for refugee protection. These consequences arise from the rejection of the child's claim, and are not a sanction imposed on the child because of the rejection of his or her parent's claim for refugee protection.

[69] Mr. Tobar Toledo also argues that the interpretation of 101(1)(b) proposed by the ministers violates his rights under sections 7 and 15 of the Charter. The well settled case law holds that the interests protected by section 7 of the Charter do not come into play until a decision is made to remove the claimant: *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487, at paragraph 63. In Mr. Tobar Toledo's case, the ineligibility of his claim will not necessarily result in his removal from Canada. He is entitled to a pre-removal risk assessment to ensure that he is not returned to a country where there would be a risk to his life or a risk of cruel and unusual treatment: see section 112 and paragraph 113(c) of the Act.

[67] Il est vrai que M. Tobar Toledo avait peu de contrôle sur la présentation de sa première demande d'asile et que le refus de celle-ci n'était pas la conséquence de quelque geste que ce soit de sa part. Il se retrouve donc en situation défavorisée à la suite de décisions prises par ses parents. On peut être d'accord avec les propos de M. Tobar Toledo sans, pour autant, être d'accord avec la conclusion qu'il en tire. La Convention ne peut protéger les enfants de toutes les conséquences des choix faits par leurs parents. L'enfant d'un criminel peut bien avoir à vivre à part de son parent pendant la période de sa détention. L'enfant n'est pas responsable de la criminalité de son parent mais il doit en subir les conséquences.

[68] La Loi offre à un enfant demandeur d'asile les mêmes protections qu'elle offre à ses parents, mais elle lui impose les mêmes conséquences lorsque la demande d'asile est refusée, sauf dans les cas où la condition de l'enfant est différente de celle du parent : voir *Bueckert*, cité ci-dessus. C'est précisément cette possibilité de distinguer entre la condition de l'enfant et celle de son parent qui rend la Loi conforme à la Convention. Selon l'interprétation de l'alinéa 101(1)(b) que je propose, les exigences de la Convention sont rencontrées dans le traitement de la demande d'asile et n'ont pas d'application aux conséquences d'un refus d'une demande d'asile d'un enfant. Ces conséquences découlent du refus de la demande de l'enfant et ne sont pas une sanction imposée à l'enfant suivant le refus de la demande d'asile de son parent.

[69] M. Tobar Toledo fait aussi valoir que l'interprétation de l'alinéa 101(1)(b) mise de l'avant par les ministres va à l'encontre des droits qui lui sont garantis par les articles 7 et 15 de la Charte. Il est de jurisprudence constante que les intérêts protégés par l'article 7 de la Charte ne sont en jeu que lorsque la décision de renvoyer le demandeur est prise : voir *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487, au paragraphe 63. Dans le cas de M. Tobar Toledo, l'irrecevabilité de sa demande n'entraîne pas nécessairement son renvoi du Canada. Il a droit à un examen de risques avant renvoi afin d'assurer qu'il ne soit pas renvoyé vers un pays où il serait à risque de menace à sa vie ou de

[70] Mr. Tobar Toledo submits that he is disadvantaged by the fact that the acceptance rate is lower for pre-removal risk assessments than for claims for refugee protection. This argument is only meaningful if the candidates in each case face the same risks in the same proportions. If this is not the case, the comparison is not a fair one. However, there is nothing in the record suggesting that the candidates in the two cases face the same risks in the same proportions.

[71] Mr. Tobar Toledo further alleges that the interpretation of paragraph 101(1)(b) by which the rejection of his prior claim for refugee protection renders ineligible his present claim is discriminatory and infringes his rights under section 15 of the Charter. Mr. Tobar Toledo does not address these issues in his memorandum of fact and law, beyond referring to the memorandum that he filed with the Federal Court. If we examine the arguments presented to the Federal Court, Mr. Tobar Toledo's claims relating to section 15 take up 10 paragraphs: see paragraphs 40–42 at pages 164–165 of the A.B. and paragraphs 71–81 at pages 418–420 of the A.B. This is not a serious argument, and it does not deserve more of the Court's time than Mr. Tobar Toledo himself has put into it. A party cannot rely on a constitutional argument by invoking the Charter and merely alleging that it has been violated.

[72] I, therefore, conclude that the Federal Court erred in law in interpreting paragraph 101(1)(b) in such a way that the claim for refugee protection filed on Mr. Tobar Toledo's behalf did not result in the ineligibility of any subsequent claim on his part, regardless of the facts underlying either of the claims.

The reasonableness of the border services officer's decision

[73] Mr. Tobar Toledo is of the view that the border services officer's decision is unreasonable, but he does

traitements cruels et inusités : voir l'article 112 et l'alinéa 113c) de la Loi.

[70] M. Tobar Toledo prétend qu'il subit un désavantage du fait que le taux d'acceptation à la suite d'examen des risques avant renvoi est plus faible que le taux d'acceptation de demandes d'asile. Cet argument n'a de sens que si les candidats dans les deux cas font face aux mêmes risques dans les mêmes proportions. Si ce n'est pas le cas, la comparaison n'est pas juste. Or, rien au dossier n'indique que les candidats dans les deux cas font face aux mêmes risques dans les mêmes proportions.

[71] M. Tobar Toledo allègue au surplus que l'interprétation de l'alinéa 101(1)b) selon laquelle le rejet de sa demande d'asile antérieure entraîne l'irrecevabilité de sa demande d'asile est discriminatoire, et porte atteinte à ses droits garantis par l'article 15 de la Charte. M. Tobar Toledo ne traite pas de ces questions dans son mémoire des faits et du droit sauf pour un renvoi au mémoire qu'il a déposé devant la Cour fédérale. Lorsque l'on se penche sur l'argument présenté à la Cour fédérale, les prétentions de M. Tobar Toledo relativement à l'article 15 consistent en 10 paragraphes : voir les paragraphes 40 à 42 aux pages 164 et 165 du D.A. et les paragraphes 71 à 81 aux pages 418 à 420 du D.A. Ceci n'est pas un argument sérieux et ne mérite pas que la Cour y mette plus de temps que M. Tobar Toledo y a mis. Un justiciable ne peut pas se prévaloir d'un argument constitutionnel en invoquant la Charte et en alléguant, sans plus, une violation.

[72] Je conclus donc que le juge de la Cour fédérale a commis une erreur de droit lorsqu'il a interprété l'alinéa 101(1)b) de sorte que le refus de la demande d'asile déposée au nom de M. Tobar Toledo n'emportait pas l'irrecevabilité de toute demande d'asile subséquente de sa part, et ce, sans égard aux faits à l'origine de l'une ou de l'autre demande.

La raisonnable de la décision de l'agent des services frontaliers

[73] M. Tobar Toledo est d'avis que la décision de l'agent des services frontaliers est déraisonnable sans

not develop any reasoning in support of that conclusion. He merely refers to *Dunsmuir*, in which the characteristics of a reasonable decision are described.

[74] The question of reasonableness applies only to decisions for which the decision maker has some form of discretion. If the Act imposes a legal consequence when certain facts are present, taking notice of these facts and declaring the consequence imposed by the Act is not a discretionary decision. The fact that it is a human actor who takes notice of these facts and communicates the legal consequence imposed by the Act to the affected party does not make that person a decision maker with discretion.

[75] Mr. Tobar Toledo believes that a discretionary power arises from subsection 100(3) of the Act, according to which the claim for refugee protection is deemed to be referred to the RPD if the border services officer does not declare it ineligible within three days after its receipt. Mr. Tobar Toledo claims that this provision grants the border services officer the discretion to suspend the processing of a claim for refugee protection for three days so that the claim will be deemed referred. The officer could thus circumvent the effect of paragraph 101(1)(b).

[76] In my view, an officer who applied this strategy would be failing in his or her duty. This provision exists to ensure that claims for refugee protection filed at the border are processed quickly. If, for whatever reason, a claim cannot be processed within three days, it is deemed referred to the RPD, where the issue of eligibility may still be raised: see subsection 104(1) of the Act. Mr. Tobar Toledo's proposal distorts the Act and must be rejected.

CONCLUSION

[77] For these reasons, I am of the view that the appeal should be allowed, the judgment of the Federal Court should be set aside and the ineligibility of Mr. Tobar Toledo's claim for refugee protection should be confirmed.

pour autant étayer le raisonnement qui soutient cette conclusion. Il se contente de faire mention de l'arrêt *Dunsmuir* où les attributs de la décision raisonnable sont exposés.

[74] La question de la raisonabilité ne peut se poser que par rapport à une décision où le décideur jouit d'une discrétion quelconque. Si la Loi impose une conséquence juridique lorsque certains faits sont réunis, le fait de prendre acte de ces faits et d'énoncer la conséquence décrétée par la Loi n'a rien d'une décision discrétionnaire. Le fait que ce soit un agent humain qui constate les faits et communique à l'intéressé la conséquence juridique imposée par la Loi n'en fait pas un décideur qui jouit d'une discrétion.

[75] M. Tobar Toledo croit qu'un pouvoir discrétionnaire découle du paragraphe 100(3) de la Loi selon laquelle la demande d'asile est réputée déferée à la SPR à l'expiration de trois jours du dépôt de la demande si l'agent des services frontaliers ne la juge pas irrecevable entretemps. M. Tobar Toledo prétend que cette disposition accorde à l'agent des services frontaliers la discrétion de suspendre le traitement d'une demande d'asile pendant trois jours de sorte que la demande soit réputée déferée. L'agent pourrait ainsi contourner l'effet de l'alinéa 101(1)b).

[76] À mon avis, un agent qui emploierait un tel stratagème manquerait à son devoir. Cette disposition existe pour assurer que les demandes d'asile déposées à la frontière soient traitées de façon expéditive. Si, pour une raison quelconque, une demande ne peut être traitée à l'intérieur de trois jours, elle est réputée déferée à la SPR où la question de l'irrecevabilité peut toujours être soulevée : voir le paragraphe 104(1) de la Loi. La proposition de M. Tobar Toledo dénature la Loi et doit être rejetée.

CONCLUSION

[77] Pour ces motifs, je suis d'avis que l'appel doit être accueilli, le jugement de la Cour fédérale doit être cassé et l'irrecevabilité de la demande d'asile de M. Tobar Toledo doit être confirmée.

[78] I would answer the certified question as follows:

Question: Does the rejection of a refugee claim submitted by parents accompanied by minor children necessarily render ineligible a later claim submitted by one of those children, having now reached the age of majority, on their own behalf, pursuant to paragraph 101(1)(b) of the Act, regardless of whether the facts on which the second claim is based are different from those on which the original claim submitted by the parents was based?

Answer: The rejection of a refugee claim submitted by a minor child, whether or not that claim has been filed in conjunction with claims by other family members, necessarily renders ineligible a later claim submitted by that child, having now reached the age of majority, pursuant to paragraph 101(1)(b) of the Act, regardless of whether the facts on which the second claim is based are different from those on which the original claim submitted by the child was based.

GAUTHIER J.A.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

[78] Je répondrais à la question certifiée de la façon suivante :

Question : Le rejet d'une demande d'asile présentée par des parents accompagnés d'enfants mineurs emporte-t-il nécessairement l'irrecevabilité d'une demande ultérieure présentée en leur propre nom par l'un de ces enfants devenus majeurs, aux termes de l'alinéa 101(1)b) de la LIPR, peu importe que les faits sur lesquels repose la deuxième demande d'asile soient différents de ceux qui étaient à l'origine de la première demande présentée par les parents?

Réponse : Le rejet d'une demande d'asile présentée par un enfant mineur, qu'elle soit faite de concert avec les demandes d'autres membres de sa famille ou non, emporte nécessairement l'irrecevabilité d'une demande ultérieure présentée par l'enfant devenu majeur, aux termes de l'alinéa 101(1)b) de la LIPR, peu importe que les faits sur lesquels repose la deuxième demande d'asile soient différents de ceux qui étaient à l'origine de la première demande présentée par l'enfant.

LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3