



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2012, Vol. 1, Part 1**

**2012, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**

Cited as [2012] 1 F.C.R., {<sup>3-196</sup><sub>D-1-D-4</sub>

Renvoi [2012] 1 R.C.F., {<sup>3-196</sup><sub>F-1-F-4</sub>

---

## 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., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL  
LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.  
NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.  
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager  
LINDA BRUNET

### Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE  
NATHALIE LALONDE

### Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

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, 2012.

*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 and digests of cases not selected for full-text publication.*

*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.*

### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.  
NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.  
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LINDA BRUNET

### Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE  
NATHALIE LALONDE

### Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiŕte 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, 2012.

*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 et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.*

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiŕte 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.*

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

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.*

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

*Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 ou 1-800-635-7943.*

*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 and digests published in the Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja-cmf.gc.ca>*

---

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

## **CONTENTS**

Appeals noted . . . . .	I
Judgments . . . . .	3–196
Digests . . . . .	D-1–D-4

### **Canada (Citizenship and Immigration) v. Parekh (F.C.) . . . . . 169**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Action for declaration defendants obtaining Canadian citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances—Defendants pleading guilty to charge of making false representations on application for Canadian citizenship contrary to *Citizenship Act*, s. 29(2)(a)—Whether abuse of process occurring herein, stay of proceedings appropriate remedy—Time between moment Citizenship and Immigration Canada becoming aware of defendants' fraud, plaintiff's issuance of statement of claim long even for typical case—Present case not complex; having clear, simple facts—Length of administrative proceedings neither normal nor due to any complexities of case—No satisfactory explanation for three-and-a-half year delay to move revocation process forward, for one and a half year delay between request to refer

## **SOMMAIRE**

Appels notés . . . . .	I
Jugements . . . . .	3–196
Fiches analytiques . . . . .	F-1–F-4

### **Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Parekh (C.F.) . . . . . 169**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Action pour obtention d'un jugement déclaratoire portant que les défendeurs ont acquis la citoyenneté canadienne par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels—Les défendeurs ont plaidé coupable à l'accusation d'avoir fait de fausses déclarations dans leur demande de citoyenneté canadienne en violation de l'art. 29(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*—Il s'agissait de savoir si un abus de procédure a eu lieu en l'espèce et si la suspension de la procédure constituait la mesure réparatrice appropriée—Le délai qui s'est écoulé entre le moment où Citoyenneté et Immigration Canada a été mis au courant de la fraude des défendeurs et le dépôt de la déclaration du demandeur était long, même pour un cas typique—La présente affaire n'était pas complexe et les faits étaient clairs et simples—La

## CONTENTS (Continued)

matter to Federal Court, issuance of statement of claim—Plaintiff alone bearing responsibility for delay—State-caused delays greatly impacting defendants’ lives—If proceedings not stayed, defendants’ inability to reapply for citizenship for next five years constituting prejudice directly resulting from plaintiff’s delay—*Citizenship Act* not contemplating deprivation of citizenship for more than five years in case such as defendants’—Therefore, test for abuse of process met—As for appropriate remedy, criteria for stay met—Outcome of action depriving defendants of what *Citizenship Act* contemplating in s. 22(1)(f); no alternative remedy obviating need for stay—Action stayed.

Administrative Law—Abuse of process—Defendants pleading guilty to charge of making false representations on application for Canadian citizenship contrary to *Citizenship Act*, s. 29(2)(a)—Time between moment Citizenship and Immigration Canada becoming aware of defendants’ fraud, plaintiff’s issuance of statement of claim long even for typical case—Analysis of reasonableness of administrative delay in particular case factual, contextual—Three main factors on which analysis based examined herein—Delay or other instances of unfairness only amounting to abuse of process in clearest of cases—Present instance such a case.

Federal Court Jurisdiction—Whether Court having power to issue stay in context of action for declaration Canadian citizenship falsely obtained—Time between moment Citizenship and Immigration Canada becoming aware of defendants’ fraud, plaintiff’s issuance of statement of claim long even for typical case, constituting abuse of process—While some of defendants’ proposed remedies exceeding Court’s narrow jurisdiction in action such as present one, Court remaining

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

longueur de la procédure administrative n’était pas normale et ne s’expliquait pas non plus par les complexités inhérentes à l’affaire—Il n’y avait aucune explication satisfaisante au délai de trois ans et demi nécessaire pour faire progresser la procédure d’annulation ou au délai d’un an et demi entre la présentation de la demande pour que l’affaire soit renvoyée devant la Cour fédérale et le dépôt de la déclaration qui a initié la présente instance—Le demandeur portait à lui seul l’entière responsabilité du délai—Les délais causés par l’État ont considérablement influé sur la vie des défendeurs—Si la procédure n’était pas suspendue, l’incapacité des défendeurs à présenter une demande de citoyenneté pendant les cinq prochaines années constituerait un préjudice découlant directement du retard causé par le demandeur—La *Loi sur la citoyenneté* ne prévoit pas de privation de la citoyenneté supérieure à cinq ans dans des cas comme celui des défendeurs—Par conséquent, le critère démontrant l’existence d’un abus de procédure était observable—S’agissant de la mesure réparatrice appropriée, le critère applicable à la suspension a été établi—Le dénouement de l’action priverait les défendeurs de l’avantage qui leur est accordé à l’art. 22(1)f) de la *Loi sur la citoyenneté*; il n’y avait pas d’autre mesure réparatrice envisageable qui puisse parer à la nécessité d’une suspension—Action suspendue.

Droit administratif—Abus de procédure—Les défendeurs ont plaidé coupable à l’accusation d’avoir fait de fausses déclarations dans leur demande de citoyenneté canadienne en violation de l’art. 29(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*—Le délai qui s’est écoulé entre le moment où Citoyenneté et Immigration Canada a été mis au courant de la fraude des défendeurs et le dépôt de la déclaration du demandeur était long, même pour un cas typique—L’analyse du caractère raisonnable d’un délai administratif dans une affaire comporte des aspects factuels et contextuels—Les trois facteurs principaux sur lesquels l’analyse repose ont été examinés en l’espèce—La lenteur ou d’autres manifestations d’injustice ne constituent un abus de procédure que dans les cas les plus manifestes—Il s’agissait d’un de ces cas en l’espèce.

Compétence de la Cour fédérale—Il s’agissait de savoir si la Cour était habilitée à suspendre l’action pour obtention d’un jugement déclaratoire portant que la citoyenneté canadienne a été acquise par fraude—Le délai qui s’était écoulé entre le moment où Citoyenneté et Immigration Canada a été mis au courant de la fraude des défendeurs et le dépôt de la déclaration du demandeur était long, même pour un cas typique, et constituait un abus de procédure—Même si certaines des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

master of own process in accordance with *Federal Courts Act*, *Federal Courts Rules*, inherent powers—Stay of proceedings constituting matter which Court having power to control as part of its process, could order remedy without overstepping role under *Citizenship Act*, s. 18(1).

### **Felipa v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.)** ..... 3

Judges and Courts—Appeal from Federal Court decision determining that former judge of superior court who is over age of 75 may be requested to act as deputy judge of Federal Court—Deputy Judge assigned to hear judicial review of immigration decisions in present case over age 75—Federal Court rejecting argument that phrase “any person who has held office as a judge” in *Federal Courts Act*, s. 10(1.1) necessarily excluding person over 75; concluding that since deputy judge of Federal Court not “holding office” as Federal Court judge, cannot “cease to hold office” under mandatory retirement provision—Federal Court wrongly concluding that *Exchequer Court Act*, s. 9, introducing mandatory retirement age for judges, not precluding judge of superior or county court over 75 from being appointed as deputy judge—Before *Federal Court Act* enacted, Parliament not intending that persons 75 or older could be asked to act as deputy judges—Status of deputy judges under *Exchequer Court Act* relevant to deputy judge provision in *Federal Courts Act* since Federal Court successor to Exchequer Court—While jurisdiction of Exchequer Court, Federal Court different, differences not relevant to question of Parliament’s intent concerning age of deputy judges—Despite broad language used in *Federal Courts Act*, s. 10(1.1), that section subject to implied limitation that persons 75 or older should not serve as deputy judges—Contrary interpretation violating Parliament’s manifest legislative policy that person should not be permitted to perform judicial duties after 75—Appeal allowed—*Per* Stratas J.A. (dissenting): Deputy judges may act after attaining 75 years of age—*Federal Courts Act*, s. 10 silent about mandatory retirement at age 75—Act’s distinction between judicial officials who “hold office”, those who do not extending to issue of retirement—*Per diem* status of deputy judges’ remuneration, selection to hear cases by Chief Justice of Federal Court not resulting in lack of judicial independence

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

mesures réparatrices envisagées par les défendeurs outrepasseraient la compétence étroite de la Cour dans une action comme celle qui était en cause, la Cour reste maîtresse de sa propre procédure conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*, aux *Règles des Cours fédérales* et à ses pouvoirs inhérents—La suspension de la procédure est une question que la Cour a le pouvoir de contrôler dans ses propres procédures et la Cour pouvait ordonner cette réparation sans outrepasser sa compétence au sens de l’art. 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté*.

### **Felipa c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.A.F.)** ..... 3

Juges et Tribunaux—Appel à l’encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a déclaré qu’un ancien juge d’une cour supérieure qui a atteint l’âge de 75 ans peut être appelé à agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale—En l’espèce, le juge suppléant désigné pour entendre le contrôle judiciaire de décisions en matière d’immigration avait atteint l’âge de 75 ans—La Cour fédérale a rejeté la prétention selon laquelle les mots « juges, actuels ou anciens » de l’art. 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales* excluent nécessairement une personne qui a atteint l’âge de 75 ans; elle a conclu qu’un juge suppléant de la Cour fédérale n’« exerce pas la charge » de juge de la Cour fédérale et que, par conséquent, il ne peut pas cesser de l’exercer en vertu de la disposition sur la retraite obligatoire—La Cour fédérale a conclu à tort que l’art. 9 de la *Loi de la cour de l’Échiquier*, qui prévoyait la retraite obligatoire de juges, n’empêchait pas un juge d’une cour supérieure ou d’une cour de comté qui avait atteint l’âge de 75 ans d’être nommé juge suppléant—Avant l’édiction de la *Loi sur la Cour fédérale*, le législateur n’avait pas l’intention que des personnes qui avaient atteint l’âge de 75 ans puissent agir en qualité de juge suppléant—Le statut des juges suppléants suivant la *Loi de la cour de l’Échiquier* était pertinent pour l’interprétation des dispositions sur les juges suppléants prévues par la *Loi sur les Cours fédérales* parce que la Cour fédérale est la successeure de la Cour de l’Échiquier—Bien que la compétence de la Cour de l’Échiquier et celle de la Cour fédérale ne soient pas les mêmes, leurs différences n’avaient aucune incidence sur la question de l’intention du législateur à l’égard de l’âge des juges suppléants—Malgré le libellé général de l’art. 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, cette disposition est assujettie à la restriction implicite qui prévoit que les personnes qui ont atteint l’âge de 75 ans ou plus ne devraient pas agir en qualité de juge suppléant—L’interprétation contraire serait en violation de la politique législative claire

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

—Presumption that judges will carry out duties properly, with integrity not rebutted in present case.

Construction of Statutes—Federal Court determining that former judge of superior court who is over age of 75 may be requested to act as deputy judge of Federal Court—Statutory context of *Federal Courts Act*, s. 10(1.1) suggesting that only persons under age of 75 may be requested to act as deputy judges—Text of s. 10(1.1) capable of bearing such interpretation—Contrary interpretation violating manifest legislative policy of Parliament that person should not be permitted to perform judicial duties after 75.

Constitutional Law—Distribution of Powers—Federal Court determining that former judge of superior court who is over age of 75 may be requested to act as deputy judge of Federal Court—Not necessary to decide whether Federal Court judge constituting judge of superior court within meaning of *Constitution Act, 1867*, s. 99(2) in present case—Arguable that s. 101 judges falling within scope of ss. 96, 99, 100 insofar as provisions stating elements of constitutional guarantees of judicial independence—*Per Stratas J.A. (dissenting)*: Mandatory retirement requirement in *Constitution Act, 1867*, s. 99(2) not applying to deputy judges—Federal Court right to consider legislative practice, constitutional understandings herein, in particular long-standing understanding that s. 99 not applying to federal courts created under s. 101.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

établie par le législateur suivant laquelle une personne ne devrait pas être autorisée à exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l'âge de 75 ans—Appel accueilli—Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : Les juges suppléants peuvent exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l'âge de 75 ans—L'art. 10 de la *Loi sur les Cours fédérales* est muet quant à la retraite obligatoire des juges qui ont atteint l'âge de 75 ans—La distinction opérée par la Loi entre les juges qui « *hold office* » [en français, occuper un poste, avoir l'exercice d'une charge, être en fonctions, être nommé] et les officiers de justice à qui l'expression ne s'applique pas ne concerne pas la question de la retraite—Le traitement accordé aux juges suppléants sous forme d'indemnité quotidienne et découlant de leur désignation, par le juge en chef de la Cour fédérale, pour entendre des causes n'entraîne pas un manque d'indépendance judiciaire—La présomption selon laquelle les juges s'acquittent de leurs fonctions avec discernement et intégrité n'a pas été réfutée en l'espèce.

Interprétation des lois—La Cour fédérale a déclaré qu'un ancien juge d'une cour supérieure qui a atteint l'âge de 75 ans peut être appelé à agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale—Le contexte législatif de l'art. 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales* donne à penser que seules les personnes qui n'ont pas atteint l'âge de 75 ans peuvent être appelées à agir en qualité de juge suppléant—Cette interprétation peut s'appuyer sur le texte de l'art. 10(1.1)—L'interprétation contraire serait en violation de la politique législative claire établie par le législateur, suivant laquelle une personne ne devrait pas être autorisée à exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l'âge de 75 ans.

Droit constitutionnel—Partage des pouvoirs—La Cour fédérale a déclaré qu'un ancien juge d'une cour supérieure qui a atteint l'âge de 75 ans peut être appelé à agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale—En l'espèce, il n'était pas nécessaire de trancher la question de savoir si un juge de la Cour fédérale est un juge d'une cour supérieure au sens de l'art. 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*—On peut soutenir que les juges visés par l'art. 101 sont assujettis aux art. 96, 99 et 100 dans la mesure où ces dispositions prévoient les éléments constituant les garanties constitutionnelles d'indépendance judiciaire—Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : L'obligation relative à la retraite obligatoire établie par l'art. 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne s'applique pas aux juges suppléants—La Cour fédérale a eu raison d'examiner les pratiques législatives et l'interprétation de la Constitution en l'espèce, notamment l'interprétation de longue date selon laquelle l'art. 99 ne visait pas les tribunaux fédéraux créés en vertu de l'art. 101.

*Suite à la page suivante*

**CONTENTS (Continued)****Ghasemzadeh v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 116**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of decision by immigration official (counsellor) determining that applicant, Iranian, inadmissible on basis of misrepresentation pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 40(1)(a)—Applicant refusing to answer questions regarding work on classified military projects in Iran—Counsellor finding applicant uncooperative, determining that misrepresentation could have resulted in inaccurate assessment of applicant’s inadmissibility—Issues whether counsellor breaching applicant’s right to procedural fairness; erring in applying s. 40(1)(a)—Counsellor not breaching procedural fairness in not providing further interview to applicant—Counsellor basing decision on misrepresentation, not on unfavourable credibility assessment of applicant—Reasonable explanation for refusing to answer questions not changing fact that applicant withholding information for purposes of s. 40(1)(a)—Counsellor reasoning that withholding answers related to applicant’s work could have resulted in inaccurate assessment of inadmissibility—Omission to cite ground of inadmissibility not constituting error—Refusing to disclose employment activities foreclosing, averting further inquiries, could have induced error in determination of applicant’s inadmissibility—Application dismissed.

**Mercier v. Canada (Correctional Service) (F.C.A.) ..... 72**

Penitentiaries—Appeal from Federal Court decision allowing judicial review challenging legality of Commissioner of Correctional Service of Canada’s Directive banning smoking indoors, outdoors—Federal Court holding, *inter alia*, that Directive not respecting principles in *Corrections and Conditional Release Act*, ss. 4(d),(e), Act not prohibiting possession of tobacco or smoking items, outdoor smoking ban not justifiable—Respondents arguing, *inter alia*, that Directive conflicting with Governor in Council’s power to enact regulations—Whether: Commissioner having legislative authority

*Continued on next page*

**SOMMAIRE (Suite)****Ghasemzadeh c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) ..... 116**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle un fonctionnaire de l’immigration (le conseiller) a conclu que le demandeur, de nationalité iranienne, est interdit de territoire pour fausses déclarations en application de l’art. 40(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Le demandeur avait refusé de répondre à des questions à propos du travail qu’il effectuait dans le cadre de projets militaires classifiés en Iran—Le conseiller avait conclu que le demandeur était peu coopératif et avait estimé que les fausses déclarations auraient pu mener à une évaluation inexacte de l’interdiction de territoire du demandeur—Il s’agissait de savoir si le conseiller avait manqué à l’équité procédurale envers le demandeur et s’il avait commis une erreur dans l’application de l’art. 40(1)a)—En ne convoquant pas une nouvelle fois le demandeur, le conseiller n’avait pas manqué à l’équité procédurale envers lui—La décision du conseiller était fondée sur les fausses déclarations, pas sur une évaluation défavorable de la crédibilité du demandeur—Une explication raisonnable censée justifier un refus de répondre aux questions ne change pas le fait que le demandeur avait refusé de communiquer des renseignements pour l’application de l’art. 40(1)a)—Le conseiller avait conclu que les refus du demandeur de communiquer des renseignements au sujet de ses activités auraient pu conduire à une évaluation inexacte de l’interdiction de territoire—L’omission d’indiquer le motif de l’interdiction de territoire ne constituait pas une erreur—Le fait de refuser de révéler ce qu’étaient les activités exercées dans le cadre de l’emploi avait exclu ou écarté d’autres enquêtes et risquait d’entraîner une erreur sur la question de savoir si le demandeur était ou non interdit de territoire—Demande rejetée.

**Mercier c. Canada (Service correctionnel) (C.A.F.) ..... 72**

Pénitenciers—Appel à l’encontre d’une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire concernant la légalité de la Directive du commissaire du Service correctionnel du Canada interdisant de fumer à l’intérieur et à l’extérieur—La Cour fédérale a conclu, entre autres, que la Directive ne respectait pas les principes énoncés aux art. 4d) et e) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, que la Loi n’interdit pas la possession de tabac et d’articles de fumeur et que l’interdiction de fumer à l’extérieur ne pouvait être justifiée—Les

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

to enact total ban on smoking, Directive falling within scope of Commissioner's powers, measures therein finding support in Act, *Corrections and Conditional Release Regulations*—Governor in Council's power to make regulations not prohibiting Commissioner from issuing directives regarding matters found in Act, s. 70—Duty under s. 70 reinforced by wording of Regulations, s. 83—Parliament intending overlap between Commissioner's power to issue directives, Governor in Council's authority to enact regulations—Commissioner having legislative authority to adopt Directive—Directive falling within ambit of Act, s. 97(c)—Federal Court wrongly substituting its view to that of Commissioner—Appeal allowed.

Practice—Notice of constitutional question—Federal Court allowing review of legality of Correctional Service of Canada Directive—In present appeal from that decision, respondents raising *Canadian Charter of Rights and Freedoms* issues, but failing to file notice of constitutional question pursuant to *Federal Courts Act*, s. 57(1)—Whether respondents barred from raising Charter issues—Whether Directive “regulation” for purpose of s. 57(1)—*Corrections and Conditional Release Act* (Act), s. 98(1) designating rules made under Act, s. 97 as “Commissioner's Directives”—Commissioner's Directives consequently rules within meaning of *Interpretation Act*, s. 2—Notice of constitutional question therefore necessary herein.

### **Parmar v. Canada (Citizenship and Immigration)** **(F.C.) ..... 138**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Judicial review of visa officer's decision denying applicant's permanent residence application on ground dependent son's health condition expected to cause excessive demand on social services pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 38(1)(c)—Visa officer adopting

## SOMMAIRE (Suite)

intimés soutenaient notamment que la Directive entraînait en conflit avec le pouvoir du gouverneur en conseil de prendre des règlements—Il s'agissait de savoir si le commissaire était légalement habilité à imposer une interdiction totale de fumer, si la Directive entraînait dans les limites des pouvoirs conférés au commissaire et si les mesures qu'elle comporte étaient fondées sur la Loi et sur le *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*—Le pouvoir du gouverneur en conseil de prendre des règlements régissant les questions visées à l'art. 70 n'empêche pas la prise de directive à leur égard par le commissaire—Le libellé de l'art. 83 du Règlement renforce l'obligation prévue à l'art. 70—Le chevauchement entre le pouvoir du commissaire d'établir des directives et le pouvoir du gouverneur en conseil de prendre des règlements était voulu par le législateur—Le commissaire était légalement habilité à établir la Directive—La Directive est de celles qui peuvent être établies en vertu de l'art. 97(c) de la Loi—La Cour fédérale a substitué à tort son opinion à celle du commissaire—Appel accueilli.

Pratique—Avis de question constitutionnelle—La Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire concernant la légalité de la Directive du Service correctionnel du Canada—Dans le cadre du présent appel à l'encontre de cette décision, les intimés avaient soulevé des questions relatives à la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais ils avaient omis de signifier un avis de question constitutionnelle en vertu de l'art. 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*—Il s'agissait de savoir si les intimés étaient empêchés d'invoquer la Charte—Il s'agissait de savoir si la Directive pouvait être considérée comme un texte d'application au sens de l'art. 57(1)—L'art. 98(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (la Loi) prévoit que les règles établies en application de l'art. 97 de la Loi sont des directives du commissaire—En conséquence, les directives du commissaire sont des règles judiciaires au sens de l'art. 2 de la *Loi d'interprétation*—Un avis de question constitutionnelle était donc nécessaire en l'espèce.

### **Parmar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)** **(C.F.) ..... 138**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle une agente des visas a rejeté la demande de résidence permanente du demandeur au motif que l'état de santé de son fils à charge risquait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux en vertu de l'art. 38(1) de la *Loi sur*



## CONTENTS (Concluded)

view that applicant's son requiring comprehensive assessment, developmental team—Not satisfied applicant able to offset excessive demand on social services—Whether visa officer breaching procedural fairness, making unreasonable findings of fact—Visa officer's reasons not meeting test for sufficiency as set out in *R. v. R.E.M.*—Merely indicating that applicant's fairness response not changing previously expressed view—Fairness, final refusal letters couched in unfocused, generalized language—Not possible herein to determine if medical officer having considered need for individualized assessment of applicant's son—Visa officer's reasons unreasonably rejecting applicant's plan, violating legislative discretion contained in *Federal Courts Act*, s. 18.1(4)—Findings speculative, contrary to evidence—Application allowed.

## SOMMAIRE (Fin)

*l'immigration et la protection des réfugiés*—L'agente des visas a adopté l'avis selon lequel le fils du demandeur aurait besoin d'une évaluation approfondie et d'un examen de la part d'une équipe de développement multidisciplinaire—Elle n'était pas convaincue que le demandeur pourrait compenser pour le fardeau excessif pour les services sociaux—Il s'agissait de savoir si l'agente des visas a manqué à l'équité procédurale et a tiré des conclusions de fait déraisonnables—Les motifs de l'agente des visas ne satisfaisaient pas au critère pour l'appréciation du caractère suffisant énoncé dans l'arrêt *R. c. R.E.M.*—Elle a simplement inscrit que la réponse relative à l'équité du demandeur ne changeait pas son point de vue exprimé précédemment—La lettre relative à l'équité et la lettre de refus définitive étaient libellées dans un langage imprécis et général—La Cour ne pouvait pas déterminer si le médecin agréé avait tenu compte du besoin d'effectuer une évaluation personnalisée pour le fils du demandeur—Les motifs de l'agente des visas expliquant le rejet du plan du demandeur étaient déraisonnables et étaient contraires au pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*—Les conclusions étaient fondées sur des hypothèses et étaient contraires à la preuve—Demande accueillie.

## APPEALS NOTED

### SUPREME COURT OF CANADA

*Reference re Broadcasting Act* (A-303-09, 2010 FCA 178) has been affirmed on appeal (2012 SCC 4). The reasons for judgment, handed down February 9, 2012, will be published in the *Supreme Court Reports*.

*Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Minister of Health)* (A-492-06, A-499-06, 2009 FCA 166) has been affirmed on appeal (2012 SCC 3). The reasons for judgment, handed down February 3, 2012, will be published in the *Supreme Court Reports*.

*Toronto-Dominion Bank v. Canada* (A-490-09, 2010 FCA 174) has been affirmed on appeal (2012 SCC 1). The reasons for judgment, handed down January 12, 2012, will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for leave to appeal*

*Blizman v. Canada*, A-475-10, judgment dated January 26, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused February 2, 2012.

*Canada (Attorney General) v. Almalki*, A-428-10, 2011 FCA 199, Létourneau J.A., judgment dated June 13, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused January 19, 2012.

*Canadevim Ltée v. Canada*, A-39-10, 2011 FCA 128, Noël J.A., judgment dated April 8, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused February 2, 2012.

*Heli Tech Services (Canada) Ltd. v. Weyerhaeuser Company Limited*, A-278-09, 2011 FCA 193, Sharlow J.A., judgment dated June 7, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused February 9, 2012.

*Obonsawin v. Canada*, A-207-10, 2011 FCA 152, Létourneau J.A., judgment dated May 3, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused February 9, 2012.

*Pfizer Canada Inc. v. Canada (Health)*, A-206-10, 2011 FCA 236, Trudel J.A., judgment dated August 16, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused February 2, 2012.

*Remstar Corporation v. Syndicat des employés-es de TQS Inc. (FNC-CNS)*, A-290-10, 2011 FCA 183, Létourneau J.A., judgment dated May 30, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused February 2, 2012.

## APPELS NOTÉS

### COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Renvoi relatif à la Loi sur la radiodiffusion* (A-303-09, 2010 CAF 178) a été confirmé en appel (2012 CSC 4). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 9 février 2012, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Ministre de la Santé)* (A-492-06, A-499-06, 2009 CAF 166) a été confirmé en appel (2012 CSC 3). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 3 février 2012, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Banque Toronto-Dominion c. Canada* (A-490-09, 2010 CAF 174) a été confirmé en appel (2012 CSC 1). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 12 janvier 2012, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Blizman c. Canada*, A-475-10, jugement en date du 26 janvier 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 2 février 2012.

*Canada (Procureur général) c. Almalki*, A-428-10, 2011 CAF 199, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 13 juin 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 19 janvier 2012.

*Canadevim Ltée c. Canada*, A-39-10, 2011 CAF 128, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 8 avril 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 2 février 2012.

*Heli Tech Services (Canada) Ltd. c. Weyerhaeuser Company Limited*, A-278-09, 2011 CAF 193, le juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 7 juin 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 février 2012.

*Obonsawin v. Canada*, A-207-10, 2011 CAF 152, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 3 mai 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 février 2012.

*Pfizer Canada Inc. c. Canada (Santé)*, A-206-10, 2011 CAF 236, le juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 16 août 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 2 février 2012.

*Remstar Corporation c. Syndicat des employés-es de TQS Inc. (FNC-CNS)*, A-290-10, 2011 CAF 183, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 30 mai 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 2 février 2012.



**Federal Courts  
Reports**

**2012, Vol. 1, Part 1**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2012, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**



A-37-10  
2011 FCA 272

A-37-10  
2011 CAF 272

**Luis Alberto Felipa** (*Appellant*)

**Luis Alberto Felipa** (*appelant*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(*intimé*)

**INDEXED AS: FELIPA v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : FELIPA c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court of Appeal, Sharlow, Dawson and Stratas J.J.A.—Toronto, March 7; Ottawa, October 3, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Sharlow, Dawson et Stratas, J.C.A.—Toronto, 7 mars; Ottawa, 3 octobre 2011.

*Judges and Courts — Appeal from Federal Court decision determining that former judge of superior court who is over age of 75 may be requested to act as deputy judge of Federal Court — Deputy Judge assigned to hear judicial review of immigration decisions in present case over age 75 — Federal Court rejecting argument that phrase “any person who has held office as a judge” in Federal Courts Act, s. 10(1.1) necessarily excluding person over 75; concluding that since deputy judge of Federal Court not “holding office” as Federal Court judge, cannot “cease to hold office” under mandatory retirement provision — Federal Court wrongly concluding that Exchequer Court Act, s. 9, introducing mandatory retirement age for judges, not precluding judge of superior or county court over 75 from being appointed as deputy judge — Before Federal Court Act enacted, Parliament not intending that persons 75 or older could be asked to act as deputy judges — Status of deputy judges under Exchequer Court Act relevant to deputy judge provision in Federal Courts Act since Federal Court successor to Exchequer Court — While jurisdiction of Exchequer Court, Federal Court different, differences not relevant to question of Parliament’s intent concerning age of deputy judges — Despite broad language used in Federal Courts Act, s. 10(1.1), that section subject to implied limitation that persons 75 or older should not serve as deputy judges — Contrary interpretation violating Parliament’s manifest legislative policy that person should not be permitted to perform judicial duties after 75 — Appeal allowed — Per Stratas J.A. (dissenting): Deputy judges may act after attaining 75 years of age — Federal Courts Act, s. 10 silent about mandatory retirement at age 75 — Act’s distinction between judicial officials who “hold office”, those who do not extending to issue of retirement — Per diem status of deputy judges’ remuneration, selection to hear cases by Chief Justice of Federal Court not resulting in lack of judicial independence — Presumption that judges will carry out duties properly, with integrity not rebutted in present case.*

*Juges et Tribunaux — Appel à l’encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a déclaré qu’un ancien juge d’une cour supérieure qui a atteint l’âge de 75 ans peut être appelé à agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale — En l’espèce, le juge suppléant désigné pour entendre le contrôle judiciaire de décisions en matière d’immigration avait atteint l’âge de 75 ans — La Cour fédérale a rejeté la prétention selon laquelle les mots « juges, actuels ou anciens » de l’art. 10(1.1) de la Loi sur les Cours fédérales excluent nécessairement une personne qui a atteint l’âge de 75 ans; elle a conclu qu’un juge suppléant de la Cour fédérale n’« exerce pas la charge » de juge de la Cour fédérale et que, par conséquent, il ne peut pas cesser de l’exercer en vertu de la disposition sur la retraite obligatoire — La Cour fédérale a conclu à tort que l’art. 9 de la Loi de la cour de l’Échiquier, qui prévoyait la retraite obligatoire de juges, n’empêchait pas un juge d’une cour supérieure ou d’une cour de comté qui avait atteint l’âge de 75 ans d’être nommé juge suppléant — Avant l’édition de la Loi sur la Cour fédérale, le législateur n’avait pas l’intention que des personnes qui avaient atteint l’âge de 75 ans puissent agir en qualité de juge suppléant — Le statut des juges suppléants suivant la Loi de la cour de l’Échiquier était pertinent pour l’interprétation des dispositions sur les juges suppléants prévues par la Loi sur les Cours fédérales parce que la Cour fédérale est la successeuse de la Cour de l’Échiquier — Bien que la compétence de la Cour de l’Échiquier et celle de la Cour fédérale ne soient pas les mêmes, leurs différences n’avaient aucune incidence sur la question de l’intention du législateur à l’égard de l’âge des juges suppléants — Malgré le libellé général de l’art. 10(1.1) de la Loi sur les Cours fédérales, cette disposition est assujettie à la restriction implicite qui prévoit que les personnes qui ont atteint l’âge de 75 ans ou plus ne devraient pas agir en qualité de juge suppléant — L’interprétation contraire serait en violation de la politique législative claire établie par le législateur suivant laquelle une personne ne devrait pas*

*Construction of Statutes — Federal Court determining that former judge of superior court who is over age of 75 may be requested to act as deputy judge of Federal Court — Statutory context of Federal Courts Act, s. 10(1.1) suggesting that only persons under age of 75 may be requested to act as deputy judges — Text of s. 10(1.1) capable of bearing such interpretation — Contrary interpretation violating manifest legislative policy of Parliament that person should not be permitted to perform judicial duties after 75.*

*Constitutional Law — Distribution of Powers — Federal Court determining that former judge of superior court who is over age of 75 may be requested to act as deputy judge of Federal Court — Not necessary to decide whether Federal Court judge constituting judge of superior court within meaning of Constitution Act, 1867, s. 99(2) in present case — Arguable that s. 101 judges falling within scope of ss. 96, 99, 100 insofar as provisions stating elements of constitutional guarantees of judicial independence — Per Stratas J.A. (dissenting): Mandatory retirement requirement in Constitution Act, 1867, s. 99(2) not applying to deputy judges — Federal Court right to consider legislative practice, constitutional understandings herein, in particular long-standing understanding that s. 99 not applying to federal courts created under s. 101.*

This was an appeal from a Federal Court decision determining that a former judge of a superior court who is over the age of 75 may be requested to act as a deputy judge of the Federal Court. The Federal Court dismissed the

*être autorisée à exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l'âge de 75 ans — Appel accueilli — Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : Les juges suppléants peuvent exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l'âge de 75 ans — L'art. 10 de la Loi sur les Cours fédérales est muet quant à la retraite obligatoire des juges qui ont atteint l'âge de 75 ans — La distinction opérée par la Loi entre les juges qui « hold office » [en français, occuper un poste, avoir l'exercice d'une charge, être en fonctions, être nommé] et les officiers de justice à qui l'expression ne s'applique pas ne concerne pas la question de la retraite — Le traitement accordé aux juges suppléants sous forme d'indemnité quotidienne et découlant de leur désignation, par le juge en chef de la Cour fédérale, pour entendre des causes n'entraîne pas un manque d'indépendance judiciaire — La présomption selon laquelle les juges s'acquittent de leurs fonctions avec discernement et intégrité n'a pas été réfutée en l'espèce.*

*Interprétation des lois — La Cour fédérale a déclaré qu'un ancien juge d'une cour supérieure qui a atteint l'âge de 75 ans peut être appelé à agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale — Le contexte législatif de l'art. 10(1.1) de la Loi sur les Cours fédérales donne à penser que seules les personnes qui n'ont pas atteint l'âge de 75 ans peuvent être appelées à agir en qualité de juge suppléant — Cette interprétation peut s'appuyer sur le texte de l'art. 10(1.1) — L'interprétation contraire serait en violation de la politique législative claire établie par le législateur, suivant laquelle une personne ne devrait pas être autorisée à exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l'âge de 75 ans.*

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — La Cour fédérale a déclaré qu'un ancien juge d'une cour supérieure qui a atteint l'âge de 75 ans peut être appelé à agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale — En l'espèce, il n'était pas nécessaire de trancher la question de savoir si un juge de la Cour fédérale est un juge d'une cour supérieure au sens de l'art. 99(2) de la Loi constitutionnelle de 1867 — On peut soutenir que les juges visés par l'art. 101 sont assujettis aux art. 96, 99 et 100 dans la mesure où ces dispositions prévoient les éléments constituant les garanties constitutionnelles d'indépendance judiciaire — Le juge Stratas, J.C.A. (dissent) : L'obligation relative à la retraite obligatoire établie par l'art. 99(2) de la Loi constitutionnelle de 1867 ne s'applique pas aux juges suppléants — La Cour fédérale a eu raison d'examiner les pratiques législatives et l'interprétation de la Constitution en l'espèce, notamment l'interprétation de longue date selon laquelle l'art. 99 ne visait pas les tribunaux fédéraux créés en vertu de l'art. 101.*

Il s'agissait d'un appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a déclaré qu'un ancien juge d'une cour supérieure qui a atteint l'âge de 75 ans peut être appelé à agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale. La Cour

appellant's motion that would preclude a particular deputy judge who is over the age of 75 from hearing his applications for judicial review.

The appellant is a foreign national living in Canada who is at risk of being removed therefrom. He was granted leave to apply for judicial review of two decisions made by a pre-removal risk assessment officer. A Deputy Judge of the Federal Court was assigned to hear both cases. When the appellant's counsel became aware that the Deputy Judge assigned to hear the applications was over 75, he filed a motion in both Federal Court files seeking a number of rulings to the effect that a person cannot act as a deputy judge of the Federal Court after attaining the age of 75. The Federal Court rejected the appellant's argument that, based on subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867* or subsection 8(2) of the *Federal Courts Act* or both, the phrase "any person who has held office as a judge" in subsection 10(1.1) of the *Federal Courts Act* necessarily excludes a person who is over the age of 75. The Federal Court concluded that a deputy judge of the Federal Court does not "hold office" as a Federal Court judge and therefore cannot "cease to hold office" under a mandatory retirement provision that requires a judge to "cease to hold office" upon attaining the age of 75.

The issue was whether subsection 10(1.1) of the *Federal Courts Act* authorizes the Chief Justice of the Federal Court to ask a person who is 75 years of age or older to act as a judge of the Federal Court.

*Held* (Stratas J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Sharlow and Dawson J.J.A.: While no limit is placed upon the phrases "any person who has held office as a judge of a superior, county or district court in Canada" and "les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure, de comté ou de district" found in subsection 10(1.1) of the *Federal Courts Act*, statutory interpretation requires in every case an examination of statutory context. The statutory context herein suggests that only persons under the age of 75 may be requested to act as deputy judges. Because this is an interpretation that the text of subsection 10(1.1) is capable of bearing, it was the interpretation that was adopted.

A review of the legislative evolution and history of the deputy judge provisions showed that prior to the enactment

fédérale a rejeté la requête par laquelle l'appellant voulait empêcher un certain juge suppléant âgé de plus de 75 ans de statuer sur sa demande de contrôle judiciaire.

L'appellant est un étranger vivant au Canada qui risque de se faire renvoyer. Il a obtenu l'autorisation de présenter une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'égard de deux décisions rendues par un agent d'examen des risques avant renvoi. Un juge suppléant de la Cour fédérale a été désigné pour entendre les deux demandes. Lorsque l'avocat de l'appellant a appris que le juge suppléant désigné pour statuer sur les demandes avait plus de 75 ans, il a déposé dans les deux dossiers dont était saisie la Cour fédérale une requête dans laquelle il sollicitait un certain nombre de conclusions portant qu'une personne ne peut pas agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale après avoir atteint l'âge de 75 ans. La Cour fédérale a rejeté la prétention de l'appellant selon laquelle, sur le fondement du paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et du paragraphe 8(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, les mots « juges, actuels ou anciens » du paragraphe 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales* excluent nécessairement une personne qui a atteint l'âge de 75 ans. La Cour fédérale a conclu qu'un juge suppléant de la Cour fédérale n'« exerce pas la charge » de juge de la Cour fédérale et que, par conséquent, il ne peut pas cesser de l'exercer lorsqu'il atteint l'âge de 75 ans. En effet, les dispositions sur la retraite obligatoire prévoient que le juge cesse « d'occuper sa charge » à 75 ans.

La question à trancher était celle de savoir si le paragraphe 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales* autorise le juge en chef de la Cour fédérale à investir des pouvoirs des juges de la Cour fédérale une personne qui a atteint l'âge de 75 ans.

*Arrêt* (le juge Stratas, J.C.A., dissident) : l'appel doit être accueilli.

Les juges Sharlow et Dawson, J.C.A. : Bien qu'aucune limite ne soit fixée sur les mots « les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure, de comté ou de district » et « any person who has held office as a judge of a superior, county or district court in Canada » qui se trouvent au paragraphe 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, l'interprétation des lois commande que les tribunaux effectuent chaque fois un examen du contexte législatif. Le contexte législatif en l'espèce donne à penser que seules les personnes qui n'ont pas atteint l'âge de 75 ans peuvent être appelées à agir en qualité de juge suppléant. Vu qu'il s'agit d'une interprétation qui peut s'appuyer sur le texte du paragraphe 10(1.1), cette interprétation a été adoptée.

Un examen de l'évolution législative et de l'historique des dispositions sur les juges suppléants révélait qu'avant



of the *Federal Court Act*, Parliament did not intend that persons 75 years of age or older could be asked to act as deputy judges. The status of deputy judges under the *Exchequer Court Act* was relevant to the interpretation of the deputy judge provision in the *Federal Courts Act* since the Federal Court is the successor to the Exchequer Court and the provisions regarding deputy judges contained in the *Exchequer Court Act* were continued in its successor statutes. In 1927, section 9 of the *Exchequer Court Act* introduced a mandatory retirement age for its judges who were to cease to hold office upon attaining the age of 75. The Federal Court wrongly concluded that when this mandatory retirement provision came into effect, a judge of a superior or county court over the age of 75 could be appointed as a deputy judge since the provision constituted a limitation and not a qualification. Section 9 of the *Exchequer Court Act* had broad application—it applied to sitting judges of the Exchequer Court and to those to be appointed in the future. Persons 75 years of age were no longer qualified or eligible to be appointed to the Court. While the jurisdiction of the Exchequer Court and the Federal Court are different, those differences were not relevant to the question of Parliament’s intent concerning the age of deputy judges. Statutory amendments to the *Exchequer Court Act* after 1927 did not reflect a change in legislative intent concerning the age of deputy judges.

The current statutory context of the *Federal Courts Act* was also considered. Despite the broad language used in subsection 10(1.1) thereof, it must be understood to be subject to the implied limitation that persons 75 years of age or older should not serve as deputy judges. The contrary interpretation would violate the manifest legislative policy of Parliament that a person should not be permitted to perform judicial duties after attaining the age of 75. The purpose of subsection 10(1.1) of the *Federal Courts Act* is to facilitate the administration of justice by allowing the Chief Justice to augment his or her judicial resources from time to time when an additional full-time position is not necessary or available. While subsection 10(1.1) should be interpreted to promote this legislative purpose, there was no evidence that this purpose requires that persons 75 years of age and older be permitted to act as a deputy judge.

It was not necessary to address the scope of subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867* and more particularly whether a Federal Court judge is a judge of a superior court

l’édiction de la *Loi sur la Cour fédérale*, le législateur n’avait pas l’intention que des personnes qui avaient atteint l’âge de 75 ans puissent agir en qualité de juge suppléant. Le statut des juges suppléants suivant la *Loi de la cour de l’Échiquier* était pertinent pour l’interprétation des dispositions sur les juges suppléants prévues par la *Loi sur les Cours fédérales* parce que la Cour fédérale est la successeuse de la Cour de l’Échiquier et que les dispositions sur les juges suppléants dans la *Loi de la cour de l’Échiquier* ont été maintenues dans les lois qui lui ont succédé. En 1927, l’article 9 de la *Loi de la cour de l’Échiquier*, qui prévoyait la retraite obligatoire de ses juges qui devaient cesser d’occuper leur charge lorsqu’ils atteignaient l’âge de 75 ans, est entré en vigueur. La Cour fédérale a conclu à tort que lorsque cette disposition sur la retraite obligatoire est entrée en vigueur, un juge d’une cour supérieure ou d’une cour de comté qui avait atteint l’âge de 75 ans pouvait être nommé juge suppléant parce que la disposition constituait une limite et non pas une qualité requise. L’article 9 de la *Loi de la cour de l’Échiquier* avait une grande portée, il s’appliquait aux juges en fonction et aux futurs juges. Les personnes qui avaient atteint 75 ans n’avaient plus les qualités requises ou n’étaient plus admissibles à une nomination à la Cour de l’Échiquier. Bien que la compétence de la Cour de l’Échiquier et celle de la Cour fédérale ne soient pas les mêmes, leurs différences n’avaient aucune incidence sur la question de l’intention du législateur à l’égard de l’âge des juges suppléants. Les modifications législatives apportées à la *Loi de la cour de l’Échiquier* après 1927 ne traduisaient pas un changement de l’intention du législateur concernant l’âge des juges suppléants.

Le contexte législatif à l’heure actuelle de la *Loi sur les Cours fédérales* a aussi été examiné. Malgré le libellé général du paragraphe 10(1.1) de cette loi, il faut considérer ce paragraphe comme étant assujéti à la restriction implicite qui prévoit que les personnes qui ont atteint l’âge de 75 ans ou plus ne devraient pas agir en qualité de juge suppléant. L’interprétation contraire serait en violation de la politique législative claire établie par le législateur, suivant laquelle une personne ne devrait pas être autorisée à exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l’âge de 75 ans. Le paragraphe 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales* vise à faciliter l’administration de la justice en permettant au juge en chef d’augmenter ses ressources judiciaires au besoin lorsqu’une nomination à temps plein n’est pas justifiée ou qu’elle n’est pas possible. Bien que le paragraphe 10(1.1) doive être interprété de façon à atteindre cet objet, la Cour n’a été saisie d’aucune preuve établissant que cet objet exige qu’on permette la nomination de personnes qui ont atteint l’âge de 75 ans comme juge suppléant.

Il n’était pas nécessaire de traiter de la portée du paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, plus particulièrement, de la question de savoir si un juge de la

within the meaning of subsection 99(2) given the basis on which the appeal was disposed of. Case law has not provided a conclusive answer to the question of whether sections 96, 99 and 100 apply to the judges of courts established under section 101 of the *Constitution Act, 1867*. It is arguable that section 101 judges are within the scope of sections 96, 99 and 100 insofar as those provisions state the elements of the constitutional guarantees of judicial independence, even though the *Constitution Act, 1867* is not the only source of those constitutional guarantees.

*Per Stratas J.A. (dissenting):* An assessment of all the interpretive clues results in the conclusion that deputy judges may act after attaining 75 years of age. Unlike other legislative provisions, section 10 of the *Federal Courts Act* makes all former superior, county or district court judges eligible to serve as deputy judges and does not use express language prohibiting those who have attained 75 years of age from serving. It is indeed silent about mandatory retirement at age 75. Parliament's failure in section 10 to follow its consistent drafting practice when it imposes mandatory retirement was an important interpretive clue suggesting that deputy judges under the *Federal Courts Act* can continue to act after attaining 75 years of age. The *Federal Courts Act* distinguishes between judicial officials who "hold office" and those who do not, such as deputy judges. This distinction extends to the issue of retirement. While office holders must cease to hold office on becoming 75, Parliament has not provided for a retirement age for non-office holding judicial officials, including deputy judges. The consistent scheme in Parliament's legislative text concerning office holders and non-office holders supplies clear meaning that only Parliament can modify. The status of deputy judges under the *Exchequer Court Act* had little bearing, if any, on the issue in the present case. And in the event that it did, it confirmed that deputy judges of the Federal Court can act after attaining 75 years of age. Moreover, section 10 of the *Federal Courts Act* allows for the appointment of additional judicial officials—deputy judges—to assist with temporary surges and overflows of work, thereby furthering the objectives of access to timely justice and the efficient operation of the Federal Court.

Cour fédérale est un juge d'une cour supérieure au sens du paragraphe 99(2) vu le fondement de la décision rendue relativement à l'appel. La jurisprudence n'a pas fourni de réponse définitive quant à savoir si les articles 96, 99 et 100 s'appliquent aux juges des tribunaux établis en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. On peut soutenir que ces juges sont visés par les articles 96, 99 et 100 dans la mesure où ces dispositions prévoient les éléments constituant les garanties constitutionnelles d'indépendance judiciaire, et ce, malgré que la *Loi constitutionnelle de 1867* ne soit pas l'unique source de ces garanties constitutionnelles.

*Le juge Stratas, J.C.A. (dissent) :* Il appert d'un examen de toutes les pistes d'interprétation que les juges suppléants peuvent exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l'âge de 75 ans. Contrairement à d'autres dispositions législatives, l'article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit que tout ancien juge d'une cour supérieure, d'une cour de comté ou d'une cour de district peut agir en qualité de juge suppléant, et son libellé n'interdit pas expressément aux juges qui ont atteint l'âge de 75 ans d'exercer des fonctions judiciaires. Il est effectivement muet quant à la retraite obligatoire des juges qui ont atteint l'âge de 75 ans. Le fait que le législateur, à l'article 10, n'a pas suivi sa pratique habituelle de rédaction en matière de retraite obligatoire constitue une piste d'interprétation importante qui donne à penser que les juges suppléants nommés suivant la *Loi sur les Cours fédérales* peuvent continuer d'exercer des fonctions judiciaires lorsqu'ils atteignent l'âge de 75 ans. La *Loi sur les Cours fédérales* opère une distinction entre les juges qui « hold office » [en français, occuper un poste, avoir l'exercice d'une charge, être en fonctions, être nommé] et les officiers de justice à qui l'expression ne s'applique pas, comme les juges suppléants. Cette différence concerne aussi la question de la retraite. Même si la limite d'âge pour l'exercice de la charge est de 75 ans, le législateur n'a prévu d'âge de retraite pour aucun des officiers de justice qui n'exercent pas de charge, notamment les juges suppléants. Le régime uniforme qui ressort du texte de loi édicté par le législateur concernant les personnes qui exercent une charge et celles qui n'exercent pas de charge donne un sens très clair au texte, que seul le législateur peut modifier. Le statut des juges suppléants au titre de la *Loi de la cour de l'Échiquier* n'importe guère quant à la question soulevée en l'espèce. Dans la mesure où la *Loi de la cour de l'Échiquier* a un rapport avec la question dont la Cour est saisie, cette loi confirme que les juges suppléants de la Cour fédérale peuvent exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l'âge de 75 ans. Qui plus est, l'article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales* permet la nomination d'officiers de justice supplémentaires — des juges suppléants — pour aider à faire face aux surcharges de travail temporaires, ce qui contribue à la réalisation des objectifs de l'accès à la justice en temps utile et du fonctionnement efficace de la Cour fédérale.

The mandatory retirement requirement in subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867* does not apply to deputy judges. In this particular context and case, the Federal Court was right to consider legislative practice and constitutional understandings. For nearly a century and a half, everyone, including Parliament, has been acting on the basis that section 99 of the *Constitution Act, 1867* does not apply to the federal courts created under section 101 thereof. There is no evidence of any other practice or understanding to the contrary.

The *per diem* status of deputy judges' remuneration and their selection to hear cases by the Chief Justice of the Federal Court does not result in a lack of judicial independence. Judicial independence has both an individual and an institutional dimension. Because the goal of judicial independence is maintaining public confidence in the impartiality of the judiciary, judges must not only be independent in fact but must also be seen to be independent. In this case, the informed person, viewing the matter realistically and practically, would conclude that there is no actual or apparent threat to judicial independence. The presumption that judges will carry out their duties properly, with integrity and will not allow themselves to be manipulated or influenced by their Chief Justice in a particular case was not rebutted in this case.

L'obligation relative à la retraite obligatoire établie par le paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne s'applique pas aux juges suppléants. La Cour fédérale avait raison en l'espèce d'examiner les pratiques législatives et l'interprétation de la Constitution. Pendant près d'un siècle et demi, tous les intéressés, y compris le Parlement, ont agi comme si l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne visait pas les tribunaux fédéraux créés en vertu de l'article 101 de cette loi. Il n'y a aucune preuve d'une pratique ou d'une conception contraire.

Le traitement accordé aux juges suppléants sous forme d'indemnité quotidienne et découlant de leur désignation, par le juge en chef de la Cour fédérale, pour entendre des causes n'entraîne pas un manque d'indépendance judiciaire. L'indépendance judiciaire comporte un aspect individuel et un aspect institutionnel. Vu que l'objectif de l'indépendance judiciaire est le maintien de la confiance du public dans l'impartialité de la magistrature, les juges ne peuvent se contenter d'être effectivement indépendants, ils doivent aussi paraître l'être. En l'espèce, une personne bien renseignée, qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, conclurait que l'indépendance judiciaire n'est nullement menacée, ni en apparence, ni dans les faits. La présomption selon laquelle les juges s'acquittent de leurs fonctions avec discernement et intégrité et selon laquelle ils ne se laisseront pas manipuler ou influencer par leur juge en chef dans une affaire donnée n'a pas été réfutée en l'espèce.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Act of Settlement (The), 1700* (U.K.), 12 & 13 Will. III, c. 2.  
*An Act to amend the Exchequer Court Act*, S.C. 1912, c. 21, s. 1.  
*An Act to amend the Exchequer Court Act*, S.C. 1920, c. 26, s. 2.  
*An Act to amend the Exchequer Court Act*, S.C. 1926-27, c. 30, s. 1.  
*An Act to amend the Supreme Court Act*, S.C. 1926-27, c. 38, s. 2.  
*An Act to amend "The Supreme and Exchequer Courts Act," and to make better provision for the Trial of Claims against the Crown*, S.C. 1887, c. 16, ss. 2, 3(1),(2),(5), 4.  
*Auditor General Act*, R.S.C., 1985, c. A-17, s. 3(2) (as am. by S.C. 2006, c. 9, s. 110).  
*British North America Act, 1867 (The)*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5].  
*British North America Act, 1960*, 9 Eliz. II, c. 2 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 37].  
*CN Commercialization Act*, S.C. 1995, c. 24, s. 17(2).  
*Canada Council for the Arts Act*, R.S.C., 1985, c. C-2, s. 11 (as am. by S.C. 1995, c. 29, s. 8; 2003, c. 22, s. 225(E)).  
*Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, s. 13(2).  
*Canada Marine Act*, S.C. 1998, c. 10, s. 11.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Act of Settlement (The), 1700* (R.-U.), 12 & 13 Will. III, ch. 2.  
*Acte à l'effet de modifier l'Acte des cours Suprême et de l'Échiquier, et d'établir de meilleures dispositions pour l'instruction des réclamations contre la Couronne*, S.C. 1887, ch. 16, art. 2, 3(1),(2),(5), 4.  
*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11.  
*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5].  
*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1960*, 9 Eliz. II, ch. 2 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 37].  
*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].  
*Commissions and Salaries of Judges Act* (R.-U.), 1 Geo. III, ch. 23.  
 Décret C.P. 2003-1779.  
*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. 92(14), 96, 97, 98, 99, 100, 101, 129.

- Canada Mortgage and Housing Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-7, s. 8(3) (as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 224(E)).
- 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].
- Commissions and Salaries of Judges Act* (U.K.), 1 Geo. III, c. 23.
- 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 I) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 92(14), 96, 97, 98, 99, 100, 101, 129.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 18.
- Courts Administration Service Act*, S.C. 2002, c. 8, ss. 19, 185(13).
- Divorce Act*, S.C. 1967-68, c. 24, s. 23(2).
- Exchequer Court Act*, R.S.C. 1906, c. 140, ss. 5, 8.
- Exchequer Court Act*, R.S.C. 1927, c. 34, ss. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11.
- Exchequer Court Act*, R.S.C. 1952, c. 98, s. 8 (as am. by S.C. 1967-68, c. 24, s. 23).
- Exchequer Court Act*, R.S.C. 1970, c. E-11, s. 9.
- Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 10.
- Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 5 (as am. *idem*, s. 16), 5.1 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 144; 2002, c. 8, s. 16), 5.2 (as enacted *idem*), 5.3 (as enacted *idem*), 5.4 (as enacted *idem*; 2006, c. 11, s. 20), 6 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 16; 2006, c. 11, s. 21), 7 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 17; 2006, c. 11, s. 22(E)), 8 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 18), 9 (as am. *idem*, s. 19), 10 (as am. *idem*), 10.1 (as enacted *idem*), 12(7) (as am. *idem*, s. 20), (8) (as am. *idem*), 13 (as am. *idem*, s. 21), 45 (as am. *idem*, s. 42).
- Formal Documents Regulations*, C.R.C., c. 1331, s. 4(6).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 72(1),(2)(e), 74(d).
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 45(4).
- Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, s. 41.1 (as enacted by S.C. 2001, c. 7, s. 20; 2006, c. 11, s. 10).
- Northwest Territories Act*, R.S.C., 1985, c. N-27, s. 33.
- Nunavut Act*, S.C. 1993, c. 28, s. 31(3).
- Order in Council P.C. 2003-1779.
- Public Officers Act*, R.S.C., 1985, c. P-31, s. 3 (as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 224(E)).
- Supreme and Exchequer Court Act (The)*, S.C. 1875, c. 11.
- Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 9(2), 27(2).
- Tax Court of Canada*, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 7(2) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 16, s. 8).
- Telesat Canada Reorganization and Divestiture Act*, S.C. 1991, c. 52, s. 18(2).
- 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. 18.
- Loi de la cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1906, ch. 140, art. 5, 8.
- Loi de la cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1927, ch. 34, art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 45(4).
- Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, art. 13(2).
- Loi maritime du Canada*, L.C. 1998, ch. 10, art. 11.
- Loi modifiant la loi de la Cour de l'Échiquier*, S.C. 1912, ch. 21, art. 1.
- Loi modifiant la Loi de la cour de l'Échiquier*, S.C. 1920, ch. 26, art. 2.
- Loi modifiant la Loi de la cour de l'Échiquier*, S.C. 1926-27, ch. 30, art. 1.
- Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, S.C. 1926-27, ch. 38, art. 2.
- Loi sur la commercialisation du CN*, L.C. 1995, ch. 24, art. 17(2).
- Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, art. 7(2) (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 16, art. 8).
- Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1952, ch. 98, art. 8 (mod. par S.C. 1967-68, ch. 24, art. 23).
- Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1970, ch. E-11, art. 9.
- Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, ch. 1.
- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 10.
- Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 9(2), 27(2).
- Loi sur la réorganisation et l'aliénation de Télésat Canada*, L.C. 1991, ch. 52, art. 18(2).
- Loi sur la Société canadienne d'hypothèques et de logement*, L.R.C. (1985), ch. C-7, art. 8(3) (mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 224(A)).
- Loi sur le Conseil des Arts du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-2, art. 11 (mod. par L.C. 1995, ch. 29, art. 8; 2003, ch. 22, art. 225(A)).
- Loi sur le divorce*, S.C. 1967-68, ch. 24, art. 23(2).
- Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, ch. 28, art. 31(3).
- Loi sur le Service administratif des tribunaux judiciaires*, L.C. 2002, ch. 8, art. 19, 185(13).
- Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel)*, L.C. 1995, ch. 18, art. 106, 107, 108 (mod. par L.C. 2000, ch. 34, art. 94(F)).
- Loi sur le vérificateur général*, L.R.C. (1985), ch. A-17, art. 3(2) (mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 110).
- Loi sur le Yukon*, L.C. 2002, ch. 7, art. 39.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 5 (mod., *idem*, art. 16), 5.1 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 144; 2002, ch. 8, art. 16), 5.2 (édicte, *idem*), 5.3 (édicte, *idem*), 5.4 (édicte,

*Veterans Review and Appeal Board Act*, S.C. 1995, c. 18, ss. 106, 107, 108 (as am. by S.C. 2000, c. 34, s. 94(F)).  
*Yukon Act*, S.C. 2002, c. 7, s. 39.

*idem*; 2006, ch. 11, art. 20), 6 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 16; 2006, ch. 11, art. 21), 7 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 17; 2006, ch. 11, art. 22(A)), 8 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 18), 9 (mod., *idem*, art. 19), 10 (mod., *idem*), 10.1 (édicte, *idem*), 12(7) (mod., *idem*, art. 20), (8) (mod., *idem*), 13 (mod., *idem*, art. 21), 45 (mod., *idem*, art. 42).  
*Loi sur les fonctionnaires publics*, L.R.C. (1985), ch. P-31, art. 3 (mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 224(A)).  
*Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 41.1 (édicte par L.C. 2001, ch. 7, art. 20; 2006, ch. 11, art. 10).  
*Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, L.R.C. (1985), ch. N-27, art. 33.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 72(1),(2)e, 74d).  
*Règlement sur les documents officiels*, C.R.C., ch. 1331, art. 4(6).

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 126 C.R.R. (2d) 298; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, (1997), 151 D.L.R. (4th) 119, 1 Admin. L.R. (3d) 1; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, 259 D.L.R. (4th) 193, [2005] 5 C.T.C. 215; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306, 331 D.L.R. (4th) 513, 18 Admin. L.R. (5th) 181; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141, 258 D.L.R. (4th) 595, 32 Admin. L.R. (4th) 159; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, 380 A.R. 1, 263 D.L.R. (4th) 193; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, (1999), 171 D.L.R. (4th) 1, 133 C.C.C. (3d) 129; *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, Ex parte Spath Holme Ltd.*, [2001] 2 A.C. 349 (H.L.); *Addy v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 452, (1985), 22 D.L.R. (4th) 52, 8 C.C.E.L. 13 (T.D.); *Attorney-General for Ontario and Others v. Attorney-General for Canada and Others and Attorney-General for Quebec*, [1947] A.C. 127 (P.C.); *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.); *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673, (1985), 24 D.L.R. (4th) 161, 23 C.C.C. (3d) 193; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, (1986), 30 D.L.R. (4th) 481, 26 C.R.R. 59; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, 245 N.B.R. (2d) 299, 209 D.L.R. (4th) 564.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *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; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, Ex parte Spath Holme Ltd.*, [2001] 2 A.C. 349 (H.L.); *Addy c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 452 (1<sup>re</sup> inst.); *Attorney-General for Ontario and Others v. Attorney-General for Canada and Others and Attorney-General for Quebec*, [1947] A.C. 127 (P.C.); *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.); *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, 245 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 299.

## REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, 219 D.L.R. (4th) 385, 49 Admin. L.R. (3d) 1; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867, 205 Nfld. & P.E.I.R. 304, 203 D.L.R. (4th) 513; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, 327 D.L.R. (4th) 513, 14 Admin. L.R. (5th) 1; *Canada 3000 Inc. (Re); Inter-Canadian (1991) Inc. (Trustee of)*, 2006 SCC 24, [2006] 1 S.C.R. 865, 269 D.L.R. (4th) 79, 20 C.B.R. (5th) 1; *Perka et al. v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, (1984), 13 D.L.R. (4th) 1, [1984] 6 W.W.R. 289; *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; R. v. Campbell; R. v. Ekmeccic; R. v. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)*, [1997] 3 S.C.R. 3, (1997), 206 A.R. 1, 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, 235 D.L.R. (4th) 216, 180 C.C.C. (3d) 449; *Steel v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 153, 418 N.R. 327; *Société des Acadiens v. Association of Parents*, [1986] 1 S.C.R. 549, (1986), 69 N.B.R. (2d) 271, 27 D.L.R. (4th) 406; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385, 55 C.R.R. (2d) 1; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, (1987), 38 D.L.R. (4th) 321, [1987] 3 W.W.R. 1; *Reference re The Farm Products Marketing Act, R.S.O. 1950, Chapter 131, as amended*, [1957] S.C.R. 198, (1957), 7 D.L.R. (2d) 257; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857, 330 A.R. 201, 227 D.L.R. (4th) 217; *R. v. Teskey*, 2007 SCC 25, [2007] 2 S.C.R. 267, 412 A.R. 361, 280 D.L.R. (4th) 486; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259, 231 D.L.R. (4th) 1, [2004] 2 W.W.R. 1; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, (1997), 161 N.S.R. (2d) 241, 151 D.L.R. (4th) 193; *Corporal Alexis Leblanc v. Her Majesty the Queen*, 2011 CMAC 2.

## AUTHORS CITED

Bastarache, Michel *et al.* *The Law of Bilingual Interpretation*, 1st ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.  
 Bennion, Francis. *Bennion on Statutory Interpretation: A Code*, 5th ed. London: LexisNexis, 2008.  
 Burnette, Jason T. "Eyes on Their Own Paper: Practical Construction in Constitutional Interpretation" (2004-2005), 39 *Ga. L. Rev.* 1065.  
 Bushnell, Ian. *The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Canada 3000 Inc. (Re); Inter-Canadian (1991) Inc. (Syndic de)*, 2006 CSC 24, [2006] 1 R.C.S. 865; *Perka et autres c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *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; R. c. Campbell; R. c. Ekmeccic; R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1997] 3 R.C.S. 3; *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217; *Steel c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 153; *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Reference re The Farm Products Marketing Act, R.S.O. 1950, Chapter 131, as amended*, [1957] R.C.S. 198; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857; *R. c. Teskey*, 2007 CSC 25, [2007] 2 R.C.S. 267; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Caporal Alexis Leblanc c. Sa Majesté la Reine*, 2011 CACM 2.

## DOCTRINE CITÉE

Bastarache, Michel *et al.* *Le droit de l'interprétation bilingue*, 1<sup>re</sup> éd. Montréal : LexisNexis Canada, 2009.  
 Bennion, Francis. *Bennion on Statutory Interpretation: A Code*, 5<sup>e</sup> éd. Londres : LexisNexis, 2008.  
 Burnette, Jason T. « Eyes on Their Own Paper: Practical Construction in Constitutional Interpretation » (2004-2005), 39 *Ga. L. Rev.* 1065.  
 Bushnell, Ian. *The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992*. Toronto : University of Toronto Press, 1997.

“Congressional Restrictions on the President’s Appointment Power and the Role of Longstanding Practice in Constitutional Interpretation”, Note (2007), 120 *Harv. L. Rev.* 1914.

*House of Commons Debates*, Vol. I, 1st Sess., 16th Parl. (March 10, 1927), at p. 1082 (Hon. Lapointe).

*House of Commons Debates*, Vol. II, 1st Sess., 16th Parl. (March 25, 1927), at pp. 1556, 1562 (Hon. Lapointe).

Lederman, W. R. “The Independence of the Judiciary” (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 1139.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

« Congressional Restrictions on the President’s Appointment Power and the Role of Longstanding Practice in Constitutional Interpretation », Note (2007), 120 *Harv. L. Rev.* 1914.

*Débat de la Chambre des communes*, vol. I, 1<sup>re</sup> sess., 16<sup>e</sup> lég. (10 mars 1927), à la p. 1078 (L’hon. Lapointe).

*Débat de la Chambre des communes*, vol. II, 1<sup>re</sup> sess., 16<sup>e</sup> lég. (25 mars 1927), aux p. 1551, 1556 (L’hon. Lapointe).

Lederman, W. R. « The Independence of the Judiciary » (1956), 34 *R. du B. can.* 1139.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

APPEAL from a Federal Court decision (2010 FC 89, [2011] 1 F.C.R. 365, 3 Admin. L.R. (5th) 77, 357 F.T.R. 253) determining that a former judge of a superior court who is over the age of 75 may be requested to act as a deputy judge of the Federal Court. Appeal allowed, Stratas J.A. dissenting.

APPEL à l’encontre de la décision (2010 CF 89, [2011] 1 R.C.F. 365) par laquelle la Cour fédérale a déclaré qu’un ancien juge d’une cour supérieure qui a atteint l’âge de 75 ans peut être appelé à agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale. Appel accueilli, le juge Stratas, J.C.A., étant dissident.

#### APPEARANCES

*Rocco Galati* for appellant.  
*Gina M. Scarcella* and *Jamie R. D. Todd* for respondent.

#### ONT COMPARU

*Rocco Galati* pour l’appelant.  
*Gina M. Scarcella* et *Jamie R. D. Todd* pour l’intimé.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Rocco Galati Law Firm Professional Corporation*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Rocco Galati Law Firm Professional Corporation*, Toronto, pour l’appelant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l’intimé.

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

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

[1] SHARLOW AND DAWSON J.J.A.: The principal question in this appeal is whether a former judge of a superior court who is over the age of 75 may be requested to act as a deputy judge of the Federal Court. The Chief Justice of the Federal Court concluded that the answer is yes, and on that basis made an order dismissing a motion of the appellant Luis Alberto Felipa that would preclude a particular deputy judge who is over the age of 75 from hearing his applications for judicial review [2010 FC 89, [2011] 1 F.C.R. 365]. Mr. Felipa has appealed.

[1] LES JUGES SHARLOW ET DAWSON, J.C.A. : La question au cœur du présent appel est de savoir si un ancien juge d’une cour supérieure qui a atteint l’âge de 75 ans peut être appelé à agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale. Le juge en chef de la Cour fédérale a répondu par l’affirmative et, sur ce fondement, il a rendu une ordonnance rejetant une requête par laquelle l’appelant, M. Luis Alberto Felipa, voulait empêcher un certain juge suppléant âgé de plus de 75 ans de statuer sur sa demande de contrôle judiciaire [2010 CF 89, [2011] 1 R.C.F. 365]. M. Felipa a interjeté appel de cette décision.

[2] For the reasons that follow, we would allow this appeal. According to the interpretation of the legislation adopted by the Chief Justice, a judge of a superior court could cease to hold office on his 75th birthday and then immediately be appointed as a deputy judge to exercise all of the powers of a judge of the Federal Court. In our view, that result is so inconsistent with the legislative scheme that the statutory interpretation upon which it is based cannot stand.

### Facts and procedural history

[3] The record on this motion contains little information about Mr. Felipa. It appears that he is a foreign national living in Canada, and is the sole caregiver and legal custodial parent of a child who is legally entitled to remain in Canada. Mr. Felipa is at risk of being removed from Canada.

[4] In two proceedings commenced in March of 2009 under subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, Mr. Felipa sought leave to apply for judicial review of two decisions of a pre-removal risk assessment officer. One of the impugned decisions denied Mr. Felipa relief from removal on humanitarian and compassionate grounds or public policy considerations, while the second determined that he was not a person in need of protection. Leave was granted and the two applications for judicial review were set down for hearing in Toronto on August 18, 2009. Justice Tannenbaum, a Deputy Judge of the Federal Court, was assigned to hear both cases.

[5] The Chief Justice chooses the persons who are asked to act as a deputy judge of the Federal Court. As explained by the Chief Justice at paragraph 112 of his reasons (citing Order in Council P.C. 2003-1779), the Governor in Council “plays no role in the chief justice’s decision to request that a specific eligible person act as a deputy judge. The approval of the Governor in Council is granted by way of a generic order in council authorizing the chief justice to seek the assistance of up to 15 deputy judges.”

[2] Pour les motifs qui suivent, nous accueillerons le présent appel. Selon l’interprétation de la loi adoptée par le juge en chef, un juge d’une cour supérieure pourrait cesser d’occuper sa charge le jour de ses 75 ans, puis être immédiatement nommé juge suppléant investi de tous les pouvoirs d’un juge de la Cour fédérale. À notre avis, ce résultat s’écarte tellement du régime de la loi que l’interprétation de la loi qui le sous-tend ne peut pas être retenue.

### Les faits et l’historique du litige

[3] Le dossier de requête renferme peu de renseignements au sujet de M. Felipa. Il semble qu’il soit un étranger vivant au Canada, qu’il soit le père d’un enfant dont il s’occupe seul et dont il est l’unique gardien légal et que cet enfant ait le droit de rester au Canada. M. Felipa risque de se faire renvoyer du Canada.

[4] Dans le cadre de deux instances engagées en mars 2009 en vertu du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, M. Felipa a présenté une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire à l’égard de deux décisions rendues par un agent d’examen des risques avant renvoi. L’agent, dans une des décisions, avait refusé d’accorder à M. Felipa une dispense pour des motifs d’ordre humanitaire ou pour des raisons d’intérêt public, et, dans l’autre décision, l’agent avait conclu que M. Felipa n’était pas une personne à protéger. L’autorisation a été accordée, et les deux demandes de contrôle judiciaire ont été inscrites au rôle pour audience à Toronto le 18 août 2009. Le juge Tannenbaum, un juge suppléant de la Cour fédérale, a été désigné pour entendre les deux demandes.

[5] Le juge en chef choisit les personnes à qui il demande d’agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale. Comme l’a expliqué le juge en chef au paragraphe 112 de ses motifs (où il a fait référence au décret C.P. 2003-1779), le gouverneur en conseil « ne joue aucun rôle dans la décision du juge en chef de demander qu’une personne admissible et en particulier agisse comme juge suppléant. L’approbation du gouverneur en conseil est accordée au moyen d’une ordonnance d’application générale autorisant le juge en chef à



[6] Justice Tannenbaum had been appointed a judge of the Quebec Superior Court in 1982. He retired from the Quebec Superior Court in 2007 upon becoming 75 years of age. He was subsequently asked to act as a deputy judge of the Federal Court. He agreed and was formally appointed as a deputy judge on May 12, 2008.

[7] Shortly before the date scheduled for the hearing of Mr. Felipa's applications for judicial review, counsel for Mr. Felipa became aware that Justice Tannenbaum had been assigned to hear Mr. Felipa's applications, and that he was over the age of 75. Counsel for Mr. Felipa immediately communicated with the Chief Justice and Justice Tannenbaum indicating his view that, as a matter of law, Mr. Felipa's applications could not be heard by a deputy judge over the age of 75. He asked for the assignment of a judge who was not over the age of 75, or for the hearing to be adjourned.

[8] The hearing was adjourned to determine how the matter could best proceed, given that Mr. Felipa's position had received some publicity and had resulted in a number of other similar requests. On August 31, 2009, according to agreed arrangements, Mr. Felipa filed a motion in both Federal Court files seeking a number of rulings to the effect that a person cannot act as a deputy judge of the Federal Court after attaining the age of 75. The Chief Justice heard the motion and dismissed it by an order dated January 26, 2010, for reasons reported as *Felipa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 89, [2011] 1 F.C.R. 365.

[9] Although Mr. Felipa's motion was dismissed, the Chief Justice considered that the motion was in the nature of public interest litigation. On that basis he awarded costs to Mr. Felipa, fixed in the amount of \$6 000.

demander l'aide de juges suppléants, dont le nombre peut atteindre 15. »

[6] Le juge Tannenbaum a été nommé juge de la Cour supérieure du Québec en 1982. Il a pris sa retraite de la Cour supérieure du Québec en 2007 lorsqu'il a atteint l'âge de 75 ans. On lui a par la suite demandé d'agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale. Le juge Tannenbaum a accepté et il a été officiellement nommé juge suppléant le 12 mai 2008.

[7] Peu de temps avant la date fixée pour l'audition des demandes de contrôle judiciaire de M. Felipa, l'avocat de M. Felipa a appris que le juge Tannenbaum avait été désigné pour statuer sur les demandes de M. Felipa et qu'il avait plus de 75 ans. L'avocat de M. Felipa a immédiatement communiqué avec le juge en chef et le juge Tannenbaum pour leur faire savoir qu'il était d'avis que, selon la loi, les demandes de M. Felipa ne pouvaient pas être tranchées par un juge suppléant âgé de plus de 75 ans. Il a demandé qu'un juge de moins de 75 ans soit saisi des instances ou que leur audition soit reportée.

[8] L'audience a été reportée afin que l'on puisse établir ce qu'il convenait de faire vu que la position de M. Felipa avait fait l'objet d'une certaine publicité et avait entraîné un certain nombre d'autres demandes semblables. Le 31 août 2009, à la suite d'une entente, M. Felipa a déposé, dans les deux dossiers dont était saisie la Cour fédérale, une requête dans laquelle il sollicitait un certain nombre de conclusions portant qu'une personne ne peut pas agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale après avoir atteint l'âge de 75 ans. Le juge en chef a instruit la requête et l'a rejetée le 26 janvier 2010 pour les motifs exposés dans la décision *Felipa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 89, [2011] 1 R.C.F. 365.

[9] Bien que la requête de M. Felipa ait été rejetée, le juge en chef a estimé que l'affaire était d'intérêt public. Sur ce fondement, le juge en chef a adjugé à M. Felipa des dépens fixés à 6 000 \$.

Mr. Felipa's right of appeal

[10] The parties and the Chief Justice agreed that his order dismissing Mr. Felipa's motion should be subject to appeal. However, a concern was raised that, pursuant to paragraph 72(2)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, no appeal lies from an interlocutory judgment in an application for judicial review made under subsection 72(1). Also, pursuant to paragraph 74(d), a judgment of the Federal Court disposing of an application for judicial review under subsection 72(1) cannot be appealed unless the judge certifies that a serious question of general importance is involved, and states the question.

[11] The Chief Justice concluded that his order is subject to appeal without a certified question because the order is a "separate, divisible judicial act", citing *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, at paragraph 48; and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at paragraph 60 and following. However, to remove all doubt and to facilitate an appeal of his order, the Chief Justice certified two questions pursuant to paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

[12] We agree with the Chief Justice, substantially for the reasons he gave, that Mr. Felipa has the right to appeal the order dismissing his motion. The cases upon which the Chief Justice relied were decided in different contexts, but in our view the principles established in those cases apply here to compel the conclusion that paragraph 72(2)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act* does not bar an appeal from the order determining Mr. Felipa's motion and that paragraph 74(d) of that Act does not require a certified question.

Le droit d'appel de M. Felipa

[10] Les parties et le juge en chef ont convenu que l'ordonnance rejetant la requête de M. Felipa devait être susceptible d'appel. Cependant, une réserve a été soulevée : suivant l'alinéa 72(2)e de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, les décisions interlocutoires rendues dans le cadre d'un contrôle judiciaire présenté en vertu du paragraphe 72(1) ne sont pas susceptibles d'appel. En outre, selon l'alinéa 74d), nul ne peut interjeter appel d'une décision de la Cour fédérale portant sur une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu du paragraphe 72(1), à moins que le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et qu'il énonce cette question.

[11] Le juge en chef a conclu que son ordonnance était susceptible d'appel sans qu'il soit nécessaire de certifier une question parce qu'elle constituait un « acte judiciaire distinct et divisible »; il a invoqué les arrêts *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299, au paragraphe 48; et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, aux paragraphes 60 et suivants. Cependant, afin d'écartier tout doute et de faciliter l'appel de son ordonnance, le juge en chef a certifié deux questions en vertu de l'alinéa 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

[12] Nous sommes d'accord avec le juge en chef, sensiblement pour les mêmes motifs, pour affirmer que M. Felipa avait le droit d'interjeter appel de l'ordonnance ayant rejeté sa requête. Les arrêts sur lesquels s'est fondé le juge en chef portaient sur des contextes différents, mais, à notre avis, les principes établis dans ces arrêts s'appliquent en l'espèce et ils nous forcent à conclure que l'alinéa 72(2)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* n'empêche pas que soit interjeté appel de l'ordonnance ayant tranché la requête de M. Felipa et que l'alinéa 74d) n'exige pas la certification d'une question en l'espèce.

Mr. Felipa's motion and the decision of the Federal Court

[13] At the heart of Mr. Felipa's motion are subsection 99(2) 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], reprinted in R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5, and subsections 8(2) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 18] and 10(1.1) [as enacted *idem*, s. 19] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)].

[14] Section 99 of the *Constitution Act, 1867* is found in Part VII, entitled "Judicature" and reads as follows (emphasis added):

Tenure of office of Judges      **99.** (1) Subject to subsection (2) of this section, the judges of the superior courts shall hold office during good behaviour, but shall be removable by the Governor General on address of the Senate and House of Commons.

Termination at age 75      (2) A judge of a superior court, whether appointed before or after the coming into force of this section, shall cease to hold office upon attaining the age of seventy-five years, or upon the coming into force of this section if at that time he has already attained that age.

[15] Section 8 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 18] of the *Federal Courts Act* reads as follows (emphasis added):

Tenure of office      **8.** (1) Subject to subsection (2), the judges of the Federal Court of Appeal and the Federal Court hold office during good behaviour, but are removable by the Governor General on address of the Senate and House of Commons.

Cessation of office      (2) A judge of the Federal Court of Appeal or the Federal Court ceases to hold office on becoming 75 years old.

[16] Section 10 [as am. *idem*, s. 19] of the *Federal Courts Act* reads in relevant part as follows (emphasis added):

La requête de M. Felipa et la décision de la Cour fédérale

[13] La requête de M. Felipa se fonde essentiellement sur le paragraphe 99(2) 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], reproduite dans L.R.C. (1985), appendice II, n° 5, et sur les paragraphes 8(2) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 18] et 10(1.1) [édicte, *idem*, art. 19] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)].

[14] L'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* se trouve dans la partie VII intitulée « Judicature » et il est ainsi libellé (non souligné dans l'original) :

Durée des fonctions des juges      **99.** (1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, les juges des cours supérieures resteront en fonction durant bonne conduite, mais ils pourront être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes.

Cessation des fonctions à l'âge de 75 ans      (2) Un juge d'une cour supérieure, nommé avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, cessera d'occuper sa charge lorsqu'il aura atteint l'âge de soixante-quinze ans, ou à l'entrée en vigueur du présent article si, à cette époque, il a déjà atteint ledit âge.

[15] L'article 8 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 18] de la *Loi sur les Cours fédérales* est libellé comme suit (non souligné dans l'original) :

Durée du mandat      **8.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), les juges de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale occupent leur poste à titre inamovible, sous réserve de révocation par le gouverneur général sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes.

Limite d'âge      (2) La limite d'âge pour l'exercice de la charge de juge de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale est de soixante-quinze ans.

[16] Les parties pertinentes de l'article 10 [mod., *idem*, art. 19] de la *Loi sur les Cours fédérales* sont les suivantes (non souligné dans l'original) :

	<b>10. ...</b>		<b>10. [...]</b>	
Deputy judges of the Federal Court	(1.1) Subject to subsection (3), <u>any judge of a superior, county or district court in Canada, and any person who has held office as a judge of a superior, county or district court in Canada, may, at the request of the Chief Justice of the Federal Court made with the approval of the Governor in Council, act as a judge of the Federal Court, and while so acting has all the powers of a judge of that court and shall be referred to as a deputy judge of that court.</u>		(1.1) Sous réserve du paragraphe (3), le gouverneur en conseil peut autoriser <u>le juge en chef de la Cour fédérale à demander l'affectation à ce tribunal de juges choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure, de comté ou de district.</u> Les juges ainsi affectés ont qualité de juges suppléants et <u>sont investis des pouvoirs des juges de la Cour fédérale.</u>	Juges suppléants — Cour fédérale
Consent required	(2) No request may be made under subsection (1) or (1.1) to a judge of a superior, county or district court in a province without the consent of the chief justice or chief judge of the court of which he or she is a member, or of the attorney general of the province.		(2) La demande visée aux paragraphes (1) et (1.1) nécessite le consentement du juge en chef du tribunal dont l'intéressé est membre ou du procureur général de sa province.	Consentement
Approval of Governor in Council	(3) The Governor in Council may approve the making of requests under subsection (1) or (1.1) in general terms or for particular periods or purposes, and may limit the number of persons who may act under this section.		(3) L'autorisation donnée par le gouverneur en conseil en application des paragraphes (1) et (1.1) peut être générale ou particulière et limiter le nombre de juges suppléants.	Portée de l'autorisation du gouverneur en conseil
Salary of deputy judge	(4) A person who acts as a judge of a court under subsection (1) or (1.1) shall be paid a salary for the period that the judge acts, at the rate fixed by the <i>Judges Act</i> for a judge of the court other than the Chief Justice of the court, less any amount otherwise payable to him or her under that Act in respect of that period, and shall also be paid the travel allowances that a judge is entitled to be paid under the <i>Judges Act</i> .		(4) Les juges suppléants reçoivent le traitement fixé par la <i>Loi sur les juges</i> pour les juges du tribunal auquel ils sont affectés, autres que le juge en chef, diminué des montants qui leur sont par ailleurs payables aux termes de cette loi pendant leur suppléance. Ils ont également droit aux indemnités de déplacement prévues par cette même loi.	Traitement

[17] Read literally, the phrase “any person who has held office as a judge” in subsection 10(1.1) of the *Federal Courts Act* is broad enough to include any person who was once a judge. However, Mr. Felipa argued in the Federal Court and in this Court that, based on subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867* or subsection 8(2) of the *Federal Courts Act* or both, the phrase “any person who has held office as a judge” necessarily excludes a person who is over the age of 75. The Chief Justice rejected that argument. He concluded, for reasons that are well and fully explained, that a person who is a former judge of a superior court over the age of 75 may be appointed a deputy judge of the Federal Court.

[17] Interprétés littéralement, les mots « juges, actuels ou anciens » du paragraphe 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales* sont assez larges pour viser toute personne qui a déjà occupé la charge de juge. M. Felipa a cependant soutenu devant la Cour fédérale et devant notre Cour que, sur le fondement du paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et du paragraphe 8(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, les mots « juges, actuels ou anciens » excluaient nécessairement une personne qui a atteint l'âge de 75 ans. Le juge en chef a rejeté cette prétention. Il a conclu, sur le fondement de motifs clairement formulés, qu'un ancien juge d'une cour supérieure qui a atteint l'âge de 75 ans peut être nommé juge suppléant à la Cour fédérale.

Standard of review

[18] The question of whether a former judge of a superior court who is over the age of 75 may be asked to act as a deputy judge of the Federal Court is a question of law, subject to review on the standard of correctness: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8.

The question to be asked

[19] The Chief Justice concluded that a deputy judge of the Federal Court does not “hold office” as a judge of the Federal Court, and therefore cannot “cease to hold office” under a mandatory retirement provision that requires a judge to “cease to hold office” upon attaining the age of 75. Two such provisions are subsection 8(2) of the *Federal Courts Act* and subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867*, which are reproduced here for ease of reference:

*Constitution Act, 1867*

## 99. ...

Termination  
at age 75

(2) A judge of a superior court, whether appointed before or after the coming into force of this section, shall cease to hold office upon attaining the age of seventy-five years, or upon the coming into force of this section if at that time he has already attained that age.

*Federal Courts Act*

## 8. ...

Cessation of  
office

(2) A judge of the Federal Court of Appeal or the Federal Court ceases to hold office on becoming 75 years old.

[20] It follows, according to the Chief Justice’s reasoning, that neither subsection 8(2) of the *Federal Courts Act* nor subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867* bars a former judge who is over the age of 75 from acting as a deputy judge of the Federal Court. The Chief

La norme de contrôle

[18] La question de savoir si un ancien juge d’une cour supérieure qui a atteint l’âge de 75 ans peut être appelé à agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale est une question de droit, et la norme de contrôle applicable est la norme de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8.

La question devant être tranchée

[19] Le juge en chef a conclu que les juges suppléants de la Cour fédérale n’« exerc[ent pas] la charge » de juge de la Cour fédérale et que, par conséquent, ils ne peuvent pas cesser de l’exercer lorsqu’ils atteignent l’âge de 75 ans. En effet, les dispositions sur la retraite obligatoire prévoient que « la limite d’âge » est de 75 ans, ou encore que le juge cesse « d’occuper sa charge » à 75 ans. Témoin, le paragraphe 8(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* et le paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; ils sont reproduits ici pour en faciliter la consultation :

*Loi constitutionnelle de 1867*

## 99. [...]

(2) Un juge d’une cour supérieure, nommé avant ou après l’entrée en vigueur du présent article, cessera d’occuper sa charge lorsqu’il aura atteint l’âge de soixante-quinze ans, ou à l’entrée en vigueur du présent article si, à cette époque, il a déjà atteint ledit âge.

Cessation  
des fonctions  
à l’âge de  
75 ans

*Loi sur les Cours fédérales*

## 8. [...]

(2) La limite d’âge pour l’exercice de la charge de juge de la Cour d’appel fédérale et de la Cour fédérale est de soixante-quinze ans.

Limite d’âge

[20] Il s’ensuit, selon le raisonnement du juge en chef, que ni le paragraphe 8(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* ni le paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* n’empêchent un ancien juge qui a atteint l’âge de 75 ans d’agir en qualité de juge suppléant de la Cour

Justice also concluded that subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867* does not apply in any event to deputy judges of a court established by Parliament under section 101 of the *Constitution Act, 1867*.

[21] We do not consider it necessary to express an opinion on whether a deputy judge “holds office” as a judge because we do not consider it to be dispositive of Mr. Felipa’s motion. We understand Mr. Felipa’s motion to require a determination of who is eligible to act as a deputy judge of the Federal Court. In our view, the issue is the scope of the authority of the Chief Justice of the Federal Court under subsection 10(1.1) of the *Federal Courts Act*. Subsection 10(1.1) reads in relevant part as follows:

**10. ...**

Deputy  
judges of the  
Federal Court

(1.1) ... any judge of a superior, county or district court in Canada, and any person who has held office as a judge of a superior, county or district court in Canada, may, at the request of the Chief Justice of the Federal Court made with the approval of the Governor in Council, act as a judge of the Federal Court, and while so acting has all the powers of a judge of that court and shall be referred to as a deputy judge of that court.

[22] We conclude that the proper question to be asked in disposing of Mr. Felipa’s motion is whether subsection 10(1.1) authorizes the Chief Justice to ask a person who is 75 years of age or older to “act as a judge of the Federal Court”. More particularly, should the phrase “any person who has held office as a judge” in subsection 10(1.1) of the *Federal Courts Act* be interpreted by necessary implication to exclude persons who are 75 years of age or older?

[23] We note parenthetically that this question arises only in the context of a person who was once appointed a judge of a superior court but has resigned or retired. Because of the applicable mandatory retirement provisions, anyone who is currently a judge of a superior court must be under 75 years of age.

fédérale. Le juge en chef a également conclu que, de toute façon, le paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne s’appliquait pas aux juges suppléants d’un tribunal établi par le Parlement en vertu de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[21] Nous concluons qu’il n’est pas nécessaire d’exprimer notre opinion quant à savoir si les juges suppléants « exerce la charge » de juge parce que nous estimons que cette question ne permettrait pas de trancher la requête de M. Felipa. À notre avis, il faut, dans le cadre de la requête de M. Felipa, établir qui peut agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale. Nous pensons que l’enjeu a trait à la portée du pouvoir du juge en chef de la Cour fédérale conféré par le paragraphe 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, dont la partie pertinente est ainsi libellée :

**10. [...]**

(1.1) [...] le gouverneur en conseil peut autoriser le juge en chef de la Cour fédérale à demander l’affectation à ce tribunal de juges choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d’une cour supérieure, de comté ou de district. Les juges ainsi affectés ont qualité de juges suppléants et sont investis des pouvoirs des juges de la Cour fédérale.

Juges  
suppléants  
— Cour  
fédérale

[22] Nous concluons que la véritable question en litige que la Cour doit trancher pour statuer sur la requête de M. Felipa est de savoir si le paragraphe 10(1.1) autorise le juge en chef à « investi[r] des pouvoirs des juges de la Cour fédérale » une personne qui a atteint l’âge de 75 ans. Plus précisément, les mots « juges [...] anciens » au paragraphe 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales* devraient-ils, par déduction nécessaire, être interprétés comme excluant les personnes qui ont atteint l’âge de 75 ans?

[23] Nous tenons à souligner, soit dit en passant, que cette question n’est soulevée que dans le contexte où une personne a déjà exercé la charge de juge d’une cour supérieure, mais a par la suite quitté ses fonctions ou a pris sa retraite. Vu les dispositions applicables quant à la retraite obligatoire, quiconque est actuellement juge

[24] The scope of subsection 10(1.1) is a question of statutory interpretation. Before turning to the applicable principles of statutory interpretation it is important to observe that the question before the Court is not whether persons 75 years of age or older should exercise the powers of a judge of the Federal Court, or whether such persons are capable of exercising those powers. Deputy judges over the age of 75 years have served the Federal Court with distinction. Rather, the question before the Court is whether Parliament intended to give the Chief Justice the authority to request that a person over the statutorily mandated retirement age act as a judge of the Federal Court.

#### Principles of statutory interpretation

[25] Problems of statutory interpretation commonly arise, as in this case, when a court is presented with a question about a statute that Parliament has not expressly answered. The court must consider whether the answer is necessarily implied by relevant aspects of the statutory context and, if it is, answer the question accordingly. The answer must reflect an interpretation of the statute that is consistent with the accepted principles of statutory interpretation, and that the words of the statute can reasonably bear (*Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 58; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), at page 163).

[26] The preferred approach to statutory interpretation has been expressed in the following terms by the Supreme Court of Canada:

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

d’une cour supérieure est nécessairement âgé de moins de 75 ans.

[24] La portée du paragraphe 10(1.1) est une question d’interprétation des lois. Avant de se pencher sur les principes applicables en matière d’interprétation des lois, il est important de préciser que la question dont la Cour est saisie n’est pas de savoir si les personnes qui ont atteint l’âge de 75 ans devraient exercer les pouvoirs d’un juge de la Cour fédérale ou si elles sont capables d’exercer ces pouvoirs. Des juges suppléants de plus de 75 ans ont fourni d’excellents services à la Cour fédérale. Il s’agit plutôt de déterminer si le législateur avait l’intention de donner au juge en chef le pouvoir de demander à une personne qui a atteint l’âge légal de la retraite obligatoire d’agir en qualité de juge de la Cour fédérale.

#### Les principes d’interprétation des lois

[25] Des problèmes d’interprétation des lois surviennent souvent lorsque, comme en l’espèce, un tribunal est saisi d’une question à laquelle le législateur n’a pas prévu de réponse expresse. Le tribunal doit se demander s’il peut trouver la réponse par déduction nécessaire grâce à l’examen des éléments pertinents du contexte de la loi et, dans l’affirmative, il lui faut répondre à la question en conséquence. La réponse doit respecter les principes acceptés en matière d’interprétation des lois et s’appuyer de façon raisonnable sur le texte de la loi (*Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 58; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), à la page 163).

[26] L’approche privilégiée en matière d’interprétation des lois a été exposée de la façon suivante par la Cour suprême du Canada :

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<sup>e</sup> éd. 1994) (ci-après « *Construction of Statutes* »); Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990)), Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983) résume le mieux la méthode que je

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.

Recent cases which have cited the above passage with approval include: *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103.

See: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21. See also: *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867, at paragraph 29.

[27] The Supreme Court restated this principle in the following terms in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10 (emphasis added):

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.

[28] This formulation of the proper approach to statutory interpretation was recently restated in *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at paragraph 21; and *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306, at paragraph 27.

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.

Parmi les arrêts récents qui ont cité le passage ci-dessus en l’approuvant, mentionnons : *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103.

Voir : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21. Voir aussi : *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867, au paragraphe 29.

[27] La Cour suprême a énoncé de nouveau ce principe de la façon suivante au paragraphe 10 de l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 (non souligné dans l’original) :

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.

[28] Cette formulation de l’approche applicable en matière d’interprétation des lois a récemment été reprise dans les arrêts *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 21; et *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306, au paragraphe 27.



[29] The proper limit to the use of context was explained in the following way by the majority of the Supreme Court in *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141, at paragraph 15:

In the interpretation process, the more general the wording adopted by the lawmakers, the more important the context becomes. The contextual approach to interpretation has its limits. Courts perform their interpretative role only when the two components of communication converge toward the same point: the text must lend itself to interpretation, and the lawmakers' intention must be clear from the context.

[30] Inherent in the contextual approach to statutory interpretation is the understanding that the grammatical and ordinary sense of a provision is not determinative of its meaning. As Francis Bennion wrote, "The test is What did Parliament mean by these words? rather than What did Parliament mean in the abstract?" [footnote omitted] (Francis Bennion, *Bennion on Statutory Interpretation: A Code*, 5th ed. (London: LexisNexis, 2008), at page 480). A court must consider the total context of the provision to be interpreted "no matter how plain the disposition may seem upon initial reading" (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at paragraph 48). From the text and this wider context the interpreting court aims to ascertain legislative intent. Legislative intent is "[t]he most significant element of this analysis" (*R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, at paragraph 26).

[31] Legislative intent is a judicial construct, explained in the following terms by Lord Nicholls in *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, Ex parte Spath Holme Ltd.*, [2001] 2 A.C. 349 (H.L.), at pages 396–397:

Statutory interpretation is an exercise which requires the court to identify the meaning borne by the words in question in the particular context. The task of the court is often said to be to ascertain the intention of Parliament expressed in the language under consideration. This is correct and may be helpful, so long as it is remembered that the "intention of

[29] Les limites du recours au contexte ont été expliquées par la majorité de la Cour suprême au paragraphe 15 de l'arrêt *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141 :

Dans l'exercice d'interprétation, plus le texte choisi par le législateur sera général, plus le contexte sera important. L'exercice d'interprétation contextuelle comporte ses limites. Le tribunal n'endosse son rôle d'interprète que lorsque les deux éléments de la communication convergent vers une même direction : le texte s'y prête et l'intention du législateur se dégage clairement du contexte.

[30] Il est implicite dans la méthode contextuelle d'interprétation des lois que le sens ordinaire et grammatical des mots employés dans une disposition n'est pas le seul élément porteur de sens. Comme l'a écrit Francis Bennion, [TRADUCTION] « Le critère est le suivant : il faut se demander ce qu'a voulu dire le législateur lorsqu'il a utilisé ces mots, et non se demander ce qu'a voulu dire le législateur dans l'abstrait » [note en bas de page omise] (Francis Bennion, *Bennion on Statutory Interpretation: A Code*, 5<sup>e</sup> éd. (Londres : LexisNexis, 2008), à la page 480). Le tribunal doit tenir compte de l'ensemble du contexte de la disposition qu'il doit interpréter, et ce, « même si, à première vue, le sens de son libellé peut paraître évident » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, au paragraphe 48). Le tribunal qui interprète une disposition tente d'établir l'intention du législateur grâce au texte et à l'ensemble du contexte. L'intention du législateur est « [l]'élément le plus important de cette analyse » (*R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, au paragraphe 26).

[31] La notion d'intention du législateur est une création des tribunaux, expliquée de la façon suivante par lord Nicholls dans l'arrêt *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, Ex parte Spath Holme Ltd.*, [2001] 2 A.C. 349 (H.L.), aux pages 396 et 397 :

[TRADUCTION] Les tribunaux, lorsqu'ils interprètent les lois, doivent cerner le sens des mots en cause en tenant compte du contexte. Il a souvent été répété qu'il incombe alors aux tribunaux d'établir l'intention du législateur exprimée dans le libellé en cause. C'est juste et cela peut se révéler utile tant et aussi longtemps que l'on garde à l'esprit que « l'intention du

Parliament” is an objective concept, not subjective. The phrase is a shorthand reference to the intention which the court reasonably imputes to Parliament in respect of the language used. It is not the subjective intention of the minister or other persons who promoted the legislation. Nor is it the subjective intention of the draftsman, or of individual members or even of a majority of individual members of either House. These individuals will often have widely varying intentions. Their understanding of the legislation and the words used may be impressively complete or woefully inadequate. Thus, when courts say that such-and-such a meaning “cannot be what Parliament intended”, they are saying only that the words under consideration cannot reasonably be taken as used by Parliament with that meaning. As Lord Reid said in *Black-Clawson International Ltd v Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A G* [1975] AC 591, 613: “We often say that we are looking for the intention of Parliament, but that is not quite accurate. We are seeking the meaning of the words which Parliament used.”

[32] In ascertaining legislative intent, a court interpreting legislation must recognize that a line exists between judicial interpretation and legislative drafting. This line is not to be crossed (*ATCO*, at paragraph 51).

#### Application of the principles of statutory interpretation

[33] Having reviewed the applicable principles of statutory interpretation, the text, legislative context and purpose of subsection 10(1.1) will now be considered.

##### a. The text of subsection 10(1.1) of the *Federal Courts Act*

[34] No limit is placed upon the phrases “any person who has held office as a judge of a superior, county or district court in Canada” and “les juges, actuels ou anciens, d’une cour supérieure, de comté ou de district” found in subsection 10(1.1). In the absence of any words of limitation, the text is broad enough to permit a former superior, county or district court judge to act as a deputy judge of the Federal Court, irrespective of his or her age.

législateur » est une notion objective et non subjective. Cette expression renvoie en peu de mots à l’intention que les tribunaux peuvent raisonnablement imputer au législateur compte tenu du libellé employé. Il ne s’agit pas de l’intention subjective du ministre ou des autres personnes qui ont milité en faveur de la loi. Il ne s’agit pas non plus de l’intention subjective du rédacteur ni de celle d’un membre ou d’une majorité de membres de l’une ou l’autre des chambres. Ces personnes ont bien souvent des intentions très différentes. Leur compréhension de la loi et des mots employés peut être excellente ou terriblement déficiente. Par conséquent, lorsque les tribunaux affirment que tel sens « ne peut pas représenter l’intention du législateur », tout ce qu’ils veulent dire c’est que le législateur ne peut pas raisonnablement avoir utilisé les mots en cause dans ce sens. Comme lord Reid l’a affirmé dans l’arrêt *Black-Clawson International Ltd v Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A G* [1975] AC 591, 613 : « Nous affirmons souvent que nous tentons d’établir l’intention du législateur, mais ce n’est pas tout à fait exact. Nous tentons plutôt d’établir le sens des mots employés par le législateur. »

[32] Lorsqu’ils essaient d’établir l’intention du législateur, les tribunaux qui interprètent les lois doivent reconnaître qu’il existe une ligne qui sépare l’interprétation judiciaire et la rédaction législative. Cette ligne ne doit pas être franchie (*ATCO*, au paragraphe 51).

#### Application des principes d’interprétation des lois

[33] À la suite de l’examen des principes applicables à l’interprétation des lois, nous nous pencherons maintenant sur le libellé, le contexte législatif et l’objet du paragraphe 10(1.1).

##### a. Le libellé du paragraphe 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales*

[34] Aucune limite n’est fixée sur les mots « les juges, actuels ou anciens, d’une cour supérieure, de comté ou de district » et « *any person who has held office as a judge of a superior, county or district court in Canada* » qui se trouvent au paragraphe 10(1.1). En l’absence de toute restriction, le libellé est assez large pour permettre à un ancien juge d’une cour supérieure, de comté ou de district d’agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale, et ce, peu importe son âge.

[35] However, as explained above, statutory interpretation requires in every case an examination of statutory context. “Words that appear clear and unambiguous may in fact prove to be ambiguous once placed in their context” (*Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, at paragraph 10). This point is well illustrated by considering section 5.3 [as enacted by S.C. 2002, c. 8, s. 16] of the *Federal Courts Act*, which states the qualifications for the appointment of a person as a judge of the Federal Court or the Federal Court of Appeal. Section 5.3 reads as follows:

Who may be appointed judge

**5.3** A person may be appointed a judge of the Federal Court of Appeal or the Federal Court if the person

- (a) is or has been a judge of a superior, county or district court in Canada;
- (b) is or has been a barrister or advocate of at least 10 years standing at the bar of any province; or
- (c) has, for at least 10 years,
  - (i) been a barrister or advocate at the bar of any province, and
  - (ii) after becoming a barrister or advocate at the bar of any province, exercised powers and performed duties and functions of a judicial nature on a full-time basis in respect of a position held under a law of Canada or a province.

[36] A literal reading of section 5.3 of the *Federal Courts Act*, in isolation from its statutory context, could suggest that a person over the age of 75 is eligible to be appointed a judge of the Federal Court if the person meets the statutory conditions in paragraphs 5.3(a), (b) or (c). But that is not a plausible interpretation of section 5.3. Why not? Because it is abundantly clear from subsection 8(2) of the *Federal Courts Act* that a person over the age of 75 is not eligible to be appointed a judge of the Federal Court.

[37] For similar reasons, the literal meaning of the text of subsection 10(1.1) of the *Federal Courts Act* does

[35] Cependant, comme nous l’avons expliqué ci-dessus, l’interprétation des lois commande que les tribunaux effectuent chaque fois un examen du contexte législatif. « Des mots en apparence clairs et exempts d’ambiguïté peuvent, en fait, se révéler ambigus une fois placés dans leur contexte » (*Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, au paragraphe 10). Cela ressort clairement de l’examen de l’article 5.3 [édicte par L.C. 2002, ch. 8, art. 16] de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui prévoit les qualités que doit posséder la personne nommée juge de la Cour fédérale ou de la Cour d’appel fédérale. L’article 5.3 est ainsi libellé :

**5.3** Les juges de la Cour d’appel fédérale et de la Cour fédérale sont choisis parmi :

Conditions de nomination

- a) les juges, actuels ou anciens, d’une cour supérieure, de comté ou de district;
- b) les avocats inscrits pendant ou depuis au moins dix ans au barreau d’une province;
- c) les personnes ayant été membres du barreau d’une province et ayant exercé à temps plein des fonctions de nature judiciaire à l’égard d’un poste occupé en vertu d’une loi fédérale ou provinciale après avoir été inscrites au barreau, et ce pour une durée totale d’au moins dix ans.

[36] Une interprétation littérale de l’article 5.3 de la *Loi sur les Cours fédérales*, sans qu’il soit tenu compte du contexte législatif, pourrait donner à penser qu’une personne qui a atteint l’âge de 75 ans pourrait être nommée juge de la Cour fédérale si elle respectait les conditions prévues aux alinéas 5.3(a), (b) ou (c). Il ne s’agit toutefois pas d’une interprétation vraisemblable de l’article 5.3. Pourquoi? Parce qu’il est parfaitement clair que le paragraphe 8(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* établit qu’une personne qui a atteint l’âge de 75 ans ne peut pas être nommée à la Cour fédérale.

[37] Pour des raisons semblables, une interprétation littérale du paragraphe 10(1.1) de la *Loi sur les Cours*

not fully convey its meaning. As explained in more detail below, the statutory context suggests that only persons under the age of 75 may be requested to act as deputy judges. As this is an interpretation that the text of subsection 10(1.1) is capable of bearing, it is the interpretation that we would adopt.

b. The legislative context of subsection 10(1.1) of the *Federal Courts Act*

[38] As the majority of the Supreme Court observed in *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, at paragraph 17, the context of legislation involves a number of factors. “The overall context in which a provision was adopted can be determined by reviewing its legislative history and inquiring into its purpose.” The immediate context of a provision can be determined by reviewing the legislation in which it is found. In the following paragraphs, the relevant aspects of the legislative context are reviewed.

i. Legislative evolution and history

[39] The Federal Court is the successor to the Exchequer Court. The Exchequer Court was created in 1875 pursuant to section 101 of the *Constitution Act, 1867* by *The Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11. Initially, the Chief Justice and judges of the Supreme Court of Canada were the Chief Justice and judges of the Exchequer Court.

[40] In 1887, *An Act to amend “The Supreme and Exchequer Courts Act,” and to make better provision for the Trial of Claims against the Crown*, S.C. 1887, c. 16, came into force. The Exchequer Court of Canada was continued (section 2) and the complement of the court was set as a single judge, appointed by the Governor in Council (subsection 3(1)). Subsection 3(2) of that Act provided that:

3. ...

Who may be appointed judge (2) Any person may be appointed a judge of the Court who is or has been a judge of a

*fédérales* n’en donne pas tout le sens. Comme nous l’expliquerons de façon plus approfondie ci-dessous, le contexte législatif donne à penser que seules les personnes qui n’ont pas atteint l’âge de 75 ans peuvent être appelées à agir en qualité de juge suppléant. Vu qu’il s’agit d’une interprétation qui peut s’appuyer sur le texte du paragraphe 10(1.1), nous adopterons cette interprétation.

b. Le contexte législatif du paragraphe 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales*

[38] Comme la majorité de la Cour suprême l’a noté au paragraphe 17 de l’arrêt *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, le contexte législatif comprend un certain nombre de facteurs. « L’historique d’une disposition et la recherche de l’objectif de la réglementation permettent de cerner le contexte global dans lequel la disposition est adoptée. » Le contexte immédiat d’une disposition peut être établi par l’analyse de la loi où elle se trouve. Dans les paragraphes qui suivent, les éléments pertinents du contexte législatif seront examinés.

i. L’évolution législative et l’historique

[39] La Cour fédérale a succédé à la Cour de l’Échiquier, qui avait été créée en 1875 en vertu de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* par l’*Acte de la Cour Suprême et de l’Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11. Au début, le juge en chef et les juges de la Cour de l’Échiquier étaient les mêmes que ceux de la Cour suprême du Canada.

[40] En 1887, l’*Acte à l’effet de modifier l’Acte des cours Suprême et de l’Échiquier, et d’établir de meilleures dispositions pour l’instruction des réclamations contre la Couronne*, S.C. 1887, ch. 16, est entré en vigueur. La Cour de l’Échiquier a été maintenue (article 2) et elle était composée d’un seul juge nommé par le gouverneur en conseil (paragraphe 3(1)). Le paragraphe 3(2) prévoyait ce qui suit :

3. [...]

Qui peut être nommé juge (2) Pourra être nommé juge de la cour quiconque sera ou aura été juge d’une cour

superior or county court of any of the Provinces of Canada, or a barrister or advocate of at least ten years' standing at the bar of any of the said Provinces.

[41] Provision was made in subsection 3(5) for the appointment of a person to act in the event of the sickness or absence from Canada of the judge of the Court. Subsection 3(5) also spoke to the qualifications of such a person:

3. ...

Provision in case of sickness, etc.

(5) In case of sickness or absence from Canada of the judge of the court, the Governor in Council may specially appoint some other person having the qualifications mentioned in subsection two of this section, who shall be sworn to the faithful performance of the duties of his office, and shall have all the powers incident thereto during the sickness or absence from Canada of the judge of the court.

The judge of the Exchequer Court held office during good behaviour (section 4).

[42] In 1912, the complement of the Court was enlarged to consist of two judges: *An Act to amend the Exchequer Court Act*, S.C. 1912, c. 21, section 1. Thereafter, in 1920, the power to appoint a person to act as a deputy judge of the Exchequer Court was first enacted: *An Act to amend the Exchequer Court Act*, S.C. 1920, c. 26, section 2. This was effected by amending subsection 3(5), which by that point had become section 8 of the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1906, c. 140, to read as follows (emphasis added):

Power to appoint a deputy judge

**8. The Governor in Council may**, in case of the sickness or absence from Canada or engagement upon other duty of the President or of the Puisne Judge, or, at the request of the President, for any other reason which he deems sufficient, specially appoint a deputy judge having the qualifications for appointment hereinbefore mentioned, who shall be sworn to the faithful performance of the duties of the office, and shall temporarily have all the powers incident thereto to be terminated at the pleasure of the Governor in Council.

supérieure ou de comté dans quelque'une des provinces du Canada, ou un avocat ayant pratiqué pendant au moins dix ans au barreau de quelque'une de ces provinces.

[41] Le paragraphe 3(5) prévoyait la nomination d'une personne pour remplacer le juge de la Cour de l'Échiquier en cas de maladie ou d'absence du Canada. Il renvoyait aussi aux qualités nécessaires que devait posséder le juge remplaçant :

3. [...]

(5) Dans le cas de maladie du juge de la cour ou de son absence du Canada, le Gouverneur en conseil pourra spécialement nommer pour le remplacer quelque autre personne possédant les qualités mentionnées au paragraphe deux du présent article, laquelle prêtera serment de bien et fidèlement remplir les devoirs de sa charge et sera revêtu de tous les pouvoirs y attachés, durant la maladie ou l'absence du juge de la cour.

Le juge de la Cour de l'Échiquier restait en charge durant bonne conduite (article 4).

[42] En 1912, l'effectif de la Cour est passé à deux juges : *Loi modifiant la loi de la Cour de l'Échiquier*, S.C. 1912, ch. 21, article 1. Par la suite, en 1920, le pouvoir de nommer une personne pour qu'elle agisse en qualité de juge suppléant de la Cour de l'Échiquier a été édicté pour la première fois : *Loi modifiant la Loi de la cour de l'Échiquier*, S.C. 1920, ch. 26, article 2. Ce pouvoir a été accordé par la modification du paragraphe 3(5), qui, à ce moment-là, était devenu l'article 8 de la *Loi de la cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1906, ch. 140; l'article 8 était par conséquent ainsi libellé (non souligné dans l'original) :

Remplacement en cas de maladie, etc.

Pouvoir de nommer un juge suppléant

**8. Advenant que le président ou le juge puîné soit malade ou absent du Canada ou occupé à d'autres devoirs, ou à la demande du président pour toute autre raison qu'il juge suffisante, le Gouverneur en conseil peut spécialement nommer un juge suppléant ayant les qualités requises susmentionnées**, qui est assermenté pour remplir fidèlement les devoirs de la charge, et ce juge suppléant a provisoirement tous les pouvoirs attachés à cette charge, lesquels prennent fin au gré du Gouverneur en conseil.

[43] The qualifications for appointment referred to in section 8 were as follows:

Who may be appointed judge

5. Any person may be appointed a judge of the Court who is or has been a judge of a superior or county court of any of the provinces of Canada, or a barrister or advocate of at least ten years' standing at the bar of any of the said provinces.

[44] Thus, Parliament provided that to be eligible for appointment as a deputy judge of the Exchequer Court, a person must have possessed the qualifications for appointment as a judge of the Exchequer Court. A person not qualified to serve as a judge of the Court could not serve as a deputy judge of the Court. At this time, all judges were appointed for life, during good behaviour, so no issue could arise with respect to the age of any judge or deputy judge.

[45] In 1927, a mandatory retirement age was introduced for the judges of the Supreme Court of Canada and the Exchequer Court. Judges of these Courts were to "cease to hold office upon attaining the age of seventy-five years, or immediately, if he has already attained that age" (*An Act to amend the Supreme Court Act*, S.C. 1926-27, c. 38, section 2; and *An Act to amend the Exchequer Court Act*, S.C. 1926-27, c. 30, section 1).

[46] It is appropriate, when construing a statutory amendment, to identify the problem that this amendment was designed to alleviate by considering excerpts from Hansard (*Canada 3000 Inc. (Re); Inter-Canadian (1991) Inc. (Trustee of)*, 2006 SCC 24, [2006] 1 S.C.R. 865, at paragraph 57). The perceived problem, as disclosed by the Parliamentary debates relating to the amendment imposing a mandatory retirement age for judges of the Supreme Court of Canada and the Exchequer Court, was that life-long appointments for judges entailed an unacceptable risk that judges might not be capable of determining for themselves whether they remained fit to carry on their duties as they aged (Hansard, *House of Commons Debates*, March 10, 1927, at page 1082).

[43] Les qualités requises pour la nomination dont il est question à l'article 8 sont les suivantes :

Qui peut être nommé juge

5. Peut être nommé juge de la cour qui-conque est ou a été juge d'une cour supérieure ou de comté dans quelqu'une des provinces du Canada, ou un avocat qui a pratiqué, pendant au moins dix ans, au barreau de quelqu'une de ces provinces.

[44] Le législateur avait donc prévu que, pour être nommée juge suppléant de la Cour de l'Échiquier, une personne devait posséder les qualités requises pour être nommée juge de la Cour de l'Échiquier. Une personne n'ayant pas les qualités pour exercer les fonctions de juge de la Cour de l'Échiquier ne pouvait pas agir en qualité de juge suppléant de cette cour. À cette époque, les juges étaient nommés à vie, à titre inamovible, et la question de l'âge des juges et des juges suppléants ne se posait donc pas.

[45] En 1927, le législateur a fixé un âge de retraite obligatoire pour les juges de la Cour suprême du Canada et de la Cour de l'Échiquier. Le juge de l'une ou l'autre de ces cours doit « cesser d'occuper sa charge lorsqu'il atteint l'âge de soixante-quinze ans, ou immédiatement, s'il a déjà atteint cet âge » (la *Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, S.C. 1926-27, ch. 38, article 2, et la *Loi modifiant la Loi sur la cour de l'Échiquier*, S.C. 1926-27, ch. 30, article 1).

[46] Il convient, lors de l'interprétation d'une modification législative, d'examiner des extraits du Hansard afin de cerner le problème que la modification était censée régler (*Canada 3000 Inc. (Re); Inter-Canadian (1991) Inc. (Syndic de)*, 2006 CSC 24, [2006] 1 R.C.S. 865, au paragraphe 57). Le problème que l'on avait cerné, comme le révèlent les débats parlementaires sur la modification visant à imposer l'âge de la retraite obligatoire aux juges de la Cour suprême et de la Cour de l'Échiquier, était que la nomination à vie des juges entraînait un risque inacceptable : les juges pourraient ne pas être capables de déterminer eux-mêmes s'ils étaient encore aptes à s'acquitter de leurs fonctions (Hansard, *Débats de la Chambre des communes*, le 10 mars 1927, à la page 1078).

[47] The general tenor of this concern is captured in the following extract of remarks made by Mr. R. B. Bennett, later to become leader of the opposition and Prime Minister:

I do not desire to express a definite opinion with regard to the age, as between seventy-five or eighty, but I think you will find there is a general consensus of opinion among litigants in the country that when a judge has attained the age of seventy-five he has, not wishing to be unkind, outlived his usefulness. There are cases where this condition does not apply and there always will be such cases. But speaking generally when men have discharged the difficult duties and borne the wear and toil of professional work to the extent to which a successful practitioner does, at the age of seventy-five I think they should be willing to take a holiday and enjoy a well-earned pension. Whether seventy-five is the exact age or not, I am not prepared to say, but I do feel from my own observation that at the age of eighty no gentleman should be occupying a seat on the bench. That is my personal view.

See: Hansard, *House of Commons Debates*, March 25, 1927, at page 1556.

[48] To similar effect are the comments of the then-Minister of Justice, the Honourable Ernest Lapointe, who quoted as follows from Chief Justice Taft of the United States Supreme Court:

There is no doubt that there are judges at seventy who have ripe judgments, active minds, and much physical vigour, and that they are able to perform their judicial duties in a very satisfactory way. Yet in a majority of cases when men come to be seventy, they have lost vigour, their minds are not as active, their senses not as acute, and their willingness to undertake great labour is not so great as in younger men, and as we ought to have in judges who are to perform the enormous task which falls to the lot of Supreme court justices. In the public interest, therefore, it is better that we lose the services of the exceptions who are good judges after they are seventy and avoid the presence on the bench of men who are not able to keep up with the work, or to perform it satisfactorily. The duty of a Supreme court judge is more than merely taking in the point at issue between the parties, and deciding it. It frequently involves a heavy task in reading records and writing opinions. It thus is a substantial drain upon one's energy. When most men reach seventy, they are loath thoroughly to investigate cases where such work involves real physical endurance.

[47] La nature générale de ce problème ressort de l'extrait suivant de commentaires formulés par M. R. B. Bennett, qui allait par la suite devenir chef de l'opposition puis premier ministre :

Je ne me prononce pas entre les deux âges de soixante-quinze et de quatre-vingts ans; seulement je crois que, parmi ceux qui ont recours aux tribunaux, on trouvera l'opinion assez répandue que lorsqu'un juge a atteint l'âge de soixante-quinze ans il a, soit dit sans méchanceté, dépassé l'âge utile. Il y a des exceptions; il y en aura toujours. Mais à parler d'une manière générale, quand des hommes ont payé de leur personne les durs labeurs de la profession jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans, ils devraient être heureux, ce me semble, de se reposer et de jouir d'une pension bien méritée. Je ne dis pas que soixante-quinze ans soit la limite exacte, seulement ma propre observation m'incline à croire que nous ne devrions pas avoir sur le banc un juge qui a atteint sa quatre-vingtième année. Voilà mon opinion personnelle.

Voir : Hansard, *Débats de la Chambre des communes*, le 25 mars 1927, à la page 1551.

[48] Des commentaires semblables ont été tenus par le ministre de la Justice de l'époque, M. Ernest Lapointe, qui avait cité de la façon suivante le juge en chef Taft de la Cour suprême des États-Unis :

À n'en pas douter, il y a des juges qui, à soixante-dix ans, sont d'un jugement mûri, d'un esprit alerte, d'une grande vigueur physique, et en mesure de s'acquitter de leurs fonctions de façon fort satisfaisante. Cependant, il arrive que la plupart du temps ceux qui ont atteint l'âge de soixante-dix ans, n'ont plus la vigueur d'autrefois; leur esprit n'est plus aussi alerte, la perception de leurs sens s'est émoussée et ils n'ont plus, lorsqu'il s'agit d'entreprendre une tâche importante, le même empire sur leur volonté que nous constatons chez des gens d'un âge moins avancé, et que nous devrions retrouver dans les juges qui doivent abattre la besogne énorme qui incombe aux juges de la Cour suprême. Dans l'intérêt du public, il vaut mieux se résigner à perdre les services du petit nombre de ces juges qui excellent encore après avoir atteint leurs soixante-dix ans et ne pas avoir, parmi la magistrature, des juges qui ne sont plus en état de suffire à la besogne ou de faire le travail d'une façon satisfaisante. La fonction d'un juge de la Cour suprême ne consiste pas seulement à saisir le point de droit en jeu entre les parties et à statuer en conséquence. De par ses

See: Hansard, *House of Commons Debates*, March 25, 1927, at page 1562.

[49] The Debates also reflect the desire of the Minister of Justice and other members of the House of Commons that a retirement age be legislated for judges appointed to the courts established pursuant to section 96 of the *Constitution Act, 1867*. This, however, was viewed to be beyond the legislative authority of Parliament in that it required an amendment to the then *British North America Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]. The constitutional amendment necessary to impose a mandatory retirement age of 75 on judges of the section 96 courts was finally made by the U.K. Parliament in 1960 [*British North America Act, 1960*, 9 Eliz. II, c. 2 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 37]].

[50] In 1927, when the mandatory retirement provision came into effect for judges of the Exchequer Court, sections 5, 8 and 9 of the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1927, c. 34, read as follows (emphasis added):

Who may be appointed judge

5. Any person may be appointed a judge of the Court who is or has been a judge of a superior or county court of any of the provinces of Canada, or a barrister or advocate of at least ten years' standing at the bar of any of the said provinces.

...

Power to appoint a deputy judge

8. The Governor in Council may, in case of the sickness or absence from Canada or engagement upon other duty of the President or of the Puisne Judge, or, at the request of the President, for any other reason which he deems sufficient,

fonctions, il lui incombe souvent un labeur onéreux, tel que la lecture de dossiers et la rédaction d'opinions. Cela exige une grande dépense d'énergie. La plupart du temps, l'homme qui a atteint soixante-dix ans n'est guère porté à examiner à fond des causes à l'étude desquelles il faut réellement apporter de l'endurance physique.

Voir : Hansard, *Débats de la Chambre des communes*, le 25 mars 1927, à la page 1556.

[49] Les Débats révèlent aussi le souhait du ministre de la Justice et des autres membres de la Chambre des communes d'établir dans la loi un âge de retraite obligatoire pour les juges nommés à des cours établies en vertu de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette mesure était toutefois considérée comme outrepassant la compétence législative du Parlement parce qu'elle requerrait une modification de la *Loi constitutionnelle de 1867*, alors appelée *Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]]. La modification à la Constitution nécessaire afin que soit imposé l'âge de la retraite obligatoire à 75 ans aux juges des cours établies en vertu de l'article 96 a finalement été apportée par le Parlement du Royaume-Uni en 1960 [*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1960*, 9 Eliz. II, ch. 2 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 37]].

[50] En 1927, lorsque la disposition prévoyant la retraite obligatoire des juges de la Cour de l'Échiquier est entrée en vigueur, les articles 5, 8 et 9 de la *Loi de la cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1927, ch. 34, étaient libellés comme suit (non souligné dans l'original) :

5. Peut être nommé juge de la cour quiconque est ou a été juge d'une cour supérieure ou de comté dans quelque'une des provinces du Canada, ou un avocat qui a exercé pendant au moins dix ans au barreau de l'une de ces provinces.

Qui peut être nommé juge

[...]

8. Lorsque le président ou le juge puîné est malade ou absent du Canada ou occupé à d'autres devoirs, ou lorsque le président le demande pour tout autre motif qu'il juge suffisant, le gouverneur en son conseil peut nommer un juge suppléant

Pouvoir de nommer un juge suppléant



specially appoint a deputy judge having the qualifications for appointment hereinbefore mentioned, who shall be sworn to the faithful performance of the duties of the office, and shall temporarily have all the powers incident thereto to be terminated at the pleasure of the Governor in Council.

Term of  
office

9. Every judge of the Court shall hold office during good behaviour, but shall be removable by the Governor General on address of the Senate and House of Commons: Provided that each judge, whether heretofore appointed or hereafter to be appointed, shall cease to hold office upon attaining the age of seventy-five years, or immediately, if he has already attained that age.

[51] Pursuant to section 9 of the *Exchequer Court Act* as it read in 1927, a judge of that Court would cease to hold office upon reaching 75 years of age. While the qualifications for appointment remained unchanged, after the enactment of section 9 no individual 75 years of age or more could be appointed as a judge of the Exchequer Court. In this circumstance, did Parliament intend that a judge of a superior or county court over the age of 75 could be appointed as a deputy judge? The Chief Justice concluded that it did. At paragraph 147 of his reasons, the Chief Justice wrote that:

Moreover, the retirement age inserted into section 9 was a limitation and not a qualification. That limitation could not be one of the “qualifications for appointment hereinbefore mentioned” referred to in sections 5 and 8. I conclude that section 9 did not prohibit a person older than 75 from acting as a deputy judge of the Exchequer Court. [Footnote omitted.]

[52] We respectfully disagree. Section 9 of the *Exchequer Court Act* had broad application—it applied to sitting judges of the Exchequer Court and to those to be appointed in the future. Persons 75 years of age were no longer qualified or eligible to be appointed to the Court. They were no longer qualified or eligible because Parliament had determined, as a matter of policy, that the duties of the office of judge of the Exchequer Court were best

extraordinaire ayant les qualités requises susmentionnées. Celui-ci doit prêter serment qu’il remplira fidèlement les devoirs de la charge, et il est investi provisoirement de tous les pouvoirs attachés à cette charge, lesquels prennent fin au gré du gouverneur en son conseil.

Durée de la  
charge

9. Tout juge de la cour reste en fonctions durant bonne conduite, mais il peut être démis par le gouverneur général, sur une adresse du Sénat et de la Chambre des communes : Toutefois, qu’il ait été nommé jusqu’ici ou qu’il le soit à l’avenir, ce juge doit cesser d’occuper sa charge dès qu’il atteint l’âge de soixante-quinze ans, ou immédiatement, s’il a déjà atteint cet âge.

[51] Selon l’article 9 de la *Loi de la cour de l’Échiquier* tel qu’il était libellé en 1927, un juge de cette cour devait cesser d’occuper sa charge dès qu’il atteignait 75 ans. Bien que les qualités requises pour être nommé juge n’aient pas changé, les personnes qui avaient atteint l’âge de 75 ans ne pouvaient plus être nommées juges de la Cour de l’Échiquier après l’entrée en vigueur de l’article 9. Dans ces circonstances, le législateur avait-il l’intention qu’un juge d’une cour supérieure ou d’une cour de comté qui avait atteint l’âge de 75 ans puisse être nommé juge suppléant? Le juge en chef a conclu que c’était effectivement l’intention du législateur. Au paragraphe 147 de ses motifs, le juge en chef a écrit ce qui suit :

De plus, l’âge de la retraite inséré dans l’article 9 était une limite et non pas une qualité requise. Cette limite ne pouvait pas être l’une des « qualités requises susmentionnées » dont parlent les articles 5 et 8. Je conclus que l’article 9 n’interdit pas à une personne de plus de 75 ans d’agir comme juge suppléant de la Cour de l’Échiquier. [Note en bas de page omise.]

[52] En toute déférence, nous ne souscrivons pas à cette conclusion. L’article 9 de la *Loi de la cour de l’Échiquier* avait une grande portée; il s’appliquait aux juges en fonction et aux futurs juges. Les personnes qui avaient atteint 75 ans n’avaient plus les qualités requises ou n’étaient plus admissibles à une nomination à la Cour de l’Échiquier parce que le législateur avait estimé que, pour des raisons de politique générale, les personnes

performed by individuals who had not yet attained the age of 75. That was the case in 1927, and in our view, it remains the case to this day in relation to deputy judges of the Federal Court.

[53] Implicit in this conclusion is the premise that the status of deputy judges under the *Exchequer Court Act* is relevant to the interpretation of the deputy judge provision in the *Federal Courts Act*. We consider that to be a valid premise because the Federal Court is the successor of the Exchequer Court and the provisions with respect to deputy judges contained in the *Exchequer Court Act* were continued in its successor statutes, the *Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1, and the *Federal Courts Act*.

[54] Further, the roles of deputy judges of the two courts are similar. As is presently the case, a person could be appointed a deputy judge of the Exchequer Court for any reason deemed sufficient by its President (section 8, above), although deputy judges were not actually used in the Exchequer Court until 1942, and were used only sporadically after that time (see the reasons of the Chief Justice, at paragraph 114, citing Bushnell, *The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992* (Toronto: University of Toronto Press, 1997), at pages 97, 130 and 193–194).

[55] Finally, while the jurisdiction of the Exchequer Court and the Federal Court are different, those differences are not relevant to the question of Parliament's intent concerning the age of deputy judges.

[56] It remains only to consider whether any statutory amendments after 1927 compel the contrary conclusion. There is only one amendment to the *Exchequer Court Act* to be considered in that regard. In 1968, the *Exchequer Court Act* [R.S.C. 1952, c. 98] was amended in consequence of the enactment of the *Divorce Act*, S.C. 1967-68, c. 24, subsection 23(2). A division of the Exchequer Court called the Divorce Division was

n'ayant pas atteint l'âge de 75 ans étaient plus aptes à s'acquitter des fonctions d'un juge de la Cour de l'Échiquier. C'était la règle en 1927, et, à notre avis, elle s'applique encore aujourd'hui en ce qui a trait aux juges suppléants de la Cour fédérale.

[53] Le postulat de base qui ressort implicitement de cette conclusion est que le statut des juges suppléants suivant la *Loi de la cour de l'Échiquier* est pertinent pour l'interprétation des dispositions sur les juges suppléants prévues par la *Loi sur les Cours fédérales*. Nous estimons qu'il s'agit d'un postulat valable parce que la Cour fédérale est la successeure de la Cour de l'Échiquier et que les dispositions sur les juges suppléants dans la *Loi de la cour de l'Échiquier* ont été maintenues dans les lois qui lui ont succédé, la *Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, ch. 1, et la *Loi sur les Cours fédérales*.

[54] En outre, les rôles des juges suppléants des deux cours sont semblables. Comme cela est le cas aujourd'hui, une personne pouvait être nommée juge suppléant de la Cour de l'Échiquier pour tout motif que le président jugeait suffisant (article 8, précité), mais la Cour de l'Échiquier n'a pas eu recours à des juges suppléants avant 1942, puis elle n'a fait appel à de tels juges que de façon sporadique par la suite (voir le paragraphe 114 des motifs du juge en chef, qui renvoie à Bushnell, *The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992* (Toronto : University of Toronto Press, 1997), aux pages 97, 130, 193 et 194).

[55] Enfin, bien que la compétence de la Cour de l'Échiquier et celle de la Cour fédérale ne soient pas les mêmes, leurs différences n'ont aucune incidence sur la question de l'intention du législateur à l'égard de l'âge des juges suppléants.

[56] Il ne reste qu'à établir si des modifications législatives apportées après 1927 commandent une conclusion contraire. Une seule modification de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* doit être examinée à cet égard. En 1968, la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* [S.R.C. 1952, ch. 98] a été modifiée par l'édition de la *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-68, ch. 24, paragraphe 23(2). Une division de la Cour de l'Échiquier, nommée Division des divorces, a

created and barristers and advocates were no longer permitted to act as a deputy judge of the Exchequer Court. Deputy judges would thereafter be current or former judges of a superior or county court. In consequence, reference to the “qualifications for appointment” of a deputy judge was removed. Subsection 8(1) was amended to read as follows (emphasis added):

Persons  
qualified to  
sit and act as  
judge

**8.** (1) Subject to subsection (3), any judge of a superior court or county court in Canada, and any person who has held office as a judge of a superior court or county court in Canada, may, at the request of the President made with the approval of the Governor in Council, sit and act as a judge of the Exchequer Court and as a judge of the Divorce Division.

[57] The question to be answered is whether the 1968 amendment to the *Exchequer Court Act*, particularly the deletion of any reference to the qualifications for appointment as a deputy judge, reflected a change in legislative intent concerning the age of deputy judges. Did Parliament now intend that persons 75 years of age or older could act as a deputy judge?

[58] In our view, it did not. The purpose of the 1968 amendment was to raise the level of qualification required to act as a deputy judge. Prior judicial experience was now required, and it was for this purpose that the wording of the deputy judge provision was altered. There is no basis in the language of the statutory amendment or in the surrounding context on which to conclude that in 1968, Parliament intended to eliminate the age restriction upon deputy judges by way of a consequential amendment to the *Exchequer Court Act* made necessary by the enactment of the *Divorce Act*. We note parenthetically that at the time of the 1968 amendments to the *Exchequer Court Act*, the constitutional amendment imposing a mandatory retirement age on judges of the courts established under section 96 of the *Constitution Act, 1867* had been in effect for eight years.

été créée et les avocats n’ont dès lors plus eu le droit d’agir en qualité de juge suppléant de la Cour de l’Équichier. À partir de ce moment, les juges suppléants devaient être choisis parmi les juges, actuels ou anciens, des cours supérieures ou des cours de comté. Par conséquent, la mention visant les « qualités requises » d’un juge suppléant a été enlevée. Le paragraphe 8(1) a été modifié de la façon suivante (non souligné dans l’original) :

Personnes  
qualifiées  
pour siéger  
comme juge

**8.** (1) Sous réserve du paragraphe (3), un juge d’une cour supérieure ou d’une cour de comté au Canada, ainsi que toute personne qui a occupé un poste de juge d’une cour supérieure ou d’une cour de comté au Canada peut, à la demande du président faite avec l’approbation du gouverneur en conseil, siéger comme juge de la Cour de l’Équichier et juge de la Division des divorces.

[57] La question est donc de savoir si la modification apportée en 1968 à la *Loi sur la Cour de l’Équichier*, à savoir la suppression de toute mention des qualités requises pour être nommé juge suppléant, traduisait un changement de l’intention du législateur concernant l’âge des juges suppléants. L’intention du législateur était-elle dorénavant de permettre à des personnes qui avaient atteint l’âge de 75 ans d’agir en qualité de juge?

[58] À notre avis, ce n’était pas l’intention du législateur. La modification apportée en 1968 avait pour but de hausser les exigences pour agir en qualité de juge suppléant. L’expérience comme juge devenait désormais nécessaire pour être nommé juge suppléant, et c’est pourquoi le libellé de la disposition visant les juges suppléants a été modifié. Rien dans le texte de la modification ou dans son contexte législatif ne permet de conclure que le législateur, en 1968, a eu l’intention de supprimer la limite d’âge visant les juges suppléants en modifiant la *Loi sur la Cour de l’Équichier*. Cette modification a été rendue nécessaire en raison de l’édiction de la *Loi sur le divorce*. Nous soulignons, soit dit en passant, qu’à l’époque où les modifications ont été apportées à la *Loi sur la Cour de l’Équichier*, soit en 1968, la modification constitutionnelle qui prévoit l’âge de retraite obligatoire pour les juges des cours établies en vertu de l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, était en vigueur depuis huit ans.

[59] The statutory provisions relating to deputy judges have remained substantially similar to the provisions as they read in 1968: see *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1970, c. E-11, section 9; *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, section 10; and *Federal Courts Act*, section 10, as amended by the *Courts Administration Service Act*, S.C. 2002, c. 8, section 19.

[60] This review of the legislative evolution and history of the deputy judge provisions shows that prior to the enactment of the *Federal Court Act*, Parliament did not intend that persons 75 years of age or older could be asked to act as deputy judges.

ii. The current provisions of the *Federal Courts Act*

[61] Having considered the legislative evolution of the deputy judge provisions, it is necessary to consider the current statutory context.

[62] Subsection 10(1.1) of the *Federal Courts Act* is found within that portion of the *Federal Courts Act* entitled “The Judges”. This heading encompasses sections 5 to 10.1 [as enacted by S.C. 2002, c. 8, s. 19] of the *Federal Courts Act*. Sections 5 [as am. *idem*, s. 16] and 5.1 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 144; 2002, c. 8, s. 16] deal with the constitution of the Federal Court and the Federal Court of Appeal. Sections 5.2 [as enacted *idem*] and 5.3 deal with who may be appointed judge and who makes such appointments. Section 5.4 [as enacted *idem*; 2006, c. 11, s. 20] deals with the required number of judges from Quebec. Section 6 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 16; 2006, c. 11, s. 21] governs the rank and precedence of the courts and their judges, and what happens in the event of the absence or incapacity of either Chief Justice. Section 7 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 17; 2006, c. 11, s. 22(E)] deals with the residence requirement and the rota of judges. Section 8 deals with the tenure of office. Section 9 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 19] deals with the oath of office and its administration. Section 10 deals with deputy judges. Finally, section 10.1

[59] Le libellé des dispositions portant sur les juges suppléants est resté pour l’essentiel le même que celui de 1968 : voir la *Loi sur la Cour de l’Échiquier*, S.R.C. 1970, ch. E-11, article 9; la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, article 10; et la *Loi sur les Cours fédérales*, article 10, modifié par la *Loi sur le Service administratif des tribunaux judiciaires*, L.C. 2002, ch. 8, article 19.

[60] Cet examen de l’évolution législative et de l’historique des dispositions sur les juges suppléants révèle qu’avant l’édiction de la *Loi sur la Cour fédérale*, le législateur n’avait pas l’intention que des personnes qui avaient atteint l’âge de 75 ans puissent agir en qualité de juge suppléant.

ii. Les dispositions actuelles de la *Loi sur les Cours fédérales*

[61] Après avoir examiné l’évolution législative des dispositions sur les juges suppléants, il convient maintenant de se pencher sur le contexte législatif à l’heure actuelle.

[62] Le paragraphe 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales* se trouve dans la partie intitulée « Les juges ». Ce titre vise les articles 5 à 10.1 [édicte par L.C. 2002, ch. 8, art. 19] de la *Loi sur les Cours fédérales*. Les articles 5 [mod., *idem*, art. 16] et 5.1 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 144; 2002, ch. 8, art. 16] portent sur la composition de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale. Les articles 5.2 [édicte, *idem*] et 5.3 concernent les conditions de nomination et prévoient qui peut faire ces nominations. L’article 5.4 [édicte, *idem*; 2006, ch. 11, art. 20] établit le nombre de juges devant provenir du Québec. L’article 6 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 16; 2006, ch. 11, art. 21] prévoit le rang et la préséance des cours et de leurs juges et établit ce qu’il advient en cas d’absence ou d’empêchement de l’un ou l’autre des juges en chef. L’article 7 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 17; 2006, ch. 11, art. 22(A)] porte sur l’exigence liée au lieu de résidence et sur la liste de roulement des juges. L’article 8 établit la durée du mandat. L’article 9 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 19] prévoit le serment professionnel et sa prestation. L’article 10 porte sur les juges

deals with the requirement of annual court meetings to discuss the rules and the administration of justice.

[63] Subsection 8(2) is the only provision in this part of the *Federal Courts Act* which assists in ascertaining Parliament's intent as to whether persons 75 years of age or older may serve as a deputy judge.

[64] The introduction of the mandatory retirement provision in 1927 for the Supreme Court and the Exchequer Court reflected Parliament's determination that, with age, judges may lose physical and mental efficiency so that, as a matter of policy, they should not carry out judicial duties after attaining 75 years of age. In 1960, section 99 of the *Constitution Act, 1867* was amended to provide a mandatory retirement age for the judges of the section 96 courts. This was a further expression of the same policy, expressed through the U.K. Parliament. That policy is also reflected in other federal statutes, including the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, subsection 9(2), and the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, subsection 7(2) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 16, s. 8], and in the legislation relating to the territorial courts, established by Parliament because of its plenary legislative powers over the territories: *Northwest Territories Act*, R.S.C., 1985, c. N-27, section 33; *Nunavut Act*, S.C. 1993, c. 28, subsection 31(3); *Yukon Act*, S.C. 2002, c. 7, section 39.

[65] We note that our colleague in dissent recognizes [at paragraph 129] that allowing persons to serve as deputy judges after becoming 75 is "an island of anomaly" in the midst of a "uniform sea of statutes governing courts across Canada specifying that judges must retire at age 75." He explains [at paragraph 130] the anomaly by adopting the explanation proposed by the Chief Justice to the effect that the Federal Court "can experience unusual and temporary surges and overflows of work in particular areas of its unique jurisdiction, such as immigration." This is said to shed light

suppléants. Enfin, l'article 10.1 prévoit l'obligation pour les juges de se réunir une fois par an pour discuter des règles de pratique et de l'administration de la justice.

[63] Le paragraphe 8(2) est la seule disposition de cette partie de la *Loi sur les Cours fédérales* qui puisse nous renseigner sur l'intention du législateur quant à savoir si les personnes qui ont atteint l'âge de 75 ans peuvent agir en qualité de juge suppléant.

[64] L'ajout, en 1927, de la disposition prévoyant la retraite obligatoire des juges de la Cour suprême et de la Cour de l'Échiquier faisait écho à l'avis du législateur selon lequel, en vieillissant, les capacités physiques et mentales des juges peuvent diminuer et que, pour des raisons de politique générale, les juges ne devraient donc pas exercer leurs fonctions judiciaires après avoir atteint 75 ans. En 1960, l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été modifié afin d'établir l'âge de la retraite obligatoire des juges des cours établies par l'article 96. Cette modification participait des mêmes raisons de politique générale, cette fois-ci édictées par le Parlement du Royaume-Uni. Cette politique générale ressort également d'autres lois fédérales, notamment la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, paragraphe 9(2), la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, paragraphe 7(2) [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 16, art. 8], et dans les lois sur les tribunaux des territoires établis par le Parlement sur le fondement de ses pleins pouvoirs législatifs sur les territoires : *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, L.R.C. (1985), ch. N-27, article 33; *Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, ch. 28, paragraphe 31(3); *Loi sur le Yukon*, L.C. 2002, ch. 7, article 39.

[65] Nous notons que notre collègue dissident admet [au paragraphe 129] que le fait de permettre à une personne d'agir en qualité de juge suppléant après avoir atteint 75 ans constitue un « îlot d'anomalie » dans « une mer homogène de lois qui régissent les tribunaux au Canada et qui prévoient que les juges doivent prendre leur retraite à 75 ans ». Il explique [au paragraphe 130] cette anomalie en adoptant le raisonnement proposé par le juge en chef, selon qui la Cour fédérale « peut faire face à une brusque surcharge de travail dans certains domaines de compétence exclusive, tels que l'immigration ».

on the meaning of subsection 10(1.1) because if only those under 75 are permitted to serve as deputy judges, the pool of judges able to help the Federal Court with a temporary overflow of work might be insufficient. The difficulty with this explanation for the anomaly is that it has no evidentiary foundation. There is no evidence that fluctuation in the volume of work is a phenomenon unique to the Federal Court. Nor is there any evidence about the number of judges who choose to retire or become a supernumerary judge before age 75. While allowing retired judges to act as deputy judges after they reach age 75 would increase the pool of judges, it is speculative to conclude that the smaller pool of judges, retired judges and supernumerary judges under the age of 75 might be insufficient to deal with the volume of work.

[66] Reading subsection 10(1.1) of the *Federal Courts Act* in its statutory context, it is our view that despite the broad language used in subsection 10(1.1), it must be understood to be subject to the implied limitation that persons 75 years of age or older should not serve as deputy judges. The contrary interpretation would violate the manifest legislative policy of Parliament that a person should not be permitted to perform judicial duties after attaining the age of 75. It defies common sense to conclude that a judge of the Federal Court on turning 75 years of age ceases to hold office and yet, at the request of the Chief Justice of the Federal Court, may continue to perform the same judicial duties as a deputy judge. It is equally illogical to conclude that a judge of the superior court of a province may cease to hold office on attaining age 75 and then assume judicial duties acting as a deputy judge of the Federal Court.

[67] Before leaving the current statutory context, it is appropriate to consider certain aspects of the *Federal Courts Act* that might support the conclusion reached by the Chief Justice.

Cette explication est censée permettre de mieux comprendre le paragraphe 10(1.1) parce que, si seuls les juges de moins de 75 ans pouvaient agir en qualité de juge suppléant, le bassin de juges capables d'aider la Cour fédérale lorsqu'elle doit faire face à une surcharge de travail temporaire pourrait ne pas suffire à la tâche. Le problème avec cette explication de l'anomalie est qu'elle n'est aucunement fondée sur la preuve. Rien ne donne à penser que la fluctuation de la charge de travail est un problème particulier à la Cour fédérale. Il n'y a aucun élément de preuve sur le nombre de juges qui choisissent de prendre leur retraite ou de devenir juge surnuméraire avant d'atteindre 75 ans. Même si le fait de permettre à des juges à la retraite qui ont atteint l'âge de 75 ans d'agir en qualité de juge suppléant augmenterait le bassin de juges, on verse dans la spéculation en concluant qu'un plus petit bassin de juges à la retraite et de juges surnuméraires âgés de moins de 75 ans pourrait ne pas suffire à la tâche.

[66] Le contexte législatif du paragraphe 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales* nous mène à la conclusion que, malgré son libellé général, il faut considérer ce paragraphe comme étant assujéti à la restriction implicite qui prévoit que les personnes qui ont atteint l'âge de 75 ans ou plus ne devraient pas agir en qualité de juge suppléant. L'interprétation contraire serait en violation de la politique législative claire établie par le législateur, suivant laquelle une personne ne devrait pas être autorisée à exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l'âge de 75 ans. Il est contraire au bon sens de conclure qu'un juge de la Cour fédérale qui cesse d'exercer la charge de juge lorsqu'il atteint 75 ans peut, à la demande du juge en chef de la Cour fédérale, continuer de s'acquitter des mêmes fonctions judiciaires en qualité de juge suppléant. Il est tout aussi illogique de conclure qu'un juge d'une cour supérieure d'une province puisse cesser d'exercer la charge de juge lorsqu'il atteint 75 ans, pour ensuite s'acquitter de fonctions judiciaires en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale.

[67] Avant de conclure la présente partie sur le présent contexte législatif, il convient de se pencher sur certains points de la *Loi sur les Cours fédérales* qui pourraient étayer la conclusion tirée par le juge en chef.

[68] First, there is no statutory provision that specifically states when the term of a deputy judge comes to an end, and no transitional provision that permits a deputy judge to work for a certain length of time after finishing a particular hearing. It could be argued that the absence of such provisions supports the inference that the entitlement of a deputy judge to act cannot be a function of age. We do not accept this argument for the following reason.

[69] The manner in which work is assigned to a deputy judge of the Federal Court is described by the Chief Justice as follows, at paragraph 137 of his reasons:

Unlike the full time and supernumerary judges of the Federal Court, deputy judges no longer hold office and are no longer under the scheduling authority of the Chief Justice. The deputy judge must choose to accept the Chief Justice's request to act. The deputy judge is asked to accept assignments from the Chief Justice and may refuse to do so. Unlike the situation with judges who hold office, this is a consensual process.

As the assignment of work is “consensual”, a deputy judge has no right to receive any assignment, no right to act as a judge unless asked to do so by the Chief Justice of the Federal Court, no tenure, and no right to be paid except for the days worked. Given the *ad hoc* nature of the work of a deputy judge, we draw no inference from Parliament's failure to legislate retirement provisions for deputy judges. They hold no position from which they may retire. Similarly, the absence of a transitional provision is consistent with the view that a deputy judge would not be given any assignment he or she could not complete before his or her 75th birthday.

[70] It is also arguable that support for the Chief Justice's conclusion may be found in Parliament's response to *Addy v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 452 (T.D.). The ratio of *Addy* was that a provision of the 1970 predecessor to the *Federal Courts Act* imposing a mandatory retirement age of 70 for judges of the Federal Court of Canada was unconstitutional in the face of

[68] Tout d'abord, aucune disposition de la *Loi sur les Cours fédérales* ne prévoit expressément la fin du mandat des juges suppléants et aucune disposition transitoire n'établit qu'un juge suppléant peut travailler pendant un certain temps après avoir terminé une instance donnée. On pourrait alléguer que l'absence de telles dispositions permet de conclure que le droit d'un juge suppléant d'exercer la charge de juge ne peut pas être fondé sur l'âge. Nous ne souscrivons pas à cet argument pour les motifs qui suivent.

[69] Le juge en chef a décrit la façon dont le travail est assigné à un juge suppléant de la Cour fédérale, au paragraphe 137 de ses motifs :

Contrairement aux juges à temps plein et aux juges surnuméraires de la Cour fédérale, les juges suppléants n'occupent pas le poste et ne sont pas soumis au pouvoir d'établissement du calendrier du juge en chef. Le juge suppléant décide s'il accepte l'affectation qui lui est offerte par le juge en chef. Le juge en chef demande au juge suppléant s'il accepte l'affectation qui lui est offerte et il peut refuser cette offre. Il s'agit d'un processus consensuel contrairement au processus qui s'applique aux juges qui occupent le poste.

Puisque l'attribution du travail est un processus « consensuel », les juges suppléants n'ont aucun droit à une affectation, aucun droit d'agir en qualité de juge — à moins que le juge en chef de la Cour fédérale ne le leur demande — aucune permanence, ni aucun droit à un traitement, sauf pour les jours travaillés. Vu la nature ponctuelle du travail du juge suppléant, nous ne tirons aucune conclusion de l'omission du législateur d'adopter des dispositions prévoyant la retraite des juges suppléants. Ils n'occupent aucun poste, ils ne peuvent donc pas prendre leur retraite. De façon semblable, l'absence d'une disposition transitoire va de pair avec l'idée que le juge en chef ne proposera aucune affectation que le juge suppléant ne pourrait pas terminer avant son 75<sup>e</sup> anniversaire.

[70] On pourrait également soutenir que la conclusion du juge en chef est étayée par la mesure prise par le législateur en réponse à la décision *Addy c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 452 (1<sup>re</sup> inst.). La *ratio decidendi* de la décision *Addy* était qu'une disposition de la loi de 1970 qui a précédé la *Loi sur les Cours fédérales*, selon laquelle les juges de la Cour fédérale du Canada devaient

subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867*, enacted in 1960 to establish a mandatory retirement age of 75 for judges of the superior courts. Parliament later amended the *Federal Court Act* to raise the mandatory retirement age back to 75 for judges of the Federal Court of Canada. That dealt with the ratio of *Addy*. However, at page 464 of *Addy*, the judge observed in *obiter* that “[t]here is no limit in the Act as to the age of such a deputy judge.” Parliament did not amend the deputy judge provision to add an express age limitation despite this observation.

[71] In our view, this non-action by Parliament cannot be taken as an indication that Parliament intended no age limit for the appointment of a deputy judge. The meaning of legislation is fixed at the time of enactment (*Perka et al. v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at page 264; and *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed., at pages 146–147). The comments made in *Addy* were made some 14 years after the enactment of the statutory provisions in issue in that case. The non-action of Parliament so long after the enactment of the *Federal Court Act* sheds little if any light on the intent of Parliament at the time of enactment. Further, subsection 45(4) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, states as follows (emphasis added):

45. ...

Judicial  
construction  
not adopted

(4) A re-enactment, revision, consolidation or amendment of an enactment shall not be deemed to be or to involve an adoption of the construction that has by judicial decision or otherwise been placed on the language used in the enactment or on similar language.

In light of this provision, the subsequent re-enactment of subsection 10(1.1) of the *Federal Courts Act* after the *Addy* decision cannot be equated with the adoption of the *obiter* comments in *Addy* about the age of deputy judges.

prendre leur retraite à 70 ans, était inconstitutionnelle au vu du paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce paragraphe a été édicté en 1960 afin d’établir à 75 ans l’âge de la retraite obligatoire des juges des cours supérieures. Le législateur a par la suite modifié la *Loi sur la Cour fédérale* afin que l’âge de la retraite obligatoire des juges de la Cour fédérale du Canada soit de nouveau porté à 75 ans. Voilà qui répondait à la *ratio decidendi* de la décision *Addy*. Cependant, à la page 464 de la décision *Addy*, le juge a fait remarquer ce qui suit en *obiter dictum* : « La loi ne fixe aucune limite d’âge pour un juge suppléant. » Malgré cette remarque, le législateur n’a pas modifié la disposition visant les juges suppléants pour y ajouter une limite d’âge expresse.

[71] À notre avis, il ne faut pas déduire de l’inaction du législateur qu’il avait l’intention de soustraire les juges suppléants à la limite d’âge. Le sens de la loi est fixé au moment de son adoption (*Perka et autres c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, à la page 264; et *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd., aux pages 146 et 147). La remarque dans la décision *Addy* a été faite quelque 14 ans après l’adoption de la disposition légale en cause dans cette affaire. L’inaction du législateur si longtemps après l’édition de la *Loi sur la Cour fédérale* n’est guère révélatrice de son intention au moment de son adoption. En outre, le paragraphe 45(4) de la *Loi sur l’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, prévoit ce qui suit (non souligné dans l’original) :

45. [...]

(4) La nouvelle édition d’un texte, ou sa révision, refonte, codification ou modification, n’a pas valeur de confirmation de l’interprétation donnée, par décision judiciaire ou autrement, des termes du texte ou de termes analogues.

Absence de  
confirmation  
de l’inter-  
prétation  
judiciaire

À la lumière de cette disposition, la nouvelle édition du paragraphe 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales* par suite de la décision *Addy* ne peut pas être assimilée à l’adoption de la remarque sur l’âge des juges suppléants faite en *obiter* dans la décision *Addy*.



c. The purpose of the legislation

[72] As explained above, part of the overall context in which a provision was enacted can be determined by inquiring into its purpose. The purpose of subsection 10(1.1) is to facilitate the administration of justice by allowing the Chief Justice to augment his or her judicial resources from time to time when an additional full-time position is not necessary or available.

[73] The Chief Justice observed, at paragraph 108 of his reasons, that parliamentary debates in 1920 and 1967 contemplated “congestion of business” as a rationale for the appointment of a deputy judge. As a general principle of statutory interpretation, subsection 10(1.1) should be interpreted to promote this legislative purpose. However, there is no evidence before the Court that this purpose requires that persons 75 years of age and older be permitted to act as a deputy judge. Thus, there is nothing to trump the policy considerations that led to the introduction of a mandatory retirement age for judges of all of the superior courts in Canada.

d. Conclusion as to the proper interpretation of subsection 10(1.1) of the *Federal Courts Act*

[74] Having reviewed the text and the legislative evolution of subsection 10(1.1) of the *Federal Courts Act*, its statutory context and its purpose, we respectfully disagree with the conclusion of the Chief Justice that a person 75 years of age or older may be requested to act as a deputy judge of the Federal Court, and find that Mr. Felipa is entitled to succeed on his motion.

Subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867*

[75] Much of the argument in the Federal Court involved a debate on the scope of subsection 99(2) of the

c. L’objet de la loi

[72] Comme nous l’avons expliqué précédemment, nous pouvons déterminer une partie du contexte général dans lequel une disposition a été adoptée en établissant l’objet de la disposition. Le paragraphe 10(1.1) vise à faciliter l’administration de la justice en permettant au juge en chef d’augmenter ses ressources judiciaires au besoin lorsqu’une nomination à temps plein n’est pas justifiée ou qu’elle n’est pas possible.

[73] Le juge en chef a noté au paragraphe 108 de ses motifs que, lors des débats en 1920 et 1967, les parlementaires avaient envisagé la [TRADUCTION] « congestion des causes » comme justification pour la nomination de juges suppléants. Un principe général d’interprétation des lois prévoit que le paragraphe 10(1.1) devrait être interprété de façon à atteindre cet objet. Cependant, la Cour n’a été saisie d’aucune preuve établissant que cet objet exige qu’on permette la nomination de personnes qui ont atteint l’âge de 75 ans comme juge suppléant. Par conséquent, rien n’écarte les considérations de politique générale qui ont mené à l’adoption de l’âge de la retraite obligatoire des juges de toutes les cours supérieures du Canada.

d. Conclusion sur l’interprétation qu’il convient de donner au paragraphe 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales*

[74] Après examen du libellé et de l’évolution législative du paragraphe 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, de son contexte légal et de son objet, nous ne souscrivons pas à la conclusion du juge en chef, selon laquelle le juge en chef peut demander à une personne qui a atteint l’âge de 75 ans d’agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale. Nous concluons donc que la requête de M. Felipa doit être accueillie.

Le paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*

[75] Une bonne partie des plaidoiries en Cour fédérale concernait la portée du paragraphe 99(2) de la *Loi*

*Constitution Act, 1867* (quoted above), which stipulates that a “judge of a superior court” ceases to hold office upon attaining the age of 75 years. The issue was whether a judge of the Federal Court, which is a court established under section 101 of the *Constitution Act, 1867*, is a “judge of a superior court” within the meaning of subsection 99(2). Section 101 reads as follows:

General  
Court of  
Appeal, etc.

**101.** The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

[76] Given the basis upon which we have determined Mr. Felipa’s motion, it is not necessary for us to express an opinion on this point, and we decline to do so. We reach this conclusion despite the concern, well expressed by our dissenting colleague, that Parliament may choose to amend subsection 10(1.1) of the *Federal Courts Act* to specifically permit the appointment of deputy judges over the age of 75, in which case this issue may have to be argued anew. In our view, the speculative possibility of a future legislative change generally is not a good reason to attempt to resolve a difficult legal debate.

[77] We note that the Chief Justice and our dissenting colleague consider this issue to be relevant to this case, and they have both answered it in the negative. If that conclusion is correct, then by necessary implication the judges of all courts established under section 101 of the *Constitution Act, 1867* are also outside the scope of section 96 (which provides that judges of the superior courts are to be appointed by the Governor General), subsection 99(1) (which provides that judges of the superior courts hold office during good behaviour and are removable from office by the Governor General on address of the Senate and the House of Commons), and section 100 (which requires the salaries, allowances and pensions of judges of the superior courts to be fixed and provided by Parliament).

*constitutionnelle de 1867* (cité plus haut), qui dispose qu’un « juge d’une cour supérieure » cesse d’occuper sa charge lorsqu’il atteint l’âge de 75 ans. Il s’agissait d’établir si un juge de la Cour fédérale, laquelle a été créée en vertu de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, est un « juge d’une cour supérieure » au sens du paragraphe 99(2). L’article 101 est libellé comme suit :

Cour  
générale  
d’appel, etc.

**101.** Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l’occasion le requerra, adopter des mesures à l’effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d’appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

[76] Vu le fondement de notre décision à l’égard de la requête de M. Felipa, il n’est pas nécessaire d’exprimer notre opinion sur la présente question, et nous refusons de le faire. Nous tirons la présente conclusion malgré la réserve, bien formulée par notre collègue dissident, selon laquelle le législateur pourrait décider de modifier l’article 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales* afin de permettre expressément la nomination de juges suppléants âgés de 75 ans ou plus, auquel cas, il se pourrait que la présente question doive être plaidée de nouveau. À notre avis, la simple possibilité que le législateur pourrait modifier une loi ne constitue pas, de façon générale, une bonne raison pour que la Cour tente de trancher une délicate question de droit.

[77] Nous notons que le juge en chef et notre collègue dissident estiment que cette question est pertinente en l’espèce, et qu’ils y ont répondu par la négative. Si cette conclusion est bien fondée, alors, par déduction nécessaire, les juges de tous les tribunaux établis en vertu de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne sont pas non plus visés par l’article 96 (qui prévoit que les juges des cours supérieures sont nommés par le gouverneur général), ni par le paragraphe 99(1) (qui dispose que les juges des cours supérieures sont nommés à titre inamovible et peuvent être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des communes), ni par l’article 100 (qui établit que les salaires, les allocations et pensions des juges des cours supérieures sont fixés et payés par le Parlement du Canada).

[78] In our view, the jurisprudence has not provided a conclusive answer to the question of whether sections 96, 99 and 100 apply to the judges of courts established under section 101. We consider it arguable that section 101 judges are within the scope of sections 96, 99 and 100 insofar as those provisions state the elements of the constitutional guarantees of judicial independence, even though the *Constitution Act, 1867* is not the only source of those constitutional guarantees (see, for example, the English *Act of Settlement, 1700* [12 & 13 Will. III, c. 2], the Act of 1760 [*Commissions and Salaries of Judges Act* (U.K.), 1 Geo. III, c. 23], and *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; R. v. Campbell; R. v. Ekmecic; R. v. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)*, [1997] 3 S.C.R. 3).

[79] We are not persuaded that recognizing judges of section 101 courts as coming within the scope of sections 96, 99 and 100 of the *Constitution Act, 1867* would be inconsistent with *Attorney-General for Ontario and Others v. Attorney-General for Canada and Others and Attorney-General for Quebec*, [1947] A.C. 127 (P.C.), or necessarily imply that the jurisdiction of section 101 courts extends beyond what Parliament, by statute, has carved out of the general jurisdiction of the superior courts of the provinces (as the successors to the English courts as they existed in 1867) and given to the section 101 courts.

### Judicial independence

[80] Mr. Felipa argues that the statutory provisions relating to deputy judges of the Federal Court, at least as they apply to those who have previously retired from judicial office, do not afford them the degree of judicial independence required to respect Mr. Felipa's constitutional right to have his case heard by a fair and independent judiciary.

[78] Nous sommes d'avis que la jurisprudence n'a pas fourni de réponse définitive quant à savoir si les articles 96, 99 et 100 s'appliquent aux juges des tribunaux établis en vertu de l'article 101. Nous estimons que l'on peut soutenir que ces juges sont visés par les articles 96, 99 et 100 dans la mesure où ces dispositions prévoient les éléments constituant les garanties constitutionnelles d'indépendance judiciaire, et ce, malgré que la *Loi constitutionnelle de 1867* ne soit pas l'unique source de ces garanties constitutionnelles (voir, par exemple, l'*Act of Settlement, 1700* [12 & 13 Will. III, ch. 2] d'Angleterre, l'Acte de 1760 [*Commissions and Salaries of Judges Act* (R.-U.), 1 Geo. III, ch. 23] et le *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; R. c. Campbell; R. c. Ekmecic; R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1997] 3 R.C.S. 3).

[79] Nous ne sommes pas convaincues que le fait de reconnaître que les juges des tribunaux établis en vertu de l'article 101 sont visés par les articles 96, 99 et 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* irait à l'encontre de l'arrêt *Attorney-General for Ontario and Others v. Attorney-General for Canada and Others and Attorney-General for Quebec*, [1947] A.C. 127 (P.C.), ou voudrait dire que, par déduction nécessaire, la compétence des tribunaux établis en vertu de l'article 101 outrepassé les domaines de compétence que le Parlement a, par la loi, soustrait de la compétence générale des cours supérieures des provinces (en tant qu'héritières des cours anglaises telles qu'elles existaient en 1867) pour les confier aux tribunaux établis en vertu de l'article 101.

### L'indépendance judiciaire

[80] M. Felipa soutient que les dispositions légales visant les juges suppléants de la Cour fédérale — à tout le moins dans la mesure où ces dispositions visent les juges suppléants à la retraite — n'accordent pas à ces juges le degré d'indépendance judiciaire nécessaire pour que soit respecté le droit constitutionnel de M. Felipa d'être entendu par un juge équitable et impartial.

[81] As we understand this argument, the focus of Mr. Felipa's concern relates to the remuneration payable to a deputy judge of the Federal Court who does not hold office as a judge of another superior court. (A deputy judge who currently holds office as a judge of a superior court is entitled only to his or her statutory salary, and cannot receive further remuneration for acting as a deputy judge: see subsection 10(4) of the *Federal Courts Act*, quoted above.) The workload of a deputy judge who has retired from office as a judge of a superior court is entirely within the gift of the Chief Justice which means that his entitlement to the statutory *per diem* remuneration is also within the gift of the Chief Justice. Mr. Felipa argues that this gives rise to a reasonable apprehension of undue influence on the part of the Chief Justice. In our view, Mr. Felipa has raised a legitimate concern, but given the basis upon which we would dispose of this appeal, we do not consider it necessary to determine whether it is sufficient to overcome the strong presumption of integrity enjoyed by the Chief Justice and the deputy judges of the Federal Court.

#### Costs

[82] Mr. Felipa has asked for costs on a solicitor and client basis in this Court and in the Federal Court. In our view, Mr. Felipa has not demonstrated conduct on the part of the respondent that would warrant an award of costs on a solicitor and client basis. However, he should be awarded costs that will ensure that neither he nor his counsel is out of pocket for disbursements, and that his counsel is reasonably compensated for his services in this matter. This litigation could have been avoided by the appointment of a different judge when that was first requested in 2009. Whatever costs Mr. Felipa and his counsel have borne in this matter have more to do with the public interest in legal certainty than any benefit that could have accrued to Mr. Felipa by pursuing this issue.

[81] Si nous comprenons bien cet argument, les réserves de M. Felipa visent tout particulièrement le traitement des juges suppléants de la Cour fédérale qui n'occupent pas de poste dans une autre cour supérieure. (Le juge suppléant qui occupe un poste de juge dans une cour supérieure n'a droit qu'à son salaire, fixé par la loi; il ne peut pas recevoir de traitement supplémentaire du fait qu'il agit en qualité de juge suppléant : voir le paragraphe 10(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, cité plus haut.) La charge de travail d'un juge suppléant qui a pris sa retraite d'une cour supérieure relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du juge en chef, et il s'ensuit donc que son droit à une indemnité quotidienne fixée par la loi relève aussi du pouvoir discrétionnaire du juge en chef. M. Felipa soutient que cela soulève une crainte raisonnable d'abus d'influence de la part du juge en chef. À notre avis, M. Felipa a soulevé une préoccupation légitime, mais, étant donné le fondement sur lequel nous trancherons le présent appel, nous n'estimons pas qu'il est nécessaire d'établir si cette préoccupation suffit pour réfuter la forte présomption d'intégrité dont jouissent le juge en chef et les juges suppléants de la Cour fédérale.

#### Les dépens

[82] M. Felipa a demandé que lui soient adjugés les dépens sur la base avocat-client en Cour d'appel fédérale et en Cour fédérale. À notre avis, M. Felipa n'a pas établi que l'intimé a agi d'une façon qui justifierait l'adjudication de dépens sur la base avocat-client. Cependant, la Cour doit lui accorder des dépens pour veiller à ce que ni M. Felipa ni son avocat ne paient les débours et à ce que son avocat soit raisonnablement rémunéré pour ses services dans la présente affaire. Le présent litige aurait pu être évité si un autre juge avait été saisi de l'affaire lorsque M. Felipa en a fait la demande pour la première fois en 2009. Les frais et les débours de M. Felipa et de son avocat en l'espèce ont davantage été engagés dans l'intérêt public, afin de clarifier l'état du droit, que pour quelque avantage que pouvait obtenir M. Felipa en donnant suite au présent litige.

Conclusion

[83] For these reasons, we would allow this appeal with costs in this Court and the Federal Court fixed in the total sum of \$25 000 plus reasonable disbursements. We would set aside the order of the Chief Justice, allow Mr. Felipa's motion, and declare that the Chief Justice does not have the authority under subsection 10(1.1) of the *Federal Courts Act* to request that a retired judge of a superior court act as a deputy judge of the Federal Court after attaining the age of 75.

\* \* \*

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

[84] STRATAS J.A. (DISSENTING): I conclude that deputy judges may act after attaining 75 years of age.

[85] In my view, this is permitted by the *Federal Courts Act*: see paragraphs 87–137 below. Further, the mandatory retirement provision in subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867* does not apply to deputy judges: see paragraphs 142–164 below. Finally, deputy judges possess sufficient judicial independence under the Constitution of Canada: see paragraphs 165–180 below.

[86] It follows that I agree with the result reached by the Chief Justice of the Federal Court: 2010 FC 89, [2011] 1 F.C.R. 365. Therefore, I would dismiss the appeal, but without costs.

A. The statutory interpretation issue: the *Federal Courts Act* and deputy judges

[87] Does the *Federal Courts Act* allow deputy judges to act after they become 75 years of age? In my view, it does.

[88] My colleagues rely upon many statutory interpretation cases from the Supreme Court of Canada. I

Conclusion

[83] Pour les motifs exposés précédemment, nous accueillerons le présent appel avec dépens en Cour d'appel fédérale et en Cour fédérale à hauteur de 25 000 \$, débours raisonnables en sus. Nous annulerons l'ordonnance du juge en chef, accueillerons la requête de M. Felipa et déclarerons que le paragraphe 10(1.1) de la *Loi sur les Cours fédérales* ne confère pas au juge en chef le pouvoir de demander à un juge à la retraite d'une cour supérieure d'agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale lorsqu'il a atteint l'âge de 75 ans.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

[84] LE JUGE STRATAS, J.C.A. (DISSIDENT) : Je conclus que les juges suppléants peuvent exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l'âge de 75 ans.

[85] À mon avis, la *Loi sur les Cours fédérales*, le permet : voir les paragraphes 87 à 137 ci-dessous. En outre, la disposition sur la retraite obligatoire, soit le paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ne vise pas les juges suppléants : voir les paragraphes 142 à 164 ci-dessous. Enfin, la Constitution du Canada protège suffisamment l'indépendance judiciaire des juges suppléants : voir les paragraphes 165 à 180 ci-dessous.

[86] Par conséquent, je souscris à la décision rendue par le juge en chef de la Cour fédérale : voir 2010 CF 89, [2011] 1 R.C.F. 365. Je rejetterais donc l'appel, mais sans dépens.

A. La question de l'interprétation des lois : la *Loi sur les Cours fédérales* et les juges suppléants

[87] La *Loi sur les Cours fédérales* permet-elle aux juges suppléants d'exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint 75 ans? J'estime que oui.

[88] Les motifs de mes collègues reposent sur de nombreux arrêts en matière d'interprétation des lois rendus

rely upon these same cases. They tell us that we are to interpret statutes “by reading the words of the provision, in context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act and the object of the statute”: see, for example, most recently, *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306, at paragraph 27. The Supreme Court has also told us that “[t]he relative effects” of these factors “may vary” in different cases (see *Canada Trustco*, above, at paragraph 10) but it has not discussed how and why these factors might have different relative effects in different cases. I believe that this is the point that has led us to differing results in this case.

[89] An examination of these factors and the relative effects that should be given to them reveal many interpretive clues. Some of these interpretive clues are merely *consistent* with the interpretation that the *Federal Courts Act* permits deputy judges to act after attaining 75 years of age. On the other hand, others point *only* to that interpretation. Assessing all of the interpretive clues, I conclude that the *Federal Courts Act* permits deputy judges to act after attaining 75 years of age.

- I -

[90] Section 10 of the *Federal Courts Act* provides that “any judge of a superior, county or district court in Canada, and any person who has held office as a judge of a superior, county or district court in Canada” may act as a deputy judge of the Federal Court. The full text of section 10 is as follows:

Deputy  
judges of the  
Federal Court  
of Appeal

**10.** (1) Subject to subsection (3), any judge of a superior, county or district court in Canada, and any person who has held office as a judge of a superior, county or district court in Canada, may, at the request of the Chief Justice of the Federal Court of Appeal made with the approval of the

par la Cour suprême du Canada. Je me fonde sur les mêmes arrêts. Ces arrêts nous enseignent que nous devons interpréter les lois « en lisant les termes de la disposition dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit et l’objet de la loi » : voir, par exemple, le récent arrêt *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306, au paragraphe 27. La Cour suprême a également statué que « [l]’incidence relative » de ces facteurs « peut varier » d’une affaire à l’autre (voir *Canada Trustco*, précité, au paragraphe 10), mais elle n’a pas mentionné comment, ni pourquoi, ces facteurs pourraient avoir une incidence relative différente d’une affaire à l’autre. J’estime que c’est ce qui explique pourquoi mes collègues et moi n’arrivons pas à la même conclusion en l’espèce.

[89] L’examen de ces facteurs et de l’incidence relative qu’on devrait leur assigner révèle de nombreuses pistes d’interprétation. Certaines de ces pistes d’interprétation ne sont que compatibles avec l’interprétation selon laquelle la *Loi sur les Cours fédérales* permet à un juge suppléant d’exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l’âge de 75 ans. Par contre, d’autres pistes d’interprétation ne mènent qu’à cette seule et unique interprétation. Après examen de toutes les pistes d’interprétation, je concluais que la *Loi sur les Cours fédérales* permet aux juges suppléants d’exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l’âge de 75 ans.

- I -

[90] L’article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales* dispose que les « juges choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d’une cour supérieure, de comté ou de district » peuvent agir en qualité de juge suppléant de la Cour fédérale. L’article 10 est libellé comme suit :

**10.** (1) Sous réserve du paragraphe (3), le gouverneur en conseil peut autoriser le juge en chef de la Cour d’appel fédérale à demander l’affectation à ce tribunal de juges choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d’une cour supérieure, de comté ou de district. Les juges ainsi

Juges  
suppléants  
— Cour  
d’appel  
fédérale

	Governor in Council, act as a judge of the Federal Court of Appeal, and while so acting has all the powers of a judge of that court and shall be referred to as a deputy judge of that court.	affectés ont qualité de juges suppléants et sont investis des pouvoirs des juges de la Cour d'appel fédérale.	
Deputy judges of the Federal Court	(1.1) Subject to subsection (3), any judge of a superior, county or district court in Canada, and any person who has held office as a judge of a superior, county or district court in Canada, may, at the request of the Chief Justice of the Federal Court made with the approval of the Governor in Council, act as a judge of the Federal Court, and while so acting has all the powers of a judge of that court and shall be referred to as a deputy judge of that court.	(1.1) Sous réserve du paragraphe (3), le gouverneur en conseil peut autoriser le juge en chef de la Cour fédérale à demander l'affectation à ce tribunal de juges choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure, de comté ou de district. Les juges ainsi affectés ont qualité de juges suppléants et sont investis des pouvoirs des juges de la Cour fédérale.	Juges suppléants — Cour fédérale
Consent required	(2) No request may be made under subsection (1) or (1.1) to a judge of a superior, county or district court in a province without the consent of the chief justice or chief judge of the court of which he or she is a member, or of the attorney general of the province.	(2) La demande visée aux paragraphes (1) et (1.1) nécessite le consentement du juge en chef du tribunal dont l'intéressé est membre ou du procureur général de sa province.	Consentement
Approval of Governor in Council	(3) The Governor in Council may approve the making of requests under subsection (1) or (1.1) in general terms or for particular periods or purposes, and may limit the number of persons who may act under this section.	(3) L'autorisation donnée par le gouverneur en conseil en application des paragraphes (1) et (1.1) peut être générale ou particulière et limiter le nombre de juges suppléants.	Portée de l'autorisation du gouverneur en conseil
Salary of deputy judge	(4) A person who acts as a judge of a court under subsection (1) or (1.1) shall be paid a salary for the period that the judge acts, at the rate fixed by the <i>Judges Act</i> for a judge of the court other than the Chief Justice of the court, less any amount otherwise payable to him or her under that Act in respect of that period, and shall also be paid the travel allowances that a judge is entitled to be paid under the <i>Judges Act</i> .	(4) Les juges suppléants reçoivent le traitement fixé par la <i>Loi sur les juges</i> pour les juges du tribunal auquel ils sont affectés, autres que le juge en chef, diminué des montants qui leur sont par ailleurs payables aux termes de cette loi pendant leur suppléance. Ils ont également droit aux indemnités de déplacement prévues par cette même loi.	Traitement

[91] A number of those who have “held office as a judge of a superior, county or district court in Canada” within the meaning of section 10 of the *Federal Courts Act* ceased holding their offices when they attained 75 years of age: see, for example, subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867* (applicable to superior court judges); subsection 8(2) of the *Federal Courts Act* (applicable to judges in the Federal Courts); and subsection 9(2) of the *Supreme Court Act* (applicable to judges in the Supreme Court of Canada). All of these

[91] Un certain nombre d'anciens juges « d'une cour supérieure, de comté ou de district » dont il est question à l'article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales* ont cessé d'exercer leur charge de juge lorsqu'ils ont atteint l'âge de 75 ans : voir, par exemple, le paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée (qui vise les juges des cours supérieures); le paragraphe 8(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* (qui vise les juges de la Cour fédérale); et le paragraphe 9(2) de la *Loi sur la Cour suprême* (qui vise les juges de la Cour suprême du

provisions use clear, express words requiring judges to cease holding office when they become 75 years of age.

[92] This fact was known when section 10 was enacted. Yet section 10 makes all former superior, county or district court judges eligible to serve as deputy judges and does not use express language prohibiting those who have attained 75 years of age from serving. This is consistent with the conclusion that deputy judges can act after they attain 75 years of age. This is one interpretive clue that the Chief Justice of the Federal Court took into account in reaching his conclusion. I also do so.

- II -

[93] Section 10 sits within the *Federal Courts Act* and is silent about mandatory retirement at age 75. But that silence does not exist elsewhere in the *Federal Courts Act*. In subsections 8(2) and 12(8) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 20] of the *Federal Courts Act*, Parliament enacted a retirement age, in each case 75 years of age, for other judges and prothonotaries in the Federal Courts. Subsections 8(2) and 12(8) read as follows:

8. ...

Cessation of office (2) A judge of the Federal Court of Appeal or the Federal Court ceases to hold office on becoming 75 years old.

...

12. ...

Cessation of office (8) A prothonotary, whether appointed before or after the coming into force of this subsection, shall cease to hold office on becoming 75 years old.

[94] Parliament's express words in these provisions dealing with federal judges and prothonotaries, sitting alongside Parliament's silence in section 10 of the same

Canada). Le libellé de ces dispositions est clair et prévoit expressément que les juges doivent cesser d'exercer leur charge lorsqu'ils atteignent l'âge de 75 ans.

[92] Ce fait était connu lorsque l'article 10 a été édicté. Malgré cela, cette disposition prévoit que tout ancien juge d'une cour supérieure, d'une cour de comté ou d'une cour de district peut agir en qualité de juge suppléant, et son libellé n'interdit pas expressément aux juges qui ont atteint l'âge de 75 ans d'exercer des fonctions judiciaires. Cela est compatible avec la conclusion portant que les juges suppléants peuvent exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l'âge de 75 ans. Il s'agit de l'une des pistes d'interprétation dont le juge en chef a tenu compte dans sa conclusion, et j'en tiens également compte.

- II -

[93] L'article 10 fait partie de la *Loi sur les Cours fédérales*, et il est muet quant à la retraite obligatoire des juges qui ont atteint l'âge de 75 ans. Cependant, il en est question ailleurs dans la *Loi sur les Cours fédérales*. Le législateur a prévu, aux paragraphes 8(2) et 12(8) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 20] de la *Loi sur les Cours fédérales*, que les autres juges et les protonotaires des Cours fédérales doivent prendre leur retraite à 75 ans. Les paragraphes 8(2) et 12(8) sont libellés comme suit :

8. [...]

(2) La limite d'âge pour l'exercice de la charge de juge de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale est de soixante-quinze ans. Limite d'âge

[...]

12. [...]

(8) La limite d'âge pour l'exercice de la charge de protonotaire est de soixante-quinze ans, quelle que soit la date de nomination du titulaire. Limite d'âge

[94] Le libellé exprès du législateur dans ces dispositions qui portent sur les juges et les protonotaires des Cours fédérales, d'une part, et le silence du législateur



statute dealing with deputy judges, is an interpretive clue as to the meaning of section 10. This interpretative clue suggests that deputy judges, unlike other federal judges and prothonotaries, may act after attaining 75 years of age.

[95] The Chief Justice of the Federal Court found this to be a significant interpretive clue and took this into account in reaching his conclusion. In my view, he was right to do so.

- III -

[96] Mandatory retirement upon attaining age 75 is the forced termination of a person's employment because of age without regard to the individual's capabilities, merits, job performance or worth. One would expect that Parliament would use clear, express words in its legislation in order to trigger that sort of drastic consequence.

[97] And that is exactly what Parliament does. Whenever it imposes mandatory retirement of any sort, its wording is clear and express: see, for example, *Veterans Review and Appeal Board Act*, S.C. 1995, c. 18, sections 106–108 [as am. by S.C. 2000, c. 34, s. 94(F)]; *CN Commercialization Act*, S.C. 1995, c. 24, subsection 17(2); *Canada Council for the Arts Act*, R.S.C., 1985, c. C-2, section 11 [as am. by S.C. 1995, c. 29, s. 8; 2003, c. 22, s. 225(E)]; *Telesat Canada Reorganization and Dives-titure Act*, S.C. 1991, c. 52, subsection 18(2); *Canada Mortgage and Housing Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-7, subsection 8(3) [as am. *idem*, s. 224(E)]; *Canada Marine Act*, S.C. 1998, c. 10, section 11; and many others. Whenever it imposes mandatory retirement based on age, its wording is clear and express: see, for example, *Auditor General Act*, R.S.C., 1985, c. A-17, subsection 3(2) [as am. by S.C. 2006, c. 9, s. 110] (auditor general); and *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, subsection 13(2) (chief electoral officer).

dans l'article 10 de la même loi pour ce qui est des juges suppléants, d'autre part, constitue une piste d'interprétation quant au sens de l'article 10. Cette piste d'interprétation donne à penser que les juges suppléants, contrairement aux autres juges et aux protonotaires des Cours fédérales, peuvent exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l'âge de 75 ans.

[95] Le juge en chef de la Cour fédérale a estimé qu'il s'agissait d'une piste d'interprétation importante et il en a tenu compte dans sa conclusion. À mon avis, avec raison.

- III -

[96] La retraite obligatoire d'une personne qui a atteint l'âge de 75 ans constitue une fin d'emploi forcée sans égard aux capacités, aux qualités, au rendement ou à la valeur de la personne. On pourrait s'attendre à ce que le législateur emploie un libellé clair et exprès dans ses lois s'il veut qu'elles aient ce genre de conséquence draconienne.

[97] Et c'est exactement ce que le législateur s'applique à faire. Chaque fois que le législateur a imposé une retraite obligatoire quelconque, le libellé employé était clair et exprès : voir, par exemple, la *Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel)*, L.C. 1995, ch. 18, articles 106 à 108 [mod. par L.C. 2002, ch. 34, art. 94(F)]; la *Loi sur la commercialisation du CN*, L.C. 1995, ch. 24, paragraphe 17(2); la *Loi sur le Conseil des Arts du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-2, article 11 [mod. par L.C. 1995, ch. 29, art. 8; 2003, ch. 22, art. 225(A)]; la *Loi sur la réorganisation et l'aliénation de Télésat Canada*, L.C. 1991, ch. 52, paragraphe 18(2); la *Loi sur la Société canadienne d'hypothèques et de logement*, L.R.C. (1985), ch. C-7, paragraphe 8(3) [mod., *idem*, art. 224(A)]; *Loi maritime du Canada*, L.C. 1998, ch. 10, article 11, sans compter les nombreuses autres dispositions du même type. Chaque fois que le législateur a imposé la retraite obligatoire sur le fondement de l'âge, le libellé employé était clair et exprès : voir, par exemple,

[98] In light of Parliament's consistent drafting practice in situations such as this, can it be said that section 10 of the *Federal Courts Act* or the *Federal Courts Act* itself somehow subjects deputy judges to mandatory retirement when they attain age 75? Can this be the case even though section 10 contains not a single word about mandatory retirement? I think not.

[99] Parliament's failure in section 10 to follow its consistent drafting practice when it imposes mandatory retirement is an important interpretive clue. It suggests that deputy judges under the *Federal Courts Act* can continue to act after attaining 75 years of age.

- IV -

[100] An important interpretive clue is the distinction in the *Federal Courts Act* between judicial officials who "hold office" and judicial officials who do not hold office, such as deputy judges.

[101] I note at the outset that in English, the phrase "hold office" is used repeatedly to describe certain persons. In French, more than one phrase is used.

[102] It is incumbent on us, as Canadian judges, to examine both the French and English language text: *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], section 18; *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217,

la *Loi sur le vérificateur général*, L.R.C. (1985), ch. A-17, paragraphe 3(2) [mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 110] (vérificateur général), et la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, paragraphe 13(2) (directeur général des élections).

[98] Vu les pratiques uniformes de rédaction du législateur à cet égard, peut-on affirmer que l'article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales* ou que la *Loi sur les Cours fédérales* elle-même impose en quelque sorte aux juges suppléants la retraite obligatoire lorsqu'ils atteignent l'âge de 75 ans? Peut-on tirer cette conclusion malgré que l'article 10 ne mentionne aucunement la retraite obligatoire? Je ne pense pas.

[99] Le fait que le législateur, à l'article 10, n'a pas suivi sa pratique habituelle de rédaction en matière de retraite obligatoire constitue une piste d'interprétation importante qui donne à penser que les juges suppléants nommés suivant la *Loi sur les Cours fédérales* peuvent continuer d'exercer des fonctions judiciaires lorsqu'ils atteignent l'âge de 75 ans.

- IV -

[100] La différence que fait la *Loi sur les Cours fédérales* entre les juges qui « hold office » [NdT : en français, occuper un poste, avoir l'exercice d'une charge, être en fonctions, être nommé] et les officiers de justice à qui l'expression ne s'applique pas, comme les juges suppléants, constitue une piste d'interprétation importante.

[101] Je souligne au départ qu'en anglais, on utilise à répétition l'expression « hold office » pour décrire certaines personnes. En français, l'expression est traduite de diverses façons.

[102] Il nous incombe, en tant que juges au Canada, de nous pencher sur les versions anglaise et française des textes législatifs : *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], article 18; *R. c.*

at paragraph 26; Michel Bastarache, *The Law of Bilingual Interpretation*, 1st ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008); Sullivan, above, at pages 93–120.

[103] At paragraphs 150–159 of his reasons for judgment, the Chief Justice found that the English language version of the statutory provisions in issue in this appeal, and in particular the phrase “hold office”, more clearly expresses the intent of Parliament and that certain variations in the French language version due to amendments were immaterial. I agree with and adopt the Chief Justice’s reasoning on this point.

[104] In the English language version, Federal Court and Federal Court of Appeal judges “hold office”: *Federal Courts Act*, subsection 8(1). Prothonotaries “hold office”: *Federal Courts Act*, subsection 12(7) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 20]. Under the *Federal Courts Act*, those appointed as deputy judges do not “hold an office”. Instead, they “act as a judge of the Federal Court, and while so acting [have] all the powers of a judge of that court”: *Federal Courts Act*, subsection 10(1.1).

[105] “Holding office” is not just a random phrase that Parliament scribbled into the *Federal Courts Act*. It is a special phrase used elsewhere to denote only particular persons for certain types of treatment. For example, special procedures, such as the receipt and display of letters patent, apply only to certain persons who are appointed to and hold “an office”, not to everyone who might be performing similar functions: see, for example, *Federal Courts Act*, section 5.2; *Courts Administration Service Act*, subsection 185(13); and *Formal Documents Regulations*, C.R.C., c. 1331, subsection 4(6) (as authorized by section 3 [as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 224(E)] of the *Public Officers Act*, R.S.C., 1985, c. P-31). Further, as we shall see, the security of tenure provision in section 99 of the *Constitution Act, 1867* is worded very precisely—it applies only to persons who “hold offices”, and provides that those persons cease holding their offices upon attaining age 75.

*Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217, au paragraphe 26; Michel Bastarache, *Le droit de l’interprétation bilingue*, 1<sup>re</sup> éd. (Montréal : LexisNexis Canada, 2009); Sullivan, précité, aux pages 93 à 120.

[103] Dans ses motifs, aux paragraphes 150 à 159, le juge en chef conclue que la version anglaise des dispositions en cause, et plus particulièrement l’expression « *hold office* », indique plus clairement l’intention du législateur, et que les variations en français à la suite des modifications n’ont pas d’incidence. Je suis d’accord avec le raisonnement du juge en chef sur cette question.

[104] Dans la version anglaise, les juges de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale « occupent [un] poste » (*hold office*) : *Loi sur les Cours fédérales*, paragraphe 8(1). Les protonotaires « sont nommés » (*hold office*) : *Loi sur les Cours fédérales*, paragraphe 12(7) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 20]. Selon la *Loi sur les Cours fédérales*, les personnes affectées à titre de juges suppléants n’ont pas l’exercice de la charge d’un juge; plutôt, ils « sont investis des pouvoirs des juges de la Cour fédérale » : *Loi sur les Cours fédérales*, paragraphe 10(1.1).

[105] Les mots « *holding office* » n’ont pas été choisis au hasard par le législateur, il ne les a pas simplement griffonnés dans la *Loi sur les Cours fédérales*. Il s’agit de mots particuliers qui ont été employés ailleurs pour établir que certaines personnes avaient droit à un certain type de traitement. Par exemple, des formalités spéciales, telles que l’obtention et l’affichage de lettres patentes, ne visent que certaines personnes nommées pour exercer une charge, et ne visent pas quiconque exerce des fonctions semblables : voir, par exemple, la *Loi sur les Cours fédérales*, article 5.2; la *Loi sur le Service administratif des tribunaux judiciaires*, paragraphe 185(13); et le *Règlement sur les documents officiels*, C.R.C., ch. 1331, paragraphe 4(6) (comme l’autorise l’article 3 [mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 224(A)] de la *Loi sur les fonctionnaires publics*, L.R.C. (1985), ch. P-31). En outre, comme nous le constaterons, le libellé portant sur l’inamovibilité à l’article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est très clair : l’inamovibilité ne vise que les

[106] None of the special procedures, such as the receipt of letters patent, apply to deputy judges because they do not “hold an office”. The same can be said for other non-office holding judicial officials under the *Federal Courts Act*, such as sheriffs, deputy sheriffs, marshals and deputy marshals: section 13 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 21].

[107] This distinction in the *Federal Courts Act* between those who “hold office” as a judge and all other non-office holding judicial officials extends to the issue of retirement. Parliament has provided that the “office holders”—the prothonotaries, Federal Court judges and Federal Court of Appeal judges—must “cease to hold office on becoming 75 years old”: *Federal Courts Act*, subsections 8(2) and 12(8). But Parliament has not provided for a retirement age for any of the non-office holding judicial officials, including deputy judges.

[108] What we have here is an evident design or a consistent scheme in the legislative text that we must respect: only “office holders” under the *Federal Courts Act* have to retire at age 75, not deputy judges who are only non-office holding judicial officials.

[109] I find no basis for extrapolating the mandatory retirement of “office holders” at age 75 to non-office holding judicial officials. That would be the equivalent of picking up the legislator’s pen and writing words into the *Federal Courts Act*. The evident design or consistent scheme in Parliament’s legislative text concerning office holders and non-office holders supplies clear meaning, a meaning that only Parliament can modify.

personnes qui « occupe[nt une] charge » et prévoit que ces personnes cessent d’occuper leur charge lorsqu’ils atteignent l’âge de 75 ans.

[106] Les juges suppléants ne sont aucunement visés par ces formalités spéciales, telles que l’obtention de lettres patentes, parce qu’ils n’ont pas été nommés pour « l’exercice d’une charge ». Il en va de même pour les officiers de justice qui n’exercent pas une charge au titre de la *Loi sur les Cours fédérales*, comme les shérifs, les shérifs adjoints, les prévôts et les prévôts adjoints : article 13 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 21].

[107] Cette différence établie dans la *Loi sur les Cours fédérales* entre ceux qui « exercent une charge » et tous les autres officiers de justice qui n’exercent pas de charge concerne aussi la question de la retraite. Le législateur a prévu que « la limite d’âge pour l’exercice de la charge » des protonotaires, des juges de la Cour fédérale et des juges de la Cour d’appel fédérale « est de soixante-quinze ans » : *Loi sur les Cours fédérales*, les paragraphes 8(2) et 12(8). Cependant, le législateur n’a prévu d’âge de retraite pour aucun des officiers de justice qui n’exercent pas de charge, notamment les juges suppléants.

[108] Le texte de loi révèle une intention évidente ou un régime uniforme qui doit être respecté : seules les personnes qui exercent une charge au titre de la *Loi sur les Cours fédérales* doivent prendre leur retraite lorsqu’ils atteignent l’âge de 75 ans, et non les juges suppléants qui ne sont que des officiers de justice qui n’exercent pas de charge.

[109] Rien ne me donne à penser que la retraite obligatoire à 75 ans des officiers de justice qui exercent une charge s’applique également aux officiers de justice qui n’exercent pas de charge. Tirer une telle conclusion reviendrait à prendre la place du législateur et à ajouter des mots dans la *Loi sur les Cours fédérales*. L’intention évidente ou le régime uniforme qui ressort du texte de loi édicté par le législateur concernant les personnes qui exercent une charge et celles qui n’exercent pas de charge donne un sens très clair au texte, que seul le législateur peut modifier.

- V -

[110] I take it to be beyond dispute that a deputy judge, aged 74 years, 11 months and two weeks, can act as a Federal Court judge under section 10 of the *Federal Courts Act*. Suppose that a deputy judge at that age hears a two-week trial and reserves his or her judgment on the day before his or her 75th birthday. Can the deputy judge release his or her judgment a week later?

[111] In the case of deputy judges, Parliament did not provide for any transitional provisions to deal with this situation.

[112] However, in the case of Federal Court and Federal Court of Appeal judges who “cease to hold office” at age 75, it has done so: *Federal Courts Act*, section 45 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 42]. Those judges may continue to act for a further eight weeks to deal with matters such as reserved judgments. Similar provisions exist for other federally appointed judges: see, for example, *Supreme Court Act*, subsection 27(2); and *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, section 41.1 [as enacted by S.C. 2001, c. 7, s. 20; 2006, c. 11, s. 10].

[113] In my view, the absence of any transitional provisions concerning the ability of deputy judges to release judgments after they are 75 years of age is an important interpretive clue suggesting that deputy judges can continue to act after attaining age 75. If deputy judges could not act after attaining age 75, one would expect that Parliament would have included transitional provisions, just as it did for those who must retire.

- V -

[110] J’estime qu’il est incontestable qu’un juge suppléant âgé de 74 ans, 11 mois et deux semaines peut agir en qualité de juge de la Cour fédérale au titre de l’article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Supposons qu’un juge de cet âge instruit une affaire pendant deux semaines et qu’il sursoit au prononcé du jugement jusqu’à la veille de son 75<sup>e</sup> anniversaire. Le juge suppléant peut-il alors rendre son jugement une semaine plus tard?

[111] Le législateur, en ce qui a trait aux juges suppléants, n’a prévu aucune disposition transitoire pour résoudre cette situation.

[112] Cependant, en ce qui concerne le juge de la Cour fédérale et celui de la Cour d’appel fédérale qui « a cessé d’occuper sa charge » lorsqu’il atteint l’âge de 75 ans, le législateur a prévu de telles dispositions transitoires : *Loi sur les Cours fédérales*, article 45 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 42]. Ce juge peut continuer d’exercer des fonctions judiciaires pendant huit autres semaines pour, par exemple, régler des affaires en instance et rendre jugement. Il existe des dispositions semblables qui visent d’autres juges nommés par le gouvernement fédéral : voir, par exemple, la *Loi sur la Cour suprême*, paragraphe 27(2); et la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, article 41.1 [édicte par L.C. 2001, ch. 7, art. 20; 2006, ch. 11, art. 10].

[113] À mon avis, l’absence de disposition transitoire concernant la possibilité que les juges suppléants puissent rendre des décisions après avoir atteint l’âge de 75 ans constitue une piste d’interprétation importante qui donne à penser que les juges suppléants peuvent continuer d’exercer des fonctions judiciaires lorsqu’ils ont atteint l’âge de 75 ans. Si les juges suppléants ne pouvaient pas exercer de fonctions judiciaires après avoir atteint l’âge de 75 ans, on pourrait s’attendre à ce que le législateur ait prévu des dispositions transitoires comme il l’a fait pour les juges qui sont tenus de prendre leur retraite.

- VI -

[114] The Chief Justice noted (at paragraph 142 of his reasons) that the Federal Court has held that “[t]here is no limit in the Act as to the age of . . . a deputy judge”: *Addy*, above, at page 464. The Chief Justice added (at paragraph 161 of his reasons) that Parliament must have scrutinized the *Addy* decision closely because soon afterward it amended the *Federal Court Act* (the predecessor to the current *Federal Courts Act*) to deal with certain Charter [*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]] issues raised in that decision. But Parliament left undisturbed the holding in *Addy* that deputy judges did not have a retirement age. Parliament could have reversed that holding through specific legislation, but did not do so.

[115] I agree with the Chief Justice’s observations about *Addy* and regard this as another interpretive clue regarding the proper meaning of section 10 of the *Federal Courts Act*. It may not be a determinative clue, but it is consistent with the conclusion that deputy judges may act after attaining age 75.

- VII -

[116] At paragraph 147 of his reasons, the Chief Justice of the Federal Court observed that in 1927 a mandatory retirement age of 75 was added to section 9 of the *Exchequer Court Act*. He felt that he had to address this as a possible clue to the meaning of today’s *Federal Courts Act* on the subject of the retirement age of deputy judges. He found that the retirement age of 75, introduced in 1927, did not apply to deputy judges of the Exchequer Court.

- VI -

[114] Le juge en chef a noté (au paragraphe 142 de ses motifs) que la Cour fédérale avait tiré la conclusion suivante : « La Loi ne fixe aucune limite d’âge pour un juge suppléant » : *Addy*, précitée, à la page 464. Le juge en chef a ajouté (au paragraphe 161 de ses motifs) que le législateur devait avoir examiné attentivement la décision *Addy* parce que, peu de temps après que cette décision eut été rendue, il a modifié la *Loi sur la Cour fédérale* (soit la loi qui a précédé la *Loi sur les Cours fédérales* actuelle) pour tenir compte de questions relatives à la Charte [*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]] soulevées dans cette décision. Cependant, le législateur n’est pas intervenu pour modifier la conclusion tirée dans la décision *Addy* selon laquelle les juges suppléants n’étaient pas tenus de prendre leur retraite à un certain âge. Le législateur aurait pu renverser cette conclusion par voie législative, mais ne l’a pas fait.

[115] Je souscris aux commentaires du juge en chef au sujet de la décision *Addy*, et j’estime qu’il s’agit d’une autre piste d’interprétation qui peut nous aider à établir le véritable sens de l’article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Il se peut bien que cette piste d’interprétation ne tranche pas la question, mais elle est compatible avec la conclusion selon laquelle les juges suppléants peuvent exercer des fonctions judiciaires lorsqu’ils ont atteint l’âge de 75 ans.

- VII -

[116] Au paragraphe 147 de ses motifs, le juge en chef a noté que c’est en 1927 que l’âge de la retraite obligatoire à 75 ans a été ajouté à l’article 9 de la *Loi de la cour de l’Échiquier*, précitée. Il a estimé qu’il devait considérer cet ajout comme une possible piste pouvant révéler le sens de la loi actuelle, la *Loi sur les Cours fédérales*, en ce qui a trait à l’âge de la retraite des juges suppléants. Il a conclu que l’âge de la retraite à 75 ans, édicté en 1927, ne s’appliquait pas aux juges suppléants de la Cour de l’Échiquier.

[117] To him, this conclusion mattered, as the Exchequer Court was a predecessor court to the Federal Court of Canada. In his view, the absence of any retirement age in the *Exchequer Court Act* for deputy judges was carried through to the *Federal Courts Act*. As we have seen, the *Federal Courts Act* does not specify a retirement age for deputy judges.

[118] Before considering the Chief Justice's conclusion, I would sound one note of disagreement. In my view, the status of deputy judges under the *Exchequer Court Act* has little bearing, if any, on the issue before us, for two main reasons. First, the statutory wording concerning the role of deputy judges in section 8 of the *Exchequer Court Act* is different from section 10 of the *Federal Courts Act*. Unlike section 10, section 8 of the *Exchequer Court Act* contained a specific example of the circumstances in which a deputy judge could act (when a regular judge in the Exchequer Court was sick or absent from Canada), an example that, as a matter of statutory interpretation, might have restricted the circumstances in which deputy judges could be used. Second, the jurisdiction of the Exchequer Court and the provisions of the *Exchequer Court Act* are different from those of the Federal Court and the *Federal Courts Act* and their predecessors, the Federal Court of Canada and the *Federal Court Act*. In my view, little significance can be drawn from the status of deputy judges on a different court regulated under a differently worded statute.

[119] However, even if I am wrong on that and it is necessary to examine the provisions of the *Exchequer Court Act*, I do agree with the Chief Justice's conclusion: the retirement age of 75, introduced in 1927, did not apply to deputy judges of the Exchequer Court. This is clear from the express wording of the *Exchequer Court Act*.

[117] Selon le juge en chef, cette conclusion était importante, car la Cour fédérale du Canada a succédé à la Cour de l'Échiquier. À son avis, l'absence d'un âge de la retraite dans la *Loi de la cour de l'Échiquier* pour les juges suppléants s'est perpétuée jusque dans la *Loi sur les Cours fédérales*. Comme je l'ai mentionné précédemment, la *Loi sur les Cours fédérales* ne précise pas un âge de la retraite obligatoire pour les juges suppléants.

[118] Avant d'examiner la conclusion du juge en chef, je tiens à noter un point auquel je ne souscris pas. À mon avis, le statut des juges suppléants au titre de la *Loi de la cour de l'Échiquier* n'importe guère quant à la question dont la Cour est saisie, et ce, pour deux raisons principales. Premièrement, le libellé des dispositions concernant le rôle des juges suppléants, soit l'article 8 de la *Loi de la cour de l'Échiquier* et l'article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales*, n'est pas le même. Contrairement à l'article 10, l'article 8 de la *Loi de la cour de l'Échiquier* renfermait des exemples précis de circonstances où un juge suppléant pouvait exercer des fonctions judiciaires (soit lorsqu'un juge permanent de la Cour de l'Échiquier était malade ou absent du Canada), des exemples qui, suivant les principes d'interprétation des lois, auraient pu limiter les circonstances où l'on pouvait avoir recours à un juge suppléant. Deuxièmement, la compétence de la Cour de l'Échiquier n'est pas la même que celle de la Cour fédérale ni que celle de la Cour fédérale précédente, et les dispositions de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* diffèrent de celles de la *Loi sur les Cours fédérales* et de celles de la loi précédente, soit la *Loi sur la Cour fédérale*. À mon avis, on doit accorder peu d'importance au statut qu'avaient les juges suppléants d'une autre cour qui était régie par une loi dont le libellé était différent.

[119] Cependant, si j'ai tort à cet égard, et qu'il était nécessaire d'examiner les dispositions de la *Loi de la cour de l'Échiquier*, je tiens à souligner que je souscris à la conclusion tirée par le juge en chef, selon laquelle les juges suppléants de la Cour de l'Échiquier n'étaient pas visés par l'âge de la retraite obligatoire imposé en 1927. Cela ressort clairement du libellé exprès de la *Loi de la cour de l'Échiquier*.

[120] Under section 8 of the *Exchequer Court Act* as it existed in 1927, the Governor in Council could appoint “a deputy judge having the qualifications for appointment hereinbefore mentioned” (emphasis added). On the subject of the retirement age for deputy judges, section 8 was silent, just like section 10 of today’s *Federal Courts Act*. If any retirement age were present, it would be found in the “qualifications for appointment hereinbefore mentioned” (emphasis added), i.e. in the sections coming before section 8, namely sections 1 to 7.

[121] Section 5 is the relevant section. Its margin note is “Who may be appointed judge”, and as such is the only section described by Parliament to be about “qualifications for appointment”. Other than section 5, sections 1 to 7 do not deal with “qualifications for appointment”.

[122] Section 5 provides that “[a]ny person may be appointed a judge of the Court who is or has been a judge of a superior or county court in any of the provinces of Canada, or a barrister or advocate of at least ten years’ standing at the bar of any of the said provinces.” Section 5 does not mention age as a qualification for appointment. In particular, it mentions no retirement age. It follows then that deputy judges could act despite having attained 75 years of age.

[123] Like today’s *Federal Courts Act*, the *Exchequer Court Act* drew a distinction between those who “hold offices” and those who do not. Deputy judges were not appointed to an office: *Exchequer Court Act*, section 8. However, the regular judges of the Exchequer Court did hold an office and special procedures applied to their appointment and their conduct as judges because of that fact: *Exchequer Court Act*, section 4 (appointment under the Great Seal), section 10 (oath of office) and section 11 (procedures for the oath of office). None of these special procedures applied to deputy judges.

[124] The only retirement provision in the *Exchequer Court Act* appears in section 9. This provision cannot

[120] Selon l’article 8 de la *Loi de la cour de l’Échiquier* tel qu’il était libellé en 1927, le gouverneur en conseil pouvait nommer « un juge suppléant [...] ayant les qualités requises susmentionnées » [non souligné dans l’original]. L’article 8 ne faisait aucune mention d’un âge de la retraite pour les juges suppléants, tout comme l’article 10 actuel de la *Loi sur les Cours fédérales*. Si la *Loi de la cour de l’Échiquier* avait prévu un âge de retraite, cet âge aurait été établi dans les « qualités requises susmentionnées » [non souligné dans l’original], c’est-à-dire dans les articles qui précèdent l’article 8, soit les articles 1 à 7.

[121] L’article 5, qui porte la note marginale « Qui peut être nommé juge », est la disposition pertinente. Il s’agit du seul article dans lequel le législateur traite des « qualités requises ». Hormis l’article 5, les articles 1 à 7 ne portent pas sur les « qualités requises ».

[122] L’article 5 dispose que « [p]eut être nommé juge de la cour quiconque est ou a été juge d’une cour supérieure ou de comté dans quelque une des provinces du Canada, ou un avocat qui a exercé pendant au moins dix ans au barreau de l’une de ces provinces. » L’article 5 ne mentionne aucunement l’âge comme étant une qualité requise. Plus particulièrement, il ne prévoit pas d’âge de retraite obligatoire. Il s’ensuit donc que les juges suppléants pouvaient exercer des fonctions judiciaires malgré qu’ils aient atteint l’âge de 75 ans.

[123] Comme la loi actuelle, la *Loi sur les Cours fédérales*, la *Loi de la cour de l’Échiquier* faisait une distinction entre les personnes qui « occupent un poste » et ceux qui n’en occupent pas. Les juges suppléants n’étaient pas nommés pour occuper un poste : *Loi de la cour de l’Échiquier*, précitée, article 8. Cependant, les juges permanents occupaient bien un poste, et c’est pourquoi des formalités spéciales régissaient leur nomination et leur conduite : *Loi de la cour de l’Échiquier*, précitée, article 4 (nomination sous le grand sceau), article 10 (serment d’office) et article 11 (prestation du serment d’office). Les juges suppléants n’étaient pas visés par ces formalités spéciales.

[124] L’article 9 constitue la seule disposition concernant la retraite dans la *Loi de la cour de l’Échiquier*.



apply to a deputy judge for two reasons. First, section 9 comes after section 8. Therefore, section 9 cannot be considered to be “hereinbefore” within the meaning of section 8. Second, section 9 states that those who “hold office”—not deputy judges—shall “cease to hold office upon attaining the age of seventy-five years”. Like today, deputy judges did not have an office to cease holding.

[125] It is true, as my colleagues note, that at least two Parliamentarians, speaking about the 1927 legislation, expressed their personal, individual view that all judges should retire at age 75. What were the views of all of the other individual Parliamentarians? In any event, the supposed intentions, purposes or policies of individual Parliamentarians are not our proper focus. Rather, we are to investigate, discern and understand the meaning of the text adopted by Parliament. As I have shown above, that text is clear. To the extent that the *Exchequer Court Act* has any bearing on the issue before us, the *Exchequer Court Act* confirms that deputy judges of the Federal Court can act after attaining 75 years of age.

- VIII -

[126] The Chief Justice used Parliamentary debates to support his conclusion that deputy judges can act after attaining 75 years of age. In particular, he noted a remark in the House of Commons made by the Honourable Mark MacGuigan that a person over 75 years of age could serve as a deputy judge: see paragraph 141 of the Chief Justice’s reasons.

[127] Mr. MacGuigan’s statement indeed supports the Chief Justice’s conclusion. However, in my view, Parliamentary statements of Members of Parliament, even eminent ones such as Mr. MacGuigan, should be

Cette disposition ne peut pas viser un juge suppléant, pour deux raisons. Tout d’abord, l’article 9 vient après l’article 8. Par conséquent, on ne peut prétendre que l’article 9 était « susmentionné » au sens de l’article 8. Ensuite, l’article 9 prévoit que le juge qui est « en fonctions » — et non le juge suppléant — doit « cesser d’occuper sa charge dès qu’il atteint l’âge de soixante-quinze ans ». Tout comme aujourd’hui, les juges suppléants n’assumaient pas de charge qu’ils pouvaient cesser d’exercer.

[125] Il est vrai, comme mes collègues l’ont noté, qu’au moins deux parlementaires ont exprimé leur point de vue au sujet de la loi de 1927, à savoir que tous les juges devraient prendre leur retraite lorsqu’ils atteignent l’âge de 75 ans. Qu’en pensaient tous les autres parlementaires? Quoi qu’il en soit, notre examen ne doit pas porter sur les intentions, les objectifs ou les principes des parlementaires pris individuellement. Il faut plutôt se pencher sur le texte édicté par le législateur, faire les nuances qui s’imposent et tâcher de comprendre le sens de ce texte. Comme il a été établi précédemment, le texte est clair. Dans la mesure où la *Loi de la cour de l’Échiquier* a un rapport quelconque avec la question dont nous sommes saisis, cette loi confirme que les juges suppléants de la Cour fédérale peuvent exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l’âge de 75 ans.

- VIII -

[126] Le juge en chef a invoqué des débats parlementaires à l’appui de sa conclusion portant que les juges suppléants peuvent exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l’âge de 75 ans. En particulier, il a souligné un commentaire de M. Mark MacGuigan fait à la Chambre des communes, selon lequel une personne ayant atteint l’âge de 75 ans pouvait agir en qualité de juge suppléant : voir le paragraphe 141 des motifs du juge en chef.

[127] Les propos de M. MacGuigan appuient effectivement la conclusion du juge en chef. Cependant, à mon avis, il faut accorder aux déclarations des députés, même celles formulées par des parlementaires aussi

given “limited weight” and certainly “[no] more weight than [they] deserve”: *Re Canada 3000 Inc.*, above, at paragraph 57; Sullivan, above, at page 612.

[128] Our main focus must be as explained above: the meaning of the words Parliament has actually adopted in its law, viewed in their proper context, and not the utterances, considered as they may be, of individual legislators, eminent as they may be.

- IX -

[129] I recognize that there is a uniform sea of statutes governing courts across Canada specifying that judges must retire at age 75. But, if my interpretation of section 10 of the *Federal Courts Act* is correct, there is an island of anomaly in the midst of that sea: deputy judges in the Federal Court can still act after age 75. Can this be explained?

[130] The Chief Justice noted in his reasons for judgment that section 10 of the *Federal Courts Act* addresses a particular pressing reality: the Federal Court can experience unusual and temporary surges and overflows of work in particular areas of its unique jurisdiction, such as immigration. In the words of the Chief Justice (at paragraph 116 of his reasons for judgment), “[d]eputy judges provide the Chief Justice of the Federal Court with the flexibility to add judicial resources where circumstances require.” As an example of this, he noted that the use of deputy judges “helped the Court minimize its backlog [while] some 20 percent of its full-time judges [were] engaged in the post September 11, 2001, protracted ministerial certificate litigation.”

[131] To the Chief Justice, this was illustrative of the purpose behind section 10. In his view, section 10 of the *Federal Courts Act* allows for the appointment of additional judicial officials—deputy judges—to assist with these temporary surges and overflows of work,

remarquables que M. MacGuigan, une « valeur probante [...] restreinte » et certainement [TRADUCTION] « [pas] davantage de poids qu’[elles ne] méritent » : *Re Canada 3000 Inc.*, précité, au paragraphe 57; Sullivan, précité, à la page 612.

[128] Comme je l’ai expliqué précédemment, il faut concentrer sur le sens des mots effectivement édictés par le législateur, interprétés dans leur contexte, et non sur les commentaires, aussi avisés soient-ils, de parlementaires, aussi remarquables soient-ils.

- IX -

[129] J’admets qu’il y a une quantité de lois semblables qui régissent les tribunaux au Canada et qui prévoient toutes que les juges doivent prendre leur retraite à 75 ans. Cependant, si mon interprétation de l’article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales* est juste, il existe un îlot d’anomalie dans cette mer : les juges suppléants de la Cour fédérale peuvent encore exercer leur charge après avoir atteint 75 ans. Peut-on l’expliquer?

[130] Le juge en chef a noté dans ses motifs que l’article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales* aidait à remédier à une situation particulière et grave : la Cour fédérale peut faire face à une brusque surcharge de travail dans certains domaines de compétence exclusive, tels que l’immigration. Pour reprendre les mots du juge en chef (paragraphe 116 de ses motifs) : « Les juges suppléants donnent au juge en chef de la Cour fédérale la possibilité d’ajouter des ressources judiciaires lorsque les circonstances l’exigent. » Le juge en chef a noté, à titre d’exemple, que le recours à des juges suppléants « a aidé la Cour à réduire son arriéré [alors que] ses juges à temps plein, dans une proportion d’environ 20 p. 100, étaient occupés à instruire les longs litiges relatifs aux certificats ministériels qui ont eu lieu après le 11 septembre 2001 ».

[131] Selon le juge en chef, ce fait illustre l’objet même de l’article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales*. À son avis, cette disposition permet la nomination d’officiers de justice supplémentaires — des juges suppléants — pour aider à faire face aux surcharges de

thereby furthering the objectives of access to timely justice and the efficient operation of the Federal Court. To him, this was an important interpretive clue to the meaning of the text of section 10, confirming that those who have attained 75 years of age may act as deputy judges.

[132] I agree with the Chief Justice. If only those under 75 can act as deputy judges, the pool of judges able to help the Federal Court with a temporary surge or overflow of work might be insufficient. It must be recalled that only current and former superior, county and district court judges are eligible to serve as deputy judges under section 10. Current judges have their own cases to hear and have little or no capacity to take on additional cases as a deputy judge. Many former judges have voluntarily resigned their judicial offices before age 75 because of ill health, a change in life circumstance, a preference to do something else, or a desire not to hear any more cases, and so they are unlikely to take on cases as a deputy judge.

[133] On the other hand, it is well known that a number of former judges who were forced against their will to retire at age 75 are still available, in good health, full of energy and keen to hear cases. Indeed, many act as arbitrators and mediators in complex matters and, in recognition of their continued capacity, skill, wisdom and experience, are paid top dollar for their services. Allowing those over age 75 to serve as a deputy judge ensures that there will be a pool of judges in the Federal Court capable, willing and able to deal with a temporary surge or overflow of work. This is confirmed by the evidence that all but one of the current pool of deputy judges was over 75 years of age at the time of the Chief Justice's decision: see the reasons of the Chief Justice, at paragraph 9. An interpretation that allows those over age 75 to serve as a deputy judge furthers the purpose of section 10 of the *Federal Courts Act*.

travail temporaires, ce qui contribue à la réalisation des objectifs de l'accès à la justice en temps utile et du fonctionnement efficace de la Cour fédérale. Selon le juge en chef, il s'agissait d'une importante piste d'interprétation quant au sens de l'article 10, qui confirmait que les personnes qui ont atteint l'âge de 75 ans peuvent agir en qualité de juge suppléant.

[132] Je suis d'accord avec le juge en chef. Si seules les personnes de moins de 75 ans pouvaient agir en qualité de juge suppléant, le bassin des juges qui peuvent aider la Cour fédérale en cas de surcharge de travail temporaire pourrait ne pas suffire. Il convient de rappeler que seuls les juges, actuels et anciens, de cours supérieures, de cours de comté ou de cours de district peuvent agir en qualité de juge suppléant suivant l'article 10. Les juges actuels doivent instruire les affaires dont ils sont déjà saisis et ils n'ont guère les moyens de se charger d'autres affaires en tant que juges suppléants. De nombreux anciens juges ont, de leur propre chef, pris leur retraite avant 75 ans parce qu'ils étaient malades, parce qu'il y a eu un changement dans leur vie, parce qu'ils préféreraient passer à autre chose ou parce qu'ils ne souhaitaient plus entendre de causes. Il est donc peu probable qu'ils acceptent de se pencher sur des affaires en qualité de juge suppléant.

[133] Par ailleurs, il est notoire qu'un certain nombre d'anciens juges qui ont été forcés de prendre leur retraite à 75 ans pourraient encore offrir leurs services, sont en bonne santé, sont pleins d'énergie et souhaitent entendre des causes. En fait, nombre de ces juges agissent en qualité d'arbitre et de médiateur dans des dossiers complexes et, en reconnaissance du fait qu'ils sont encore capables de travailler et de leur compétence, de leur sagesse et de leur expérience, ils sont généreusement payés pour leurs services. Permettre aux personnes qui ont atteint l'âge de 75 ans d'agir en qualité de juge suppléant garantit à la Cour fédérale l'existence d'un bassin de juges compétents qui sont capables de faire face aux surcharges de travail temporaires et qui souhaitent offrir leurs services à cet égard. Le fait que, lorsque le juge en chef a rendu sa décision, le bassin de juges suppléants était alors composé de juges qui avaient atteint l'âge

de 75 ans, à l'exception d'un seul juge, en constitue la preuve : voir le paragraphe 9 des motifs du juge en chef. L'interprétation selon laquelle les personnes qui ont atteint l'âge de 75 ans peuvent agir en qualité de juge suppléant contribue à la réalisation de l'objet de l'article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

- X -

[134] I understand the essence of the appellant's submissions on statutory interpretation to be as follows. The appellant notes that section 10 of the *Federal Courts Act* does not have wording setting out a retirement age of 75 for deputy judges. He asks this Court to find that there is in fact a retirement age of 75 for deputy judges. He notes that other sections of the *Federal Courts Act*, predecessor Acts, other Acts, and subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867* require some judicial officials to retire at age 75. In his view, these reveal an "evolved understanding" about mandatory retirement for judges. In essence, he invites this Court to find that this "evolved understanding" is in section 10 of the *Federal Courts Act*. He offers this invitation despite the absence of wording in section 10 about retirement and despite the interpretative clues I have identified and analysed above.

[135] In my view, accepting the appellant's submissions would be inconsistent with the purpose that underlies section 10 of the *Federal Courts Act*. Above, I noted that section 10 is aimed at the creation of a sufficient pool of deputy judges to handle overflows of work, a purpose that, by necessity, requires the inclusion of those over 75 years of age. Extrapolating mandatory retirement at age 75 into section 10 would lessen the likelihood that section 10 will fulfil the purpose Parliament has set for it.

- X -

[134] Si je comprends bien, l'essentiel des arguments de l'appelant en matière d'interprétation des lois peut être présenté de la façon suivante. L'appelant note que rien dans le libellé de l'article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales* ne prévoit que les juges suppléants sont tenus de prendre leur retraite lorsqu'ils atteignent l'âge de 75 ans. Il demande à la Cour de conclure que, dans les faits, les juges suppléants sont effectivement tenus de prendre leur retraite lorsqu'ils atteignent l'âge de 75 ans. Il note que d'autres dispositions de la *Loi sur les Cours fédérales*, des lois qui l'ont précédée et d'autres lois ainsi que le paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* imposent à certains officiers de justice la retraite obligatoire à 75 ans. À son avis, ces dispositions révèlent une [TRADUCTION] « évolution dans la façon de comprendre » la retraite obligatoire des juges. Il demande essentiellement à la Cour de conclure que cette [TRADUCTION] « évolution dans la façon de comprendre » la retraite obligatoire des juges fait partie de l'article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales*, et ce, malgré que le libellé de cet article ne mentionne aucunement la retraite et malgré les pistes d'interprétation que j'ai cernées et analysées précédemment.

[135] À mon avis, accepter les arguments de l'appelant irait à l'encontre de l'objet de l'article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales*. J'ai noté ci-dessus que l'article 10 avait pour objet la création d'un bassin suffisant de juges suppléants qui puissent assumer les surcharges de travail, objet qui impose nécessairement le recours à des juges qui ont atteint l'âge de 75 ans. Ajouter par extension la retraite obligatoire à 75 ans à l'article 10 réduirait les chances que soit respectée l'intention du législateur en ce qui concerne l'objet de cette disposition.

[136] Further, what might the basis be for the Court accepting the appellant's invitation to make this extrapolation? An assumption by the Court that Parliament mistakenly left words out of section 10 that should have been there and so it should correct the mistake? A belief that the words of section 10 could reasonably bear the extrapolation and so the Court should go ahead and implement the extrapolation if it thinks it is a good thing? A view by the Court that all persons acting in any sort of a judicial capacity in any context anywhere should be subject to the same retirement age? In my view, none of these bases is acceptable. Each takes the Court beyond its role as investigator, discern and applier of the meaning of the actual text that Parliament has adopted. Each takes the Court into the realm of developing assumptions, beliefs and views and casting them as law—a matter reserved to Parliament.

[137] For the foregoing reasons, I do not accept the appellant's submissions. The interpretive clues lead me to conclude that deputy judges under the *Federal Courts Act* may act after becoming 75 years of age.

#### B. The constitutional issues

[138] Two constitutional issues were raised in this appeal: whether the retirement requirement in subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867* applies to deputy judges, and whether deputy judges possess sufficient independence. Even if I agreed with my colleagues on the statutory interpretation issue, I would still consider it necessary to decide these questions.

[139] Parliament is entitled to react to this Court's judgment on the statutory interpretation issue by amending section 10 to make it perfectly clear that the Chief Justice may assign cases to deputy judges who are over age 75. It may do this in order to ensure that the Federal

[136] En outre, sur quel fondement la Cour pourrait-elle accepter la demande de l'appelant d'ainsi extrapoler? Sur l'hypothèse que le législateur a par erreur oublié des mots dans l'article 10 et que la Cour devrait corriger cette erreur? Sur l'idée que le libellé de l'article 10 peut raisonnablement inclure une telle extrapolation et que la Cour devrait donc y donner suite et l'appliquer si elle estime que c'est la chose à faire? Sur l'opinion selon laquelle toute personne qui occupe une fonction judiciaire quelconque devrait être assujettie à la même règle visant l'âge de la retraite? À mon avis, aucun de ces fondements n'est valable. Chacun de ces fondements amènerait la Cour à outrepasser son rôle qui consiste à se pencher sur le sens du texte même édicté par le législateur, à faire les nuances qui s'imposent et à appliquer le sens cerné. Chacun de ces fondements amènerait la Cour à élaborer des hypothèses, des croyances ou des opinions et à en faire des lois — un pouvoir réservé au Parlement.

[137] Pour les motifs qui précèdent, je n'accepte pas les arguments de l'appelant. Sur le fondement des pistes d'interprétation, je conclurais que les juges suppléants nommés au titre de la *Loi sur les Cours fédérales* peuvent exercer des fonctions judiciaires après avoir atteint l'âge de 75 ans.

#### B. Les questions constitutionnelles

[138] Deux questions constitutionnelles ont été soulevées dans le présent appel : la question de savoir si les juges suppléants sont visés par l'obligation relative à la retraite établie par le paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et la question de savoir si les juges suppléants jouissent de l'indépendance nécessaire à l'exercice de leurs fonctions. Même si j'étais d'accord avec mes collègues en ce qui a trait à la question d'interprétation des lois, j'estimerais néanmoins qu'il est nécessaire de trancher ces questions constitutionnelles.

[139] Le législateur est en droit, en réponse au présent jugement sur la question d'interprétation des lois, de modifier l'article 10 pour qu'il prévoit très clairement que le juge en chef peut désigner des juges suppléants ayant atteint l'âge de 75 ans pour entendre des causes.

Court is equipped to deal with temporary surges and overflows of work.

[140] But even if Parliament amends section 10 and even if the use of the amended section 10 is urgently needed, the Chief Justice might decline to use it because of the clouds of doubt created by the unresolved constitutional issues and the majority's brief words on the subject of independence in this case. An amended section 10, aimed at providing instant assistance for temporary surges and overflows of work, will either not be used when it is needed, or it will be impractical in the face of lengthy relitigation of the constitutional objections through multiple levels of court.

[141] For the reasons I expressed in *Steel v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 153, 418 N.R. 327 (dealing with the fundamental matter of appeal routes under a particular legislative regime), there are situations where, even though it is strictly speaking not necessary to do so, fundamental matters should be clarified once and for all, and quickly. In my view, this is one such situation: a fundamental matter—who may hear cases in the Federal Court—is before us, the parties have argued it fully, and we should decide it completely.

(1) Deputy judges and subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867*

[142] At the outset, I note that subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867* provides that “[a] judge of a superior court . . . shall cease to hold office upon attaining the age of seventy-five years”. The words in subsection 99(2) are express, precise and clear: at age 75, these judges “cease to hold office”.

[143] Above, I have already found that under the *Federal Courts Act*, deputy judges do not “hold office”. Since deputy judges do not “hold office”, subsection

Il peut apporter cette modification afin de s’assurer que la Cour fédérale a les ressources nécessaires pour faire face aux surcharges de travail temporaires.

[140] Cependant, même si le législateur modifiait l’article 10 et même s’il était absolument nécessaire d’avoir recours à l’article 10 modifié, le juge en chef pourrait refuser d’y avoir recours en raison des doutes créés par les questions constitutionnelles non tranchées et par les brefs motifs de la majorité en l’espèce sur la question de l’indépendance. Même si l’article 10 était modifié de façon à ce qu’il permette d’obtenir immédiatement de l’aide lors des surcharges de travail temporaires, il ne serait pas utilisé lorsque ce serait nécessaire ou il serait dépourvu d’utilité pratique vu le risque d’un litige prolongé sur les questions constitutionnelles aux divers paliers de l’appareil judiciaire.

[141] Pour les motifs que j’ai exposés dans l’arrêt *Steel c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 153 (qui portait sur la question fondamentale des voies d’appel dans un régime légal particulier), il existe des circonstances où des questions fondamentales devraient être tranchées rapidement et une fois pour toutes, même s’il n’est pas à proprement parler obligatoire de le faire. À mon avis, la présente affaire en est un exemple : la Cour est saisie d’une question fondamentale, à savoir qui peut être saisi d’une instance en Cour fédérale. Les parties en ont débattu à fond, et la Cour devrait trancher définitivement la question.

1) Les juges suppléants et le paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*

[142] D’entrée de jeu, je note que le paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit ce qui suit : « Un juge d’une cour supérieure [...] cessera d’occuper sa charge lorsqu’il aura atteint l’âge de soixante-quinze ans ». Le libellé du paragraphe 99(2) est exprès, précis et clair : lorsqu’un juge atteint l’âge de 75 ans, il « cessera d’occuper sa charge ».

[143] J’ai conclu précédemment que les juges suppléants n’exercent pas une charge suivant la *Loi sur les Cours fédérales*. Puisque les juges suppléants

99(2), on its express, precise and clear wording, does not apply to them.

[144] Assuming I am incorrect on this, I would still hold that subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867* does not apply to deputy judges.

[145] The Federal Courts were established under the authority of section 101 of the *Constitution Act, 1867*. Section 101 provides that the federal Parliament “may, notwithstanding anything in this Act,” provide for the “Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.” This authority sits alongside the provincial authority under subsection 92(14) and section 129 of the *Constitution Act, 1867*. Section 101 is grouped with sections 96–100 under the heading “VII-Judicature”. Under section 96, the Governor General has the power to appoint the judges of the “Superior, District and County Courts” in the provinces.

[146] The words “notwithstanding anything in this Act” in section 101 oust all other sections in the *Constitution Act, 1867*, including the retirement provision in subsection 99(2). They are unequivocal. They mean exactly what they say.

[147] In this regard, as the Chief Justice of the Federal Court noted (at paragraph 32 of his reasons), we are bound by the Privy Council’s holding in *Attorney-General for Ontario and Others v. Attorney-General for Canada and Others and Attorney-General for Quebec*, above, at page 153. The Privy Council held that the words “[n]otwithstanding ‘anything in this Act’” in section 101 “cannot be ignored” and that Parliament, acting under section 101 has “a plenary authority to legislate in regard to appellate jurisdiction”.

[148] It is true that explanations can be fashioned to suggest that those words were directed to oust only certain provisions of the *Constitution Act, 1867*, such as subsection 92(14) and section 129: see, for example,

n’occupent pas de charge, ils ne sont pas visés par le paragraphe 99(2) vu son libellé exprès, précis et clair.

[144] Même si j’avais tort quant au présent point, je conclurais néanmoins que les juges suppléants ne sont pas visés par le paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[145] Les Cours fédérales ont été créées en vertu de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L’article 101 prévoit que le Parlement du Canada « pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, » prévoir l’établissement de « tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada ». Ce pouvoir est le pendant des pouvoirs des provinces conférés par le paragraphe 92(14) et par l’article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L’article 101 fait partie de la section « VII. Judicature » avec les articles 96 à 100. En vertu de l’article 96, le gouverneur général a le pouvoir de nommer des juges des « cours supérieures, de district et de comté » dans les provinces.

[146] Les mots « nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi » de l’article 101 l’emportent sur tout autre article de la *Loi constitutionnelle de 1867*, y compris le paragraphe 99(2), soit la disposition relative à la retraite. Ces mots sont sans équivoque. Leur sens ressort clairement du libellé.

[147] À cet égard, le juge en chef de la Cour fédérale a noté (au paragraphe 32 de ses motifs) que nous sommes liés par la conclusion tirée par le Conseil privé à la page 153 de l’arrêt *Attorney-General for Ontario and Others v. Attorney-General for Canada and Others and Attorney-General for Quebec*, précité. Le Conseil privé a conclu que les mots « nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi » de l’article 101 doivent être [TRADUCTION] « pris en compte » et que le Parlement, lorsqu’il exerce le pouvoir conféré par l’article 101, a [TRADUCTION] « plein pouvoir de légiférer en matière de compétence d’appel ».

[148] Il est vrai que l’on peut concevoir des explications qui donnent à penser que ces mots visaient à écarter seulement certaines dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*, telles que le paragraphe 92(14)

W. R. Lederman, “The Independence of the Judiciary” (1956), 34 *Can. B. Rev.* 1139. Professor Lederman suggests that “notwithstanding anything in this Act” means “notwithstanding anything irredeemably inconsistent”, such as the grant of provincial legislative power in subsection 92(14) and section 129 of the Act. But if that were so, the words of section 101 would have contained words such as “notwithstanding subsection 92(14) and section 129 of this Act”. Instead, section 101 contains the words “notwithstanding anything in this Act”—words that are about as broad, clear and unequivocal as can be imagined.

[149] Suppose that the drafters of the *Constitution Act, 1867* wanted the federal power under section 101 to exist alone without any influence from other sections in the Act, such as subsection 99(2). Could the drafters have made section 101 any clearer? Aren’t the words “notwithstanding anything in this Act” clear enough? Should the drafters really have been driven to write something like “notwithstanding anything in this Act, and this means sections 1 to 147 inclusive, and such other sections as may ever be enacted, and we really, truly mean this”?

[150] While the *Constitution Act, 1867* is “a living tree capable of growth and expansion within its natural limits” (*Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at page 136), carefully worded, explicit text cannot be ignored. The text of subsection 99(2) and section 101 are “natural limits” we must respect. They form part of a careful demarcation and compromise between federal and provincial jurisdiction over a common subject-matter, in this case the judiciary, and as such we must proceed with restraint: *Société des Acadiens v. Association of Parents*, [1986] 1 S.C.R. 549.

et l’article 129 : voir, par exemple, W. R. Lederman, « The Independence of the Judiciary » (1956), 34 *R. du B. can.* 1139. M. Lederman avance que « nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi » veut dire [TRADUCTION] « nonobstant toute disposition irrémédiablement incompatible », telle que l’octroi du pouvoir de légiférer des provinces conféré par le paragraphe 92(14) et l’article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, si c’était le cas, une partie de l’article 101 aurait été libellé de la façon suivante : « nonobstant le paragraphe 92(14) et l’article 129 de la présente loi ». L’article 101 renferme plutôt les mots « nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi »; on peut difficilement imaginer un libellé plus large, plus clair et plus univoque.

[149] Supposons que les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* voulaient que le pouvoir conféré par l’article 101 au fédéral soit indépendant et ne soit aucunement influencé par d’autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*, telles que le paragraphe 99(2), auraient-ils pu rédiger l’article 101 de façon plus claire? Les mots « nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi » ne sont-ils pas assez limpides? Les rédacteurs auraient-ils vraiment dû être forcés d’employer un libellé comme celui-ci : « nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, ce qui vise les articles 1 à 147 inclusivement, et toute autre disposition qui pourrait un jour être édictée, et c’est vraiment ce que nous voulons dire »?

[150] Bien que la *Loi constitutionnelle de 1867* soit [TRADUCTION] « un arbre susceptible de croître et de se développer à l’intérieur de ses limites naturelles » (*Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), à la page 136), la Cour ne peut pas passer outre à un libellé soigneusement rédigé et explicite. Les libellés du paragraphe 99(2) et de l’article 101 constituent des [TRADUCTION] « limites naturelles » qu’il faut respecter. Ces dispositions font partie d’un ensemble établi de compromis démarquant soigneusement les pouvoirs du fédéral et les pouvoirs des provinces à l’égard d’un domaine de compétence concurrent, en l’espèce l’appareil judiciaire, et il faut donc faire preuve de retenue : *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549.



[151] I acknowledge that the Supreme Court has read sections 96–100 as supporting a general principle, resident outside of the explicit text of the *Constitution Act, 1867*, that all judges must enjoy security of tenure, security of remuneration and independence: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3. That principle applies to and limits the federal power to establish and constitute courts under section 101. But this is not an example of sections outside of section 101 (such as subsection 99(2)) somehow being imported into section 101 despite the words “notwithstanding anything in this Act”. Rather, the *Reference* is an example of how the unwritten principles that are said to underlie and suffice all of the text of our Constitution can themselves be the source of constitutional relief in appropriate cases (see *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217).

[152] In this connection, I would add that there is no general, unwritten constitutional principle that all judges in Canada must retire at age 75. No court interpreting the constitutional requirement of security of tenure has specified that there must be a particular age of retirement. That would be unsustainable. For the first 93 years of Canada’s history, section 99 of the *Constitution Act, 1867* specified no retirement age: judges were appointed for life.

[153] At paragraphs 35–54 of his reasons, the Chief Justice of the Federal Court describes a longstanding and consistent understanding at the federal level that section 99 of the *Constitution Act, 1867* does not apply to the courts established under section 101. He demonstrates that since 1875 Parliament has considered it necessary to legislate for the courts it has established under section 101 on the subject-matter covered by subsection 99(2). In other words, since 1875, Parliament did not view the subject-matter of subsection 99(2) as applying to its courts.

[154] Further, the Chief Justice notes that, for many years, Parliament’s legislation has set a retirement age

[151] Je reconnais que la Cour suprême a tiré des articles 96 à 100 un principe général qui n’est pas énoncé expressément dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et selon lequel les juges doivent jouir de l’inamovibilité, de la sécurité de traitement et de l’indépendance : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3. Ce principe limite le pouvoir fédéral de créer des tribunaux en vertu de l’article 101. Cependant, il ne s’agit pas d’un exemple de dispositions (telles que le paragraphe 99(2)) qui aurait une incidence quelconque sur l’article 101 malgré les mots « nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi ». Le *Renvoi* constitue plutôt un exemple de la manière dont des principes non écrits — qui seraient sous-jacents aux règles écrites de la Constitution et qui les imprégneraient — peuvent en soi permettre de résoudre des problèmes constitutionnels dans certaines affaires (voir le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217).

[152] À cet égard, je tiens à ajouter qu’il n’existe aucun principe constitutionnel général et non écrit qui prévoit que tous les juges au Canada doivent prendre leur retraite lorsqu’ils atteignent l’âge de 75 ans. Aucun tribunal s’étant penché sur la question constitutionnelle de l’inamovibilité des juges n’a précisé qu’il devait y avoir un âge de retraite particulier. Ce serait indéfendable. Pendant les 93 premières années de l’histoire du Canada, l’article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne prévoyait aucun âge de la retraite : les juges étaient nommés à vie.

[153] Aux paragraphes 35 à 54 de ses motifs, le juge en chef de la Cour fédérale a établi que, au fédéral, il était reconnu de longue date que l’article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne visait pas les tribunaux établis en vertu de l’article 101. Il a montré que, depuis 1875, le Parlement avait considéré qu’il était nécessaire de légiférer sur le sujet couvert par le paragraphe 99(2), pour les tribunaux qu’il avait créés en vertu de l’article 101. Autrement dit, le Parlement estimait depuis 1875 que le paragraphe 99(2) ne s’appliquait pas aux tribunaux qu’il a créés.

[154] En outre, le juge en chef a noté que, pendant longtemps, les lois fédérales ont prévu un âge de la

that was different from that required by section 99 of the *Constitution Act, 1867*:

(a) From 1927 to 1960, section 101 judges, including judges of the Supreme Court of Canada, were required by federal legislation to retire at age 75. However, at the same time, section 99 of the *Constitution Act, 1867* permitted a judge of the “superior court” to serve for life.

(b) In 1970, Parliament established a new Federal Court and set a mandatory retirement age of 70 years. Somewhat later, and to the present day, the mandatory retirement age has been 75 years. However, from 1970 to the present day, subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867* required a judge of a “superior court” to retire at age 75.

[155] In this vein, the Chief Justice also points to Parliamentary statements of key political actors at the federal level that show a longstanding and consistent understanding for much of our nation’s 144-year history that section 99 of the *Constitution Act, 1867* does not apply to the federal courts created under section 101.

[156] In support of his view of relevance, the Chief Justice of the Federal Court invoked [at paragraph 34] “the presumption against legislative redundancy”. This is a canon of construction normally relevant to the interpretation of ordinary statutes, not constitutional text. I also accept the appellant’s submission that legislative practice and constitutional understandings in the interpretation of the *Constitution Act, 1867* are not always relevant or deserving of much weight. The Constitution says what it says and practices and understandings must be measured against it.

[157] Nevertheless, I think that the Chief Justice was right in this particular context and in this particular case

retraite différent de celui établi à l’article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

a) De 1927 à 1960, les juges des tribunaux établis en vertu de l’article 101, y compris les juges de la Cour suprême du Canada, devaient, suivant des lois fédérales, prendre leur retraite lorsqu’ils atteignaient l’âge de 75 ans. Cependant, à la même époque, l’article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* permettait aux juges d’une « cour supérieure » d’exercer leurs fonctions à vie.

b) En 1970, le Parlement a créé une nouvelle cour fédérale et a établi l’âge de la retraite à 70 ans. Quelques années plus tard, l’âge de la retraite a été porté à 75 ans, et c’est encore la règle aujourd’hui. Cependant, de 1970 jusqu’à nos jours, le paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* a imposé aux juges d’une « cour supérieure » de prendre leur retraite lorsqu’ils atteignaient l’âge de 75 ans.

[155] De façon semblable, le juge en chef a aussi noté les déclarations faites en chambre par des acteurs politiques clés au fédéral, déclarations qui établissaient qu’il était reconnu de longue date, soit pendant la plus grande partie des 144 ans d’histoire de notre nation, que l’article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne visait pas les cours fédérales créées au moyen de l’article 101.

[156] À l’appui de son opinion selon laquelle la présente question était pertinente, le juge en chef de la Cour fédérale a fait valoir [au paragraphe 34] « [l]a présomption contre la redondance dans l’interprétation des lois ». Il s’agit d’un principe fondamental d’interprétation habituellement pertinent quant à l’interprétation des lois ordinaires, mais qui ne trouve pas application à l’égard des textes constitutionnels. J’accepte aussi l’argument de l’appelant selon laquelle les pratiques législatives et la conception que l’on peut avoir de la Constitution dans l’interprétation de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne sont pas toujours pertinentes ni particulièrement probantes. La Constitution dit ce qu’elle dit; les pratiques et les interprétations doivent être examinées à l’aune de son libellé.

[157] Néanmoins, je pense que le juge en chef avait raison en l’espèce d’examiner les pratiques législatives

to consider legislative practice and constitutional understandings and be comforted by them when reaching his conclusions.

[158] In saying this, I restrict myself to contexts such as the case before us. Longstanding and consistent governmental actions, practices and understandings are to be given no overall weight in Charter adjudication—the Supreme Court has told us that there is no room for any sort of presumption of constitutionality under the Charter: *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110. But presumptions of constitutionality—very much rebuttable in a particular case—have been applied in some contexts under the *Constitution Act, 1867*: see, for example, *Reference re The Farm Products Marketing Act, R.S.O. 1950, Chapter 131, as amended*, [1957] S.C.R. 198, at pages 242–243 and 255.

[159] In our constitutional framework, the courts are responsible for making the final decisions on constitutional interpretation. They are duty-bound to strike down legislative and executive actions and practices that are wrong, even where they are longstanding and consistently followed. But we must recognize that these other branches of government do try, as they must, to keep their actions and practices within the limits of the powers given to them under the Constitution. This involves making judgments, implicitly or explicitly, regarding the limits in the Constitution. Other branches of government are interpreters of the Constitution.

[160] Constitutional interpretation is not our exclusive preserve. It would be arrogant for us to ignore others' constitutional interpretations as manifested in their practices and actions. In my view, there is nothing wrong for us to consider and critically assess, without deference, the constitutional interpretations of other branches of government, as manifested in their practices and actions, especially where those practices and actions are consistent and longstanding. See Note,

et l'interprétation de la Constitution, et qu'il a eu raison d'y prendre appui pour tirer sa conclusion.

[158] Cela étant dit, mes commentaires ne visent que les contextes comme celui en l'espèce. Dans les affaires fondées sur la Charte, il ne faut pas accorder un poids d'ensemble à ce que le gouvernement a reconnu de longue date ni aux mesures et aux pratiques uniformes du gouvernement. La Cour suprême nous a enseigné qu'il n'existait aucune présomption de constitutionnalité lorsqu'une loi est contestée sur le fondement de la Charte : *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110. Cependant, des présomptions de constitutionnalité — qui peuvent très bien être réfutées dans un contexte donné — ont été appliquées dans certaines affaires fondées sur la *Loi constitutionnelle de 1867* : voir, par exemple, *Reference re The Farm Products Marketing Act, R.S.O. 1950, Chapter 131, as amended*, [1957] R.C.S. 198, aux pages 242, 243 et 255.

[159] Dans notre contexte constitutionnel, ce sont les tribunaux qui ont le dernier mot sur l'interprétation de la Constitution. Les tribunaux ont l'obligation d'invalider les mesures et les pratiques que le législatif et l'exécutif ont établies à tort, et ce, même si ces mesures et ces pratiques ont été suivies de longue date. Cependant, les tribunaux doivent reconnaître que l'exécutif et le législatif s'efforcent, comme il leur incombe, de respecter dans leurs mesures et leurs pratiques les limites du pouvoir que leur confère la Constitution. Pour ce faire, ils doivent se prononcer, implicitement ou explicitement, sur les limites de la Constitution. Le législatif et l'exécutif sont des interprètes de la Constitution.

[160] L'interprétation de la Constitution n'est pas la chasse gardée des tribunaux. Les tribunaux se montreraient arrogants s'ils ne tenaient pas compte des autres interprétations de la Constitution qui ressortent des pratiques et des mesures du législatif et de l'exécutif. À mon avis, rien n'empêche les tribunaux de considérer et d'examiner de façon critique, sans retenue, les interprétations de la Constitution des autres pouvoirs du gouvernement, selon ce qui ressort de leurs pratiques

“Congressional Restrictions on the President’s Appointment Power and the Role of Longstanding Practice in Constitutional Interpretation” (2007), 120 *Harv. L. Rev.* 1914; Jason T. Burnette, “Eyes on Their Own Paper: Practical Construction in Constitutional Interpretation” (2004-2005), 39 *Ga. L. Rev.* 1065.

[161] As the Chief Justice of the Federal Court noted, for nearly a century and a half, everyone, including Parliament, has been acting on the basis that section 99 of the *Constitution Act, 1867* does not apply to the federal courts created under section 101 of the *Constitution Act, 1867*. There is no evidence of any other practice or understanding to the contrary.

[162] Before we say that Parliament has been wrong for most of Canada’s history—before we say that we alone are right and all others for most of Canada’s history have been wrong—we must be convinced that we are driven to that result by objective, sound constitutional analysis.

[163] In this case, the consistent and longstanding practices and understandings identified by the Chief Justice of the Federal Court gave comfort to him in the conclusion he reached. I similarly so find, and I agree with his conclusion.

[164] For the foregoing reasons, I conclude that the mandatory retirement provision in subsection 99(2) of the *Constitution Act, 1867* does not apply to deputy judges.

(2) Deputy judges and judicial independence under the Constitution of Canada

[165] In this Court, the appellant submitted that deputy judges could not act because they do not enjoy the independence guaranteed under the Constitution.

et de leurs mesures, surtout si ces pratiques et mesures datent de loin. Voir « Congressional Restrictions on the President’s Appointment Power and the Role of Longstanding Practice in Constitutional Interpretation » (2007), 120 *Harv. L. Rev.* 1914; Jason T. Burnette, « Eyes on Their Own Paper: Practical Construction in Constitutional Interpretation » (2004-2005), 39 *Ga. L. Rev.* 1065.

[161] Comme le juge en chef de la Cour fédérale l’a noté, pendant près d’un siècle et demi, tous les intéressés, y compris le Parlement, ont agi comme si l’article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne visait pas les tribunaux fédéraux créés en vertu de l’article 101 de cette loi. Il n’y a aucune preuve d’une pratique ou une conception contraire.

[162] Avant d’affirmer que, pendant la plus grande partie de l’histoire du Canada, le Parlement s’est trompé, avant d’affirmer que nous seuls comme juges avons raison et que tous les autres intéressés se sont trompés pendant la plus grande partie de l’histoire du pays, il nous faut être convaincus que cette conclusion soit fondée sur une analyse objective et éclairée de la Constitution.

[163] En l’espèce, les pratiques et les conceptions cernées par le juge en chef de la Cour fédérale lui ont servi d’appui pour tirer sa conclusion. J’en arrive à la même conclusion, et je suis donc d’accord avec le juge en chef.

[164] Pour les motifs exposés précédemment, je conclus que la disposition prévoyant la retraite obligatoire, soit le paragraphe 99(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ne vise pas les juges suppléants.

2) Les juges suppléants et l’indépendance des juges suivant la Constitution du Canada

[165] L’appelant a plaidé devant la Cour que les juges suppléants ne pouvaient exercer de fonctions judiciaires parce qu’ils ne jouissaient pas de l’indépendance judiciaire garantie par la Constitution.

[166] This issue suffers from an unsatisfactory lack of definition. The grounds listed in the notice of motion that gave rise to this issue in the Federal Court only mention a breach of “the applicant’s constitutional rights to a fair and independent judiciary” and the only source for these rights is said to be the “*Constitution Act, 1867 and 1982*”. The notices of constitutional question do nothing more than refer to the deficient notice of motion. Finally, in this Court, the notice of appeal states that the Chief Justice of the Federal Court “erred in law in his analysis, interpretation, and application of the unwritten constitutional principles and imperatives of the *Canada Act* and *Constitution Act, 1982*”.

[167] These statements are too vague: they do not identify, with any useful precision, the constitutional issues in the case or the submissions to be advanced. The Crown should have objected. It did not, with the result that the argument before the Federal Court on this issue was diffuse, raising issues of constitutionalism, federalism and the rule of law. The transcript of argument shows a broad, unfocused, moving target that touched on all sorts of concepts, packaged overall by the appellant as a “separation of powers” issue.

[168] During the hearing in this Court, the appellant made some oral submissions on whether deputy judges met the requirement of judicial independence in our Constitution. The Crown responded. The Court invited the parties to file further written submissions on this issue. They did so. We have reviewed and considered those submissions. They are sufficient for us to decide this issue.

[169] The precise nature of the appellant’s constitutional objection remains unclear, but it appears that the appellant is focusing on the lack of judicial independence arising from the *per diem* status of deputy judges’ remuneration and their selection to hear cases by the

[166] La question aurait eu avantage à être mieux cernée. Les moyens exposés dans l’avis de requête qui a entraîné le présent litige en Cour fédérale ne font valoir qu’une violation du [TRADUCTION] « droit constitutionnel du demandeur d’être entendu par un juge équitable et impartial », et la seule source de ce droit serait la [TRADUCTION] « *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Loi constitutionnelle de 1982* ». Les avis de question constitutionnelle ne font que renvoyer à cet avis de requête lacunaire. Enfin, l’appelant a affirmé dans l’avis d’appel présenté à la Cour que le juge en chef de la Cour fédérale a [TRADUCTION] « commis une erreur de droit dans son analyse, son interprétation et son application des principes et des obligations non écrits de la *Loi de 1982 sur le Canada* et de la *Loi constitutionnelle de 1982* ».

[167] Ces déclarations sont trop vagues : elles ne cernent pas de façon suffisamment précise les questions constitutionnelles en l’espèce ni les arguments que l’on envisageait de présenter. La Couronne aurait dû présenter des objections, mais ne l’a pas fait, et, en conséquence, l’argumentation présentée à la Cour fédérale sur cette question était vague et portait sur le constitutionnalisme, le fédéralisme et la primauté du droit. La transcription des débats révèle une cible large, imprécise et changeante portant sur des notions de toute sorte, qui ont été regroupées par l’appelant sous la question de la « séparation des pouvoirs ».

[168] Pendant l’audience devant la Cour, l’appelant a présenté un certain nombre d’arguments sur la question de savoir si les juges suppléants, dans l’exercice de leurs fonctions, respectaient l’obligation d’indépendance judiciaire garantie par la Constitution. La Couronne a répondu à ces observations. La Cour a demandé aux parties de déposer des plaidoiries écrites supplémentaires sur la question, ce que les parties ont fait. La Cour a examiné et a tenu compte de ces observations, qui permettent à la Cour de trancher cette question.

[169] La nature précise de ces contestations d’ordre constitutionnel demeure floue, mais il semble que l’appelant ait mis l’accent sur le manque d’indépendance judiciaire découlant du traitement accordé aux juges suppléants sous forme d’indemnité quotidienne et

Chief Justice. In my view, the appellant's constitutional objection should be dismissed.

[170] Judicial independence has both an individual and an institutional dimension, each of which depends on the presence of objective conditions or guarantees that ensure that the judiciary is free from interference from any other entity: *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857, at paragraph 18. Judges must be both institutionally independent and independent in the particular case.

[171] Because the goal of judicial independence is maintaining public confidence in the impartiality of the judiciary, judges must not only be independent in fact. They must also be seen to be independent. Thus, in determining whether a judge enjoys the necessary objective conditions or guarantees of judicial independence, we must ask ourselves: “what would an informed person, viewing the matter realistically, and practically—and having thought the matter through—conclude”? see *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673, at pages 684 and 689; and *Tobiass*, above, at paragraph 70.

[172] The core of judicial independence is freedom from outside interference. Dickson C.J., in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, described this core as follows (at page 69):

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them: no outsider—be it government, pressure group, individual or even another judge [even a Chief Justice]—should interfere in fact, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision. This core continues to be central to the principle of judicial independence.

[173] It is here that the appellant sees room for mischief. Deputy judges' remuneration is governed by subsection 10(4) of the *Federal Courts Act*. It provides

découlant de leur désignation, par le juge en chef, pour entendre des causes. À mon avis, la contestation d'ordre constitutionnel de l'appelant devrait être rejetée.

[170] L'indépendance judiciaire comporte un aspect individuel et un aspect institutionnel qui sont tributaires de l'existence de conditions ou de garanties objectives destinées à soustraire le pouvoir judiciaire à toute influence extérieure : *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857, au paragraphe 18. Les juges doivent être indépendants sur le plan institutionnel et être indépendants à l'égard des causes dont ils sont saisis.

[171] Vu que l'objectif de l'indépendance judiciaire est le maintien de la confiance du public dans l'impartialité de la magistrature, les juges ne peuvent se contenter d'être effectivement indépendants, ils doivent aussi paraître l'être. Par conséquent, lorsqu'il faut établir si un juge jouit des conditions ou garanties objectives d'indépendance judiciaire nécessaires à l'exercice de ses fonctions, la Cour doit se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique » : voir *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673, aux pages 684 et 689; et *Tobiass*, précité, au paragraphe 70.

[172] L'élément essentiel au cœur de l'indépendance judiciaire est la garantie contre l'intervention extérieure. Le juge en chef Dickson, à la page 69 de l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, a énoncé cet élément essentiel de la façon suivante :

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises : personne de l'extérieur—que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge [y compris un juge en chef]—ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision. Cet élément essentiel continue d'être au centre du principe de l'indépendance judiciaire.

[173] Il s'agit de l'élément qui, selon l'appelant, poserait un problème. Le traitement des juges suppléants est régi par le paragraphe 10(4) de la *Loi sur les Cours*

for a set formula based on the remuneration provided to other judges under the *Judges Act*. Deputy judges are paid for the days that they are assigned to a case. In other words, deputy judges are paid on a *per diem* basis.

[174] The appellant focuses on this and suggests that the *per diem* structure creates an appearance of lack of independence. He notes that a deputy judge is assigned work by the Chief Judge. The more work assigned, the more money the deputy judge will make. From there, the appellant leaps to the conclusion that there will be the appearance, if not the reality, that a deputy judge will want to reach a result that will please the Chief Justice or, put another way, that the Chief Justice will assign cases to those he feels will reach a particular result.

[175] I do not accept this as a plausible scenario. The informed person, viewing the matter realistically and practically and thinking the matter through, would conclude that there is no actual or apparent threat to judicial independence. He or she would understand that:

(a) Chief Justices in all courts are responsible for the assignment of work to judges and, in appeal courts, the setting of panels of judges. Chief Justices always decide who hears a particular case. No one would seriously suggest that this power of Chief Justices somehow affects the independence of judges to decide the cases as they see fit.

(b) Chief Justices do their share of hearing cases, and can even assign themselves to cases. This is a normal, accepted feature of how our judiciary operates and has never been seen as evidence of a lack of impartiality or independence.

(c) Chief Justices are aware that they do not have the right to impose their views on the judges to whom they assign cases, and do not do so.

*fédérales*, qui établit une formule fondée sur le traitement des autres juges suivant la *Loi sur les juges*. Les juges suppléants qui sont désignés pour entendre une cause sont rémunérés pour les jours qu'ils consacrent à cette cause. Autrement dit, les juges suppléants reçoivent un traitement sous forme d'indemnité quotidienne.

[174] L'appelant met l'accent sur la question du traitement et avance que le mode de rémunération, soit l'indemnité quotidienne, crée une apparence de manque d'indépendance. Il souligne que c'est le juge en chef qui assigne le travail aux juges suppléants. Plus le juge en chef assigne de causes aux juges suppléants, plus les juges suppléants font de l'argent. L'appelant saute alors à la conclusion que, en apparence, voire dans les faits, les juges suppléants voudront rendre une décision qui plaira au juge en chef, ou, autrement dit, que le juge en chef assignera des causes à ceux des juges suppléants qui, selon lui, rendront une décision donnée.

[175] À mon avis, il ne s'agit pas d'un scénario plausible. Une personne bien renseignée, qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, conclurait que l'indépendance judiciaire n'est nullement menacée, ni en apparence, ni dans les faits. Elle comprendrait ce qui suit :

a) Les juges en chef de tous les tribunaux sont chargés d'assigner le travail aux juges et, dans les cours d'appel, d'établir les formations de juges. Il incombe toujours aux juges en chef de décider qui sera saisi d'une cause donnée. Personne n'avancerait sérieusement que ce pouvoir du juge en chef mine d'une façon quelconque l'indépendance des juges de trancher les causes comme bon leur semble.

b) Les juges en chef font leur part et entendent des causes : ils peuvent même s'en attribuer. Il s'agit d'un élément normal et accepté du fonctionnement de notre appareil judiciaire, et cela n'a jamais été considéré comme étant un manquement à l'impartialité ou à l'indépendance.

c) Les juges en chef savent qu'ils n'ont pas le droit d'imposer leur point de vue aux juges à qui ils assignent des causes, et ils s'en abstiennent.

(d) Chief Justices must use their power under section 10 of the *Federal Courts Act* to appoint deputy judges and assign cases to them only for the purpose for which the power was given. As I have explained above, under section 10 of the *Federal Courts Act* deputy judges act in order to deal with unusual and temporary surges and overflows of work. The assignment of cases to deputy judges is not a diversion of cases from existing judges for a nefarious purpose, but rather a necessary measure to deal with unusual circumstances.

(e) If deputy judges have any incentive to please Chief Justices, it is to discharge their responsibilities as well as the regular complement of Federal Court judges do. It is a leap in reasoning to conclude that deputy judges who have conducted themselves impeccably over many years and whose record warrants selection as a deputy judge would suddenly act improperly and decide a case other than on their own independent, good faith view of the merits.

[176] In assessing the appellant's objection based on lack of independence, we must remember that there is a presumption that judges will carry out their duties properly, with integrity, and will not allow themselves to be manipulated or influenced by their Chief Justice in a particular case: *R. v. Teskey*, 2007 SCC 25, [2007] 2 S.C.R. 267, Abella J.; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259, McLachlin C.J.; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at paragraph 32, L'Heureux-Dubé J. and McLachlin J. (as she then was), and at paragraphs 116–117, Major J. In my view, that presumption has not been rebutted in this case.

[177] The appellant also cites *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, for the proposition that all *per diem* salary arrangements for judges violate judicial independence and are invalid. *Mackin* says no such thing. In *Mackin*, the Supreme Court did not hold that all

d) Les juges en chef, lorsqu'ils ont recours aux pouvoirs conférés par l'article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales*, soit les pouvoirs de nommer des juges suppléants et de leur assigner des causes, doivent respecter l'objet pour lequel ces pouvoirs leur sont donnés. Comme je l'ai expliqué précédemment, suivant l'article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales*, les juges suppléants exercent des fonctions judiciaires afin que la Cour fédérale puisse faire face aux surcharges de travail temporaires. L'assignation des causes aux juges suppléants ne vise pas à empêcher, dans un but répréhensible, des juges permanents d'être saisis, il s'agit plutôt d'une mesure nécessaire visant à pallier des circonstances inhabituelles.

e) Les juges suppléants souhaitent s'acquitter de leurs responsabilités aussi bien que les juges permanents de la Cour fédérale, voilà leur seule motivation en ce qui a trait aux attentes des juges en chef. Il faut sauter aux conclusions pour estimer que des juges qui ont eu une conduite irréprochable pendant de nombreuses années et dont le dossier justifie leur nomination en qualité de juge suppléant se comporteraient soudain de façon inadéquate et trancheraient un litige autrement que de bonne foi et de façon indépendante.

[176] Dans l'examen de la contestation de l'appelant fondée sur le manque d'indépendance, la Cour doit se rappeler qu'il existe une présomption selon laquelle les juges s'acquittent de leurs fonctions avec discernement et intégrité et selon laquelle ils ne se laisseront pas manipuler ou influencer par leur juge en chef dans une affaire donnée : *R. c. Teskey*, 2007 CSC 25, [2007] 2 R.C.S. 267, la juge Abella; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259, la juge en chef McLachlin; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, au paragraphe 32, la juge L'Heureux-Dubé et la juge McLachlin (plus tard juge en chef), et le juge Major aux paragraphes 116 et 117. À mon avis, cette présomption n'a pas été réfutée en l'espèce.

[177] L'appelant invoque aussi l'affaire *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, pour avancer que tous les régimes de traitement sous forme d'indemnité quotidienne visant les juges violent l'indépendance judiciaire et sont invalides. Ce



*per diem* payment schemes are unconstitutional. Rather, the particular scheme in *Mackin* was unconstitutional because the New Brunswick government had failed to refer the issue of judges' remuneration to an independent, effective and objective body.

[178] It is true that a judicial appointment by the executive for a limited term of years, renewable by the executive, can create an apprehension that the judge will cater to the desires of the executive, vitiating independence: *Corporal Alexis Leblanc v. Her Majesty the Queen*, 2011 CMAC 2. But that is not the situation here. As the Chief Justice of the Federal Court explains (at paragraph 112 of his reasons), as a matter of practice under section 10 of the *Federal Courts Act*, “[t]he executive plays no role in the [C]hief [J]ustice’s decision to request that a specific eligible person act as a deputy judge.” Once the executive sets up the number of deputy judge positions, the only discretion is exercised by the Chief Justice: the Chief Justice, without executive involvement, develops a roster of deputy judges and assigns cases, as he does in all cases in the Court, to those who are available and appropriate. The remuneration is set by a non-discretionary formula specified in subsection 10(4) of the *Federal Courts Act*.

[179] Nothing in these reasons should be taken to preclude a litigant from challenging, on good evidence, the actual or apparent independence of a particular deputy judge assigned to hear and determine a particular case, the propriety of a particular deputy judge’s appointment and selection to hear a particular case (including whether the power to appoint a deputy judge was used contrary to the purpose of section 10 of the *Federal Courts Act*), or the jurisdiction or capacity of a particular deputy judge to hear and determine a particular case.

n’est pas du tout la conclusion de l’arrêt *Mackin*. Dans cet arrêt, la Cour suprême n’a pas conclu que tous les régimes de traitement sous forme d’indemnité quotidienne sont inconstitutionnels. Elle a plutôt estimé que le régime particulier dans l’affaire *Mackin* était inconstitutionnel parce que le gouvernement du Nouveau-Brunswick n’avait pas renvoyé la question du traitement des juges à un organisme indépendant, efficace et objectif.

[178] Il est vrai que les nominations de juge par l’exécutif pour un mandat d’une durée limitée, et renouvelable par l’exécutif, peuvent créer une crainte que les juges se plieront au souhait de l’exécutif, minant ainsi leur indépendance : *Caporal Alexis Leblanc c. Sa Majesté la Reine*, 2011 CACM 2. Cependant, ce n’est pas le cas en l’espèce. Comme le juge en chef de la Cour fédérale l’a expliqué (au paragraphe 112 de ses motifs), en ce qui concerne l’application de l’article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales*, « [l]e pouvoir exécutif ne joue aucun rôle dans la décision du juge en chef de demander qu’une personne admissible et en particulier agisse comme juge suppléant. » Après que l’exécutif a établi le nombre de postes de juge suppléant, seul le juge en chef exerce des pouvoirs discrétionnaires : le juge en chef, sans ingérence de l’exécutif, établit une liste de juges suppléants et assigne des causes à ceux qui sont libres et selon leur spécialisation, comme il le fait pour toutes les affaires dont est saisie la Cour fédérale. Le traitement est établi selon la formule prévue au paragraphe 10(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui ne laisse aucunement place à l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire.

[179] Rien dans les présents motifs ne devrait empêcher un plaideur de contester, sur le fondement d’une preuve valable, l’indépendance réelle ou apparente d’un juge suppléant donné à qui une cause particulière a été assignée; l’opportunité de la nomination d’un juge suppléant donné ou de sa désignation pour entendre une cause particulière (y compris la question de savoir si le pouvoir de nommer un juge suppléant a été utilisé en violation de l’objet de l’article 10 de la *Loi sur les Cours fédérales*), ou bien la compétence ou la capacité d’un juge suppléant donné d’entendre et de trancher une cause particulière.

[180] Therefore, I dismiss the appellant's objection based on lack of independence.

C. Other portions of my colleagues' reasons

[181] In my colleagues' well-written, carefully reasoned decision, they set out the background and history of this case. They also conclude that the appellant had the right to appeal the order dismissing his motion and that the standard of review to be applied in this appeal is correctness. I agree with my colleagues' conclusions and reasons on these matters. In addition, had I agreed with my colleagues in the result of this appeal, I would have agreed with their proposed costs award.

D. Proposed disposition

[182] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal. In light of the circumstances that prompted the Federal Court to order costs in favour of the appellant despite his lack of success in that Court, and in light of the appellant's further lack of success in this Court, I would order that no costs be awarded in this Court.

[180] Par conséquent, je rejeterais la contestation de l'appelant fondée sur le manque d'indépendance.

C. Autres parties des motifs de mes collègues

[181] Dans leurs motifs bien rédigés et soigneusement motivés, mes collègues ont exposé le contexte et les antécédents de la présente affaire. Elles ont également conclu que l'appelant avait le droit d'interjeter appel de l'ordonnance par laquelle sa requête avait été rejetée et que la norme de contrôle dans le présent appel est la décision correcte. Je souscris aux conclusions et aux motifs de mes collègues sur ces questions. En outre, si j'étais d'accord avec mes collègues quant à l'issue de l'appel, je souscrirais également à l'adjudication des dépens qu'elles ont prévue.

D. Décision proposée

[182] Pour les motifs exposés précédemment, je rejeterais l'appel. Vu les circonstances qui ont incité la Cour fédérale à adjuger les dépens en faveur de l'appelant, malgré qu'il eût été débouté en Cour fédérale, et vu que l'appelant serait aussi débouté en l'espèce, je n'adjugerais aucun dépens pour l'instance devant la Cour d'appel fédérale.

A-442-09  
2010 FCA 167

A-442-09  
2010 CAF 167

**Correctional Service of Canada (represented by the Attorney General of Canada) and Attorney General of Canada** (*Appellants*)

**Le Service correctionnel du Canada (représenté par le procureur général du Canada) et le procureur général du Canada** (*appelants*)

v.

c.

**Patrick Mercier** (*Respondent*)

**Patrick Mercier** (*intimé*)

and

et

**Attorney General of Canada** (*Appellant*)

**Le procureur général du Canada** (*appelant*)

v.

c.

**Stéphane Linteau, Jean-Pierre Duclos, Pierre Thériault, Raymond Landry, Gérald Matticks, Denis Thibault, Jean Rauzon, Régis Labbé, Richard Dion, Daniel Patry, Daniel Lévesque, Claude Ranger, Jean Deschênes, Gaétan St-Germain, Stéphane Fortin, François Landcop, Benoît Guimond, Patrick Rochefort, Daniel Dusseault** (*Respondents*)

**Stéphane Linteau, Jean-Pierre Duclos, Pierre Thériault, Raymond Landry, Gérald Matticks, Denis Thibault, Jean Rauzon, Régis Labbé, Richard Dion, Daniel Patry, Daniel Lévesque, Claude Ranger, Jean Deschênes, Gaétan St-Germain, Stéphane Fortin, François Landcop, Benoit Guimond, Patrick Rochefort, Daniel Dusseault** (*intimés*)

**INDEXED AS: *MERCIER v. CANADA (CORRECTIONAL SERVICE)***

**RÉPERTORIÉ : *MERCIER c. CANADA (SERVICE CORRECTIONNEL)***

Federal Court of Appeal, Nadon, Pelletier and Trudel JJ.A.—Ottawa, March 16 and June 21, 2010.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Pelletier et Trudel, J.C.A.—Ottawa, 16 mars et 21 juin 2010.

*Penitentiaries — Appeal from Federal Court decision allowing judicial review challenging legality of Commissioner of Correctional Service of Canada's Directive banning smoking indoors, outdoors — Federal Court holding, inter alia, that Directive not respecting principles in Corrections and Conditional Release Act, ss. 4(d),(e), Act not prohibiting possession of tobacco or smoking items, outdoor smoking ban not justifiable — Respondents arguing, inter alia, that Directive conflicting with Governor in Council's power to enact regulations — Whether: Commissioner having legislative authority to enact total ban on smoking, Directive falling within scope of Commissioner's powers, measures therein finding support in Act, Corrections and Conditional Release Regulations — Governor in Council's power to make regulations not prohibiting Commissioner from issuing directives regarding matters found in Act, s. 70 — Duty under s. 70 reinforced by wording of Regulations, s. 83 — Parliament intending overlap between Commissioner's power to issue directives, Governor in Council's authority to enact regulations — Commissioner*

*Pénitenciers — Appel à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire concernant la légalité de la Directive du commissaire du Service correctionnel du Canada interdisant de fumer à l'intérieur et à l'extérieur — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que la Directive ne respectait pas les principes énoncés aux art. 4d) et e) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, que la Loi n'interdit pas la possession de tabac et d'articles de fumeur et que l'interdiction de fumer à l'extérieur ne pouvait être justifiée — Les intimés soutenaient notamment que la Directive entrait en conflit avec le pouvoir du gouverneur en conseil de prendre des règlements — Il s'agissait de savoir si le commissaire était légalement habilité à imposer une interdiction totale de fumer, si la Directive entrait dans les limites des pouvoirs conférés au commissaire et si les mesures qu'elle comporte étaient fondées sur la Loi et sur le Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — Le pouvoir du gouverneur en conseil de prendre des règlements régissant*

*having legislative authority to adopt Directive — Directive falling within ambit of Act, s. 97(c) — Federal Court wrongly substituting its view to that of Commissioner — Appeal allowed.*

*Practice — Notice of constitutional question — Federal Court allowing review of legality of Correctional Service of Canada Directive — In present appeal from that decision, respondents raising Canadian Charter of Rights and Freedoms issues, but failing to file notice of constitutional question pursuant to Federal Courts Act, s. 57(1) — Whether respondents barred from raising Charter issues — Whether Directive “regulation” for purpose of s. 57(1) — Corrections and Conditional Release Act (Act), s. 98(1) designating rules made under Act, s. 97 as “Commissioner’s Directives” — Commissioner’s Directives consequently rules within meaning of Interpretation Act, s. 2 — Notice of constitutional question therefore necessary herein.*

This was an appeal from a decision of the Federal Court allowing an application for judicial review challenging the legality of the Commissioner of the Correctional Service of Canada’s Directive banning smoking.

The Directive, issued under the authority of sections 70, 97 and 98 of the *Corrections and Conditional Release Act* (Act), bans smoking and the possession of smoking items indoors and outdoors within the perimeter of federal correctional facilities and community correctional centres. The Federal Court held, *inter alia*, that the Directive does not respect the principles found at paragraphs 4(d) and (e) of the Act, that the Act does not prohibit the possession of tobacco or of smoking items, and that the outdoor smoking ban is not a preventive measure objectively and rationally justifiable by the Commissioner who has full authority under the Act and the *Corrections and Conditional Release Regulations* to enforce an indoor smoking ban.

The respondents argued, *inter alia*, that the Commissioner could not issue the Directive because paragraph 96(e) of the

*les questions visées à l’art. 70 n’empêche pas la prise de directive à leur égard par le commissaire — Le libellé de l’art. 83 du Règlement renforce l’obligation prévue à l’art. 70 — Le chevauchement entre le pouvoir du commissaire d’établir des directives et le pouvoir du gouverneur en conseil de prendre des règlements était voulu par le législateur — Le commissaire était légalement habilité à établir la Directive — La Directive est de celles qui peuvent être établies en vertu de l’art. 97(c) de la Loi — La Cour fédérale a substitué à tort son opinion à celle du commissaire — Appel accueilli.*

*Pratique — Avis de question constitutionnelle — La Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire concernant la légalité de la Directive du Service correctionnel du Canada — Dans le cadre du présent appel à l’encontre de cette décision, les intimés avaient soulevé des questions relatives à la Charte canadienne des droits et libertés, mais ils avaient omis de signifier un avis de question constitutionnelle en vertu de l’art. 57(1) de la Loi sur les Cours fédérales — Il s’agissait de savoir si les intimés étaient empêchés d’invoquer la Charte — Il s’agissait de savoir si la Directive pouvait être considérée comme un texte d’application au sens de l’art. 57(1) — L’art. 98(1) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (la Loi) prévoit que les règles établies en application de l’art. 97 de la Loi sont des directives du commissaire — En conséquence, les directives du commissaire sont des règles judiciaires au sens de l’art. 2 de la Loi d’interprétation — Un avis de question constitutionnelle était donc nécessaire en l’espèce.*

Il s’agissait d’un appel à l’encontre d’une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire concernant la légalité de la Directive du commissaire du Service correctionnel du Canada interdisant de fumer.

La Directive, prise en vertu des articles 70, 97 et 98 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (la Loi), interdit de fumer et d’avoir des articles de fumeur en sa possession dans le périmètre d’établissements correctionnels fédéraux et de centres correctionnels communautaires, tant à l’extérieur qu’à l’intérieur des bâtiments. La Cour fédérale a conclu, entre autres, que la Directive ne respectait pas les principes énoncés aux alinéas 4d) et e) de la Loi, que la Loi n’interdit pas la possession de tabac et d’articles de fumeur et que l’interdiction de fumer à l’extérieur des bâtiments n’est pas une mesure préventive pouvant être justifiée de façon objective et rationnelle par le commissaire, qui a plein pouvoir en vertu de la Loi et du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* de faire respecter une interdiction de fumer à l’intérieur.

Les intimés soutenaient notamment que le commissaire ne pouvait pas établir la Directive parce que l’alinéa 96e) de la

Act grants the Governor in Council the power to enact regulations in regard to “the matters referred to in section 70” and, although the respondents did not file a notice of constitutional question, that the Directive triggers the application of section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The main issues were as follows: (1) Did the Commissioner have the legislative authority to enact a total ban on smoking? If he did, does the Directive fall within the scope of the Commissioner’s powers and do the measures therein find support in the Act and in the Regulations? (2) Were the respondents barred from raising Charter issues?

*Held*, the appeal should be allowed.

(1) The Commissioner is not prohibited from issuing directives regarding matters found in section 70 simply because the Act authorizes the Governor in Council to make regulations in regard to those matters. The Correctional Service of Canada’s duty under section 70 to ensure that the living and working conditions of inmates and staff members are safe and healthful is reinforced by the wording of section 83 of the Regulations. However, if the Governor in Council does decide to make regulations in relation to the same subject matter, then those regulations prevail over the Commissioner’s Directives. That being said, given the Commissioner’s broad discretion and the nature of his duties, it was not Parliament’s intent to prevent the Commissioner from issuing directives by reason of section 96 of the Act. The scheme of the Act is inconsistent with an interpretation that would limit the Commissioner’s ability to issue directives. Obliging the Commissioner to determine whether a proposed directive overlaps with the Governor in Council’s regulation-making power would make it very difficult for the Commissioner to issue directives. Finally, Parliament intended for the Commissioner’s power to issue directives and the Governor in Council’s authority to enact regulations to overlap. The prevailing approach to resolving conflicts between legislation and subordinate legislation does not preclude overlap. The Commissioner thus had the legislative authority to adopt the Directive.

The purpose of the Directive and the prohibition of outdoor smoking is to prevent indoor smoking and to protect the health of non-smokers within the confines of federal correctional facilities. The Directive falls within the ambit of paragraph 97(c) of the Act to ensure that the living and working conditions of inmates and employees are safe and healthful. Thus, the Directive falls within the scope of the powers given to the Commissioner under the Act and the Regulations. This conclusion was sufficient to dispose of the

Loi confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements relatifs aux « questions visées à l’article 70 » et même s’ils n’avaient pas signifié d’avis de question constitutionnelle, que la Directive entraînait l’application de l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les principales questions à trancher étaient celles de savoir : 1) si le commissaire était légalement habilité à imposer une interdiction totale de fumer et, dans l’affirmative, si la Directive entrait dans les limites des pouvoirs conférés au commissaire et si les mesures qu’elle comporte étaient fondées sur la Loi et le Règlement; et 2) si les intimés étaient empêchés d’invoquer la Charte.

*Arrêt* : l’appel doit être accueilli.

1) Le simple fait que la Loi autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements régissant les questions visées à l’article 70 n’empêche pas la prise de directive à leur égard par le commissaire. Le libellé de l’article 83 du Règlement vient renforcer l’obligation qui incombe au Service correctionnel du Canada en vertu de l’article 70 de veiller à ce que le milieu de vie et de travail des détenus et les conditions de travail des employés soient sains et sécuritaires. Cependant, si le gouverneur en conseil décide de prendre des règlements sur les mêmes questions, ces règlements ont préséance sur les directives du commissaire. Cela dit, compte tenu du vaste pouvoir discrétionnaire et de la nature des obligations du commissaire, il n’était pas dans l’intention du législateur que l’article 96 de la Loi empêche le commissaire d’établir des directives. Le régime établi par la Loi s’oppose à une interprétation qui restreindrait le pouvoir du commissaire d’établir des directives. Il serait très difficile pour le commissaire d’établir des directives s’il devait déterminer chaque fois si une directive envisagée touche de quelque façon le pouvoir réglementaire du gouverneur en conseil. Enfin, le chevauchement entre le pouvoir du commissaire d’établir des directives et le pouvoir réglementaire du gouverneur en conseil était voulu par le législateur. Le mécanisme auquel on recourt pour résoudre les conflits entre lois et textes de législation déléguée n’interdit nullement le chevauchement. Le commissaire était donc légalement habilité à établir la Directive.

La Directive et l’interdiction de fumer dehors visent à empêcher que les gens fument à l’intérieur et à protéger la santé des non-fumeurs dans les établissements correctionnels fédéraux. La Directive est de celles qui peuvent être établies en vertu de l’alinéa 97c) de la Loi qui ont pour but de veiller à ce que le milieu de vie et de travail des détenus et les conditions de travail des employés soient sains et sécuritaires. La Directive entre donc dans les limites des pouvoirs conférés au commissaire par la Loi et le Règlement. Cette conclusion

question of the *vires* of the Directive. The Federal Court's role was to determine whether the statutory grant of authority allowed the Commissioner to adopt the Directive. In effect, the Federal Court substituted its view to that of the Commissioner as to whether a total ban on smoking should be implemented in federal correctional facilities.

(2) It is clear that subsection 57(1) of the *Federal Courts Act* requires a notice to the Attorney General of each province when the constitutionality of an Act of Parliament or of a regulation is challenged. The question to be determined then was whether the Directive can be deemed a "regulation" for the purpose of subsection 57(1). Subsection 98(1) of the Act confers upon the Commissioner the power to designate "any or all rules made under section 97" as a "Commissioner's Directive". Consequently, a Commissioner's Directive is a rule within the meaning of section 2 of the *Interpretation Act*. Thus, the Directive constitutes a regulation and, as a result, a notice of constitutional question was necessary to challenge its constitutionality.

suffisait à trancher la question de la légalité de la Directive. Le rôle de la Cour fédérale consistait à examiner si le pouvoir conféré au commissaire lui permettait d'adopter la Directive. En fait, la Cour fédérale a substitué son opinion à celle du commissaire au sujet de l'opportunité d'instituer une interdiction totale de fumer dans les établissements correctionnels fédéraux.

2) Il appert que le paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* exige qu'un avis soit transmis au procureur général de chaque province lorsque la validité constitutionnelle de lois fédérales ou de leurs textes d'application (« *regulations* » en anglais) est en cause. La question à trancher était donc celle de savoir si les directives peuvent être considérées comme des « textes d'application » au sens du paragraphe 57(1). Le paragraphe 98(1) de la Loi prévoit que « [l]es règles établies en application de l'article 97 peuvent faire l'objet de directives du commissaire ». En conséquence, les directives du commissaire sont une « règle judiciaire » au sens de l'article 2 de la *Loi d'interprétation* et un avis de question constitutionnelle était donc nécessaire pour en contester la constitutionnalité.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2.  
*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(a), 7, 12, 15.  
*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 2(1) "contraband", "intoxicant", 3, 4 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 2(F)), 40 to 45, 70 (as am. *idem*, s. 17(F)), 83, 96(e), 97, 98.  
*Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, ss. 2 "unauthorized item", 83.  
*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 109 (as am. by S.O. 1994, c. 12, s. 42).  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1 to 18.5 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, ss. 26, 27), 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35), 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 2 "regulation".  
*Non-smokers' Health Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 15, s. 3(1).

#### 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, 2a), 7, 12, 15.  
*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 2 « règlement ».  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 28.  
*Loi sur la santé des non-fumeurs*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 15, art. 3(1).  
*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 2(1) « objets interdits », « substance intoxicante », 3, 4 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 2(F)), 40 à 45, 70 (mod., *idem*, art. 17(F)), 83, 96e), 97, 98.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1 à 18.5 (édictees par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 26, 27), 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35), 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54).  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 109 (mod. par L.O. 1994, ch. 12, art. 42).  
*Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 2 « objet non autorisé », 83.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, (1996), 31 O.R. (3d) 574, 142 D.L.R. (4th) 385; *Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595, (1995), 125 D.L.R. (4th) 141, 30 Imm. L.R. (2d) 139 (C.A.); *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136, 74 Admin. L.R. (4th) 79, 73 Imm. L.R. (3d) 159.

## DISTINGUISHED:

*Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118, (1977), 74 D.L.R. (3d) 1, 33 C.C.C. (2d) 366.

## CONSIDERED:

*Halifax Longshoremen's Assn., Local 269 v. Offshore Logistics Inc.* (2000), 25 Admin. L.R. 224, 61 C.L.R.B.R. (2d) 179, 257 N.R. 338 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Boucher v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 893, 325 F.T.R. 122; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, 254 D.L.R. (4th) 577, 130 C.R.R. (2d) 99; *Bekker v. Canada*, 2004 FCA 186, [2004] 3 C.T.C. 183, 2004 DTC 6404, 323 N.R. 195; *Gitksan Treaty Society v. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 F.C. 135, (1999), 177 D.L.R. (4th) 687, 249 N.R. 37 (C.A.); *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2004 FCA 66, [2004] 3 F.C.R. 436, 236 D.L.R. (4th) 648, 317 N.R. 258; *Jacobs v. Sports Interaction*, 2006 FCA 116, 348 N.R. 292; *Giagnocavo v. Canada* (1995), 95 D.T.C. 5618, 189 N.S. 225 (F.C.A.); *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385, 60 Admin. L.R. (4th) 247, 64 Imm. L.R. (3d) 226; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, (1992), 88 D.L.R. (4th) 1, [1992] 2 W.W.R. 193.

## AUTHORS CITED

Correctional Service Canada. Commissioner's Directive No. 259, "Exposure to Second-Hand Smoke", dated May 5, 2008, online: <<http://www.csc-scc.gc.ca/text/plcy/doc/259-cd.pdf>>.  
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595 (C.A.); *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118.

## DÉCISION EXAMINÉE :

*Halifax Longshoremen's Assn., section locale 269 c. Offshore Logistics Inc.*, 2000 CanLII 15852 (C.A.F.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Boucher c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 893; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *Bekker c. Canada*, 2004 CAF 186; *Gitksan Treaty Society c. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 C.F. 135 (C.A.); *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2004 CAF 66, [2004] 3 R.C.F. 436; *Jacobs c. Sports Interaction*, 2006 CAF 116; *Giagnocavo c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 1355 (C.A.) (QL); *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

## DOCTRINE CITÉE

Service correctionnel Canada. Directive du commissaire n° 259, « Exposition à la fumée secondaire », en date du 5 mai 2008, en ligne : <<http://www.csc-scc.gc.ca/text/plcy/doc/259-cd.pdf>>.  
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

APPEAL from a Federal Court decision (2009 FC 1071, 359 F.T.R. 273) allowing an application for judicial review of the legality of the Commissioner of the Correctional Service of Canada's Directive banning smoking. Appeal allowed.

APPEL à l'encontre d'une décision (2009 CF 1071) par laquelle la Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire concernant la légalité de la Directive du commissaire du Service correctionnel du Canada interdisant de fumer. Appel accueilli.

## APPEARANCES

*Marc Ribeiro* and *Éric Lafrenière* for appellants.  
*Julius H. Grey, Isabelle Turgeon* and *Véronique Cyr* for respondents.

## ONT COMPARU

*Marc Ribeiro* et *Éric Lafrenière* pour les appelants.  
*Julius H. Grey, Isabelle Turgeon* et *Véronique Cyr* pour les intimés.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants.  
*Grey Casgrain*, Montréal, for respondents.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour les appelants.  
*Grey Casgrain*, Montréal, pour les intimés.

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

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

[1] NADON J.A.: This is an appeal from a judgment rendered by Martineau J. (the Judge) of the Federal Court, 2009 FC 1071, 359 F.T.R. 273, dated October 23, 2009, who allowed the respondents' judicial review application challenging the legality of the Commissioner of the Correctional Service of Canada's (the Commissioner) Directive No. 259 ["Exposure to Second-Hand Smoke", dated May 5, 2008], banning smoking indoors and outdoors within the perimeter of federal correctional facilities, including community correctional centres (CCCs). The judgement reads, in part, as follows:

[1] LE JUGE NADON, J.C.A. : La Cour est saisie de l'appel d'un jugement de la Cour fédérale en date du 23 octobre 2009 (2009 CF 1071), par lequel le juge Martineau (le juge) a accueilli la demande de contrôle judiciaire concernant la légalité de la Directive n° 259 [« Exposition à la fumée secondaire », en date du 5 mai 2008] du commissaire du Service correctionnel du Canada (le commissaire) interdisant de fumer dans le périmètre des établissements correctionnels fédéraux, y compris les centres correctionnels communautaires (CCC), tant à l'extérieur qu'à l'intérieur. Le jugement comprend notamment ce qui suit :

1. The application is allowed;
2. Prohibiting inmates from smoking outdoors within the perimeter of penitentiaries, including CCCs, is null, void, and contrary to the *Corrections and Conditional Release Act* (Act), Directive No. 259 — Exposure to Second-Hand Smoke, issued by the Commissioner of the Correctional Service of Canada and published on May 5, 2008, is invalid to the extent that a complete ban on smoking and possessing tobacco and smoking items is contrary to the Act and to this judgment. [Emphasis added.]

1. La demande est accueillie;
2. L'interdiction aux détenus de fumer à l'extérieur des bâtiments au sein du périmètre des pénitenciers, y compris les CCC, est nulle, contraire à la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (la Loi) et sans effet. La Directive n° 259 — Exposition à la fumée secondaire, établie par le commissaire du Service correctionnel du Canada et publiée le 5 mai 2008, est invalide dans la mesure où une interdiction complète de fumer et de posséder du tabac et des articles de fumeur est contraire à la Loi et au présent jugement. [Je souligne.]



[2] More particularly, the Judge declared Directive No. 259 (the Directive) to be invalid insofar as it purports to prevent inmates from smoking outdoors within the perimeter of federal correctional facilities.

[3] The main issue raised by this appeal is whether it was within the Commissioner's power to enact the Directive so as to implement a total smoking ban at all federal correctional facilities. If the answer to that question is in the affirmative, the issue which arises is whether the Directive falls within the scope of the powers given to the Commissioner. Finally, the respondents raise a number of Charter [*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]] issues.

[4] I now turn to the facts which are relevant to the determination of this appeal.

#### THE FACTS

[5] Under the authority of sections 70 [as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 17(F)], 97 and 98 of the Act [*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20], the Commissioner issued the Directive on May 5, 2008. In brief, the Directive bans smoking and possession of smoking items, indoors and outdoors, within the perimeter of federal correctional facilities, but makes an exception for aboriginal religious and spiritual practices.

[6] The main provisions of the Directive are as follows:

#### POLICY OBJECTIVE

1. To enhance health and wellness by eliminating exposure to second-hand smoke at all federal correctional facilities. To achieve this objective, smoking will not be permitted indoors or outdoors within the perimeter of federal correctional facilities, including Community Correctional Centres (CCCs).

...

[2] Plus particulièrement, le juge a déclaré la Directive n° 259 (la Directive) invalide en tant qu'elle visait à empêcher les détenus de fumer à l'extérieur des bâtiments dans le périmètre des établissements correctionnels fédéraux.

[3] La Cour doit principalement trancher si le commissaire avait le pouvoir d'établir une directive imposant une interdiction totale de fumer dans tous les établissements correctionnels fédéraux. Si elle répond par l'affirmative à cette question, elle doit ensuite déterminer si la Directive entre dans les limites des pouvoirs conférés au commissaire. Enfin, les intimés ont soulevé des questions relatives à la Charte [*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]].

[4] Je commencerai par exposer les faits pertinents pour trancher le présent appel.

#### LES FAITS

[5] Le commissaire a pris la Directive le 5 mai 2008, en vertu des articles 70 [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 17(F)], 97 et 98 de la Loi [*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20]. En résumé, la Directive interdit de fumer et d'avoir des articles de fumeur en sa possession dans le périmètre des établissements correctionnels fédéraux, tant à l'extérieur qu'à l'intérieur des bâtiments, mais elle prévoit une exception pour les pratiques religieuses et spirituelles autochtones.

[6] Voici les principales dispositions de cette directive :

#### OBJECTIF DE LA POLITIQUE

1. Améliorer la santé et le bien-être en éliminant l'exposition à la fumée secondaire dans tous les établissements correctionnels fédéraux. Pour atteindre cet objectif, il sera interdit de fumer à l'intérieur ainsi qu'à l'extérieur des bâtiments au sein du périmètre des établissements correctionnels fédéraux, y compris les centres correctionnels communautaires (CCC).

[...]

**DEFINITIONS**

4. Unauthorized smoking items: smoking items including, but not limited to, cigarettes, cigars, tobacco, chewing tobacco, cigarette making machines, matches and lighters are unauthorized items within the meaning of section 2 of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, except tobacco and ignition sources used for the accommodation of Aboriginal spirituality or other religious practices.
5. Perimeter of a correctional facility: the fence, wall or designated out-of-bounds area surrounding a facility.

**PRINCIPLE**

6. The Service is committed to maintaining a healthy environment for those living, working and visiting correctional facilities while accommodating religious and spiritual practices without discrimination.

**SMOKING RESTRICTIONS**

7. Offenders, staff members, contractors, volunteers and visitors are not permitted to smoke inside correctional facilities (including private family visiting units) or outdoors within the perimeter of a correctional facility.
8. Smoking is only permitted outside the perimeter of a correctional facility in an area designated by the Institutional Head or District Director.
9. Smoking is not permitted inside CSC vehicles.

**POSSESSION RESTRICTIONS**

10. Staff members, contractors, volunteers and visitors must not possess unauthorized smoking items within the perimeter of a correctional facility.

**RESPONSIBILITIES**

11. The **Regional Deputy Commissioner** in consultation with the **Director General, Aboriginal Initiatives** will approve all site specific implementation plans to ensure the appropriate accommodation of Aboriginal spiritual practices.

**DÉFINITIONS**

4. Articles de fumeur non autorisés : les articles de fumeur incluant, entre autres, les cigarettes, les cigares, le tabac, le tabac à mâcher, les rouleuses à cigarettes, les allumettes et les briquets sont des objets non autorisés au sens de l'article 2 du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, exception faite du tabac et des sources d'allumage nécessaires aux pratiques spirituelles autochtones ou autres pratiques religieuses.
5. Périmètre d'un établissement correctionnel : la clôture, le mur ou le secteur désigné hors limites autour de l'établissement.

**PRINCIPE**

6. Le SCC s'engage à maintenir un environnement sain pour tous ceux qui vivent et travaillent dans les établissements correctionnels ainsi que pour tous ceux qui visitent ces lieux, tout en respectant sans aucune forme de discrimination les pratiques religieuses et spirituelles.

**RESTRICTIONS SUR L'USAGE DU TABAC**

7. Il est interdit aux délinquants, aux membres du personnel, aux entrepreneurs, aux bénévoles et aux visiteurs de fumer à l'intérieur ainsi qu'à l'extérieur des bâtiments (y compris les unités servant aux visites familiales privées) au sein du périmètre des établissements correctionnels.
8. Il est permis de fumer uniquement à l'extérieur du périmètre des établissements correctionnels dans un endroit désigné par le directeur de l'établissement ou du district.
9. Il est interdit de fumer dans les véhicules du SCC.

**RESTRICTIONS SUR LA POSSESSION D'ARTICLES DE FUMEUR**

10. Les membres du personnel, les entrepreneurs, les bénévoles et les visiteurs ne doivent avoir en leur possession aucun article de fumeur non autorisé au sein du périmètre des établissements correctionnels.

**RESPONSABILITÉS**

11. Le **sous-commissaire régional**, en consultation avec le **directeur général des Initiatives pour les Autochtones**, doit approuver tous les plans de mise en œuvre pour chaque unité opérationnelle afin d'assurer le respect des pratiques spirituelles autochtones.

12. **The Institutional Head or District Director (CCCs)** will:

...

- d. ensure implementation plans include accommodations for religious and spiritual practices in individual cells, rooms and in groups to the extent safely possible (accommodations will be made in consultation with religious leaders, Elders or Aboriginal advisory bodies as appropriate);

...

### **REPORTING**

13. **Staff** members will report any incident of smoking in violation of this policy to management.

### **DISCIPLINE**

#### **Employees**

14. Employees who are in violation of this policy are subject to the employee disciplinary process.

#### **Offenders**

15. Inmates who are in violation of this policy are subject to the inmate disciplinary process. [Emphasis added.]

16. Offenders who are in violation of this policy are subject to administrative sanctions as deemed appropriate by the District Director.

#### **Other**

17. CSC contractors, volunteers and visitors who are in violation of this policy will be requested to cease smoking or dispose of any unauthorized smoking items and if they persist will be directed to leave the institution or CCC.

[7] As appears from paragraph 15 of the Directive, inmates who are in breach of the Directive are subject to the disciplinary system which is set out at sections 40 to 44 of the Act. As the Judge found at paragraph 30 of his reasons:

12. **Le directeur de l'établissement ou le directeur de district (CCC)** doit :

[...]

- d. s'assurer que les plans de mise en œuvre comprennent des accommodements pour la tenue de cérémonies religieuses et spirituelles célébrées isolément dans une cellule ou une pièce, ou encore en groupe s'il n'y a pas de contraintes de sécurité (des accommodements seront accordés en consultation avec les chefs religieux, les Aînés ou les organismes consultatifs autochtones, lorsqu'il y a lieu);

[...]

### **SIGNALEMENT DES INFRACTIONS**

13. Les **membres du personnel** doivent signaler à la direction toute infraction à la présente politique.

### **MESURES DISCIPLINAIRES**

#### **Membres du personnel**

14. Les employés qui contreviennent à la présente politique seront soumis au processus disciplinaire applicable au personnel.

#### **Délinquants**

15. Les détenus qui contreviennent à la présente politique seront soumis au processus disciplinaire applicable aux détenus. [Je souligne.]

16. Les délinquants qui contreviennent à la présente politique sont passibles des sanctions administratives jugées appropriées par le directeur du district.

#### **Autre**

17. Les entrepreneurs, les bénévoles et les visiteurs du SCC qui contreviennent à la présente politique seront priés de cesser de fumer ou de se défaire de tout article de fumeur non autorisé. S'ils refusent d'obtempérer, ils seront enjoins de quitter l'établissement ou le CCC.

[7] Tel qu'il appert du paragraphe 15 de la Directive, les détenus qui contreviennent à celle-ci s'exposent à des mesures disciplinaires dans le cadre du système établi aux articles 40 à 44 de la Loi. Le juge a formulé la conclusion suivante au paragraphe 30 de ses motifs :

For offenders serving time in penitentiaries, the deliberate violation of a written regulation governing the conduct of inmates, which may include violating the indoor smoking ban, constitutes a disciplinary offence, rendering an inmate who is found guilty of such an offence liable to one or more of the following:

- (a) a warning or reprimand;
- (b) a loss of privileges;
- (c) an order to make restitution;
- (d) a fine;
- (e) performance of extra duties; and
- (f) in the case of a serious disciplinary offence, segregation from other inmates for a maximum of thirty days.

A fine or restitution may be collected in the prescribed manner (see sections 40 to 44 of the Act).

[8] An earlier version of the Directive (the first Directive), issued on January 31, 2006, had banned all indoor smoking, thus allowing inmates to continue smoking outdoors. It should be noted that approximately 75 percent of inmates in federal correctional facilities smoke and that the total ban on smoking is accompanied by the availability of anti-smoking aids such as nicotine patches and medication for inmates.

[9] The stated policy objective of the Directive is “To enhance health and wellness by eliminating exposure to second-hand smoke at all federal correctional facilities” (paragraph 1). The Directive then states that in order to meet that objective, smoking indoors and outdoors will be prohibited within the perimeter of federal correctional facilities. Before us, counsel for the respondents indicated that his clients did not take issue with the Commissioner’s position that indoor smoking could be harmful to non-smoking persons. In that regard, the Judge made the following remarks at paragraphs 11 to 13 of his reasons:

Dans le cas d’un délinquant détenu dans un pénitencier, la transgression délibérée d’une règle écrite régissant la conduite des détenus, ce qui peut inclure la contravention à une interdiction de fumer à l’intérieur des bâtiments, constitue une infraction disciplinaire, rendant le détenu déclaré coupable d’une telle infraction passible d’une ou de plusieurs des peines suivantes :

- a) avertissement ou réprimande;
- b) perte de privilèges;
- c) ordre de restitution;
- d) amende;
- e) travaux supplémentaires;
- f) isolement pour un maximum de trente jours, dans le cas d’une infraction disciplinaire grave.

Le recouvrement de l’amende et la restitution s’effectuent selon les modalités réglementaires (voir les articles 40 à 44 de la Loi).

[8] Une version antérieure de la Directive (la première Directive), adoptée le 31 janvier 2006, interdisait de fumer à l’intérieur, de sorte que les détenus pouvaient continuer à fumer dehors. Il convient de signaler qu’environ 75 pour 100 des détenus incarcérés dans des établissements fédéraux fument et que l’interdiction totale de fumer est assortie, pour les détenus, d’un accès à des produits pour arrêter de fumer comme des timbres de nicotine et des médicaments.

[9] L’objectif déclaré de la Directive est d’« Améliorer la santé et le bien-être en éliminant l’exposition à la fumée secondaire dans tous les établissements correctionnels fédéraux » (paragraphe 1). La Directive énonce ensuite que pour atteindre cet objectif, il sera interdit de fumer à l’intérieur ainsi qu’à l’extérieur des bâtiments dans le périmètre des établissements correctionnels fédéraux. L’avocat des intimés a indiqué à notre Cour que ses clients ne contestaient pas la position du commissaire selon laquelle fumer à l’intérieur des établissements pouvait être nocif pour les non-fumeurs. À cet égard, le juge a formulé les remarques suivantes aux paragraphes 11 à 13 de ses motifs :

In this case, no one is contesting the fact that second-hand smoke is harmful to the health of others.

In addition, improving the health and well-being of inmates and officers could certainly justify removing the right or privilege of smoking inside the facilities, including cells: *Boucher v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 893.

Nevertheless, according to the evidence in the record, smoking outdoors poses no risk to the health of others. [Emphasis in original.]

[10] The reasons why the Commissioner decided that a ban on indoor smoking only was not sufficient to achieve the stated purpose of enhancing health and wellness by eliminating exposure to second-hand smoke in all federal correctional facilities appear in a memorandum from the Assistant Commissioner, Correctional Operations and Programs, to the Commissioner, dated June 21, 2007, wherein the Assistant Commissioner recommends that a total ban on smoking be implemented by April 30, 2008.

[11] It will therefore be useful to highlight some of the relevant portions of the Assistant Commissioner's memorandum. First, at page 1, the Assistant Commissioner sets out the background to his recommendation:

### Background

The current CSC Smoking Policy, Commissioner's Directive 259, Exposure to Second Hand Smoke, came into effect on January 31, 2006. It prohibits smoking inside federal correctional facilities including private family visiting units and CSC vehicles. Smoking is permitted outdoors in designated areas.

This policy was developed in response to the expanding body of scientific evidence demonstrating the potential harmful effects of second hand smoke and the increasing concern about continued exposure by employees, offenders and other individuals inside federal penitentiaries. Under previous CSC policies, institutions were provided with the flexibility to establish their own individual smoking rules which resulted in significant variations across the country. Although some had prohibited smoking indoors, many had not. In implementing

Dans cette cause, il n'est pas contesté que la fumée secondaire du tabac soit nocive pour la santé d'autrui.

Aussi, l'amélioration de la santé et le bien-être des détenus et des agents peut certainement justifier la suppression du droit ou du privilège de fumer à l'intérieur des bâtiments, y compris les cellules : *Boucher c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 893.

N'empêche, selon la preuve au dossier, le fait de fumer à l'extérieur ne cause à autrui aucun risque de santé. [Souligné dans l'original.]

[10] Les raisons ayant amené le commissaire à conclure que l'objectif déclaré d'améliorer la santé et le bien-être en éliminant l'exposition à la fumée secondaire dans tous les établissements correctionnels fédéraux ne pouvait être atteint au moyen de la seule interdiction de fumer à l'intérieur figurent dans la note de service en date du 21 juin 2007 adressée au commissaire par le commissaire adjoint aux opérations et programmes correctionnels, dans laquelle ce dernier recommande qu'une interdiction totale de fumer ait été mise en place au 30 avril 2008.

[11] Il pourra donc être utile de souligner certains passages pertinents de cette note. À la page 1 du document, le commissaire adjoint présente le contexte dans lequel s'inscrit sa recommandation :

[TRADUCTION]

### Contexte

La politique actuelle applicable à l'usage du tabac, la Directive du commissaire 259, Exposition à la fumée secondaire, est entrée en vigueur le 31 janvier 2006. Elle interdit de fumer à l'intérieur des établissements correctionnels fédéraux, y compris dans les unités servant aux visites familiales privées et dans les véhicules du SCC. Il est permis de fumer à l'extérieur dans des endroits déterminés.

Cette politique a été élaborée en réponse au corpus croissant de preuves scientifiques démontrant la nocivité potentielle de la fumée secondaire et aux craintes de plus en plus sérieuses au sujet de l'exposition continue des employés, délinquants et autres personnes à la fumée secondaire à l'intérieur des pénitenciers fédéraux. Les politiques antérieures permettaient aux établissements d'établir leurs propres règles concernant l'usage du tabac, en conséquence de quoi des différences marquées sont apparues entre les différents établissements

the current smoking policy, CSC sought to adopt a national approach that would more effectively and consistently protect individuals from exposure to second hand smoke.

At the time the current policy was being developed, staff and other groups expressed concern that an indoor smoking ban could not be properly enforced and that the only effective way to address second hand smoke in the penitentiary context would be to ban tobacco products altogether from CSC facilities. A move directly to a total ban was considered, but CSC opted to implement an indoor ban in an effort to accommodate the needs of both non-smokers and smokers. Also, CSC committed to monitor the implementation of the indoor ban and to evaluate its effectiveness after one year to determine whether a further change in policy was necessary. This evaluation has been completed and results indicate that there have been challenges and difficulties with the implementation and enforcement of the indoor ban in many institutions. As a result, a decision must now be made as to whether it would be appropriate to adopt a different policy framework. [Emphasis added.]

[12] At page 2, the Assistant Commissioner discusses the legislative and policy framework which led to the first Directive. He states, in part, as follows:

### Legislative and Policy Framework

...

CSC's obligation to provide a healthful environment is echoed in the CCRA. In particular, section 70 states that CSC must take all reasonable steps to ensure that the penitentiaries, the penitentiary environment, the living and working conditions of inmates and the working conditions of staff are safe, healthful and free of practices that undermine a person's sense of personal dignity. At the same time, CSC decision-making is guided by the principle in subsection 4(e) of the CCRA which states that offenders retain the same rights and privileges as all members of society except those that are necessarily removed or restricted as a consequence of sentence. The decision to implement a partial smoking ban was an attempt to balance these provisions and find an effective compromise that would achieve the health and safety objective while at the same time allowing offenders the opportunity to smoke. Lastly, both the CCRA and associated regulations contain provisions that underscore CSC's obligation to respect and accommodate Aboriginal spirituality and religious practices. [Emphasis added.]

du pays. Bien que certains aient interdit de fumer à l'intérieur, beaucoup d'autres ne l'ont pas fait. En mettant en œuvre la politique actuelle sur l'usage du tabac, le SCC cherchait à adopter une formule nationale offrant une protection plus efficace et plus uniforme contre l'exposition à la fumée secondaire.

Au moment où cette politique était élaborée, des groupes d'employés et d'autres groupes ont dit douter qu'une interdiction de fumer à l'intérieur puisse être appliquée efficacement et ont exprimé l'avis que la seule façon de supprimer la fumée secondaire dans les pénitenciers serait de bannir tous les produits du tabac des établissements du SCC. Le SCC a envisagé de passer directement à l'interdiction totale mais, afin de tenter de répondre à la fois aux besoins des non-fumeurs et des fumeurs, il a opté pour l'interdiction de fumer à l'intérieur. Le SCC s'est également engagé à surveiller la mise en œuvre de cette interdiction et à en évaluer l'efficacité après un an d'application, afin de déterminer s'il y avait lieu de modifier de nouveau la politique. Cette évaluation a été réalisée, et il en ressort que beaucoup d'établissements ont connu problèmes et difficultés dans la mise en œuvre et l'application de l'interdiction. Il faut donc maintenant décider s'il convient de revoir la politique. [Je souligne.]

[12] À la page 2, le commissaire adjoint présente le cadre législatif ainsi que les politiques ayant mené à l'adoption de la première directive. On peut notamment y lire ce qui suit :

[TRADUCTION]

### Cadre législatif et stratégique

[...]

La Loi prévoit elle aussi que le SCC est tenu de créer un milieu sain. En effet, selon l'article 70, le Service doit prendre toutes mesures utiles pour que le milieu de vie et de travail des détenus et les conditions de travail des agents soient sains, sécuritaires et exempts de pratiques portant atteinte à la dignité humaine. Parallèlement, le processus décisionnel du SCC est guidé par le principe énoncé à l'alinéa 4e) de la Loi, selon lequel le délinquant continue à jouir des droits et privilèges reconnus à tout citoyen, sauf de ceux dont la suppression ou restriction est une conséquence nécessaire de la peine qui lui est infligée. La décision d'imposer une interdiction partielle de fumer visait à établir un équilibre entre ces dispositions législatives et à trouver un compromis efficace permettant d'atteindre l'objectif en matière de santé et de sécurité, tout en ménageant aux délinquants qui le souhaitent la possibilité de fumer. Enfin, la Loi ainsi que ses règlements d'application renferment des dispositions faisant état de l'obligation du SCC de respecter les pratiques religieuses et spirituelles autochtones. [Je souligne.]

[13] Then the Assistant Commissioner turns to Correctional Service of Canada's (CSC) record of smoking-related disciplinary charges. In particular, he sets out, at page 4, the number of charges per week from January 31, 2006 to April 18, 2007:

January 31, 2006 to December 27, 2006	159 per week
December 28, 2006 to February 7, 2007	152 per week
February 8, 2007 to February 21, 2007	70 per week
February 22, 2007 to March 8, 2007	58 per week
March 9, 2007 to March 22, 2007	30 per week
March 23, 2007 to April 4, 2007	35 per week
April 5, 2007 to April 18, 2007	89 per week

[14] These figures lead the Assistant Commissioner to make the following remarks at page 5:

Enforcement of the indoor ban has proved challenging in part because tobacco remains an authorized item that inmates can purchase through institutional canteens and store in their cells. In an effort to address this concern, a number of institutions introduced measures aimed at restricting the ability of offenders to smoke in their cells and living units. In some instances, lock boxes were purchased for tobacco storage and installed in common areas and inmates were no longer permitted to have tobacco and related items in their cells. Several institutions used lock boxes for the general population while others limited their use to offenders in segregation or other sub-populations. Although some institutions noted reduced levels of second hand smoke in segregation or within other restricted areas, there is a clear consensus among almost all institutions that lock boxes are not a viable solution for the general population. They noted that intensive monitoring is required to ensure that inmates do not smuggle or steal cigarettes when they access their lock boxes and that effective monitoring is almost impossible when dealing with a large, open population. Inmates regularly smuggle cigarettes back into the institution despite being searched, use the boxes to distribute contraband, vandalize and destroy the boxes and, in some instances, disassemble them to manufacture weapons.

[13] Puis, le commissaire adjoint examine le registre des accusations disciplinaires liées à l'interdiction de fumer tenu par le Service correctionnel du Canada (SCC). Il présente notamment, à la page 4, le nombre hebdomadaire d'accusations portées entre le 31 janvier 2006 et le 18 avril 2007 :

[TRADUCTION]

Du 31 janvier au 27 décembre 2006	159 par semaine
Du 28 décembre 2006 au 7 février 2007	152 par semaine
Du 8 au 21 février 2007	70 par semaine
Du 22 février au 8 mars 2007	58 par semaine
Du 9 au 22 mars 2007	30 par semaine
Du 23 mars au 4 avril 2007	35 par semaine
Du 5 au 18 avril 2007	89 par semaine

[14] Ces chiffres inspirent au commissaire adjoint les remarques suivantes, formulées à la page 5 :

[TRADUCTION] L'application de l'interdiction de fumer à l'intérieur s'est révélée problématique notamment parce que le tabac est resté un objet autorisé que les détenus peuvent acheter dans les cantines et conserver dans leur cellule. Pour tenter de résoudre ce problème, des établissements ont pris des mesures visant à restreindre la possibilité de fumer dans les cellules et dans les unités résidentielles des détenus. Dans certains cas, on a fait l'achat de casiers verrouillables pour entreposer le tabac. Ces casiers ont été installés dans les aires communes, et les détenus ne sont plus autorisés à conserver du tabac et des articles connexes dans leur cellule. Plusieurs établissements ont installé des casiers verrouillables pour la population générale, tandis que d'autres les ont réservés aux délinquants placés en isolement ou à d'autres sous-populations. Bien que certains établissements aient constaté une réduction de la fumée secondaire dans les unités d'isolement ou d'autres aires d'accès restreint, presque tous les établissements s'entendent pour dire que les casiers verrouillables ne représentent pas une solution viable pour la population générale. Ils ont constaté qu'il est nécessaire d'exercer une surveillance intensive pour s'assurer que les détenus ne dissimulent pas sur eux ni ne volent des cigarettes lorsqu'ils ont accès à leur casier. Les établissements se sont aussi rendu

As an alternative to restricting access to tobacco, the Prairie Region attempted to prevent offenders from smoking inside by removing matches and lighters from their possession and initiating lighting devices in outdoor smoking areas. This initiative was largely unsuccessful as offenders tampered with electric outlets, used homemade wicks and manufactured ignition systems to light cigarettes indoors. As a result of the safety risks associated with these practices, a decision was made in late 2006 to reintroduce matches and lighters to the offender population. The Prairie Region reports that over 1 200 damaged electrical outlets had to be repaired at a cost of approximately \$80,000. [Emphasis added.]

[15] The Assistant Commissioner then turns to the matter of complaints made by CSC employees under the *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2] (the CLC) that exposure to second hand smoking in their workplace constitutes a danger under Part II of the CLC. At page 6, the Assistant Commissioner explains this problem in the following terms:

#### **Canada Labour Code Complaints**

Prior to the implementation of the current indoor smoking ban, CSC was subject to a number of challenges by employees who claimed that exposure to second hand smoke at the workplace constituted a danger under Part II of the *Canada Labour Code*. The individual complaints were investigated by health and safety officers from Human Resources and Social Development Canada (HRSDC) and upheld in two instances. The successful cases both involved employees with medical conditions or certificates. One of the dismissed complaints was appealed unsuccessfully by the Union of Canadian Correctional Officers (UCCO) and has progressed to the Federal Court on judicial review. A hearing date has yet to be scheduled.

Despite the implementation of the indoor smoking ban, CSC employees have continued to seek redress under the *Canada*

compte qu'il est pratiquement impossible d'exercer une surveillance efficace lorsqu'ils ont affaire à une population importante et ouverte. Des détenus introduisent régulièrement en contrebande des cigarettes à l'intérieur des établissements malgré les fouilles, utilisent les casiers pour distribuer des objets interdits, vandalisent et détruisent les casiers et, dans certains cas, les démontent pour se fabriquer des armes.

Au lieu de restreindre l'accès au tabac, la région des Prairies a tenté d'empêcher les délinquants de fumer à l'intérieur en leur confisquant allumettes et briquets et en installant des appareils d'allumage dans les zones extérieures réservées aux fumeurs. Cette initiative n'a pas connu beaucoup de succès; les délinquants ont en effet trafiqué les prises de courant, utilisé des mèches artisanales et fabriqué des dispositifs pour allumer leurs cigarettes à l'intérieur. En raison des risques pour la sécurité associés à ces pratiques, vers la fin de l'année 2006, on a décidé de permettre de nouveau aux délinquants d'avoir en leur possession des allumettes et des briquets. La région des Prairies signale qu'il a fallu réparer plus de 1 200 prises de courant, au coût approximatif de 80 000 \$. [Je souligne.]

[15] Le commissaire adjoint aborde ensuite la question des plaintes formulées par des employés du SCC sous le régime du *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), c. L-2] (CCT), alléguant que l'exposition à la fumée secondaire dans leurs lieux de travail constitue un danger au sens de la partie II du CCT. Il explique ainsi le problème à la page 6 :

[TRADUCTION]

#### **Plaintes fondées sur le *Code canadien du travail***

Avant d'instaurer l'interdiction de fumer à l'intérieur actuellement appliquée, le SCC a été l'objet de nombreuses plaintes émanant d'employés, qui soutenaient que l'exposition à la fumée secondaire dans leurs lieux de travail constituait un danger au sens de la partie II du *Code canadien du travail*. Chaque plainte a été examinée par un agent de santé et de sécurité de Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDCC). Deux des plaintes ont été retenues; dans les deux cas l'employé avait des problèmes de santé ou un certificat médical. Le Syndicat des agents correctionnels du Canada (SACC) a interjeté appel du rejet d'une des plaintes, mais il a été débouté, et l'affaire est maintenant devant la Cour fédérale pour contrôle judiciaire. La date d'audience n'a pas encore été fixée.

En dépit de l'interdiction de fumer à l'intérieur, des employés du SCC ont continué d'intenter des recours fondés sur le *Code*



*Labour Code* for exposure to second hand smoke. Four work refusals have been invoked by correctional officers since January 2006, all of which resulted in a finding of danger by HRSDC officers. Two work refusals were made at Dorchester Penitentiary in June 2006 and another at Millhaven Institution in September 2006. They are currently under appeal. In the latter case, the Institution was ordered to develop an action plan to address the presence of second hand smoke. In December 2008, UCCO sent a request to the Minister of Labour seeking consent to commence prosecution proceedings against the Service for failure to comply with the HRSDC direction at Millhaven.

A fourth work refusal took place at Warkworth Institution in early March 2007. In concluding that the definition of danger has been met, the HRSDC officer noted that even in areas of the institution where the indoor smoking policy is consistently applied, offenders continue to smoke. CSC has developed an action plan in response to the HRSDC direction and has decided not to file an appeal.

In addition to formal work refusals, a number of employees have lodged internal complaints under section 127.1 of the CLC for issues relating to second hand smoke. For the most part, these have been resolved informally at the institutional level (often through the accommodation of the employee in another area of the workplace). Institutional managers report that considerable time has been spent addressing these complaints with the individual employees as well as with local occupational health and safety committees.

[16] The Assistant Commissioner then points out that CSC has engaged in an extensive consultation process with a view to determining whether it would be appropriate to edict a total ban. The Assistant Commissioner explains that inmates at each federal institution and CCC were consulted through inmate committees, wardens and district directors. Also consulted were CSC management, union groups, citizen advisory committees, health organizations and other stakeholders. In addition, the aboriginal elders working group was consulted. At pages 8 and 9, the Assistant Commissioner relates the comments received from the consulted parties:

#### Consultations

...

*canadien du travail* se rapportant à l'exposition à la fumée secondaire. Quatre agents de correction ont refusé de travailler depuis janvier 2006, et les agents de RHDCC ont conclu chaque fois qu'il y avait danger. Deux de ces refus ont été signifiés en juin 2006 au pénitencier de Dorchester, et un autre, datant de septembre 2006, concerne l'établissement de Millhaven. Ces trois décisions sont en appel; dans le troisième cas, l'agent de RHDCC a enjoint à l'établissement de préparer un plan d'action concernant la question de la fumée secondaire. Au mois de décembre 2008, le SACC a saisi le ministre du Travail d'une demande visant à être autorisé à poursuivre le SCC pour défaut de se conformer à la directive donnée par RHDCC à l'établissement de Millhaven.

Le quatrième refus de travailler s'est produit à l'établissement de Warkworth au début du mois de mars 2007. L'agent de RHDCC a conclu que la situation correspondait à la définition de danger, indiquant que même dans les zones où la politique d'interdiction de fumer à l'intérieur est dûment appliquée, les délinquants continuent à fumer. Le SCC a élaboré un plan d'action conformément à la directive de RHDCC et a décidé de ne pas interjeter appel.

Aux refus officiels de travailler s'ajoutent des plaintes internes concernant la fumée secondaire déposées en application de l'article 127.1 du CCT. Pour la plupart, ces plaintes se sont réglées au niveau de l'établissement (la mesure d'accommodement consistant souvent à affecter l'employé à un autre endroit). Les gestionnaires d'établissement signalent qu'ils ont consacré beaucoup de temps à traiter ces plaintes avec les employés concernés ainsi qu'avec les comités locaux de santé et sécurité au travail.

[16] Le commissaire adjoint souligne ensuite que le SCC a procédé à de vastes consultations afin de déterminer s'il était indiqué d'imposer une interdiction totale. Il explique que les détenus de chaque établissement et CCC fédéral ont été consultés par l'intermédiaire des comités de détenus, des directeurs et des directeurs de district. L'administration du SCC, les groupes syndicaux, les comités consultatifs de citoyens, les organismes de santé et d'autres parties intéressées ont aussi participé à la consultation. De plus, le groupe de travail des aînés autochtones a également été consulté. Le commissaire adjoint présente aux pages 8 et 9 les commentaires qui ont été reçus :

[TRADUCTION]

#### Consultations

[...]

The majority of inmate committees responded that they were not in support of a total smoking ban despite being aware of the dangers associated with smoking and exposure to second hand smoke. The most common response was that smoking is not illegal and that inmates should be permitted to smoke in their cells in the same way that other members of society are permitted to smoke in their homes. If inmates are not allowed to smoke in their cells, then they should at least be able to smoke outdoors. They also advocate for additional outdoor smoking breaks and increased disciplinary consequences for those caught smoking. A number of inmate committees noted that air quality had improved since the implementation of the current policy.

Most inmate committees agreed that cessation aid programs are beneficial, but felt that the period of free cessation aids should have been longer as it is cost prohibitive for inmates to purchase them from their own funds. Respondents were of the view that a total ban on smoking would lead to an underground market for tobacco sales resulting in muscling, violence and debts. It would also lead to increased tensions between staff and inmates and disruptive behaviour by inmates. A few noted that a complete smoking ban would cause hardship on those serving long periods of incarceration. There was a consensus, however, that any ban on smoking should include appropriate accommodations for Aboriginal spirituality.

...

The following internal and external health stakeholders were also consulted: CSC's Chief of Health Services, CSC Health Care Advisory Committee, Canadian Cancer Society, Canadian Medical Association and provincial medical officers of health. Participants noted that both indoor and outdoor smoking bans exert external motivation on inmates to quit smoking. As treatment of an addiction is much more successful if a person is motivated internally, CSC should consider additional methods to increase inmates' internal motivation to quit smoking. The most common recommendation from CSC participants was the creation of a permanent position for a health promotion nurse and additional education. Both CSC and external respondents added that an indoor smoking ban is too difficult to enforce and that problems will persist if inmates continue to have access to tobacco in their cells. The majority of participants recommended that free cessation aids be provided to inmates prior to the implementation of a total smoking ban and that a phased approach of cessation aids be introduced thereafter (starting with free programs, then partially subsidized and

La majorité des comités de détenus ont répondu qu'ils n'étaient pas en faveur d'une interdiction totale de fumer même s'ils connaissaient les dangers découlant de l'usage du tabac et de l'exposition à la fumée secondaire. La réponse la plus courante était que fumer n'est pas illégal et qu'il devrait être permis aux détenus de fumer dans leur cellule tout comme les autres membres de la société peuvent fumer chez eux. Si les détenus ne sont pas autorisés à fumer dans leur cellule, à tout le moins devraient-ils pouvoir fumer dehors. Ils ont aussi préconisé d'augmenter le nombre de pauses permettant aux détenus de fumer dehors et d'alourdir les conséquences disciplinaires applicables à ceux qui violent l'interdiction. Des comités de détenus ont signalé que la qualité de l'air s'était améliorée depuis la mise en place de la politique actuelle.

La plupart des comités de détenus ont convenu que les programmes d'aide à l'abandon du tabac sont utiles, mais estimaient qu'il faudrait allonger la période de gratuité étant donné que les détenus n'avaient pas les moyens d'acquitter le coût élevé de ces programmes sur leurs propres fonds. Les répondants estimaient qu'une interdiction totale de fumer entraînerait la création d'un marché noir du tabac avec son cortège de dettes, de violence et d'usage de la force. Elle accroîtrait également les tensions entre le personnel et les détenus et les comportements nuisibles de détenus. Certains ont indiqué qu'une interdiction complète de fumer serait pénible pour ceux qui purgeaient de longues peines d'emprisonnement. Tous s'entendaient cependant pour dire que toute interdiction de fumer devait s'accompagner de mesures d'accommodements appropriées pour les pratiques spirituelles autochtones.

[...]

Ont également été consultées les parties intéressées suivantes du SCC et d'ailleurs : le chef des services de santé du SCC, le Comité consultatif des soins de santé du SCC, la Société canadienne du cancer, l'Association médicale canadienne ainsi que des médecins hygiénistes provinciaux. Les participants ont indiqué que l'interdiction de fumer à l'intérieur et l'interdiction de fumer à l'extérieur constituent toutes deux une motivation externe d'abandon du tabac pour les détenus, mais que le traitement d'une dépendance réussissant beaucoup mieux s'il y a une motivation interne du sujet, le SCC devrait envisager d'autres méthodes pour accroître la motivation interne des détenus à cesser de fumer. La recommandation la plus souvent formulée par des participants du SCC a été la création d'un poste permanent d'infirmier chargé de la promotion de la santé et l'application de programmes supplémentaires d'éducation en matière de santé. Tant les répondants du SCC que les répondants externes ont ajouté qu'une interdiction de fumer à l'intérieur est trop difficile à appliquer et que des problèmes subsisteront si les détenus continuent d'avoir accès à des

finally through inmate purchase). They also agreed that additional support should be provided to inmates in the form of counselling, education and other support services if possible.

Correctional stakeholders were also canvassed for their views. Seven of the nine Citizen's Advisory Committees (CACs) were not in favour of a total smoking ban on the correctional reserve. CACs feel that smoking is a very hard habit to break and that one year of the indoor ban is a relatively short timeframe in which to make a decision on a total smoking ban. The John Howard Society is not yet prepared to support a total ban while the Canadian Criminal Justice Association (CJA) representative is in favour. The John Howard Society indicated that they do not think that the inconvenience of enforcing the indoor ban justifies imposing a ban outside and that making a change after only one year is too short a timeframe. The CCJA representative responded that inmates coming into the federal system have already spend significant time without tobacco in provincial facilities and this should continue in the federal system.

A separate consultation process with the National Elders Working Group was undertaken by CSC's Aboriginal Initiatives Branch. They recommend that the protocols for traditional and spiritual practices that were put in place at the time the indoor ban was implemented should continue. They also noted that traditional tobacco is one of four sacred medicines and cannot be substituted. As a result, appropriate accommodations will have to be made to allow for possession and use of traditional tobacco if tobacco is deemed an unauthorized item within federal correctional facilities. Appropriate controls will also have to be put in place to ensure that individuals using tobacco for traditional purposes are not subject to intimidation. CSC will continue to work with Elders to ensure that these and other important issues are addressed.

[17] The Assistant Commissioner then examines the situation prevailing in provincial, territorial and international correctional organizations, particularly in the United States. He notes that the majority of provinces and territories have implemented a total smoking ban inside and outside of their detention and correctional facilities,

produits du tabac dans leur cellule. La majorité des participants ont recommandé que de l'aide à l'abandon du tabac soit fournie gratuitement aux détenus avant la mise en œuvre de l'interdiction totale de fumer et qu'un programme progressif d'aide à l'abandon du tabac soit appliqué par la suite (commençant par de l'aide gratuite, puis partiellement subventionnée et enfin laissée aux frais du détenu). Ils ont convenu aussi qu'il faudrait fournir un appui additionnel aux détenus sous forme de counselling, d'éducation et d'autres services si possible.

Les parties intéressées appartenant au milieu correctionnel ont également été consultées. Sept des neuf comités consultatifs de citoyens (CCC) se sont dits non favorables à une interdiction totale de fumer. Les CCC sont d'avis qu'il est très difficile d'arrêter de fumer et qu'il est trop tôt, après seulement un an d'interdiction de fumer à l'intérieur, pour prendre une décision relativement à l'interdiction totale. La Société John Howard n'est pas encore prête à approuver une interdiction totale, tandis que l'Association canadienne de justice pénale (ACJP) est en faveur. La Société John Howard a indiqué qu'à son avis les difficultés d'application de l'interdiction de fumer à l'intérieur ne justifiaient pas d'étendre l'interdiction à l'extérieur et qu'il était prématuré de changer la politique après seulement un an. Le représentant de l'ACJP a répondu que les détenus qui arrivent dans le système correctionnel fédéral ont déjà passé beaucoup de temps sans tabac dans des établissements provinciaux et que cela devrait continuer dans les établissements fédéraux.

La Direction des initiatives pour les Autochtones a entrepris un processus de consultation distinct auprès du Groupe de travail national des aînés. Les aînés recommandent de continuer à appliquer les protocoles mis en place lors de l'imposition de l'interdiction de fumer à l'intérieur. Ils soulignent aussi que le tabac traditionnel est l'un est quatre remèdes sacrés et que rien ne peut le remplacer. Si le tabac devient un objet non autorisé dans les établissements correctionnels fédéraux, il faudra donc prendre des mesures d'accommodement pour permettre la possession et l'usage de tabac traditionnel. Il faudra également mettre en place des mesures de contrôle appropriées pour que ceux qui font usage de tabac à des fins traditionnelles ne soient pas victimes d'intimidation. Le SCC continuera de travailler avec les aînés pour veiller à ce que ces importantes questions, notamment, soient examinées.

[17] Le commissaire adjoint examine ensuite la situation existant dans les services correctionnels des provinces et territoires et d'autres pays, notamment les États-Unis. Il indique qu'une interdiction totale de fumer est en vigueur dans les centres de détention et établissements correctionnels de la majorité des provinces et territoires,

noting that Quebec is the only province that still permits smoking indoors, but that it expected to introduce a total smoking ban in 2007–2008 (not yet in force—the parties indicated to us that Quebec still allows inmates to smoke outdoors). Then, at page 10, the Assistant Commissioner says:

The jurisdictions with total smoking bans indicate that despite some initial challenges, the implementation of their bans have been largely successful. Among the challenges reported include the fact that tobacco has become the most popular form of contraband, that inmates have tampered with electrical outlets in order to light homemade cigarettes and have combined nicotine patches with other dried substances for smoking. In response to the last difficulty, the province of Alberta recently discontinued the safe nicotine patches and gum to offenders. Most jurisdictions canvassed indicate that inmates who are caught in violation of the smoking ban are subject to a progressive discipline system and that accommodations are made for Aboriginal spiritual ceremonies.

[18] The Assistant Commissioner then points out that 80 percent of state correctional departments in the U.S. have instituted a complete or partial smoking ban within their facilities and that the Federal Bureau of Prisons implemented a partial smoking ban in 2004 and a total smoking ban in April 2005. He also notes that accommodations were made in the U.S. for Native American spirituality and for the use of tobacco in religious ceremonies.

[19] Lastly, the Assistant Commissioner sets out the advantages and disadvantages of maintaining the *status quo* or of implementing a total smoking ban at all federal correctional facilities. At page 13, the Assistant Commissioner sets out the pros and cons of the *status quo* in the following terms:

### 1. Status Quo

CSC would continue with its current policy which prohibits smoking indoors. Inmates should be permitted to purchase tobacco through institutional canteens, store tobacco and related products in their cells and smoke outdoors in designated areas.

le Québec étant la seule province qui permettait encore l'usage du tabac à l'intérieur mais qu'elle prévoyait appliquer une interdiction totale en 2007–2008 (l'interdiction n'est pas encore en vigueur — les parties nous ont informés que le Québec autorise encore les détenus à fumer dehors). Puis, à la page 10, il mentionne :

[TRADUCTION] Les administrations ayant décrété une interdiction complète de fumer signalent que, malgré certains problèmes au départ, la mise en œuvre s'est bien passée. Au nombre des problèmes, mentionnons le fait que le tabac est devenu l'objet interdit le plus populaire, que des détenus ont trafiqué des prises de courant afin d'allumer des cigarettes artisanales et qu'ils ont mélangé des timbres de nicotine avec des substances sèches pour se fabriquer des produits à fumer. En réponse à ce dernier problème, le gouvernement de l'Alberta vient tout juste de cesser de vendre aux délinquants des timbres et de la gomme à mâcher à la nicotine. La plupart des administrations indiquent que les détenus ayant contrevenu à l'interdiction de fumer sont assujettis à un régime disciplinaire progressif et que des pratiques d'accommodement sont mises en place pour les cérémonies spirituelles autochtones.

[18] Il souligne ensuite qu'aux États-Unis, 80 pour 100 des services correctionnels des États ont mis en œuvre une interdiction totale ou partielle de fumer dans leurs établissements et que le Federal Bureau of Prisons a appliqué une interdiction partielle en 2004, suivie d'une interdiction totale en avril 2005. Il ajoute que des exceptions ont été prévues à l'égard de pratiques spirituelles autochtones ou de cérémonies religieuses.

[19] Enfin, il présente les avantages et inconvénients respectifs du statu quo et de l'interdiction totale de fumer dans tous les établissements correctionnels fédéraux. Il décrit ainsi les avantages et les inconvénients du statu quo, à la page 13 :

[TRADUCTION]

### 1. Statu Quo

Le SCC continuerait à appliquer la politique actuelle interdisant de fumer à l'intérieur. Les détenus pourraient continuer à acheter du tabac dans les cantines des établissements, à entreposer du tabac et des produits connexes dans leur cellule et à fumer à l'extérieur dans les endroits désignés à cette fin.

Staff members would continue to be responsible for enforcing the indoor ban and applying disciplinary measures for contravention of the policy.

#### Advantages

- This is the preferred option of most offenders.
- Reduces levels of second hand smoke indoors when compared with previous smoking policies.
- Accommodation for Aboriginal spiritual practices effectively in place.
- No additional resources required.

#### Disadvantages

- Exposure to second hand smoke within institutions would not be eliminated.
- Likely to result in further complaints and work refusals by staff members under Part II of the *Canada Labour Code*.
- Does not address the enforcement and monitoring concerns raised by regional managers, many staff and union groups.
- Not in keeping with the long-term trend in provincial/territorial correctional facilities and the evolving societal consensus on the dangers of second hand smoke.

[20] At page 16, he goes through the same exercise with regard to a total smoking ban:

#### 4. Total Smoking Ban at all Federal Correctional Facilities

A total ban on smoking would apply to all federal correctional facilities and tobacco products would no longer be permitted inside institutions (appropriate accommodations would be made for traditional tobacco used in Aboriginal ceremonies).

If CSC chooses this option, a new policy would likely come into force in April 2008. National, regional and local working groups would be formed in advance to develop the policy framework in further detail and provide recommendations

Les employés continueraient d'avoir la responsabilité de faire respecter l'interdiction de fumer à l'intérieur et d'imposer des mesures disciplinaires aux contrevenants.

#### Avantages

- C'est l'option que privilégient la plupart des détenus.
- En comparaison des politiques antérieures relatives à l'usage du tabac, cette solution réduit le niveau de fumée secondaire à l'intérieur.
- Les mesures d'accommodement pour les pratiques spirituelles autochtones sont déjà en place.
- Aucune ressource additionnelle requise.

#### Inconvénients

- N'élimine pas l'exposition à la fumée secondaire dans les établissements.
- Il continuera probablement d'y avoir des plaintes et des refus de travailler fondés sur la partie II du *Code canadien du travail* de la part d'employés.
- Ne répond pas aux préoccupations formulées par les gestionnaires régionaux et par de nombreux employés et syndicats au sujet de l'application et de la surveillance.
- Ne coïncide pas avec la tendance à long terme observée dans les établissements correctionnels provinciaux ou territoriaux ni avec le consensus sociétal en train de s'établir au sujet des dangers de la fumée secondaire.

[20] À la page 16, il fait le même exercice à l'égard de l'interdiction totale de fumer :

[TRADUCTION]

#### 4. Interdiction totale de fumer dans tous les établissements correctionnels fédéraux

Il serait totalement interdit de fumer dans tous les établissements correctionnels fédéraux, et les produits du tabac ne seraient plus permis à l'intérieur de l'établissement (des mesures d'accommodement appropriées s'appliqueraient au tabac traditionnel servant dans les cérémonies autochtones).

Si le SCC retient cette option, une nouvelle politique entrerait probablement en vigueur en avril 2008. Des groupes de travail nationaux, régionaux et locaux seraient préalablement formés pour préciser le cadre de la politique et formuler des

as to how best to effect implementation. In addition, local implementation teams would be responsible for developing appropriate parameters with respect to staff smoking off-site.

A number of elements will need to be built into the implementation of the policy including a comprehensive cessation aid and education package. CSC will also engage in further consultations to ensure that appropriate mechanisms are put in place to accommodate Aboriginal and religious ceremonies. Strategies should be developed to address and minimize any security risks [in] association with the implementation of a total smoking ban. A comprehensive communications plan should also be developed. Furthermore, outstanding tobacco procurement issues will need to be addressed and a number of CSC policies will need to be modified.

#### **Advantages:**

- Eliminates exposure to second hand smoke within all CSC facilities.
- Generally the preferred option of many staff, institutions and union groups.
- Minimizes the risk of legal challenges by staff as a result of exposure to second hand smoke.
- Is in keeping with the long term trend in provincial/territorial correctional facilities and the evolving societal consensus on the dangers of second hand smoke.

#### **Disadvantages:**

- Resources would be required to implement this option. Depending on the length of time and the number of offenders who accept smoking cessation aids, cost estimates are approximately \$1.6M.
- Aboriginal Elders, NGOs, most offenders and some staff oppose this option.
- A strategy would have to be developed to allow for Aboriginal ceremonial practices. This may require additional resources.
- Tobacco products would become a major item on the “black market” and potentially increase safety and security issues.
- Nicotine withdrawal of 72% of the offender population could increase irritability/tension and lead to an

recommandations sur la meilleure façon de la mettre en œuvre. Des équipes locales de mise en œuvre seraient en outre chargées d’élaborer les paramètres appropriés relatifs à l’usage du tabac hors site par les employés.

La mise en œuvre de la politique devra notamment prévoir un vaste programme d’éducation et d’aide à l’abandon du tabac. Le SCC poursuivra en outre la consultation afin de s’assurer que des mécanismes appropriés soient mis en place pour permettre le déroulement de cérémonies autochtones et religieuses. Il conviendra d’élaborer des stratégies visant à réduire le plus possible les risques en matière de sécurité posés par la mise en œuvre d’une interdiction totale de fumer. Un plan de communication complet devrait également être préparé. En outre, des questions liées aux approvisionnements en tabac en cours devront être résolues, et il faudra modifier diverses politiques du SCC.

#### **Avantages :**

- Élimine l’exposition à la fumée secondaire dans tous les établissements du SCC.
- C’est généralement l’option que privilégie beaucoup d’employés, d’établissements et de syndicats.
- Réduit le risque de poursuites judiciaires d’employés résultant de l’exposition à la fumée secondaire.
- Coïncide avec la tendance à long terme observée dans les établissements correctionnels provinciaux ou territoriaux et avec le consensus sociétal en train de s’établir au sujet des dangers de la fumée secondaire.

#### **Inconvénients :**

- La mise en œuvre de cette option demandera des ressources. Selon la durée de l’aide à l’abandon du tabac et le nombre de délinquants qui s’en prévaudront, les coûts estimatifs sont de l’ordre de 1,6 million de dollars.
- Les aînés autochtones, les ONG, la plupart des délinquants et quelques employés s’opposent à cette option.
- Il faudrait élaborer une stratégie pour permettre les pratiques rituelles autochtones. Des ressources supplémentaires pourraient être nécessaires.
- Il y aurait un marché noir non négligeable de produits du tabac qui pourrait poser de nouveaux risques pour la sécurité.
- Il y aurait syndrome de sevrage à la nicotine pour 72 p. 100 de la population carcérale ce qui pourrait élever

increase of assaultive behaviour among inmates and towards staff.

- Canteen – 85% inmate-owned – will require planning in regard to inventories, payment of outstanding loans and minimizing the impact of the loss of significant revenue.
- Approximately 15 Commissioner’s Directives will need to be modified prior to modification.

[21] At page 17, the Assistant Commissioner recommends that CSC implement a total smoking ban at all of its correctional facilities by April 30, 2008. In his view, such a ban constitutes “the most equitable and appropriate manner in which to achieve the objective of creating a healthy and smoke-free environment for offenders, staff, volunteers, contractors and visitors”.

[22] On June 21, 2000, the Commissioner endorsed the Assistant Commissioner’s recommendation.

[23] I have set out in some detail the Assistant Commissioner’s memorandum to the Commissioner in order to provide a complete background to the enactment of the Directive. In light of that background, I can now turn to the judgment which the appellants seek to set aside and to the issues raised by the appeal.

#### DECISION OF THE FEDERAL COURT

[24] First, the Judge held that the Commissioner had gone too far in enacting a total ban on smoking because the Directive did not, in his view, respect the fundamental principles found at section 4 [as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 2(F)] of the Act which provides, *inter alia*, at paragraphs 4(d) and 4(e) thereof, that CSC is to “use the least restrictive measures consistent with the protection of the public, staff members and offenders” and that inmates “retain the rights and privileges of all members of society, except those rights and privileges that are necessarily removed or restricted as a consequence of their sentence.”

le niveau d’irritabilité et de tension et mener à une augmentation des comportements agressifs entre détenus et envers le personnel.

- Cela nécessitera de la planification de la part des cantines — propriété des détenus à 85 p. 100 — relativement aux stocks, au remboursement des prêts et à la réduction des incidences de la perte de revenus substantiels.
- Il faudra modifier une quinzaine de directives du commissaire avant la modification de la politique.

[21] À la page 17 du mémoire, le commissaire adjoint recommande que le 30 avril 2008, l’interdiction totale de fumer ait été mise en vigueur dans tous les établissements correctionnels. Une telle interdiction constitue selon lui : [TRADUCTION] « la façon la plus efficace et la plus équitable de réaliser l’objectif visant à créer un milieu sain et sans fumée pour les délinquants, le personnel, les bénévoles, les entrepreneurs et les visiteurs ».

[22] Le 21 juin 2000, le commissaire a accueilli la recommandation du commissaire adjoint.

[23] Cette présentation assez détaillée du mémoire du commissaire adjoint vise à décrire de façon exhaustive le contexte dans lequel s’inscrit la Directive. J’examinerai à présent le jugement que les appelants cherchent à faire annuler et les questions soulevées par leur appel, à la lumière de ce contexte.

#### DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[24] Premièrement, le juge a conclu que la Directive interdisant totalement de fumer allait trop loin parce que, selon lui, elle ne respectait pas les principes fondamentaux énoncés à l’article 4 [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 2(F)] de la Loi, posant notamment, aux alinéas d) et e), que « les mesures nécessaires à la protection du public, des agents et des délinquants doivent être le moins restrictives possible » et que le détenu « continue à jouir des droits et privilèges reconnus à tout citoyen, sauf de ceux dont la suppression ou restriction est une conséquence nécessaire de la peine qui lui est infligée ».

[25] In support of that view, the Judge made a number of findings, namely:

- second-hand smoke is harmful to the health of non-smokers;
- smoking outdoors does not pose any risk to non-smokers;
- there is no rational connection between the outdoor smoking prohibition and non-smokers' rights not to be exposed to second-hand smoke;
- Parliament has not enacted legislation either banning smoking or the possession of tobacco outdoors;
- smoking outside within the perimeter of a correctional facility does not pose or raise any safety issues;
- the Act does not prohibit the possession of tobacco or of smoking items;
- nicotine is excluded from the definition of “intoxicant” found in subsection 2(1) of the Act and, thus, tobacco products do not fall within the definition of “contraband”, the possession of which is prohibited under the Act.

[26] The Judge also remarked that CSC employees were allowed to smoke outdoors in areas of a correctional facility to which inmates did not have access. He also noted that in the past, both inmates and correctional officers could smoke in outdoor areas. This led him to the view, which he expressed at paragraph 23 of his reasons, that “past difficulties or anticipated future problems in enforcing the indoor smoking ban by correctional authorities” did not justify the Commissioner’s decision to prohibit smoking outdoors. He further held, at paragraphs 33 and 34 of his reasons:

Measures necessary to protect non-smokers from exposure to second-hand smoke in penitentiaries should be the least restrictive possible.

In this case, considering the stated purpose of the correctional system and its guiding principles set out in sections

[25] Cette position reposait sur les conclusions de fait suivantes :

- la fumée secondaire est nocive pour la santé des non-fumeurs;
- fumer à l’extérieur ne présente aucun risque pour la santé des non-fumeurs;
- il n’y a aucun lien rationnel entre l’interdiction de fumer à l’extérieur et le droit des non-fumeurs de ne pas être exposés à la fumée secondaire;
- le législateur n’a édicté aucune loi interdisant de fumer ou d’être en possession de tabac à l’extérieur;
- fumer à l’extérieur, dans le périmètre d’un établissement correctionnel, ne soulève aucune question relative à la sécurité;
- la Loi n’interdit pas la possession de tabac et d’articles de fumeur;
- la nicotine est exclue de la définition de « substance intoxicante » énoncée au paragraphe 2(1) de la Loi, de sorte que les produits du tabac ne sont pas visés par la définition d’« objets interdits ».

[26] Le juge a en outre signalé que les employés du SCC étaient autorisés à fumer à l’extérieur dans des endroits où les détenus n’avaient pas accès, et il a fait remarquer qu’auparavant les détenus et les agents de correction pouvaient fumer dans certains secteurs à l’extérieur. Cette constatation lui a fait conclure, au paragraphe 23 de ses motifs, que « les difficultés passées ou entrevues par les autorités carcérales de faire respecter une interdiction de fumer à l’intérieur des bâtiments » ne justifiaient pas la décision du commissaire d’interdire de fumer à l’extérieur. Il a ajouté aux paragraphes 33 et 34 :

Les mesures nécessaires à la protection des non-fumeurs exposés à la fumée secondaire dans les pénitenciers doivent être le moins restrictives possible.

En l’espèce, considérant le but avoué du système correctionnel et les principes de fonctionnement que l’on retrouve



3 and 4 of the Act, the evidence in the record does not allow the Court to conclude that the outdoor smoking ban is a preventive measure that can be justified in an objective and rational way by the Commissioner and correctional authorities, who have full authority under the Act and the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, to enforce the indoor smoking ban in federal buildings under their authority.

[27] In dismissing the appellants' argument that the purpose of the outdoor ban on smoking was to, in effect, eliminate second-hand smoke inside correctional facilities, the Judge pointed to the fact that the Directive created an exemption for religious and spiritual practices in individual cells and in rooms within correctional facilities, that a great demand for a product that was legally sold, i.e. tobacco and cigarettes, resulted from the fact that 75 percent of inmates were smokers and that the removal of the right or privilege of smoking was not "a necessary consequence of the sentences served by inmates in penitentiaries" (paragraph 27 of the Judge's reasons). The Judge then indicated that the smoking ban implemented by the Directive would likely result in additional administrative measures to "stamp out the contraband of cigarettes and tobacco products that continue to be sold legally outside of penitentiaries and which are easily available to any ordinary citizen" (paragraph 28 of the Judge's reasons).

[28] As a result, the Judge concluded that the respondents were entitled to a declaratory judgment that the Directive, to the extent that it prohibited inmates from smoking outdoors within the perimeters of a correctional facility, was null, void and contrary to the Act.

[29] Finally, by reason of the above conclusion, the Judge was of the view that he was not required to make a determination with respect to the respondents' argument that their rights under sections 7, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter) had been breached.

aux articles 3 et 4 de la Loi, la preuve au dossier ne permet pas à la Cour de conclure que l'interdiction de fumer à l'extérieur des bâtiments soit une mesure préventive pouvant être justifiée de façon objective et rationnelle par le commissaire et les autorités carcérales qui ont plein pouvoir en vertu de la Loi et du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, de faire respecter l'interdiction de fumer à l'intérieur des bâtiments fédéraux sous leur contrôle.

[27] En rejetant l'argument des appelants selon lequel l'interdiction de fumer à l'extérieur visait de fait à éliminer la fumée secondaire à l'intérieur des établissements correctionnels, le juge a relevé que la Directive créait une exception pour les pratiques religieuses et spirituelles dans les cellules et dans des salles des établissements, que le fait que 75 pour 100 des détenus sont fumeurs crée une demande interne considérable pour un produit (tabac et cigarettes) qui est en vente légale et que la suppression du droit ou du privilège de fumer n'était pas une « conséquence nécessaire de la peine infligée aux délinquants qui sont emprisonnés dans un pénitencier » (paragraphe 27 des motifs). Le juge a ensuite indiqué que l'interdiction de fumer obligerait probablement les autorités carcérales à prendre des mesures administratives supplémentaires « pour enrayer la contrebande de cigarettes ou de produits du tabac qui sont toujours légalement vendus à l'extérieur des pénitenciers et aisément accessibles à l'ensemble des citoyens ordinaires » (paragraphe 28 des motifs).

[28] Le juge a donc conclu que les intimés avaient droit à un jugement déclaratoire portant que, dans la mesure où elle interdit aux détenus de fumer à l'extérieur dans le périmètre d'un établissement correctionnel, la Directive est nulle et contraire à la Loi.

[29] Compte tenu de cette conclusion, le juge a estimé, en dernier lieu, qu'il n'avait pas à se prononcer sur l'argument des intimés relatif à la violation de leurs droits garantis par les articles 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte).

## THE SUBMISSIONS OF THE PARTIES

(a) The appellants' submissions

[30] The appellants first submit that the Judge erred in finding that the Commissioner did not have the legislative authority to adopt the Directive. In their view, there could be no doubt that the Commissioner was authorized under the Act to adopt the Directive, adding that this question had already been determined by the Federal Court in *Boucher v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 893, 325 F.T.R. 122. Specifically, the appellants rely on sections 3, 70, 97 and 98 of the Act which, they say, confer legislative authority for the adoption of the Directive.

[31] The appellants then say that the Judge erred in substituting his judgment for that of the Commissioner in regard to the prevailing circumstances in federal correctional facilities. In other words, it was not open to the Judge to substitute his view as to the advisability of a total smoking ban in correctional facilities for that of the Commissioner, whose responsibility it is to determine what measures are necessary to enhance health and wellness in federal correctional facilities. The appellants say that to the extent that the Directive falls within the scope of the powers given to the Commissioner and that the measures taken by him find support in the Act and the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620 (the Regulations), the Judge should not have intervened.

[32] The appellants further submit that there can be no doubt that the Commissioner was clearly authorized to enact the Directive and that its provisions do not offend the guiding principles found at section 4 of the Act.

[33] More particularly, the appellants say that the Directive was enacted to address the problem of second-hand smoke in federal correctional facilities and that the respondents do not contest the fact that second-hand smoke may cause harm to non-smokers. Thus, in attempting to prevent the harm caused by second-hand smoke, the Directive clearly finds support in sections 3 and 70 of the Act. The appellants also say that the Directive is

## LA POSITION DES PARTIES

a) Arguments des appelants

[30] Le premier argument des appelants est que le juge a conclu erronément que le commissaire n'était pas légalement autorisé à établir la Directive. Selon eux, il ne fait aucun doute que la Loi habilitait le commissaire à prendre cette directive, et ils ajoutent que la Cour fédérale s'était déjà prononcée sur cette question dans la décision *Boucher c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 893. À l'appui de cet argument, les appelants invoquent plus particulièrement les articles 3, 70, 97 et 98 de la Loi, affirmant que ces dispositions confèrent au commissaire le pouvoir d'adopter la Directive.

[31] Leur deuxième argument est que le juge a commis une erreur en substituant son appréciation de la situation existant dans les établissements correctionnels fédéraux à celle du commissaire. Autrement dit, le juge ne pouvait pas substituer son opinion sur la question de l'opportunité de décréter une interdiction totale de fumer dans ces établissements à celle du commissaire, à qui il appartient d'établir quelles sont les mesures nécessaires pour y améliorer la santé et le bien-être. Les appelants affirment que puisque la Directive relève des pouvoirs conférés au commissaire et que les mesures prises par ce dernier sont fondées sur la Loi et sur le *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620 (le Règlement), le juge n'aurait pas dû intervenir.

[32] Les appelants soutiennent aussi que le commissaire était incontestablement habilité à établir la Directive et que les dispositions de celle-ci ne contreviennent pas aux principes directeurs énoncés à l'article 4 de la Loi.

[33] Plus particulièrement, posant que la Directive visait à résoudre le problème de la fumée secondaire dans les établissements correctionnels fédéraux et signalant que les intimés ne contestent pas le caractère nocif de la fumée secondaire pour les non-fumeurs, ils font valoir que la Directive, qui tente de prévenir les dommages causés par la fumée secondaire, est clairement fondée en vertu des articles 3 et 70 de la Loi. Ils

in accord with subsection 3(1) of the *Non-smokers' Health Act*, R.C.S., 1985 (4th Supp.), c. 15, which provides that:

Duty of employers      3. (1) Every employer, and any person acting on behalf of an employer, shall ensure that persons refrain from smoking in any work space under the control of the employer.

[34] The appellants further say that in enacting the Directive, the Commissioner attempted to reconcile the principle stated at section 70 of the Act that CSC must ensure that the living and working conditions of inmates are, *inter alia*, healthful, with the principle found at paragraph 4(e) of the Act that inmates are to retain all of those rights and privileges which members of society possess, other than those that must necessarily either be removed or restricted by reason of their detention. In support of this submission, the appellants refer to the Assistant Commissioner's recommendation to the Commissioner.

[35] The appellants conclude that there can be no doubt that the Commissioner attempted to balance the interests of all persons living and working in federal correctional facilities. In other words, he considered the interests of both smokers and non-smokers. As evidence of the Commissioner's approach, the appellants point to the first Directive, pursuant to which the Commissioner had put forward a solution of compromise whereby only smoking indoors was prohibited. This approach was abandoned only when it became clear to CSC that a partial ban on smoking would not lead to the intended purpose of preventing inmates from smoking indoors. At paragraphs 50 and 51 of their memorandum of fact and law, the appellants write as follows:

[TRANSLATION] As explained above, the Commissioner attempted to implement a less restrictive measure in 2006 by banning indoor smoking only within correctional facilities. This attempted compromise did not work. The policy was violated on numerous occasions despite the prohibition, and the prisoners and employees continued to be exposed to second-hand smoke. As explained above, additional measures were introduced by the Correctional Service of Canada to make the partial prohibition more effective (for example, lighting devices only available outdoors, lock boxes adjacent to the outdoor common area), but these measures were

ajoutent que la Directive est également conforme au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la santé des non-fumeurs*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 15, lequel est ainsi conçu :

3. (1) L'employeur — ou son délégué — veille à ce que personne ne fume dans un lieu de travail placé sous son autorité.      Obligation de l'employeur

[34] Les appelants affirment en outre que la Directive du commissaire constitue une tentative de concilier les principes énoncés à l'article 70 et à l'alinéa 4e) de la Loi, posant respectivement que le SCC doit veiller à ce que le milieu de vie et de travail des détenus soit, entre autres, sain et que le détenu conserve les droits et privilèges reconnus à tout citoyen, sauf ceux dont la suppression ou restriction est une conséquence nécessaire de la détention. À l'appui de cet argument, ils citent la recommandation adressée au commissaire par le commissaire adjoint.

[35] Il ne fait aucun doute, selon eux, que le commissaire a cherché à concilier les intérêts de tous ceux qui vivent et travaillent dans des établissements correctionnels fédéraux, autrement dit, qu'il a tenu compte des intérêts des fumeurs comme de ceux des non-fumeurs. Ils en veulent pour preuve la première Directive du commissaire, qui mettait en place une solution de compromis suivant laquelle il n'était interdit de fumer qu'à l'intérieur. Cette solution n'a été abandonnée que lorsqu'il est apparu clairement au SCC qu'une interdiction partielle ne permettait pas d'atteindre le but visé, à savoir empêcher les détenus de fumer à l'intérieur. Les appelants font valoir ce qui suit aux paragraphes 50 et 51 de leur mémoire des faits et du droit :

Tel qu'exposé précédemment, le Commissaire a tenté d'implanter une mesure moins « restrictive » en 2006 en interdisant de fumer seulement à l'intérieur des établissements correctionnels. Cette tentative de compromis n'a pas fonctionné. De nombreuses contraventions à la politique ont été constatées malgré l'interdiction, continuant ainsi d'exposer la population carcérale et les employés à la fumée secondaire. Tel qu'exposé précédemment, des mesures additionnelles ont même été mises en place par le Service correctionnel du Canada afin de tenter de faire fonctionner l'interdiction partielle (par exemple : source d'allumage seulement dans la cour extérieure, casiers

largely unsuccessful, and even created security problems within the facilities.

Therefore, given the continuing problems with second-hand smoke, the Commissioner decided that a ban on the possession of tobacco in correctional facilities had become necessary. Directive No. 259 was adopted to address this. It is clear that the measure objectively falls within the Commissioner's statutory grant of authority and that it is reasonable.

[36] The foregoing leads the appellants to state that the Directive is clearly *intra vires*, adding that the burden of demonstrating the *ultra vires* nature of the Directive was that of the respondents. In the appellants' submission, the Judge erred in imposing that burden upon the appellants.

[37] The appellants also make a number of submissions regarding: (i) the distinction which they submit must be made between "intoxicants" which constitute "contraband" and "unauthorized items"; (ii) the case of CSC employees who are allowed to smoke outdoors in areas to which inmates do not have access and; (iii) the Aboriginal religious exception.

[38] With respect to "intoxicants" which fall within the definition of "contraband", the appellants say that the Commissioner need not take any action whatsoever in regard thereto, since section 2 of the Act prohibits their possession and, as a result, inmates found in possession thereof are subject to disciplinary sanctions under paragraphs 40(i) and 45(a) of the Act.

[39] The appellants then say that with regard to "unauthorized items" which section 2 of the Regulations defines as "means an item that is not authorized by Commissioner's Directives or by a written order of the institutional head and that an inmate possesses without prior authorization", the situation is different. The Act gives the Commissioner the responsibility of determining which substances will be considered "unauthorized" and those found in breach of a Commissioner's Directive are subject to disciplinary sanctions under paragraphs 40(j) and (r) of the Act. As a result, an inmate must obtain the

de rangement adjacents à la cour extérieure), mais ces mesures se sont avérées inefficaces, et ont même occasionné des problèmes sécuritaires dans les établissements.

Ainsi, compte tenu des problèmes persistants liés à la fumée secondaire, le Commissaire a jugé qu'une interdiction de possession du tabac dans les établissements correctionnels était devenue nécessaire. Il a adopté la Directive no. 259 dans cette optique. Il est clair que la mesure s'inscrit objectivement dans le cadre des pouvoirs normatifs qui lui sont conférés par la Loi, et par surcroît que la mesure est raisonnable.

[36] Ces arguments amènent les appelants à déclarer que la Directive ressortit clairement aux pouvoirs du commissaire et, qu'en outre, le fardeau de démontrer le contraire incombait aux intimés. Selon eux, le juge a erronément fait reposer ce fardeau sur les appelants.

[37] Les appelants ont également présenté des observations au sujet : i) de la distinction qu'il convient selon eux de faire entre les « substances intoxicantes » constituant des « objets interdits » et les « objets non autorisés »; ii) du fait que les employés du SCC sont autorisés à fumer dehors dans des endroits auxquels les détenus n'ont pas accès; et iii) de l'exception visant les pratiques religieuses autochtones.

[38] Relativement aux « substances intoxicantes » qui sont visées par la définition d'« objets interdits », les appelants soutiennent que le commissaire n'a pas à prendre de mesure puisque l'article 2 de la Loi en interdit la possession et que les détenus qui contreviennent à cette disposition s'exposent à des mesures disciplinaires en application des alinéas 40(i) et 45(a) de la Loi.

[39] S'agissant des « objets non autorisés », c'est-à-dire des objets « que le détenu a en sa possession sans autorisation préalable et en violation des Directives du commissaire ou d'un ordre écrit du directeur du pénitencier », suivant la définition énoncée à l'article 2 du Règlement, la situation est différente, selon les appelants. La Loi charge le commissaire de déterminer quelles substances seront considérées « non autorisées » et les personnes qui contreviennent à une directive du commissaire s'exposent à des mesures disciplinaires en application des alinéas 40(j) et r) de la Loi. Il s'ensuit

Commissioner's consent to possess a substance which he has declared, by way of a directive, to be an "unauthorized item". In the present instance, article 4 of the Directive declares as follows:

4. Unauthorized smoking items: smoking items including, but not limited to, cigarettes, cigars, tobacco, chewing tobacco, cigarette making machines, matches and lighters are unauthorized items within the meaning of section 2 of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, except tobacco and ignition sources used for the accommodation of Aboriginal spirituality or other religious practices.

[40] Thus, the appellants say that the Judge erred in failing to make the proper distinction between "contraband" and "unauthorized items".

[41] With respect to the situation of CSC employees who are allowed to smoke outside in those areas where inmates do not normally have access, for example the parking lot of a correctional facility, the appellants say that this is of no relevance to the determination of whether the Directive is valid. In their view, there is no link between that situation and the risk of indoor smoking which the Directive seeks to prevent.

[42] With regard to the religious exemption for Aboriginals, the appellants submit that the respondents made no allegation nor any submission before the Judge. As a result, they state that they were never in a position to file evidence on this point and that it would therefore be unfair, at this stage of the proceedings, to allow the respondents to make such arguments. In any event, the appellants submit that section 83 of the Act, in conjunction with paragraph 2(a) of the Charter, clearly support the religious exemption found in the Directive.

[43] With regard to the Charter issue raised by the respondents, the appellants submit that because the respondents failed to serve a Notice of Constitutional Question, as required by section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54] of the *Federal Courts Acts*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], they are barred from raising a constitutional challenge. In any event, the appellants submit that the Directive does not

qu'un détenu doit obtenir le consentement du commissaire pour avoir en sa possession une substance qui a statut d'« objet non autorisé » en vertu d'une directive de ce dernier. En l'espèce, l'article 4 de la Directive énonce ce qui suit :

4. Articles de fumeur non autorisés : les articles de fumeur incluant, entre autres, les cigarettes, les cigares, le tabac, le tabac à mâcher, les rouleuses à cigarettes, les allumettes et les briquets sont des objets non autorisés au sens de l'article 2 du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, exception faite du tabac et des sources d'allumage nécessaires aux pratiques spirituelles autochtones ou autres pratiques religieuses.

[40] Les appelants affirment en conséquence que le juge n'a pas fait la distinction qui s'imposait entre les « objets interdits » et les « objets non autorisés ».

[41] Pour ce qui est du fait que les employés du SCC sont autorisés à fumer dehors dans des endroits auxquels les détenus n'ont généralement pas accès, comme le stationnement d'un établissement correctionnel, les appelants font valoir qu'il est étranger à la question de la validité de la Directive. Ils estiment qu'il n'y a aucun lien entre cette situation et le risque posé par l'usage du tabac à l'intérieur, que la Directive vise à éliminer.

[42] Quant à l'exception religieuse visant les Autochtones, les appelants affirment que, n'ayant formulé ni allégation ni argument sur ce point devant le juge, les intimés n'étaient pas admis à présenter une preuve à ce sujet et qu'il serait donc injuste, à ce stade de l'instance, de leur permettre d'invoquer cet argument. Ils ajoutent qu'en tout état de cause l'article 83 de la Loi, combiné à l'alinéa 2a) de la Charte, fonde clairement l'exception religieuse prévue par la Directive.

[43] À l'égard de la question relevant de la Charte soulevée par les intimés, les appelants soutiennent que ceux-ci ne peuvent soumettre de contestation constitutionnelle car ils n'ont pas signifié l'avis de question constitutionnelle exigé à l'article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], que, de toute manière, la Directive ne porte

violates any of the rights guaranteed by sections 7, 12 and 15 of the Charter, adding that if there was a breach, it was justified under section 1 thereof.

(b) The respondents' submissions

[44] The respondents argue that the Directive was *ultra vires* of the Commissioner's powers. They say that directives can only address relatively minor administrative issues. In their view, major rights or major changes in policy can only be modified by regulation or statute, arguing that the Directive creates an unintended legislative absurdity, since the Directive violates the principles set out in sections 3 and 4 of the Act in that it does not use the least restrictive measure as required by paragraph 4(d) thereof.

[45] The respondents also take issue with the fact that the Directive creates distinctions between inmates, employees and visitors. They argue that "[o]nce it is accepted that no medical argument exists showing that third parties are adversely affected by second-hand [*sic*], there is no serious, rational defense of the total ban" (paragraph 58 of respondents' memorandum).

[46] Regarding the Charter issues, the respondents submit that the Directive's effect on the liberty and security of the person is such that it triggers the application of section 7. They argue that while there is no constitutional right to smoke, the "taking away of such a right will constitute a Charter violation". For this proposition, the respondents refer to the Supreme Court of Canada's decision in *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791.

[47] Finally, the respondents argue that section 1 of the Charter cannot justify the breach of their rights, adding that the example of the province of Quebec demonstrates that a total ban on smoking is not necessary and that the appellants have based the total ban solely on administrative inconvenience.

atteinte à aucun droit garanti par les articles 7, 12 et 15 de la Charte et que, si violation il y avait, elle serait justifiée au sens de l'article premier.

b) Arguments des intimés

[44] Les intimés soutiennent que la Directive outre-passe les pouvoirs du commissaire. Les directives ne peuvent porter que sur des questions administratives relativement mineures, selon eux, et il faut procéder par voie législative ou réglementaire pour modifier des droits importants ou effectuer des changements de politique substantiels. La Directive débouche à leur avis sur un illogisme législatif imprévu car elle contrevient aux principes énoncés aux articles 3 et 4 de la Loi du fait qu'elle n'applique pas les mesures les moins restrictives possible, contrairement à ce qu'exige l'alinéa 4d).

[45] Ils reprochent également à la Directive d'établir des distinctions entre les détenus, les employés et les visiteurs. Ils font valoir au paragraphe 58 de leur mémoire que [TRADUCTION] « [l]orsqu'on accepte qu'aucun argument médical ne démontre que la fumée secondaire cause des dommages à des tiers, il n'existe aucune justification rationnelle sérieuse pour une interdiction totale ».

[46] S'agissant des questions relevant de la Charte, les intimés soutiennent que les effets de la Directive sur la liberté et la sécurité de la personne sont tels qu'ils entraînent l'application de l'article 7. Invoquant l'arrêt *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, ils font valoir que bien qu'il n'existe pas de droit constitutionnel de fumer [TRADUCTION] « la suppression de ce droit constitue néanmoins une violation de la Charte ».

[47] Ils prétendent enfin que l'article premier de la Charte ne peut justifier cette atteinte à leurs droits, ajoutant que l'exemple de la province de Québec démontre qu'une interdiction totale de fumer n'est pas nécessaire et que c'est uniquement pour des raisons de commodité administrative que les appelants en ont décrété une.

## RELEVANT LEGISLATION

[48] The relevant provisions of the Act, the Regulations and the *Federal Courts Act* read as follows:

Corrections and Conditional Release Act

Definitions

2. ...

“contraband” means

(a) an intoxicant,

...

“intoxicant” means a substance that, if taken into the body, has the potential to impair or alter judgment, behaviour or the capacity to recognize reality or meet the ordinary demands of life, but does not include caffeine, nicotine or any authorized medication used in accordance with directions given by a staff member or a registered health care professional;

...

Purpose of correctional system

3. The purpose of the federal correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by

(a) carrying out sentences imposed by courts through the safe and humane custody and supervision of offenders; and

(b) assisting the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and in the community.

Principles that guide the Service

4. The principles that shall guide the Service in achieving the purpose referred to in section 3 are

(a) that the protection of society be the paramount consideration in the corrections process;

## DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[48] Voici le texte des dispositions législatives pertinentes de la Loi, du Règlement et de la *Loi sur les Cours fédérales* :

Loi sur la système correctionnel et la mise en liberté sous condition

2. [...]

« objets interdits »

a) Substances intoxicantes;

[...]

« substance intoxicante » Toute substance qui, une fois introduite dans le corps humain, peut altérer le comportement, le jugement, le sens de la réalité ou l’aptitude à faire face aux exigences normales de la vie. Sont exclus la caféine et la nicotine, ainsi que tous médicaments dont la consommation est autorisée conformément aux instructions d’un agent ou d’un professionnel de la santé agréé.

[...]

Définitions

But du système correctionnel

3. Le système correctionnel vise à contribuer au maintien d’une société juste, vivant en paix et en sécurité, d’une part, en assurant l’exécution des peines par des mesures de garde et de surveillance sécuritaires et humaines, et d’autre part, en aidant au moyen de programmes appropriés dans les pénitenciers ou dans la collectivité, à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois.

4. Le Service est guidé, dans l’exécution de ce mandat, par les principes qui suivent :

a) la protection de la société est le critère prépondérant lors de l’application du processus correctionnel;

Principes de fonctionnement

- (b) that the sentence be carried out having regard to all relevant available information, including the stated reasons and recommendations of the sentencing judge, other information from the trial or sentencing process, the release policies of, and any comments from, the National Parole Board, and information obtained from victims and offenders;
- (c) that the Service enhance its effectiveness and openness through the timely exchange of relevant information with other components of the criminal justice system, and through communication about its correctional policies and programs to offenders, victims and the public;
- (d) that the Service use the least restrictive measures consistent with the protection of the public, staff members and offenders;
- (e) that offenders retain the rights and privileges of all members of society, except those rights and privileges that are necessarily removed or restricted as a consequence of the sentence;
- (f) that the Service facilitate the involvement of members of the public in matters relating to the operations of the Service;
- (g) that correctional decisions be made in a forthright and fair manner, with access by the offender to an effective grievance procedure;
- (h) that correctional policies, programs and practices respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and be responsive to the special needs of women and aboriginal peoples, as well as to the needs of other groups of offenders with special requirements;
- (i) that offenders are expected to obey penitentiary rules and conditions governing temporary absence, work release, parole and statutory release, and to actively participate in programs designed to promote their rehabilitation and reintegration; and
- b) l'exécution de la peine tient compte de toute information pertinente dont le Service dispose, notamment des motifs et recommandations donnés par le juge qui l'a prononcée, des renseignements obtenus au cours du procès ou dans la détermination de la peine ou fournis par les victimes et les délinquants, ainsi que des directives ou observations de la Commission nationale des libérations conditionnelles en ce qui touche la libération;
- c) il accroît son efficacité et sa transparence par l'échange, au moment opportun, de renseignements utiles avec les autres éléments du système de justice pénale ainsi que par la communication de ses directives d'orientation générale et programmes correctionnels tant aux délinquants et aux victimes qu'au grand public;
- d) les mesures nécessaires à la protection du public, des agents et des délinquants doivent être le moins restrictives possible;
- e) le délinquant continue à jouir des droits et privilèges reconnus à tout citoyen, sauf de ceux dont la suppression ou restriction est une conséquence nécessaire de la peine qui lui est infligée;
- f) il facilite la participation du public aux questions relatives à ses activités;
- g) ses décisions doivent être claires et équitables, les délinquants ayant accès à des mécanismes efficaces de règlement de griefs;
- h) ses directives d'orientation générale, programmes et méthodes respectent les différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu'entre les sexes, et tiennent compte des besoins propres aux femmes, aux autochtones et à d'autres groupes particuliers;
- i) il est attendu que les délinquants observent les règlements pénitentiaires et les conditions d'octroi des permissions de sortir, des placements à l'extérieur et des libérations conditionnelles ou d'office et qu'ils participent aux programmes favorisant leur réadaptation et leur réinsertion sociale;



	<p><i>j</i>) that staff members be properly selected and trained, and be given</p> <p>(i) appropriate career development opportunities,</p> <p>(ii) good working conditions, including a workplace environment that is free of practices that undermine a person's sense of personal dignity, and</p> <p>(iii) opportunities to participate in the development of correctional policies and programs.</p> <p>...</p>	<p><i>j</i>) il veille au bon recrutement et à la bonne formation de ses agents, leur offre de bonnes conditions de travail dans un milieu exempt de pratiques portant atteinte à la dignité humaine, un plan de carrière avec la possibilité de se perfectionner ainsi que l'occasion de participer à l'élaboration des directives d'orientation générale et programmes correctionnels.</p> <p>[...]</p>	
Disciplinary offences	<p><b>40.</b> An inmate commits a disciplinary offence who</p> <p>(a) disobeys a justifiable order of a staff member;</p> <p>...</p> <p>(i) is in possession of, or deals in, contraband;</p> <p>(j) without prior authorization, is in possession of, or deals in, an item that is not authorized by a Commissioner's Directive or by a written order of the institutional head;</p> <p>...</p> <p>(r) wilfully disobeys a written rule governing the conduct of inmates; ...</p> <p>...</p>	<p><b>40.</b> Est coupable d'une infraction disciplinaire le détenu qui :</p> <p>a) désobéit à l'ordre légitime d'un agent;</p> <p>[...]</p> <p>i) est en possession d'un objet interdit ou en fait le trafic;</p> <p>j) sans autorisation préalable, a en sa possession un objet en violation des directives du commissaire ou de l'ordre écrit du directeur du pénitencier ou en fait le trafic;</p> <p>[...]</p> <p>r) contrevient délibérément à une règle écrite régissant la conduite des détenus;</p> <p>[...]</p>	Infractions disciplinaires
Summary conviction offences	<p><b>45.</b> Every person commits a summary conviction offence who</p> <p>(a) is in possession of contraband beyond the visitor control point in a penitentiary;</p> <p>...</p>	<p><b>45.</b> Commet une infraction punissable par procédure sommaire quiconque :</p> <p>a) est en possession d'un objet interdit au-delà du poste de vérification d'un pénitencier;</p> <p>[...]</p>	Définition
Living conditions, etc.	<p><b>70.</b> The Service shall take all reasonable steps to ensure that penitentiaries, the penitentiary environment, the living and working conditions</p>	<p><b>70.</b> Le Service prend toutes mesures utiles pour que le milieu de vie et de travail des détenus et les conditions de travail des agents soient sains,</p>	Conditions de vie

	of inmates and the working conditions of staff members are safe, healthful and free of practices that undermine a person's sense of personal dignity.	sécuritaires et exempts de pratiques portant atteinte à la dignité humaine.	
	...	[...]	
Spiritual leaders and elders	<b>83.</b> (1) For greater certainty, aboriginal spirituality and aboriginal spiritual leaders and elders have the same status as other religions and other religious leaders.	<b>83.</b> (1) Il est entendu que la spiritualité autochtone et les chefs spirituels ou aînés autochtones sont respectivement traités à égalité de statut avec toute autre religion et chef religieux.	Chefs spirituels et aînés
Idem	(2) The Service shall take all reasonable steps to make available to aboriginal inmates the services of an aboriginal spiritual leader or elder after consultation with  (a) the National Aboriginal Advisory Committee mentioned in section 82; and  (b) the appropriate regional and local aboriginal advisory committees, if such committees have been established pursuant to that section.	(2) Le Service prend toutes mesures utiles pour offrir aux détenus les services d'un chef spirituel ou d'un aîné après consultation du Comité consultatif autochtone national et des comités régionaux et locaux concernés.	Obligation du Service en la matière
	...	[...]	
Regulations	<b>96.</b> The Governor in Council may make regulations	<b>96.</b> Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements :	Règlements
	...	[...]	
	(e) providing for the matters referred to in section 70;	e) régissant les questions visées à l'article 70;	
	...	[...]	
Rules	<b>97.</b> Subject to this Part and the regulations, the Commissioner may make rules	<b>97.</b> Sous réserve de la présente partie et de ses règlements, le commissaire peut établir des règles concernant :	Règles d'application
	(a) for the management of the Service;	a) la gestion du Service;	
	(b) for the matters described in section 4; and	b) les questions énumérées à l'article 4;	
	(c) generally for carrying out the purposes and provisions of this Part and the regulations.	c) toute autre mesure d'application de cette partie et des règlements.	
	...	[...]	

Commissioner's Directives	<b>98.</b> (1) The Commissioner may designate as Commissioner's Directives any or all rules made under section 97.	<b>98.</b> (1) Les règles établies en application de l'article 97 peuvent faire l'objet de directives du commissaire.	Nature
Accessibility	(2) The Commissioner's Directives shall be accessible to offenders, staff members and the public.	(2) Les directives doivent être accessibles et peuvent être consultées par les délinquants, les agents et le public.	Publicité

### Corrections and Conditional Release Regulations

#### 2. ...

“unauthorized item” means an item that is not authorized by a Commissioner's Directives or by a written order of the institutional head and that an inmate possesses without prior authorization;

### Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition

#### 2. [...]

« objet non autorisé » Tout objet que le détenu a en sa possession sans autorisation préalable et en violation des Directives du commissaire ou d'un ordre écrit du directeur du pénitencier.

### Federal Courts Act

Constitutional questions

**57.** (1) If the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of a province, or of regulations made under such an Act, is in question before the Federal Court of Appeal or the Federal Court or a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, the Act or regulation shall not be judged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with subsection (2).

### Loi sur les Cours fédérales

Questions constitutionnelles

**57.** (1) Les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d'application, dont la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour d'appel fédérale ou la Cour fédérale ou un office fédéral, sauf s'il s'agit d'un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins que le procureur général du Canada et ceux des provinces n'aient été avisés conformément au paragraphe (2).

## ISSUES

[49] The main issues before us are the following:

1. Did the Commissioner have the legislative authority to enact, by way of the Directive, a total ban on smoking in federal correctional facilities? If the answer to that question is in the affirmative, then does the Directive fall within the scope of the powers given to the Commissioner and do the measures found therein find support in the Act and in the Regulations?

## QUESTIONS EN LITIGE

[49] Les principales questions dont la Cour est saisie sont les suivantes :

1. Le commissaire était-il légalement habilité à imposer une interdiction totale de fumer dans les établissements correctionnels fédéraux par voie de directive? Dans l'affirmative, la Directive entre-t-elle dans les limites des pouvoirs conférés au commissaire et les mesures qu'elle comporte sont-elles fondées sur la Loi et le Règlement?

2. Are the respondents barred from raising Charter issues in this appeal because of their failure to provide to the attorneys general of the provinces a notice pursuant to subsection 57(1) of the *Federal Courts Act*. If the answer to that question is in the negative, then does the Directive infringe the respondents' Charter rights?

[50] I now turn to these issues.

## ANALYSIS

### The Charter issues

[51] I will first address the question of whether subsection 57(1) of the *Federal Courts Act* prevents the respondents from raising Charter issues in this appeal, by reason of their failure to give notice to the attorney general of each province that they intended to raise the constitutionality of the Directive.

[52] In *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, the Supreme Court of Canada dealt with the purpose of notice provisions and the consequences of non-compliance as they pertained to section 109 [as am. by S.O. 1994, c. 12, s. 42] of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, a provision similar to subsection 57(1) of the *Federal Courts Act*. At paragraphs 48, 53 and 54 of his reasons, Sopinka J., writing for the Court, stated:

The purpose of s. 109 is obvious. In our constitutional democracy, it is the elected representatives of the people who enact legislation. While the courts have been given the power to declare invalid laws that contravene the *Charter* and are not saved under s. 1, this is a power not to be exercised except after the fullest opportunity has been accorded to the government to support its validity. To strike down by default a law passed by and pursuant to the act of Parliament or the legislature would work a serious injustice not only to the elected representatives who enacted it but to the people. Moreover, in this Court, which has the ultimate responsibility of determining whether an impugned law is constitutionally infirm, it is important that in making that decision, we have the benefit of a record that is the result of thorough examination of the constitutional issues in the courts or tribunal from which the appeals arise.

2. L'omission de fournir aux procureurs généraux des provinces l'avis prévu au paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* empêche-t-elle les intimés d'invoquer la Charte? Dans la négative, la Directive porte-t-elle atteinte aux droits des intimés garantis par la Charte?

[50] Passons maintenant à l'examen de ces questions.

## ANALYSE

### Les questions relatives à la Charte

[51] J'examinerai d'abord la question de savoir si le paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* empêche les intimés de soulever des questions relevant de la Charte dans le présent appel parce qu'ils n'ont pas avisé les procureurs généraux des provinces de leur intention de contester la constitutionnalité de la Directive.

[52] Dans l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, la Cour suprême du Canada a examiné la raison d'être des exigences en matière d'avis et les conséquences du défaut de s'y conformer, dans le contexte de l'article 109 [mod. par L.O. 1994, ch. 12, art. 42] de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, une disposition analogue au paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Le juge Sopinka, rendant jugement pour la Cour, a écrit aux paragraphes 48, 53 et 54 de ses motifs :

L'objectif de l'art. 109 est évident. Dans notre démocratie constitutionnelle, ce sont les représentants élus du peuple qui adoptent les lois. Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la *Charte* et qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier, c'est un pouvoir qui ne doit être exercé qu'après que le gouvernement a vraiment eu l'occasion d'en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l'ont adoptée mais également au peuple. En outre, devant notre Cour, qui a la responsabilité ultime de déterminer si une loi contestée est inconstitutionnelle, il est important que, pour rendre cette décision, nous disposions d'un dossier qui résulte d'un examen en profondeur des questions constitutionnelles soulevées devant les cours ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel.

...

[...]

In view of the purpose of s. 109 of the *Courts of Justice Act*, I am inclined to agree with the opinion of the New Brunswick Court of Appeal in *D.N. v. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)*, *supra*, and Arbour J.A. dissenting in *Mandelbaum*, *supra*, that the provision is mandatory and failure to give the notice invalidates a decision made in its absence without a showing of prejudice. It seems to me that the absence of notice is in itself prejudicial to the public interest. I am not reassured that the Attorney General will invariably be in a position to explain after the fact what steps might have been taken if timely notice had been given. As a result, there is a risk that in some cases a statutory provision may fall by default.

There is, of course, room for interpretation of s. 109 and there may be cases in which the failure to serve a written notice is not fatal either because the Attorney General consents to the issue's being dealt with or there has been a *de facto* notice which is the equivalent of a written notice. It is not, however, necessary to express a final opinion on these questions in that I am satisfied that under either strand of authority the decision of the Court of Appeal is invalid. No notice or any equivalent was given in this case and in fact the Attorney General and the courts had no reason to believe that the Act was under attack. Clearly, s. 109 was not complied with and the Attorney General was seriously prejudiced by the absence of notice. [Emphasis added.]

[53] This Court has cited *Eaton*, above, with approval and has held that the same general principles apply to subsection 57(1) of the *Federal Courts Act*: *Bekker v. Canada*, 2004 FCA 186, [2004] 3 C.T.C. 183; *Halifax Longshoremen's Assn., Local 269 v. Offshore Logistics Inc.* (2000), 25 Admin. L.R. 224 (F.C.A.), at paragraphs 56–57; *Gitksan Treaty Society v. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 F.C. 135 (C.A.); *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2004 FCA 66, [2004] 3 F.C.R. 436, at paragraphs 73–81 (*per* Sharlow J.A. dissenting, but not on this point, which the majority did not address); *Jacobs v. Sports Interaction*, 2006 FCA 116, 348 N.R. 292, at paragraph 5. While Rothstein J.A. (as he then was) in *Halifax Longshoremen's Assn.*, above, at paragraph 58, left open the question of whether section 57 is mandatory, this Court has stated on several occasions that it is without jurisdiction to hear a

Compte tenu de l'objet de l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, je suis enclin à être d'accord avec l'opinion exprimée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans *D.N. c. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)*, précité, et par le juge Arbour, dissidente, dans l'arrêt *Mandelbaum*, précité, selon laquelle la disposition impose une obligation, et l'omission de donner l'avis invalide une décision rendue en son absence sans que l'existence d'un préjudice ait été prouvée. Il me semble que l'absence d'avis est préjudiciable en soi à l'intérêt public. Je ne suis pas rassuré par le fait que le procureur général sera immanquablement en mesure d'expliquer après coup quelles mesures auraient pu être prises si l'avis avait été donné au moment opportun. Il y a donc un risque que, dans certains cas, une disposition législative puisse être annulée par défaut.

Il y a naturellement place à interprétation en ce qui concerne l'art. 109, et il peut se présenter des cas où l'omission de signifier un avis par écrit n'est pas fatale parce que le procureur général donne son consentement à ce que la question soit examinée ou parce qu'il y a eu un avis *de facto* qui équivaut à un avis par écrit. Il n'est toutefois pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive sur ces questions, car je suis convaincu que, selon l'une ou l'autre tendance de la jurisprudence, la décision de la Cour d'appel n'est pas valide. Aucun avis ou quelque équivalent n'a été donné en l'espèce et, en fait, le procureur général et les tribunaux n'avaient aucune raison de croire que la Loi était contestée. Manifestement, l'art. 109 n'a pas été respecté et le procureur général a subi un préjudice grave en raison de l'absence d'avis. [Je souligne.]

[53] Notre Cour a suivi l'arrêt *Eaton*, précité, et jugé que les mêmes principes généraux s'appliquaient au paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* : *Bekker c. Canada*, 2004 CAF 186; *Halifax Longshoremen's Assn., section locale 269 c. Offshore Logistics Inc.*, 2000 CanLII 15852 (C.A.F.), aux paragraphes 56 et 57; *Gitksan Treaty Society c. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 C.F. 135 (C.A.); *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2004 CAF 66, [2004] 3 R.C.F. 436, aux paragraphes 73 à 81 (la juge Sharlow, dissidente, mais non sur ce point, non abordé par les juges majoritaires); *Jacobs c. Sports Interaction*, 2006 CAF 116, au paragraphe 5. Bien que le juge Rothstein (maintenant juge à la Cour suprême) ait laissé ouverte la question du caractère impératif de l'article 57, au paragraphe 58 de l'arrêt *Halifax Longshoremen's Assn.*, précité, notre Cour s'est plusieurs

constitutional issue where the party raising it has not fully complied with the notice requirement: *Bekker*, above, at paragraph 8; *Giagnocavo v. Canada* (1995), 95 D.T.C. 5618 (F.C.A.); *Jacobs*, above.

[54] It is clear from the text of subsection 57(1) that notice is required only in those cases where the constitutional validity, applicability or operability of an “Act of Parliament” or of “regulations” is challenged. A Commissioner’s Directive is not an Act of Parliament; the question, however, is whether such a directive can be deemed a “regulation” for the purpose of subsection 57(1).

[55] The respondents point out that in *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118, the Supreme Court held that directives issued by commissioners of CSC were not “laws” within the meaning of what was then section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10]. At page 129 of its reasons, the Court held that although directives were authorized by statute, they were “clearly of an administrative, not a legislative, nature.” The issue before the Supreme Court was whether the Federal Court of Appeal had erred in concluding that a disciplinary order made against the appellant by the Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board did not fall within the scope of section 28. More particularly, the Federal Court of Appeal had concluded that the Board’s decision was an order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis.

[56] In my view, the issue raised in *Matsqui*, above, and the conclusion which the Supreme Court arrived at are of no relevance to the present matter. First, on the wording of the present section 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35] of the *Federal Courts Act*, to which sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] to 18.5 [ss. 18.1 to 18.5 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, ss. 27, 28)] thereof apply *mutatis mutandis*, except subsection 18.4(2), the decision of the Supreme Court in *Matsqui* would clearly have been different. Second, the Court’s determination in *Matsqui*

fois déclarée sans compétence pour entendre une question constitutionnelle lorsque la partie qui la souève ne s’est pas entièrement conformée aux exigences en matière d’avis : *Bekker*, précité, au paragraphe 8; *Giagnocavo c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 1355 (C.A.) (QL); *Jacobs*, précité.

[54] Il ressort clairement du libellé du paragraphe 57(1) que l’avis n’est exigé que lorsque la validité, l’applicabilité ou l’effet sur le plan constitutionnel de « lois fédérales » ou de leurs « textes d’application » (« *regulations* » en anglais) est en cause. Les directives du commissaire ne sont pas des lois fédérales, mais il faut se demander si elles peuvent être considérées comme des « textes d’application » au sens du paragraphe 57(1).

[55] Les intimés soulignent que dans l’arrêt *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l’Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118, la Cour suprême a statué que les directives du commissaire du SCC n’étaient pas des lois au sens de l’article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10] alors en vigueur. À la page 129 de l’arrêt, la Cour a jugé que bien que les directives soient autorisées par la loi, elles sont « nettement de nature administrative et non législative ». Dans cette affaire, la Cour suprême devait déterminer si la Cour d’appel fédérale avait conclu à tort qu’une ordonnance disciplinaire rendue contre l’appellant par le Comité de discipline des détenus de l’établissement n’était pas visée par l’article 28. La Cour d’appel fédérale avait conclu, plus particulièrement, que la décision du Comité était une ordonnance administrative non légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

[56] À mon avis, la question qui se posait dans l’arrêt *Matsqui*, précité, et la conclusion formulée par la Cour suprême ne sont pas pertinentes pour la présente espèce. Premièrement, la Cour suprême aurait sans aucun doute rendu une décision différente si c’était le libellé actuel de l’article 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35] de la *Loi sur les Cours fédérales*, auquel s’appliquent les dispositions des articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] à 18.5 [art. 18.1 à 18.5 (édictees par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27, 28)], exception faite du paragraphe 18.4(2), qui

is of no help to the issue now before us, i.e. whether the Commissioner's Directive is a regulation within the meaning of subsection 57(1) of the *Federal Courts Act*.

[57] Section 2 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, defines "regulation" as follows:

Definitions

2. ...

"regulation" includes an order, regulation, rule, rule of court, form, tariff of costs or fees, letters patent, commission, warrant, proclamation, by-law, resolution or other instrument issued, made or established

(a) in the execution of a power conferred by or under the authority of an Act, or

(b) by or under the authority of the Governor in Council; [Emphasis added.]

[58] Section 97 of the Act confers upon the Commissioner the power to make rules and subsection 98(1) confers upon him the power to designate "any or all rules made under section 97" as a "Commissioner's Directive". Consequently, it is my view that a "Commissioner's Directive" is a "rule ... or other instrument issued, made or established (a) in the execution of a power conferred by or under the authority of an Act" within the meaning of section 2 of the *Interpretation Act*. Thus, the Directive constitutes, for the purposes of subsection 57(1) of the *Federal Courts Act*, a "regulation" and, as a result, a notice of constitutional question is necessary to challenge its constitutionality.

[59] It is not disputed that the Attorney General of Canada has received notice of a constitutional question. However, no such notice was given to the attorneys general of the provinces and, consequently, the respondents' failure to provide the notice prevents us from entertaining the respondents' constitutional challenge.

avait été en cause. Deuxièmement, le jugement rendu dans l'arrêt *Matsqui* n'est pas utile pour trancher la question qui nous est soumise, à savoir si la Directive du commissaire est un texte d'application au sens du paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[57] L'article 2 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, définit ainsi « règlement » :

2. [...]

Définitions

« règlement » Règlement proprement dit, décret, ordonnance, proclamation, arrêté, règle judiciaire ou autre, règlement administratif, formulaire, tarif de droits, de frais ou d'honoraires, lettres patentes, commission, mandat, résolution ou autre acte pris :

a) soit dans l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime d'une loi fédérale;

b) soit par le gouverneur en conseil ou sous son autorité. [Non souligné dans l'original.]

[58] L'article 97 de la Loi confère au commissaire le pouvoir d'établir des règles, et le paragraphe 98(1) prévoit que « [l]es règles établies en application de l'article 97 peuvent faire l'objet de directives du commissaire ». J'estime en conséquence que les « directives du commissaire » sont une « règle judiciaire ou autre [...] ou [un] autre acte pris : a) [...] dans l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime d'une loi fédérale » au sens de l'article 2 de la *Loi d'interprétation*. La Directive constitue donc un « texte d'application » (*regulation*) au sens du paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, et un avis de question constitutionnelle est nécessaire pour en contester la constitutionnalité.

[59] Il n'est pas contesté que le procureur général du Canada a reçu un avis de question constitutionnelle. Toutefois, les intimés n'ont pas donné cet avis aux procureurs généraux des provinces, et cette omission empêche l'examen de la contestation constitutionnelle.

Did the Commissioner have the legislative authority to enact, by way of the Directive, a total ban on smoking in federal correctional facilities?

[60] In enacting the Directive, the Commissioner relied on sections 70, 97 and 98 of the Act. More particularly, the appellants say that the Commissioner was entitled to adopt a directive for “carrying out the purposes and provisions of this Part and the regulations”, i.e. to ensure, as provided in section 70 of the Act, that the living and working conditions of inmates and of employees are safe and healthful. On the other hand, the respondents argue that the Commissioner could not proceed as he did because paragraph 96(e) of the Act grants the Governor in Council the power to enact regulations in regard to “the matters referred to in section 70”.

[61] For ease of reference, I again reproduce section 70, paragraph 96(e), section 97 and subsection 98(1) of the Act, which provide as follows:

Living conditions, etc.

**70.** The Service shall take all reasonable steps to ensure that penitentiaries, the penitentiary environment, the living and working conditions of inmates and the working conditions of staff members are safe, healthful and free of practices that undermine a person’s sense of personal dignity.

...

Regulations

**96.** The Governor in Council may make regulations

...

(e) providing for the matters referred to in section 70;

...

Rules

**97.** Subject to this Part and the regulations, the Commissioner may make rules

(a) for the management of the Service;

(b) for the matters described in section 4; and

Le commissaire était-il légalement habilité à imposer une interdiction totale de fumer dans les établissements correctionnels fédéraux par voie de directive?

[60] Le commissaire s’est fondé sur les articles 70, 97 et 98 de la Loi pour établir la Directive. Les appelants soutiennent, en particulier, que le commissaire pouvait adopter une directive concernant « toute autre mesure d’application de cette partie et des règlements », c’est-à-dire veiller, comme le prévoit l’article 70 de la Loi, à ce que le milieu de vie et de travail et les conditions de travail des agents soient sains et sécuritaires. Les intimés prétendent, pour leur part, que le commissaire ne pouvait procéder comme il l’a fait parce que c’est au gouverneur en conseil qu’il appartient, en vertu de l’alinéa 96e) de la Loi, de prendre des règlements relatifs aux « questions visées à l’article 70 ».

[61] Pour plus de commodité, voici une fois de plus le texte de l’article 70, l’alinéa 96e), l’article 97 et le paragraphe 98(1) :

**70.** Le Service prend toutes mesures utiles pour que le milieu de vie et de travail des détenus et les conditions de travail des agents soient sains, sécuritaires et exempts de pratiques portant atteinte à la dignité humaine.

[...]

**96.** Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements :

[...]

e) régissant les questions visées à l’article 70;

[...]

**97.** Sous réserve de la présente partie et de ses règlements, le commissaire peut établir des règles concernant :

a) la gestion du Service;

b) les questions énumérées à l’article 4;

Conditions de vie

Règlements

Règles d’application



(c) generally for carrying out the purposes and provisions of this Part and the regulations.

c) toute autre mesure d'application de cette partie et des règlements.

...

[...]

Commissioner's Directives

**98.** (1) The Commissioner may designate as Commissioner's Directives any or all rules made under section 97.

**98.** (1) Les règles établies en application de l'article 97 peuvent faire l'objet de directives du commissaire.

Nature

[62] I should also make reference to subsection 83(1) of the Regulations, which reads:

[62] Il convient également de citer le paragraphe 83(1) du Règlement :

**83.** (1) The Service shall, to ensure a safe and healthful penitentiary environment, ensure that all applicable federal health, safety, sanitation and fire laws are complied with in each penitentiary and that every penitentiary is inspected regularly by the persons responsible for enforcing those laws.

**83.** (1) Pour assurer un milieu pénitentiaire sain et sécuritaire, le Service doit veiller à ce que chaque pénitencier soit conforme aux exigences des lois fédérales applicables en matière de santé, de sécurité, d'hygiène et de prévention des incendies et qu'il soit inspecté régulièrement par les responsables de l'application de ces lois.

[63] I am satisfied that the Commissioner is not prohibited from issuing directives regarding matters found in section 70 simply because the Act authorizes the Governor in Council to make regulations in regard to those matters.

[63] J'estime que le simple fait que la Loi autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements régissant les questions visées à l'article 70 n'empêche pas la prise de directive à leur égard par le commissaire.

[64] First, section 70 of the Act makes it clear that it is CSC's duty to "take all reasonable steps to ensure that ... the living and working conditions of inmates and the working conditions of staff members are safe, healthful". This duty is reinforced by the wording of section 83 of the Regulations.

[64] Premièrement, l'article 70 de la Loi énonce clairement qu'il incombe au SCC de prendre « toutes mesures utiles pour que le milieu de vie et de travail des détenus et les conditions de travail des agents soient sains, sécuritaires ». Le libellé de l'article 83 du Règlement vient renforcer cette obligation.

[65] Second, limiting the Commissioner's ability to issue directives because of the Governor in Council's power to enact regulations is, in my view, inconsistent with the opening words of section 97, which make it clear that the Commissioner's power to make rules is "Subject to this Part and the regulations". In other words, while the Commissioner may make rules, the Governor in Council may make regulations in relation to the same subject matter and if it does, the regulations prevail over the rules. Given the nature of the Commissioner's duties and the broad discretion that he has been given in order to carry them out, Parliament surely did not intend to prevent the Commissioner from issuing directives by reason of section 96.

[65] Deuxièmement, il serait incompatible avec le libellé introductif de l'article 97 — lequel énonce clairement que le pouvoir du commissaire en matière de directives s'exerce « Sous réserve de la présente partie et de ses règlements » — de limiter la capacité du commissaire d'établir des directives à cause du pouvoir réglementaire du gouverneur en conseil. Autrement dit, le commissaire peut établir des règles, et le gouverneur en conseil peut prendre des règlements sur les mêmes questions; s'il le fait, ses règlements ont préséance sur les règles. Étant donné la nature des obligations du commissaire et le vaste pouvoir discrétionnaire qui lui a été dévolu pour lui permettre de s'en acquitter, il n'entrerait certainement pas dans l'intention du législateur que

[66] Third, the scheme of the Act is inconsistent with an interpretation that would limit the Commissioner's ability to issue directives. Section 96 enumerates the matters in regard to which the Governor in Council may make regulations, while the Commissioner's authority to issue directives under sections 97 and 98 is very broad. Moreover, section 96 provides the Governor in Council with the authority to enact regulations on numerous matters (paragraphs (a) to (z)). Thus, obliging the Commissioner to determine whether a proposed directive overlaps in some way with the Governor in Council's regulation-making power would make it very difficult for him to issue directives. For example, given the obvious overlap between "safety" and "security" in a penitentiary, the reference to the safety of inmates in section 70 could potentially prevent the Commissioner from issuing directives on certain matters central to the operation of correctional facilities.

[67] Lastly, I believe that it is likely that Parliament intended significant overlap between the Commissioner's power to issue directives and the Governor in Council's authority to enact regulations. The prevailing approach to resolving conflicts between legislation and subordinate legislation, which is somewhat analogous to the doctrine of federal paramountcy, in no way precludes overlap.

[68] In many administrative schemes, such overlap will be highly desirable, as instruments of administrative decision making like directives, rules and guidelines, are typically more flexible and easier to institute, revoke or change as the circumstances require: *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385, at paragraphs 90–109, particularly 106–109; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pages 38–39; see also R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), at pages 623–624. Flexibility is likely an important part of the rationale for overlapping authority in the scheme established by the Act;

l'article 96 empêche le commissaire d'établir des directives.

[66] Troisièmement, le régime établi par la Loi s'oppose à une interprétation qui restreindrait le pouvoir du directeur d'établir des directives. L'article 96 énumère ce qui peut être régi par règlement du gouverneur en conseil, alors que les articles 97 et 98 décrivent en termes très larges le pouvoir du commissaire d'établir des directives. Qui plus est, aux termes de l'article 96, le pouvoir réglementaire du gouverneur général peut s'exercer sur un large éventail de sujets (alinéas a) à z)), de sorte qu'il serait très difficile pour le commissaire d'établir des directives s'il devait déterminer chaque fois si elles touchent de quelque façon le pouvoir réglementaire du gouverneur en conseil. Par exemple, étant donné l'étendue des questions ressortissant à la sécurité dans un pénitencier, la mention d'un milieu sécuritaire pour les détenus à l'article 70 pourrait empêcher le commissaire d'établir des directives sur des points essentiels au fonctionnement d'établissements correctionnels.

[67] Je crois probable, enfin, que le chevauchement substantiel entre le pouvoir du commissaire d'établir des directives et le pouvoir réglementaire du gouverneur en conseil était voulu par le législateur. Le mécanisme auquel on recourt pour résoudre les conflits entre lois et textes de législation déléguée, qui s'apparente quelque peu à la doctrine de la prépondérance fédérale, n'interdit nullement le chevauchement.

[68] En matière administrative, il arrivera souvent que le chevauchement soit éminemment souhaitable, car les instruments du processus décisionnel administratif que sont les directives, règles et lignes directrices offrent généralement plus de souplesse et sont plus faciles à établir, révoquer ou modifier en fonction des besoins : *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385, aux paragraphes 90 à 109, en particulier les paragraphes 106 à 109; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pages 38 et 39; voir aussi R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008), aux pages 623 et 624. La

different aspects of the same matter may be better addressed by regulation or by directive.

[69] I therefore conclude that the Commissioner had the legislative authority to adopt the Directive and, more particularly, to enact a directive so as to ensure that the living and working conditions of inmates and employees were safe and healthful.

[70] I now turn to the question of whether the Directive falls within the scope of the powers given to the Commissioner and whether the measures found therein find support in the Act and in the Regulations.

[71] To begin with, it is important to recall the policy objective of the Directive which is set out at paragraph 1 thereof:

1. To enhance health and wellness by eliminating exposure to second-hand smoke at all federal correctional facilities. To achieve this objective, smoking will not be permitted indoors or outdoors within the perimeter of federal correctional facilities, including Community Correctional Centres (CCCs).

[72] Second, there is no dispute before us with regard to the danger that indoor smoking may pose to non-smokers. In fact, the respondents concede that indoor smoking may cause harm to non-smokers.

[73] Third, there can be no doubt that in enacting the first Directive, the Commissioner was attempting to prevent both inmates and employees from smoking indoors within federal correctional facilities so as to protect non-smokers. There can also be no doubt that the purpose of the Directive and, more particularly, the prohibition in respect of outdoor smoking, is an attempt by the Commissioner to prevent indoor smoking and, thus, to protect the health of non-smokers within the confines of federal correctional facilities. The stated purpose of the Directive clearly finds support in the Assistant Commissioner's recommendation of June 21,

souplesse est probablement une raison d'être importante du chevauchement de pouvoirs existant dans le régime établi par la Loi; un règlement ou une directive peuvent chacun traiter plus efficacement différents aspects d'une même question.

[69] Je conclus donc que le commissaire était légalement habilité à établir la Directive et, plus particulièrement, qu'il avait le pouvoir d'établir une directive pour veiller à ce que le milieu de vie et de travail des détenus et les conditions de travail des agents soient sains et sécuritaires.

[70] Il me faut à présent examiner si la Directive entre dans les limites des pouvoirs conférés au commissaire et si les mesures qu'elle comporte sont fondées sur la Loi et le Règlement.

[71] Il importe, en premier lieu, de rappeler l'objectif poursuivi par la Directive, lequel est énoncé au paragraphe 1 :

1. Améliorer la santé et le bien-être en éliminant l'exposition à la fumée secondaire dans tous les établissements correctionnels fédéraux. Pour atteindre cet objectif, il sera interdit de fumer à l'intérieur ainsi qu'à l'extérieur des bâtiments au sein du périmètre des établissements correctionnels fédéraux, y compris les centres correctionnels communautaires (CCC).

[72] Deuxièmement, il n'a pas été contesté devant nous que l'usage du tabac à l'intérieur peut poser un risque pour les non-fumeurs. Les intimés ont d'ailleurs reconnu que cet usage pouvait être nocif pour les non-fumeurs.

[73] Troisièmement, il ne fait aucun doute qu'en établissant la première Directive, le commissaire tentait d'empêcher tant les détenus que les employés de fumer à l'intérieur des établissements correctionnels fédéraux afin de protéger les non-fumeurs. Il est également incontestable que la Directive et, plus particulièrement, l'interdiction de fumer dehors, vise à empêcher que les gens fument à l'intérieur et, ainsi, à protéger la santé des non-fumeurs dans les établissements correctionnels. L'objectif déclaré de la Directive est clairement étayé par la recommandation en date du 21 juin 2007 du commissaire adjoint, dans laquelle celui-ci explique

2007, which explains why the first Directive was enacted, i.e.: “This policy was developed in response to the expanding body of scientific evidence demonstrating the potential harmful effects of second-hand smoke and the increasing concern about exposure by employees, offenders and other individuals inside federal penitentiaries” (appeal book, Vol. 2, page 328). The Assistant Commissioner’s recommendation also explains why the first Directive was not successful in meeting its objective. More particularly, the recommendation sets out the number of reported infractions to the indoor smoking ban, outlining the ways and means taken by inmates to smuggle cigarettes into the correctional facilities and the fabrication of smoking devices to replace matches and lighters which CSC had either removed or confiscated.

[74] In making the case to the Commissioner for the adoption of a total smoking ban, the Assistant Commissioner speaks to the advantages of such a policy and points out that exposure to second-hand smoke would be eliminated within all federal correctional facilities (appeal book, Vol. 2, page 343).

[75] I am therefore satisfied that the Commissioner’s Directive clearly falls within the ambit of paragraph 97(c) of the Act in that it purports to take steps to ensure that the living and working conditions of inmates and employees of CSC are safe and healthful. Thus, the Directive falls within the scope of the powers given to the Commissioner under the Act and the Regulations.

[76] This conclusion, in my view, is sufficient to dispose of the question of the *vires* of the Directive. As Strayer J.A. stated in *Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595 (C.A.), at page 602:

It goes without saying that it is not for a court to determine the wisdom of delegated legislation or to assess its validity on the basis of the court’s policy preferences. The essential question for the court always is: does the statutory grant of authority permit this particular delegated legislation? [Footnote omitted.]

pourquoi la première Directive a été prise : « Cette politique a été élaborée en réponse au corpus croissant de preuves scientifiques démontrant la nocivité potentielle de la fumée secondaire et aux craintes de plus en plus sérieuses au sujet de l’exposition continue des employés, délinquants et autres personnes à la fumée secondaire à l’intérieur des pénitenciers fédéraux » (dossier d’appel, vol. 2, page 328). Cette recommandation explique également pourquoi la première Directive n’a pas permis d’atteindre l’objectif qu’elle poursuivait. Elle indique, en particulier, le nombre d’infractions à l’interdiction de fumer à l’intérieur qui ont été signalées, et elle décrit les moyens pris par les détenus pour introduire des cigarettes en contrebande dans les établissements correctionnels ainsi que les instruments qu’ils ont fabriqués pour remplacer les allumettes et les briquets supprimés ou confisqués par le SCC.

[74] En présentant les arguments militant en faveur d’une interdiction totale de fumer, le commissaire adjoint mentionne les avantages d’une telle politique et fait valoir qu’on éliminerait ainsi toute exposition à la fumée secondaire au sein de tous les établissements correctionnels fédéraux (dossier d’appel, vol. 2, page 343).

[75] Je suis donc convaincu que la Directive est clairement de celles qui peuvent être établies en vertu de l’alinéa 97c) de la Loi, en tant que ses dispositions ont pour but que le milieu de vie et de travail des détenus et les conditions de travail des employés du SCC soient sains et sécuritaires. Elle entre donc dans les limites des pouvoirs conférés au commissaire par la Loi et le Règlement.

[76] Cette conclusion suffit, à mon avis, à trancher la question de la légalité de la Directive. Comme le juge Strayer l’a indiqué dans l’arrêt *Jafari c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595 (C.A.), à la page 602 :

Il va sans dire qu’il n’appartient pas à un tribunal de juger de la sagesse de la législation par délégation ni d’en apprécier la validité en se fondant sur ses préférences en matière de politique. La question essentielle que doit toujours se poser le tribunal est la suivante : le pouvoir conféré par la loi permet-il cette législation par délégation particulière? [Note de bas de page omise.]

[77] The answer to the question posed by Strayer J.A. in the present appeal is clearly an affirmative one.

[78] Echoing the point of view expressed by Strayer J.A. in *Jafari*, above, which he quoted with approval, Noël J.A., in *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136, made the following remarks at paragraph 57:

Understanding precisely what is in issue in a judicial review application is important when it comes time to determine the standard of review as well as the scope of the review that can be conducted by the Court. An attack aimed at the vires of a regulation involves the narrow question of whether the conditions precedent set out by Parliament for the exercise of the delegated authority are present at the time of the promulgation, an issue that invariably calls for a standard of correctness. As was stated by this Court in *Sunshine Village Corp. v. Canada (Parks)*, [2004] 3 F.C.R. 600, at paragraph 10:

Reviewing whether subordinate legislation is authorized by its enabling statute does not require application of the pragmatic and functional approach. Rather, the *vires* of subordinate legislation is always to be reviewed on a correctness standard. See, for analogous circumstances in respect of municipal by-law: *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, at paragraph 5. [Emphasis added.]

[79] As is made clear by Noël J.A. in the above passage, the question pertaining to the *vires* of delegated legislation must be reviewed on a standard of correctness. Consequently, I am of the view that the Judge erred in declaring the Directive invalid.

[80] The Judge's role was to determine whether the statutory grant of authority given to the Commissioner allowed him to adopt the Directive. However, the Judge did not see his role as so limited and proceeded to determine *de novo* whether the outdoor smoking ban was justified in the circumstances. In this regard, I refer particularly to his reasons at paragraphs 27, 28, 33 and 34, where, in effect, the Judge appears to have substituted his view to that of the Commissioner as to whether a total ban on smoking should be implemented in federal correctional facilities. For example, at paragraph 28 of

[77] En l'espèce, cette question du juge Strayer appelle clairement une réponse affirmative.

[78] Dans l'arrêt *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136, le juge Noël a réitéré la position exposée par le juge Strayer dans l'arrêt *Jafari*, précité, qu'il a cité en l'approuvant et en ajoutant le commentaire suivant au paragraphe 57 :

Il importe de bien comprendre ce qui est en litige dans une demande de contrôle judiciaire lorsque vient le temps de déterminer la norme de contrôle qui s'applique et la portée du contrôle qui peut être effectué par le tribunal. La contestation de la légalité d'un règlement soulève la question précise de savoir si les conditions préalables à l'exercice du pouvoir délégué qui ont été énoncées par le législateur existent au moment où le règlement est pris, une question qui est invariablement assujettie à la norme de la décision correcte. Comme la Cour l'a affirmé dans *Sunshine Village Corp. c. Canada (Parcs)*, [2004] 3 R.C.F. 600, au paragraphe 10 :

L'analyse qui consiste à se demander si un texte réglementaire est autorisé par sa loi habilitante ne requiert pas l'application de l'approche pragmatique et fonctionnelle. La validité d'un texte réglementaire doit plutôt être toujours examinée selon la norme de la décision correcte. Pour une situation analogue se rapportant aux règlements municipaux, voir l'arrêt *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, au paragraphe 5. [Je souligne.]

[79] Il ressort clairement de ce passage des motifs du juge Noël que la question de la légalité de la législation déléguée s'examine suivant la norme de la décision correcte. Il s'ensuit qu'en déclarant la Directive invalide le juge a selon moi commis une erreur.

[80] Son rôle consistait à examiner si le pouvoir conféré au commissaire permettait à celui-ci d'adopter la Directive, mais il est sorti des limites de ce rôle et a procédé à une appréciation *de novo* de la justification dans les circonstances de la mesure instituant l'interdiction de fumer à l'extérieur. Je me reporte à cet égard aux paragraphes 27, 28, 33 et 34 de ses motifs, où il appert qu'il a en fait substitué son opinion à celle du commissaire au sujet de l'opportunité d'instituer une interdiction totale de fumer dans les établissements correctionnels fédéraux. Au paragraphe 28, par exemple, il exprime l'opinion

his reasons, the Judge indicates that in his opinion, the total ban on smoking will result in the adoption of additional “control measures” and that he has doubts as to the effectiveness of these measures. As Strayer J.A. made clear in *Jafari*, above, at page 602, it is not open to “a court to determine the wisdom of delegated legislation or to assess its validity on the basis of the court’s policy preferences.”

[81] In the end, it was the Commissioner’s duty to determine what steps were necessary to ensure the health and safety of those living and working in federal correctional facilities. After a careful review of the situation, the Commissioner determined that a total ban on smoking was the appropriate measure to “enhance health and wellness by eliminating exposure to second-hand smoke at all federal correctional facilities.” Consequently, the Judge ought not to have intervened.

#### Disposition

[82] For these reasons, I would therefore allow the appeal with costs, I would set aside the judgment of the Federal Court and, rendering the decision it ought to have rendered, I would dismiss the application for judicial review with costs.

PELLETIER J.A.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

que l’interdiction totale entraînera l’adoption de « mesures de contrôle », dont il met en doute l’efficacité. Or, comme le juge Strayer l’a clairement indiqué à la page 602 de l’arrêt *Jafari*, précité, il n’appartient pas « à un tribunal de juger de la sagesse de la législation par délégation ni d’en apprécier la validité en se fondant sur ses préférences en matière de politique ».

[81] En définitive, c’est au commissaire qu’il revenait de déterminer quelles mesures étaient nécessaires pour protéger la santé et la sécurité de ceux qui vivaient et qui travaillaient dans les établissements correctionnels fédéraux. Après un examen fouillé de la situation, le commissaire a estimé qu’il convenait d’appliquer une interdiction totale pour « [a]méliorer la santé et le bien-être en éliminant l’exposition à la fumée secondaire dans tous les établissements correctionnels fédéraux. » Par conséquent, le juge n’aurait pas dû intervenir.

#### Dispositif

[82] Pour ces motifs, j’accueillerais l’appel avec dépens, j’annulerais le jugement de la Cour fédérale et, rendant la décision qui aurait dû être rendue, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire avec dépens.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je suis d’accord.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d’accord.

IMM-249-08  
2010 FC 716

IMM-249-08  
2010 CF 716

**Fereidoun Ghasemzadeh** (*Applicant*)

**Fereidoun Ghasemzadeh** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(*défendeur*)

**INDEXED AS: GHASEMZADEH v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : GHASEMZADEH c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Lemieux J.—Ottawa, January 27 and June 30, 2010.

Cour fédérale, juge Lemieux—Ottawa, 27 janvier et 30 juin 2010.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of decision by immigration official (counsellor) determining that applicant, Iranian, inadmissible on basis of misrepresentation pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 40(1)(a) — Applicant refusing to answer questions regarding work on classified military projects in Iran — Counsellor finding applicant uncooperative, determining that misrepresentation could have resulted in inaccurate assessment of applicant's inadmissibility — Issues whether counsellor breaching applicant's right to procedural fairness; erring in applying s. 40(1)(a) — Counsellor not breaching procedural fairness in not providing further interview to applicant — Counsellor basing decision on misrepresentation, not on unfavourable credibility assessment of applicant — Reasonable explanation for refusing to answer questions not changing fact that applicant withholding information for purposes of s. 40(1)(a) — Counsellor reasoning that withholding answers related to applicant's work could have resulted in inaccurate assessment of inadmissibility — Omission to cite ground of inadmissibility not constituting error — Refusing to disclose employment activities foreclosing, averting further inquiries, could have induced error in determination of applicant's inadmissibility — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un fonctionnaire de l'immigration (le conseiller) a conclu que le demandeur, de nationalité iranienne, est interdit de territoire pour fausses déclarations en application de l'art. 40(1)a de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le demandeur avait refusé de répondre à des questions à propos du travail qu'il effectuait dans le cadre de projets militaires classifiés en Iran — Le conseiller avait conclu que le demandeur était peu coopératif et avait estimé que les fausses déclarations auraient pu mener à une évaluation inexacte de l'interdiction de territoire du demandeur — Il s'agissait de savoir si le conseiller avait manqué à l'équité procédurale envers le demandeur et s'il avait commis une erreur dans l'application de l'art. 40(1)a — En ne convoquant pas une nouvelle fois le demandeur, le conseiller n'avait pas manqué à l'équité procédurale envers lui — La décision du conseiller était fondée sur les fausses déclarations, pas sur une évaluation défavorable de la crédibilité du demandeur — Une explication raisonnable censée justifier un refus de répondre aux questions ne change pas le fait que le demandeur avait refusé de communiquer des renseignements pour l'application de l'art. 40(1)a — Le conseiller avait conclu que les refus du demandeur de communiquer des renseignements au sujet de ses activités auraient pu conduire à une évaluation inexacte de l'interdiction de territoire — L'omission d'indiquer le motif de l'interdiction de territoire ne constituait pas une erreur — Le fait de refuser de révéler ce qu'étaient les activités exercées dans le cadre de l'emploi avait exclu ou écarté d'autres enquêtes et risquait d'entraîner une erreur sur la question de savoir si le demandeur était ou non interdit de territoire — Demande rejetée.*

This was an application for judicial review of a decision by an immigration official (the counsellor) determining that the applicant is inadmissible to Canada as a permanent

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un fonctionnaire de l'immigration (le conseiller) a conclu que le demandeur est interdit de territoire

resident on the basis of misrepresentation, pursuant to paragraph 40(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA).

The applicant, a citizen of Iran, refused to answer questions during interviews with Canadian Security Intelligence Service agents and a visa officer regarding his work with the Iranian Defense Industries Organization (DIO). The applicant indicated, *inter alia*, that he had worked on classified projects but refused to provide any details of actual work on those projects. The counsellor found in the applicant's refusals to disclose a pattern of non-cooperation, and determined that the misrepresentation or withholding of material facts could have induced errors in the administration of IRPA because they could have resulted in an inaccurate assessment of the applicant's inadmissibility.

At issue was whether the counsellor breached the applicant's right to procedural fairness in making his decision without interviewing the applicant, and whether the counsellor erred in applying paragraph 40(1)(a) such that there was no finding of materiality of the withholding of information.

*Held*, the application should be dismissed.

The counsellor did not breach procedural fairness in not providing a further interview to the applicant. It was clear in a previous interview with a visa officer that the applicant was aware that his refusal to answer questions was a concern. The counsellor was not persuaded by the applicant's explanation for his past and present refusals to answer. This did not cause the counsellor's decision to be couched in an unfavourable credibility assessment of the applicant. The counsellor's decision was based rather on the fact of misrepresentation. A reasonable explanation for refusing to answer questions does not change the fact that the applicant withheld information.

The applicant's refusal to answer questions regarding past employment activities constituted a withholding of information for the purposes of paragraph 40(1)(a). While the materiality of the answers to those questions cannot be assessed, the scope of the inquiry can be assessed. In refusing the applicant's permanent residence application, the counsellor reasoned that the withholding of answers related to the applicant's work at DIO could have resulted in an inaccurate assessment of his inadmissibility. While the counsellor did not cite the specific ground of inadmissibility,

au Canada à titre de résident permanent pour fausses déclarations en application de l'alinéa 40(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR).

Le demandeur, de nationalité iranienne, avait refusé de répondre à des questions durant des entrevues avec des agents du Service canadien du renseignement de sécurité et avec un agent des visas à propos de son travail auprès de l'Organisation iranienne des industries de défense (OID). Le demandeur avait notamment déclaré qu'il avait travaillé à des projets classifiés, mais il avait refusé de donner le détail des travaux qu'il effectuait dans le cadre de ceux-ci. Le conseiller a conclu que les refus du demandeur de communiquer des renseignements attestaient un refus systématique de coopérer et avait estimé que les fausses déclarations ou les réticences sur les faits importants risquaient d'entraîner une erreur dans l'application de la LIPR parce qu'elles auraient pu conduire à une évaluation inexacte de l'interdiction de territoire du demandeur.

Les questions litigieuses étaient celles de savoir si le conseiller a manqué à l'équité procédurale envers le demandeur parce qu'il a rendu sa décision sans avoir convoqué le demandeur et si le conseiller a commis une erreur dans l'application de l'alinéa 40(1)a) de telle sorte qu'il n'y a pas eu de conclusion sur l'importance des faits dissimulés.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

En ne convoquant pas une nouvelle fois le demandeur, le conseiller n'a pas manqué à l'équité procédurale envers lui. Il ressortait clairement d'une entrevue antérieure avec un agent des visas que le demandeur savait parfaitement que son refus de répondre aux questions était un sujet d'inquiétude. Le conseiller n'a pas été persuadé par l'explication donnée par le demandeur pour justifier ses refus passés et actuels de répondre aux questions. La décision du conseiller n'était pas, de ce fait, fondée sur une évaluation défavorable de la crédibilité du demandeur. La décision du conseiller reposait plutôt sur les fausses déclarations. Une explication raisonnable censée justifier un refus de répondre ne change pas le fait que le demandeur avait refusé de communiquer des renseignements.

Le refus du demandeur de répondre à des questions sur les activités qu'il avait exercées dans le cadre de son emploi antérieur constituait une réticence au sens de l'alinéa 40(1)a). Même si l'importance des réponses à ces questions ne peut pas être mesurée, le champ de l'enquête peut l'être. En refusant la demande de résidence permanente du demandeur, le conseiller a expliqué que les réticences du demandeur sur son travail à l'OID risquaient de conduire à une évaluation inexacte de son interdiction de territoire. Bien que le conseiller n'ait pas indiqué le motif précis de l'interdiction de



this omission did not constitute an error because the totality of the facts led to the conclusion that the applicant knew that he was a security concern. The materiality of the questions regarding the applicant's activities at DIO were without doubt. Refusing to disclose employment activities foreclosed or averted further inquiries and could have induced an error in the determination of the applicant's inadmissibility under IRPA.

territoire, cette omission ne constituait pas une erreur parce que la totalité des faits conduisait à la conclusion que le demandeur savait qu'il suscitait une inquiétude du point de vue de la sécurité. L'importance des questions touchant les activités du demandeur à l'OID ne faisait aucun doute. Le fait de refuser de révéler ce qu'étaient ces activités avait exclu ou écarté d'autres enquêtes et risquait d'entraîner une erreur sur la question de savoir si le demandeur était ou non interdit de territoire selon la LIPR.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).  
*Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1), r. 22 (as am. by SOR/2002-232, s. 11).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(f)(iii)(A) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 11, 16(1), 34, 36 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 3), 38, 40, 87 (as am. *idem*, s. 4).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Biao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 43, 278 N.R. 36.

##### DISTINGUISHED:

*Mukamutara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 451; *Ali v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 166; *Sinnaiah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1576, 43 Imm. L.R. (3d) 269; *Baseer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1005, 256 F.T.R. 318; *Walia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 486.

##### CONSIDERED:

*Bellido v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 452; *Baro v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1299; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Koo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 931, [2009] 3 F.C.R. 446, 74 Imm. L.R. (3d) 99; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1(4)(d) (édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(f)(iii)(A) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 11, 16(1), 34, 36 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 3), 38, 40, 87 (mod., *idem*, art. 4).  
*Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1), règle 22 (mod. par DORS/2002-232, art. 11).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Biao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 43.

##### DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Mukamutara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 451; *Ali c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 166; *Sinnaiah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1576; *Baseer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1005; *Walia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 486.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Bellido c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 452; *Baro c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1299; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Koo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 931, [2009] 3 R.C.F. 446; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2

(4th) 1; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289, 2 Admin. L.R. (2d) 125; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, (1991), 84 D.L.R. (4th) 438, 67 C.C.C. (3d) 1.

## REFERRED TO:

*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231, [1989] 3 W.W.R. 97; *Zhang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1313, 281 F.T.R. 35; *Medel v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 345, (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 274, 113 N.R. 1 (C.A.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 152; *Mugu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 384, 79 Imm. L.R. (3d) 64; *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*, [1974] S.C.R. 875, (1972), 26 D.L.R. (3d) 216; *Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 3 F.C. 299, (1997), 130 F.T.R. 294 (T.D.).

APPLICATION for judicial review of a decision by an immigration official determining that the applicant is inadmissible to Canada as a permanent resident on the basis of misrepresentation, pursuant to paragraph 40(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Barbara L. Jackman* for applicant.  
*Jamie R. D. Todd* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

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

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

[1] LEMIEUX J.: Mr. Fereidoun Ghasemzadeh (the applicant) is an industrial engineer and a citizen of Iran who applied to immigrate to Canada in 1996. He has refused to answer questions asked of him during interviews with Canadian Security Intelligence Service (CSIS)

R.C.S. 817; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Zhang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1313; *Medel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 345 (C.A.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Mugu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 384; *Boulis c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, [1974] R.C.S. 875; *Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 3 C.F. 299 (1<sup>re</sup> inst.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un fonctionnaire de l'immigration a conclu que le demandeur est interdit de territoire au Canada à titre de résident permanent pour fausses déclarations en application de l'alinéa 40(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Barbara L. Jackman* pour le demandeur.  
*Jamie R. D. Todd* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Jackman & 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 rendus par*

[1] LE JUGE LEMIEUX : M. Fereidoun Ghasemzadeh (le demandeur) est un ingénieur industriel de nationalité iranienne qui a demandé à immigrer au Canada en 1996. Il a refusé de répondre à des questions qui lui ont été posées durant des entrevues, avec des agents du Service

agents and a Canadian visa officer regarding projects he worked on as an employee with the Iranian Defense Industries Organization (DIO) from 1982–1989 as part of his compulsory military obligations as a citizen of Iran. Michel Dupuis, Counsellor and Operations Manager of Immigration at the Canadian Embassy in Damascus, Syria (counsellor Dupuis), determined that the applicant was inadmissible to Canada on the basis of misrepresentation, pursuant to paragraph 40(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). The applicant seeks to quash by way of this application for judicial review this decision made on November 29, 2007.

[2] The decision was communicated to the applicant by way of letter, dated November 29, 2007 and the reasons consist of both the Computer Assisted Immigration Processing System (CAIPS) notes and the information supplied in the letter.

[3] The core reason expressed by counsellor Dupuis for refusing the applicant is succinctly expressed in the CAIPS note which he wrote on November 29, 2007 after reviewing the file. I reproduce his entire entry into the CAIPS notes:

I have reviewed the file and the case notes.

It is clear to me that the applicant has provided misleading information or that he was withholding information during various interviews [sic].

In 1997 he refused to provide information which was specifically requested. [T]his information concerning with whom he was working and the purpose [sic] of trips to several countries was important information to assess eligibility [sic] and admissibility (the hiding of information by an applicant makes it very hard [sic] if not impossible to make a determination if an applicant is inadmissible or not.

In 1998 the applicant admitted the fact that he was withholding information and he provided some explanation about fear of reprisal etc. The interview was held in a safe place (in 1998 in the USA) I see no reason why the applicant would categorically refuse to talk about his work at the Iranian Defense Industries. This was covering a period of 7 years enough to have a serious impact on his eligibility or his admissibility.

canadien du renseignement de sécurité (SCRS) et avec un agent canadien des visas, à propos de projets sur lesquels il avait travaillé de 1982 à 1989 à titre d'employé de l'Organisation iranienne des industries de défense (OID), dans le cadre de ses obligations militaires en tant que citoyen iranien. M. Michel Dupuis, conseiller et gestionnaire des opérations en matière d'immigration à l'ambassade du Canada à Damas, en Syrie (le conseiller Dupuis), a conclu que le demandeur était interdit de territoire pour fausses déclarations, en application de l'alinéa 40(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Le demandeur voudrait faire annuler, par la présente demande de contrôle judiciaire, cette décision du conseiller Dupuis datée du 29 novembre 2007.

[2] La décision a été communiquée au demandeur par lettre datée du 29 novembre 2007, et les motifs comprennent à la fois les notes du Système de traitement informatisé des dossiers d'immigration (STIDI) et les renseignements fournis dans la lettre.

[3] Le motif principal donné par le conseiller Dupuis pour refuser le demandeur est exposé succinctement dans les notes du STIDI qu'il a rédigées le 29 novembre 2007 après examen du dossier. Je reproduis intégralement la mention qu'il a insérée dans les notes du STIDI :

[TRADUCTION] J'ai examiné le dossier et les notes du cas.

Il m'apparaît clairement que le demandeur a fourni des renseignements trompeurs ou qu'il a refusé de communiquer des renseignements durant diverses entrevues.

En 1997, il a refusé de fournir des renseignements qui lui étaient explicitement demandés. On voulait savoir avec qui il avait travaillé et les raisons pour lesquelles il s'était rendu dans divers pays. Il s'agissait de renseignements importants pour l'évaluation de son admissibilité (lorsqu'un candidat à l'immigration dissimule des renseignements, il devient très difficile, sinon impossible, de dire s'il est ou non interdit de territoire).

En 1998, le demandeur a admis qu'il dissimulait des renseignements, et l'explication qu'il a donnée était notamment qu'il craignait des représailles. L'entrevue s'était déroulée dans un lieu sécuritaire (en 1998, aux États-Unis), et je ne vois pas pourquoi le demandeur refuserait catégoriquement de parler de son travail à l'Organisation des industries iraniennes de défense. Il s'agissait d'une période de sept ans, donc

However despite specific request [*sic*] the applicant refused and is still refusing to provide any information concerning his 7 years there. The question is: is the applicant admissible or not? It is impossible to be certain because the applicant decided to hide information from us despite several requests. The applicant was given ample opportunities to address our concerns and to provide the required information.

The applicant choose [*sic*] to withheld information from us: the applicant had several opportunities over the course of 10 years to provide the required information so that we can make a decision on his admissibility.

[I]n my opinion the applicant is withholding material information that are [*sic*] necessary to make a decision on his applicant [*sic*]; accepting the applicant on the basis of the informaiton [*sic*] provided (and on the basis of missing important information) could have indiced [*sic*] an error in the administration of IRPA in that it is possible that the applicant is inadmissible.

For that [*sic*] reasons I am refusing this applicant as per Section 40(1)(a) of the Act and the applicant is inadmissible for 2 years as per subsection (1).

[A]pplication refused.

[4] It has been more than two years since the applicant was notified by counsellor Dupuis that his application for permanent residence had been refused. The issue of mootness was not discussed by either party in their respective submissions but raised by the Court. However, counsel were in agreement when considering this issue for the first time at the hearing there remains a live issue underlying this application and that I should exercise my discretion and hear the case (*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342). I agreed.

[5] Subsection 40(1) of IRPA reads:

Misrepresentation      **40. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible for misrepresentation**

**(a) for directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to**

suffisante pour qu'elle ait une sérieuse incidence sur son admissibilité. Cependant, bien qu'on l'en ait prié, le demandeur a refusé et il refuse encore de fournir des renseignements concernant les sept années qu'il a passées dans cette organisation. La question est la suivante : le demandeur est-il ou non admissible? Il est impossible d'en être sûr parce qu'il a décidé de nous dissimuler des renseignements bien qu'on l'ait invité à plusieurs reprises à les communiquer. Le demandeur a eu amplement l'occasion de dissiper nos inquiétudes et de fournir les renseignements exigés.

Le demandeur a choisi de refuser de nous communiquer des renseignements : sur une période de dix ans, il a maintes fois été à même de fournir les renseignements nécessaires pour que l'on puisse décider de son admissibilité.

À mon avis, le demandeur se refuse à communiquer des renseignements importants qui sont nécessaires pour une décision concernant son admissibilité; accepter le demandeur sur la foi des renseignements fournis (et sur la foi de renseignements importants manquants) aurait pu entraîner une erreur dans l'application de la LIPR, étant donné qu'il est possible qu'il soit interdit de territoire.

Pour ces motifs, je refuse ce candidat en application de l'alinéa 40(1)a) de la Loi, et le candidat est interdit de territoire durant deux ans en application du paragraphe (1).

Demande refusée.

[4] Plus de deux ans se sont écoulés depuis que le demandeur a été informé par le conseiller Dupuis que sa demande de résidence permanente avait été refusée. La question du caractère théorique de l'instance n'a pas été évoquée par les parties dans leurs conclusions respectives, mais elle a été soulevée par la Cour. Cependant, examinant ce point pour la première fois à l'audience, les avocats se sont accordés pour dire qu'il subsiste un litige actuel à la base de cette demande et que je devrais exercer mon pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire (arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342). J'ai souscrit à leur avis.

[5] Le paragraphe 40(1) de la LIPR est ainsi libellé :

**40. (1) Emportent interdiction de territoire pour fausses déclarations les faits suivants :**

Fausse déclarations

**a) directement ou indirectement, faire une présentation erronée sur un fait important quant**

relevant matter that induces or could induce an error in the administration of this Act:

(b) for being or having been sponsored by a person who is determined to be inadmissible for misrepresentation;

(c) on a final determination to vacate a decision to allow the claim for refugee protection by the permanent resident or the foreign national; or

(d) on ceasing to be a citizen under paragraph 10(1)(a) of the *Citizenship Act*, in the circumstances set out in subsection 10(2) of that Act. [Emphasis added.]

à un objet pertinent, ou une réticence sur ce fait, ce qui entraîne ou risque d'entraîner une erreur dans l'application de la présente loi:

b) être ou avoir été parrainé par un répondant dont il a été statué qu'il est interdit de territoire pour fausses déclarations;

c) l'annulation en dernier ressort de la décision ayant accueilli la demande d'asile;

d) la perte de la citoyenneté au titre de l'alinéa 10(1)a) de la *Loi sur la citoyenneté* dans le cas visé au paragraphe 10(2) de cette loi. [Non souligné dans l'original.]

[6] The following is a summary of the factual context in which the questions referred by counsellor Dupuis arise:

- In 1982, the applicant obtained a Bachelor of Science degree.
- From 1982 to 1989 Mr. Ghasemzadeh performed his military obligations working at the Defense Industries Organization (DIO). During this time he worked with the then Iranian president's son, Mohsein Rafsanjani (Mohsein).
- In 1989, with two other colleagues he established a management consulting company under the name Nazmiran which is still operating today.
- From 1989 to 1993 he was employed at the Special Investigation Office (SIO) attached to the office of the President of Iran. At the time the applicant joined SIO, Mohsein Rafsanjani was the head of the unit.
- From 1993 to 1998 he studied in Canada at McMaster University in Hamilton earning his PhD in Information Systems. Mohsein played a part in obtaining a state scholarship for him. He introduced the applicant to Iran's ambassador to Canada whom the applicant visited in Ottawa.

[6] Ce qui suit est un résumé du contexte factuel dans lequel se posent les questions évoquées par le conseiller Dupuis :

- en 1982, le demandeur a obtenu un baccalauréat en sciences;
- de 1982 à 1989, il a accompli ses obligations militaires à l'Organisation des industries de défense (OID). Durant cette période, il travaillait avec le fils du président iranien de l'époque, Mohsein Rafsanjani (Mohsein);
- en 1989, avec deux autres collègues, il a établi une société de conseil en gestion sous la raison sociale Nazmiran, qui exerce toujours ses activités;
- de 1989 à 1993, il a travaillé à l'Unité des enquêtes spéciales (UES), rattachée au cabinet du président iranien. Lorsque le demandeur s'est joint à l'UES, Mohsein Rafsanjani en était le chef;
- de 1993 à 1998, il a étudié au Canada, à l'université McMaster de Hamilton, où il a obtenu un doctorat en systèmes d'information. Mohsein était intervenu pour lui faire obtenir une bourse d'études. Il avait présenté le demandeur à l'ambassadeur d'Iran au Canada, à qui le demandeur a rendu visite à Ottawa;

• From 1998 he was CEO and Project Manager of Afranet Company, a company in which the Iranian Development and Reconstruction Organization has a 40% interest, the remainder of the interest being held by the applicant, his family and two other co-founders. This company provides Internet, e-commerce and voice-over services.

• Since 1998, Mr. Ghasemzadeh has been a Professor at Sharif University of Technology teaching courses on electronic commerce and business models and decision support systems.

[7] Counsellor Dupuis did not interview the applicant. In his decision, he identifies two subject-matters which the applicant refused to disclose at the first interview with a CSIS officer on October 1, 1997 (hereinafter, the “1997 interview”) in Buffalo, New York, U.S.A.:

(1) The identities of three colleagues at Nazmiran Company; and

(2) Details regarding the purpose of official trips to China, France and Spain in 1989 related to the applicant’s employment at the SIO.

[8] The applicant was again interviewed by a CSIS officer on August 13, 1998 (hereinafter, the “1998 interview”) in Buffalo, New York, U.S.A. and on May 28, 2006 (hereinafter, the “2006 interview”) in Damascus, Syria. The notes of those interviews indicate Mr. Ghasemzadeh refused to provide answers on details relating to employment at the Iranian DIO from 1982 to 1989.

[9] During the 2006 interview, the applicant provided all the previously withheld information on subject-matters (1) and (2) and provided explanations for why he had not disclosed. Despite his ultimate disclosure, counsellor Dupuis relies on the previous refusals as indicative of a “pattern of non-cooperation”. Ultimately, he determined that the “misrepresentation or withholding of the above-cited material facts could have induced errors in the administration of the Act because they

• depuis 1998, il était président-directeur général et gestionnaire de projet de Afranet Company, une société dans laquelle l’Organisation iranienne pour le développement et la reconstruction détient une participation de 40 p. 100, le reste étant détenu par le demandeur, sa famille et deux autres cofondateurs. Cette société fournit des services Internet, des services de commerce électronique et des services de voix hors champ.

• Depuis 1998, le demandeur est professeur à l’université Sharif de technologie, où il enseigne le commerce électronique et les modèles d’affaires ainsi que les systèmes d’aide à la décision.

[7] Le conseiller Dupuis n’a pas rencontré le demandeur en entrevue. Dans sa décision, il indique deux choses à propos desquelles le demandeur a refusé de s’exprimer lors de la première entrevue avec un agent du SCRS le 1<sup>er</sup> octobre 1997 (ci-après l’entrevue de 1997), à Buffalo, État de New York, États-Unis :

1) les identités de trois collègues à la société Nazmiran;

2) les détails concernant l’objet de voyages officiels en Chine, en France et en Espagne en 1989, alors que le demandeur travaillait pour l’UES.

[8] Le demandeur a été convoqué à nouveau par un agent du SCRS le 13 août 1998 (ci-après l’entrevue de 1998), à Buffalo, État de New York, États-Unis, ainsi que le 28 mai 2006 (ci-après l’entrevue de 2006), à Damas, en Syrie. Les notes consignées durant ces entretiens montrent qu’il a refusé de donner des détails sur l’emploi qu’il avait occupé à l’OID iranienne de 1982 à 1989.

[9] Durant l’entrevue de 2006, le demandeur a fourni tous les renseignements qu’il avait auparavant refusé de donner sur les questions 1) et 2), et il a expliqué pourquoi il ne les avait pas communiqués. Bien que le demandeur les ait finalement communiquées, le conseiller Dupuis se fonde sur les refus antérieurs, qui, selon lui attestent un [TRADUCTION] « refus systématique de coopérer ». En dernière analyse, il a estimé que [TRADUCTION] « les fausses déclarations ou les réticences

could have resulted in an inaccurate assessment of [Mr. Ghasemzadeh's] inadmissibility under Division 4 of Part 1 of the Act" [emphasis added].

[10] Counsellor Dupuis was not cross-examined on his affidavit filed in support of the respondent's position. He asserts that his decision was based on his review of the CAIPS notes and particularly those of the May 28, 2006 interview which he says shows:

... the Applicant was informed that his unwillingness to answer questions about his previous work and partners was part of the problem in why a decision could not be made in his application. The Applicant's repeated refusal to answer questions made it impossible to determine whether the Applicant was admissible to Canada and it is still the case today.

...

Our office has been unable to more fully probe the nature of the Applicant's work with the DIO because he has repeatedly refused and continues to refuse to answer questions on the nature of his work. In my opinion, such a denial does not rule out the Applicant's involvement in other matters that could affect Canada's security.

...

The Applicant had been interviewed five times and he was told that he must answer all questions put to him. When the file was given to me for decision, I found that I had enough information on file to render a decision and it was not necessary to convoke the Applicant for a sixth interview in order to tease out answers that he had refused to provide in the past. It was my conclusions that there was ample evidence in the Applicant's file to determine that the Applicant was withholding material facts relating to a relevant matter. [Emphasis added.]

#### I. The Legal Framework for Section 40

[11] Throughout the immigration process, the onus is on the applicant to show that he meets the requirements of IRPA. Subsection 16(1) of IRPA imposes a duty on

sur les faits importants susmentionnés risquaient d'entraîner une erreur dans l'application de la Loi parce qu'elles auraient pu conduire à une évaluation inexacte de l'interdiction de territoire [de M. Ghasemzadeh] selon la section 4 de la partie 1 de la Loi » [non souligné dans l'original].

[10] Le conseiller Dupuis n'a pas été contre-interrogé sur son affidavit déposé au soutien de la position du défendeur. Il affirme que sa décision était fondée sur son examen des notes du STIDI et en particulier celles de l'entrevue du 28 mai 2006, entrevue qui, selon lui, montre que :

[TRADUCTION] [...] le demandeur a été informé que son refus de répondre aux questions portant sur son travail antérieur et sur ses collègues expliquait en partie pourquoi il était impossible de prendre une décision concernant sa demande. Le refus répété du demandeur de répondre aux questions faisait qu'il était impossible de dire si le demandeur était admissible au Canada, et c'est encore le cas aujourd'hui.

[...]

Notre bureau n'a pas été en mesure d'examiner plus en détail la nature du travail que faisait le demandeur à l'OID, parce qu'il a toujours refusé, et continue de refuser, de répondre aux questions sur la nature de son travail. À mon avis, un tel refus n'exclut pas que le demandeur ait pu jouer un rôle dans d'autres affaires susceptibles de compromettre la sécurité du Canada.

[...]

Le demandeur avait été convoqué cinq fois et on lui a dit qu'il devait répondre à toutes les questions qui lui étaient posées. Lorsque le dossier m'a été remis pour qu'une décision soit prise, j'ai trouvé que j'en savais suffisamment pour prendre une décision et qu'il n'était pas nécessaire de convoquer le demandeur une sixième fois pour obtenir des réponses qu'il avait refusées de donner jusque-là. Selon moi, le dossier du demandeur montrait amplement qu'il était réticent sur un fait important quant à un objet pertinent. [Non souligné dans l'original.]

#### I. Le cadre juridique de l'article 40

[11] Tout au long du processus d'immigration, c'est au demandeur qu'il appartient de démontrer qu'il remplit les conditions de la LIPR. Le paragraphe 16(1)

the applicant to answer truthfully all questions asked during an examination. A visa may be issued if, following an examination, an officer is satisfied that a foreign national is not inadmissible and meets the requirements of IRPA (IRPA, section 11). To facilitate the visa officer's decision, the applicant is required to answer truthfully all questions put to him for the purposes of the examination (IRPA, subsection 16(1)). Should the Minister deny the visa on the basis of inadmissibility, the onus is on the Minister to show the grounds for a finding of inadmissibility.

[12] In addition to the discrete grounds of inadmissibility such as security (section 34), serious criminality (section 36 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 3]) or health (section 38), is the broader ground of misrepresentation (IRPA, paragraph 40(1)(a)). That section can apply to direct misrepresentation (e.g. providing false information to an officer) and indirect misrepresentation (e.g. information provided by a person other than one who is rendered inadmissible) or to a withholding of material facts, which is the situation in this case. In order to rely on the latter, the Minister must be satisfied that the following elements of withholding are made out:

- (1) that there is a withholding, and
- (2) that the withholding is of material fact relating to a relevant matter, and
- (3) the withholding induces, or could induce an error in the administration of the Act.

(See *Bellido v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 452, at paragraph 27 (*Bellido* cited to F.C.), quoted with approval in *Zhang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1313, 281 F.T.R. 35, at paragraph 17.)

[13] In general terms, an applicant for permanent residence has a duty of candour to disclose all material

de la LIPR impose au demandeur l'obligation de répondre véridiquement aux questions qui lui sont posées au cours d'un contrôle. Un visa pourra lui être délivré si, à la suite d'un contrôle, l'agent des visas est persuadé que l'étranger n'est pas interdit de territoire et qu'il se conforme à la LIPR (article 11). Pour faciliter la décision de l'agent des visas, le demandeur est tenu de répondre véridiquement aux questions qui lui sont posées aux fins du contrôle (paragraphe 16(1)). Si le ministre refuse le visa au motif que le demandeur est interdit de territoire, alors il appartient au ministre de motiver sa conclusion selon laquelle le demandeur est interdit de territoire.

[12] Outre les divers motifs d'interdiction de territoire tels que la sécurité (article 34), la grande criminalité (article 36 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 3]) ou les questions sanitaires (article 38), il y a le motif général constitué par les fausses déclarations (alinéa 40(1)a)). Cette disposition peut s'appliquer à la fausse déclaration faite directement (par exemple donner de faux renseignements à un agent) et à la fausse déclaration faite indirectement (par exemple les renseignements inexacts fournis par une personne autre que celle qui est déclarée interdite de territoire) ou encore à la réticence sur des faits importants, ce qui est la situation dont il s'agit ici. Pour pouvoir invoquer une réticence du demandeur, le ministre doit être persuadé que les éléments suivants de la réticence sont établis :

- 1) il y a réticence;
- 2) la réticence porte sur un fait important quant à un objet pertinent;
- 3) la réticence entraîne ou risque d'entraîner une erreur dans l'application de la Loi.

(Voir la décision *Bellido c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 452, au paragraphe 27 (la Cour a été renvoyée à ce précédent), citée avec approbation dans la décision *Zhang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1313, au paragraphe 17.)

[13] En règle générale, le candidat à la résidence permanente est soumis à l'obligation de révéler avec



facts during the application process as well as and after a visa is issued (*Baro v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1299 (*Baro*), at paragraph 15). To omit material facts may constitute a misrepresentation in the form of a withholding. For example, where an applicant's marital status has changed and the applicant has failed to alert immigration officials to this information, the Court has found an applicant to have withheld material information such that he is now inadmissible because of misrepresentation (*Baro*, at paragraphs 18–19). However, as the Federal Court affirmed, in *Baro*, above, an exception arises where an applicant can show reasonable belief that he or she was not withholding material information (*Medel v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 345 (C.A.), cited in *Baro*, at paragraph 15). Thus, the duty of candour is not unbounded: “there is no onus on the person to disclose all information that might possibly be relevant” (*Baro*, at paragraph 17). The facts of each case will illustrate whether the applicant can rely on this exception.

[14] As will become clear in these reasons, Mr. Ghasemzadeh was put on notice that the CSIS and visa officers were concerned about his employment activities while at DIO. As a result, this exception cannot apply on these facts.

## II. Issues and Standard of Review

[15] There are two issues before me:

A. Did counsellor Dupuis breach the applicant's right to procedural fairness in making his decision without interviewing the applicant thereby denying him an opportunity to address counsellor Dupuis' concerns?

B. Did counsellor Dupuis err in applying paragraph 40(1)(a) of IRPA?

franchise tous les faits importants, que ce soit durant le processus de demande ou après la délivrance d'un visa (*Baro c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1299 (*Baro*), au paragraphe 15). Le fait d'omettre des faits importants peut constituer une fausse déclaration prenant la forme d'une réticence. Ainsi, dans un cas où l'état matrimonial du demandeur avait changé et où le demandeur n'avait pas informé de ce changement les fonctionnaires de l'immigration, la Cour a jugé que le demandeur avait été réticent sur un renseignement important de telle sorte qu'il était dès lors interdit de territoire pour cause de fausses déclarations (décision *Baro*, aux paragraphes 18 et 19). Cependant, comme l'a confirmé la Cour fédérale, dans la décision *Baro*, précitée, il y a une exception lorsqu'un demandeur est en mesure de démontrer qu'il croyait raisonnablement qu'il ne dissimulait pas de renseignements importants (arrêt *Medel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 345 (C.A.), cité au paragraphe 15 de la décision *Baro*). L'obligation de franchise n'est donc pas sans limite : « il n'incombe pas à une personne de divulguer la totalité des renseignements qui pourraient être éventuellement pertinents » (décision *Baro*, au paragraphe 17). Ce sont les circonstances de chaque cas qui diront si le demandeur peut invoquer cette exception.

[14] Comme il ressortira clairement dans les présents motifs, le demandeur savait que le SCRS et les agents des visas s'interrogeaient sur les activités qu'il avait exercées au sein de l'OID. Cette exception ne peut donc pas s'appliquer ici.

## II. Les points litigieux et la norme de contrôle

[15] Je dois me prononcer sur les deux points suivants :

A. Le conseiller Dupuis a-t-il manqué à l'équité procédurale envers le demandeur parce qu'il a rendu sa décision sans avoir convoqué le demandeur, lui refusant ainsi la possibilité de dissiper ses doutes?

B. Le conseiller Dupuis a-t-il commis une erreur dans l'application de l'alinéa 40(1)a) de la LIPR?

[16] An allegation of breach of procedural fairness is reviewed on a standard of correctness (*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*)). In most cases, a breach of procedural fairness will be determinative of the application for judicial review. The applicant submits that there are two grounds upon which I may find a breach of procedural fairness; in both cases, the right allegedly breached is the right to be heard, or *audi alteram partem*.

[17] As regards the second issue, the Court will accord deference to the decision maker on findings of fact or mixed law and fact. As explained by the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), a question posed to an administrative tribunal may “give rise to a number of possible, reasonable conclusions” (at paragraph 47). This Court is tasked with reviewing the qualities that make a decision reasonable, including both the process of articulating the reasons and the outcomes (*Dunsmuir*, above, at paragraph 47). Where the decision is not defensible with respect to the facts or law this Court should exercise its discretion to intervene.

[18] According to Justice Judith A. Snider’s analysis in *Bellido*, above, which was pre-*Dunsmuir*, the necessary elements of misrepresentations constitute determinations of fact and are reviewable on a standard of patent unreasonableness, a standard of review which *Dunsmuir* eliminated by collapsing it into the reasonableness standard. In *Koo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 931, [2009] 3 F.C.R. 446, the reasoning in *Dunsmuir* was applied to *Bellido* and the Federal Court determined the applicable standard of review to be reasonableness (at paragraph 20, affirmed in *Mugu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 384, 79 Imm. L.R. (3d) 64 (*Mugu*), at paragraph 36).

[16] La question du manquement à l’équité procédurale est revue selon la norme de la décision correcte (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*)). Dans la plupart des cas, le constat d’un tel manquement déterminera l’issue de la demande de contrôle judiciaire. Selon le demandeur, il y a deux motifs qui m’autoriseraient à dire qu’il y a eu manquement à l’équité procédurale, et dans les deux cas, le manquement serait le non-respect du droit du demandeur d’être entendu, c’est-à-dire du principe *audi alteram partem*.

[17] S’agissant du deuxième point, les conclusions tirées par le décideur sur des questions de fait ou des questions mixtes de droit et de fait appellent la retenue de la Cour. Comme l’expliquait la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*) une question soumise à un tribunal administratif peut « donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables » (au paragraphe 47). Il revient à la Cour de se demander dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs qui rendent le processus raisonnable (*Dunsmuir*, ci-dessus, au paragraphe 47). Si la décision n’appartient pas aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit, la Cour exercera son pouvoir d’intervention.

[18] Selon l’analyse faite par la juge Judith A. Snider dans la décision *Bellido*, précitée, une décision antérieure à l’arrêt *Dunsmuir*, les deux éléments nécessaires pour conclure à une interdiction de territoire constituent des conclusions de fait et sont révisables selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. Cette norme, dans l’arrêt *Dunsmuir*, a été fusionnée avec la norme de la décision raisonnable *simpliciter* pour devenir la norme de la décision raisonnable. Dans la décision *Koo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 931, [2009] 3 R.C.F. 446, le raisonnement suivi dans l’arrêt *Dunsmuir* a été appliqué dans la décision *Bellido* et, selon la Cour fédérale, la norme applicable devait être celle de la décision raisonnable (voir le paragraphe 20, conclusion confirmée dans la décision *Mugu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CF 384 (*Mugu*), au paragraphe 36).

[19] A nuance should be brought into the analysis. *Dunsmuir* concerned a judicial review of a provincial tribunal, not a federal one. Federal tribunals are governed by section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] (the Act) in judicial review matters. Paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of that Act provides that this Court may set aside a decision of a federal tribunal if that decision was “based . . . on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it”. The Supreme Court of Canada in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*), held that paragraph 18.1(4)(d) of the Act was not a legislated standard but nevertheless “provide[d] legislative guidance as to ‘the degree of deference’ owed to the [federal tribunal’s] findings of fact” (*Khosa*, at paragraph 3). The Court explained further at paragraph 46: “Parliament intended administrative fact finding to command a high degree of deference. This is quite consistent with *Dunsmuir*. It [paragraph 18.1(4)(d)] provides legislative precision to the reasonableness standard of review of factual issues in cases falling under the *Federal Courts Act*.”

### III. Evidence Before Counsellor Dupuis

[20] The purpose of the CSIS interviews in 1997 and 1998 was to provide Citizenship and Immigration Canada (CIC) with a security assessment as part of the immigration process.<sup>1</sup>

The following facts were disclosed by the applicant in the 1997 interview regarding his work at DIO:

- His employment at DIO was in fulfilment of his compulsory military service. He opted to serve six years

<sup>1</sup> Notes from the 1997 interview, application record, p. 86, at p. 103.

[19] Il convient de nuancer l’analyse. L’arrêt *Dunsmuir* concernait le contrôle judiciaire de la décision d’un office provincial, non d’un office fédéral. Les offices fédéraux sont régis par l’article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] (la LCF) pour ce qui concerne le contrôle judiciaire de leurs décisions. L’alinéa 18.1(4)d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la LCF dispose que la Cour peut annuler la décision d’un office fédéral si l’office fédéral a fondé sa décision « sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose ». Dans l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*), la Cour suprême du Canada a jugé que l’alinéa 18.1(4)d) de la LCF n’était pas une norme d’origine législative, mais qu’il fournissait néanmoins « une indication législative du “degré de déférence” applicable aux conclusions de fait de [l’office fédéral] » (arrêt *Khosa*, au paragraphe 3). La Cour suprême ajoutait, au paragraphe 46 : « le législateur voulait qu’une conclusion de fait tirée par un organisme administratif appelle un degré élevé de déférence. Ce qui est tout à fait compatible avec l’arrêt *Dunsmuir*. Cette disposition législative [l’alinéa 18.1(4)d)] précise la norme de contrôle de la raisonnable applicable aux questions de fait dans les affaires régies par la *Loi sur les Cours fédérales*. »

### III. La preuve dont disposait le conseiller Dupuis

[20] Les convocations du demandeur devant le SCRS en 1997 et 1998 avaient pour objet de fournir à Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) une évaluation de sécurité dans le contexte du processus d’immigration<sup>1</sup>.

Les faits suivants ont été révélés par le demandeur durant l’entrevue de 1997 portant sur son travail au sein de l’OID :

- il avait travaillé pour l’OID dans le cadre de l’accomplissement de ses obligations militaires. Il avait

<sup>1</sup> Notes de l’entrevue de 1997, dossier de demande, p. 86, à la p. 103.

with pay instead of two years without pay at the front lines of the Iraq/Iran war because he had recently married and needed income.

- He worked as a systems analyst and industrial engineer and was classified as an engineer developing organizational and flow charts.
- He did work on classified projects. He was unsure of his security level but guessed he had the lowest of the four possible levels.
- He indicated, in response to direct questions, he did not work in relation to arms—chemical, biological or delivery systems.
- He explained that he travelled during his employment overseas. He provided details as to how the trips were financed, his method of travel, the location and purpose. He explained why he was selected for this travel trip and refused to disclose the names of others team members and did not provide additional information as to the details.
- He refused to provide details of actual work on classified projects.<sup>2</sup>

[21] In the 1998 interview, the CSIS officer noted the “[s]ubject was questioned about his employment with the [DIO]...and again refused to provide any details because he felt it was unethical”.<sup>3</sup> The applicant denied that he was being pressured to conceal information and stated that his refusal to co-operate was personal. The CSIS officer quoted the applicant’s explanation for non-disclosure as follows: “there is a death penalty for disclosing information, even minor social information and I prefer not to get into things that will risk my life

choisi de servir six ans avec rémunération, au lieu de deux ans sans rémunération, aux premières lignes de la guerre Iraq-Iran, parce qu’il venait de se marier et qu’il avait besoin d’un revenu;

- il travaillait comme analyste de systèmes et ingénieur industriel et il était classifié comme ingénieur élaborant des organigrammes et des diagrammes;
- il avait travaillé effectivement à des projets classifiés. Il n’était pas certain de son niveau de sécurité, mais il pensait qu’il avait le plus faible des quatre niveaux possibles;
- en réponse à des questions directes, il avait dit qu’il ne travaillait pas dans le domaine des armes, qu’il s’agisse d’armes chimiques, d’armes biologiques ou de vecteurs;
- il avait expliqué qu’il avait voyagé à l’étranger durant son emploi. Il avait donné des détails sur le mode de financement de ses voyages, sur ses moyens de transport, sur les endroits visités et sur l’objet des voyages. Il avait expliqué pourquoi il avait été choisi pour ces voyages, et il avait refusé de révéler les noms des autres membres de l’équipe et de fournir d’autres détails;
- il avait refusé de donner le détail des travaux qu’il faisait dans le cadre des projets classifiés.<sup>2</sup>

[21] S’agissant de l’entrevue de 1998, l’agent du SCRS écrivait que [TRADUCTION] « le sujet a été interrogé sur son emploi à l’[OID] [...] et il a refusé à nouveau d’en dire davantage parce que selon lui cela aurait été contraire à l’éthique »<sup>3</sup>. Le demandeur avait nié avoir été contraint de dissimuler des renseignements et avait affirmé que son refus de coopérer était une décision personnelle. L’agent du SCRS avait consigné la note suivante quant à la raison donnée par le demandeur pour justifier son silence : [TRADUCTION] « la divulgation de

<sup>2</sup> Notes from the 1997 interview, application record, p. 86, at pp. 87–88.

<sup>3</sup> Notes from the 1998 interview, application record, p. 101.

<sup>2</sup> Notes de l’entrevue de 1997, dossier de demande, p. 86, aux p. 87 et 88.

<sup>3</sup> Notes de l’entrevue de 1998, dossier de demande, p. 101.

and my family's life".<sup>4</sup> Further, the CSIS officer noted that the applicant referred to a recent case where an Iranian was sentenced to death for giving economic information to Japan.

[22] After these interviews, a security memorandum was provided to the Immigration Section in Buffalo on March 28, 2002 (hereinafter, the memorandum). The purpose of which was to provide guidance on issues arising from possible inadmissibility under clause 19(1)(f)(iii)(A) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (eff. October 23, 2000 to June 27, 2002). It was the opinion of the security analyst that:

Subject may be inadmissible under A19(a)(f)(iii)(A) and should be re-interviewed by the visa officer in order to try and obtain further information concerning his activities with the DIO. His repeated refusal in revealing information is making it difficult to determine any inadmissibility in this case. However, close scrutiny should be given before rendering a final decision.<sup>5</sup> [Emphasis added.]

[23] The applicant was reinterviewed four years later in May 2006 in Damascus, Syria by a visa officer. Mr. Ghasemzadeh was again asked about his work at DIO. The following further details emerged:<sup>6</sup>

- He indicated that he worked in industrial engineering at DIO.
- He did not work at an ammunitions factory because he was not a mechanical engineer.
- His main duties at DIO were things like line balancing to increase production, organizational charts, production procedures and documentation.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Certified tribunal record, p. 82.

<sup>6</sup> Notes from the 2006 interview, CAIPS notes, certified tribunal record, pp. 9–10.

renseignements est punie de mort, même s'il s'agit de renseignements sociaux mineurs, et je préfère ne pas agir d'une manière pouvant mettre en péril ma vie et celle de ma famille »<sup>4</sup>. L'agent du SCRS écrivait aussi que le demandeur avait parlé d'une affaire récente où un Iranien avait été condamné à mort pour avoir livré des renseignements de nature économique au Japon.

[22] Après ces entrevues, une note de service relative à la sécurité fut remise à la Section de l'immigration à Buffalo le 28 mars 2002 (ci-après la note de service). La note de service avait pour objet de donner des indications sur les aspects découlant d'une possible non-admissibilité du demandeur en vertu de la division 19(1)(f)(iii)(A) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (en vigueur du 23 octobre 2000 au 27 juin 2002). L'analyste de la sécurité y exprimait l'avis que :

[TRADUCTION] Le sujet pourrait être déclaré non admissible en vertu de la division 19(1)(f)(iii)(A), et l'agent des visas devrait le convoquer à nouveau pour tenter d'obtenir de lui d'autres renseignements concernant ses activités auprès de l'OID. Son refus constant de révéler des renseignements rend difficile la tâche de dire s'il devrait être déclaré non admissible. Cependant, on devrait faire un examen approfondi avant de rendre une décision finale<sup>5</sup>. [Non souligné dans l'original.]

[23] Le demandeur a été convoqué à nouveau quatre ans plus tard, en mai 2006, à Damas, en Syrie, par un agent des visas. L'agent des visas lui a de nouveau posé des questions sur son travail à l'OID. Les détails complémentaires suivants ont été obtenus<sup>6</sup> :

- il a dit qu'il avait travaillé dans le génie industriel à l'OID;
- il n'avait pas travaillé dans une usine d'armement parce qu'il n'était pas ingénieur en mécanique;
- ses principales fonctions à l'OID concernaient notamment l'équilibrage des chaînes pour accroissement de la production, les organigrammes, les procédures de production et la documentation;

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Dossier certifié du tribunal, p. 82.

<sup>6</sup> Notes de l'entrevue de 2006, notes du STIDI, dossier certifié du tribunal, p. 9 et 10.

- He stated that he worked with ammunition company (Muhimmat Sazi) which was built by Germans, Israelis and Swiss and listed on the Ministry of Defence site.
- However, he was not willing to disclose the activities of the company because this information is on the Web site and he is not comfortable to talk about what they were producing.<sup>7</sup>
- Again, he denied seeing chemical or biological weapons developed.
- il a déclaré qu’il avait travaillé pour une société d’armement (Muhimmat Sazi), qui avait été construite par des Allemands, des Israéliens et des Suisses et qui figurait sur le site du ministère de la Défense;
- cependant, il ne souhaitait pas révéler les activités de la société parce que cette information se trouve sur le site Web et que l’idée de parler de ce qu’elle produisait le rendait inquiet<sup>7</sup>;
- encore une fois, il a nié avoir vu des armes chimiques ou biologiques en cours de développement.

*A. Did counsellor Dupuis breach the applicant’s right to procedural fairness?*

[24] It is settled law: “the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case’. All of the circumstances must be considered” (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*), at paragraph 21). As noted in *Baker* [at paragraph 22], the content of the duty of procedural fairness “depends on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected”.

[25] Thus, identifying the context in which IRPA operates is important in determining the scope of procedural fairness or fundamental justice. “The most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in the country” (*Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at page 733). “The Government has the right and duty to keep out and to expel aliens from this country if it considers it advisable to do so” (*Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at page 834).

[26] The applicant submits that the visa officer breached his right to procedural fairness in one of two ways: (1) he was not afforded an opportunity to respond

*A. Le conseiller Dupuis a-t-il manqué à l’équité procédurale envers le demandeur?*

[24] L’état du droit est le suivant : « “la notion d’équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas”. Il faut tenir compte de toutes les circonstances » (arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*), au paragraphe 21). On peut lire aussi dans l’arrêt *Baker* [au paragraphe 22] que le contenu de l’obligation d’équité procédurale « repose sur une appréciation du contexte de la loi particulière et des droits visés ».

[25] Il importe donc de définir le contexte de la LIPR pour déterminer le champ de l’équité procédurale ou de la justice fondamentale. « Or, le principe le plus fondamental du droit de l’immigration veut que les non-citoyens n’aient pas un droit absolu d’entrer au pays ou d’y demeurer » (*Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la page 733). « Le gouvernement a le droit et le devoir d’empêcher des étrangers d’entrer dans notre pays et d’en expulser s’il le juge à propos » (*Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, à la page 834).

[26] Selon le demandeur, l’agent des visas a violé son droit à l’équité procédurale, de l’une des deux manières suivantes : 1) le demandeur n’a pas eu l’occasion de

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 9.

to the officer's concerns about his refusal to answer questions about the DIO and/or (2) he was not provided an opportunity to respond to the officer's concerns regarding his explanation for past refusals.

[27] An oral hearing is not always necessary for a visa officer to fulfill his duty of procedural fairness. "The flexible nature of the duty of fairness recognizes that meaningful participation can occur in different ways in different situations" (*Baker*, above, at paragraph 33). What the duty requires is that the applicant be afforded a meaningful opportunity to present the various types of evidence relevant to his or her case and have it fully and fairly considered. Generally, where there are credibility issues, a person is entitled an opportunity to address the issues which may form a credibility finding in some meaningful way (*Mukamutara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 451 (*Mukamutara*), at paragraph 24). As I will explain, however, the lack of a full oral hearing did not constitute a violation of the requirements of procedural fairness to which the applicant was entitled in these circumstances.

[28] The applicant's repeated refusals to answer questions regarding his specific work activities at the DIO concerned Canadian officials. At each of the successive interviews with CSIS officers and visa officers the applicant provided more details to past questions he had refused to answer, but on his review of the file, counsellor Dupuis was ultimately unsatisfied that the applicant was not inadmissible.

[29] With respect to the first alleged breach, it is clear from the CAIPS notes of the May 28, 2006 interview with a visa officer that the applicant was well aware that his refusal to answer questions was a concern.

[30] As regards the second alleged breach, counsellor Dupuis was notably not persuaded by the applicant's explanation for his past and present refusals to answer. The applicant submits that this caused the decision to be

dissiper les doutes de l'agent entraînés par son refus de répondre aux questions sur l'OID, et/ou 2) il n'a pas eu l'occasion de dissiper les doutes de l'agent sur son explication censée justifier ses refus antérieurs de répondre.

[27] Une audience n'est pas toujours nécessaire pour qu'un agent des visas s'acquitte de son obligation d'équité procédurale. « La nature souple de l'obligation d'équité reconnaît qu'une participation valable peut se faire de différentes façons dans des situations différentes » (arrêt *Baker*, précité, au paragraphe 33). Ce que requiert l'obligation d'équité, c'est que le demandeur ait une réelle possibilité de présenter les divers types de preuves intéressant son cas et d'obtenir qu'ils soient évalués pleinement et équitablement. En général, lorsque des doutes subsistent sur la crédibilité de l'intéressé, la possibilité doit lui être donnée d'éclaircir les aspects qui permettront de dire s'il est crédible ou non (*Mukamutara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 451 (*Mukamutara*), au paragraphe 24). Comme je l'expliquerai cependant, l'absence d'une audience en règle n'a pas constitué de la part de l'agent des visas un manquement à son obligation d'équité procédurale envers le demandeur.

[28] Les refus répétés du demandeur de répondre aux questions concernant les activités qu'il avait exercées à l'OID ont fait naître des doutes dans l'esprit des fonctionnaires canadiens. À chacune des entrevues successives du demandeur avec les agents du SCRS et les agents des visas, le demandeur a donné plus de détails sur des questions passées auxquelles il avait refusé de répondre, mais, après examen du dossier, le conseiller Dupuis n'a finalement pas été persuadé que le demandeur n'était pas interdit de territoire.

[29] S'agissant du premier manquement allégué, il ressort clairement des notes du STIDI consignées durant l'entrevue du 28 mai 2006 avec un agent des visas que le demandeur savait parfaitement que son refus de répondre aux questions était un sujet d'inquiétude.

[30] S'agissant du deuxième manquement allégué, le conseiller Dupuis n'a manifestement pas été persuadé par l'explication donnée par le demandeur pour justifier ses refus passés et actuels de répondre aux questions.

couched in an unfavourable credibility assessment of the applicant. Since the applicant was not interviewed by counsellor Dupuis, the applicant asserts that negative credibility findings constitute a breach of the duty of procedural fairness.

[31] I would emphasize that counsellor Dupuis' decision was not based on the applicant's credibility but rather, on the fact of misrepresentation. The applicant refused to answer questions. The applicant submits that in circumstances where the answers to questions would endanger the life of a person, as is alleged here, he cannot be expected to provide an answer. I would agree. But, a reasonable explanation for a refusal does not change the fact that the applicant is withholding information. The jurisprudence provides just one basis on which an applicant's state of mind is relevant; that is, when it is reasonable to believe one is not withholding material information. This cannot apply to the circumstances of this case: the applicant was asked about his work at DIO and he refused to answer. It is clear that the visa officer and CSIS officers wanted to know what work he had completed or been involved in at DIO.

[32] Therefore, counsellor Dupuis' assessment of the applicant's explanation for refusing to answer questions, which the applicant submits was based on an unfavourable assessment or extrinsic evidence, is not accurate and has no relevance to his finding of withholding. Consequently, not providing a further interview to the applicant is not a breach of procedural fairness by counsellor Dupuis in the circumstances of this case.

B. Did counsellor Dupuis err in applying paragraph 40(1)(a) of IRPA such that there was no finding of materiality of the withholding?

Selon le demandeur, il en a résulté que le conseiller Dupuis a rédigé sa décision en mettant en doute sa crédibilité. Le demandeur dit que, puisqu'il n'a pas été convoqué par le conseiller Dupuis, celui-ci a manqué à son obligation d'équité procédurale en concluant qu'il n'était pas crédible.

[31] Je ferais observer que la décision du conseiller Dupuis n'était pas fondée sur la crédibilité du demandeur, mais plutôt sur ses fausses déclarations. Le demandeur a refusé de répondre aux questions. Il dit que, dans les cas où les réponses à des questions risquent de mettre en danger la vie d'une personne, comme il prétend que c'est le cas ici, on ne saurait attendre de lui qu'il réponde aux questions. Soit. Mais une explication raisonnable censée justifier un refus de répondre ne change pas le fait que le demandeur refuse de communiquer des renseignements. La jurisprudence prévoit un seul cas où l'état d'esprit d'un demandeur entre en ligne de compte, c'est-à-dire celui où il est raisonnable de croire qu'il n'est pas réticent quant à des renseignements importants. Ce cas ne saurait s'appliquer aux circonstances de la présente affaire : le demandeur a été interrogé sur le travail qu'il faisait à l'OID et il a refusé de répondre. Il est clair que l'agent des visas et les agents du SCRS voulaient savoir quel travail il avait accompli ou auquel il avait participé à l'OID.

[32] L'évaluation que fait le conseiller Dupuis de l'explication donnée par le demandeur pour justifier son refus de répondre aux questions, évaluation qui, selon le demandeur, était fondée sur une appréciation défavorable de sa crédibilité ou sur des preuves extrinsèques, est donc inexacte et n'est pas pertinente quant à sa conclusion selon laquelle le demandeur a été réticent. Par conséquent, en ne convoquant pas une nouvelle fois le demandeur, le conseiller Dupuis n'a pas de ce fait manqué à l'équité procédurale envers lui.

B. Le conseiller Dupuis a-t-il commis une erreur dans l'application de l'alinéa 40(1)a de la LIPR de telle sorte qu'il n'y a pas eu conclusion de sa part sur l'importance des faits dissimulés?



[33] It is not disputed that the refusal to answer questions constitutes a withholding of information for the purposes of paragraph 40(1)(a) of IRPA.

[34] The applicant submits the questions regarding the work the applicant did while at DIO would not yield material facts relevant to his application for permanent residence. His counsel asserts there is no evidence that counsellor Dupuis conducted an analysis of the materiality of the withholding; therefore, he could not rely on paragraph 40(1)(a) of IRPA. The applicant relies on Justice Douglas Campbell's decision in *Ali v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 166 (*Ali*) in support of this argument. I agree with my colleague's decision but it is completely distinguishable.

[35] In *Ali*, above, the misrepresentation was not a refusal to answer a question put to the applicant for the purposes of an examination, but rather it was the fact that a fraudulent school record had been submitted. The decision to apply paragraph 40(1)(a) of IRPA was based on the following premise: because school records are used as evidence of "age, identity, and relationship to the family member in Canada" [at paragraph 3] a fraudulent document could induce an error in the Act. Importantly, Justice Campbell found that none of these characteristics of the individual were in doubt prior to the detection of the fraud. The visa officer had not considered materiality of that document and could not assume any fraudulent document is evidence for the purposes of making out a misrepresentation pursuant to paragraph 40(1)(a) of IRPA. In sum, Justice Campbell found that the fraudulent document had no impact on the visa officer's decision to the children's admission to Canada.

[36] The misrepresentation in this case is a withholding of information by way of refusal to answer certain questions regarding past employment activities. While the materiality of the answers to those questions cannot be assessed for obvious reasons no answers were given, the scope of the inquiry can be. In refusing the applicant's permanent residence application, counsellor Dupuis reasoned the withholding of answers related to the

[33] Il n'est pas contesté que le refus de répondre à des questions constitue une réticence au sens de l'alinéa 40(1)a) de la LIPR.

[34] Selon le demandeur, les questions relatives au travail qu'il avait fait à l'OID ne révéleraient pas de faits importants pour sa demande de résidence permanente. Son avocate affirme qu'il n'est pas établi que le conseiller Dupuis s'est interrogé sur l'importance des faits dissimulés; il ne pouvait donc pas invoquer l'alinéa 40(1)a) de la LIPR. Au soutien de cet argument, le demandeur se fonde sur une décision du juge Douglas Campbell, *Ali c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 166 (*Ali*). Je souscris à la décision de mon collègue, mais elle se distingue totalement de la présente espèce.

[35] Dans la décision *Ali*, précitée, la fausse déclaration n'était pas un refus de répondre à une question posée au demandeur aux fins d'un contrôle, c'était plutôt la présentation d'un faux dossier scolaire. La décision d'appliquer l'alinéa 40(1)a) de la LIPR était fondée sur le postulat suivant : puisque les dossiers scolaires sont utilisés comme preuve « de l'âge, de l'identité et de la relation avec le parent au Canada » [au paragraphe 3], un faux document risque d'entraîner une erreur dans l'application de la Loi. Fait à noter, le juge Campbell a estimé qu'aucune de ces caractéristiques de l'intéressé n'avait été mise en doute avant que la fraude ne soit découverte. L'agent des visas n'avait pas tenu compte de l'importance de ce document et ne pouvait pas présumer qu'un faux document constitue une preuve de l'existence d'une fausse déclaration au sens de l'alinéa 40(1)a) de la LIPR. En somme, le juge Campbell a conclu que le faux document n'avait eu aucun effet sur la décision de l'agent des visas concernant l'admission d'enfants au Canada.

[36] Les fausses déclarations dont il s'agit ici consistent dans une réticence prenant la forme d'un refus de répondre à certaines questions portant sur des activités exercées dans un emploi antérieur. L'importance des réponses à ces questions ne peut pas être mesurée pour la raison évidente qu'aucune réponse n'a été donnée, mais le champ de l'enquête peut l'être. En refusant la demande de résidence permanente, le conseiller Dupuis

applicant's work at DIO could have resulted in an inaccurate assessment of his inadmissibility. In *Biao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 43, 278 N.R. 36 (*Biao*), the Federal Court of Appeal held that a visa officer would be justified in denying an application for permanent residence if the approval would contravene the Act [*Immigration Act*]. The Court determined the applicant's failure to provide necessary documents to establish his admissibility to Canada did not contravene the *Immigration Act* but rather constituted an appropriate basis for the officer's decision to deny the application (*Biao*, at paragraph 2). This same reasoning should apply to the facts of this case.

[37] The applicant also argues materiality of the withholding cannot be justified because there are no reasonable grounds for suspicion of Mr. Ghasemzadeh's inadmissibility. Specifically, the applicant argued the Government of Iran was not designated a human rights violator at the relevant times, the applicant did not hold a chain of command position, and there is no allegation of his engagement (or that of his government) in war crimes or crimes against humanity. Thus, relying on the applicant's refusal to answer questions regarding his work at DIO is unreasonable for the same reasons as in *Sinnaiah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1576, 43 Imm. L.R. (3d) 269 (*Sinnaiah*). I disagree.

[38] Firstly, in *Sinnaiah*, above, the issue before the Court was not concerning the reasonableness of applying the misrepresentation provision but rather the reasonableness of the officer's inference that the applicant was a member of a terrorist organization. Second, in *Sinnaiah*, the applicant had denied membership and the Court found there was not a "scintilla of evidence" before the officer that could meet the threshold of reasonable grounds for membership in a terrorist organization (at paragraph 17). The Court analysed the evidentiary record and intervened on the basis that there was insufficient evidence for the officer's conclusion

expliquait que les réticences du demandeur sur son travail à l'OID risquaient de conduire à une évaluation inexacte de son interdiction de territoire. Dans l'arrêt *Biao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 43 (*Biao*), la Cour d'appel fédérale a jugé qu'un agent des visas serait fondé à refuser une demande de résidence permanente si le fait de l'accorder risquait de contrevenir à la Loi [*Loi sur l'immigration*]. Selon la Cour d'appel, le fait que le demandeur n'avait pas fourni les documents nécessaires pour établir son admissibilité au Canada ne contrevenait pas à la *Loi sur l'immigration*, mais constituait plutôt un motif valide pour l'agent des visas de refuser la demande de résidence permanente (arrêt *Biao*, au paragraphe 2). Ce même raisonnement devrait s'appliquer en l'espèce.

[37] Le demandeur a fait aussi valoir que l'importance accordée aux faits dissimulés ne peut être justifiée parce qu'il n'y a aucun motif raisonnable de soupçonner qu'il est interdit de territoire. Plus précisément, il faisait valoir que, à l'époque pertinente, le bilan du gouvernement iranien en matière de droits de l'homme n'était pas pointé du doigt, que lui-même n'occupait pas un poste dans la chaîne de commandement, et que nul ne prétendait que lui-même ou le gouvernement iranien s'était livré à des crimes de guerre ou à des crimes contre l'humanité. Ainsi, pour les mêmes motifs que ceux exposés dans la décision *Sinnaiah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1576 (*Sinnaiah*), il était déraisonnable de se fonder sur le refus du demandeur de répondre aux questions concernant le travail qu'il faisait à l'OID. Je ne suis pas de cet avis.

[38] D'abord, dans la décision *Sinnaiah*, précitée, il ne s'agissait pas de savoir s'il était raisonnable ou non d'appliquer la disposition concernant les fausses déclarations, mais plutôt s'il était raisonnable pour l'agent de conclure que le demandeur appartenait à une organisation terroriste. Deuxièmement, dans la décision *Sinnaiah*, le demandeur avait nié appartenir à une telle organisation, et la Cour avait jugé que l'agent ne disposait d'absolument aucun « élément de preuve » susceptible de le convaincre le moins qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que le demandeur appartenait à une organisation terroriste (au

that he was a member of a terrorist organization. The applicant's attempt to use the Court's *dicta* regarding reasonableness of the officer's line of questioning in that context is of no assistance to the applicant.

[39] Counsel for the applicant relied on a number of other cases in support of her proposition in this case that there was no connection between the withholding and his application to become a permanent resident of Canada. She relied on *Baseer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1005, 256 F.T.R. 318 (*Baseer*); *Walia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 486, 72 Imm. L.R. (3d) 266 (*Walia*); and *Mukamutara*, above. With respect, none of the cases listed are of assistance to the applicant. *Baseer* was decided on the basis that there was no evidence to support a misrepresentation. *Walia* was based on the fact that the evidence did not establish the facts relevant to admissibility which was also the case in *Mukamutara*.

[40] It is true that counsellor Dupuis did not cite the specific ground of inadmissibility, e.g. security, or criminality, terrorism or war crimes. This omission does not constitute an error because the totality of the facts leads to only one reasonable conclusion: he knew he was a security concern and remains so. (See *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*, [1974] S.C.R. 875, at page 885 for the legal proposition that the Court refrain from reading a Board's reasons microscopically; and note, the following pages in the applicant's record are evidence the applicant knew perfectly well the concern which the Canadian officials had with his employment at DIO and SIO and the circumstances surrounding those employments (e.g. links with high officials in the Iranian government) were security concerns related to his admissibility—see pages 71 to 108 and in particular page 103.)

paragraphe 17). La Cour, après analyse de la preuve, était intervenue au motif que la preuve ne permettait pas à l'agent de conclure que le demandeur était membre d'une organisation terroriste. En l'espèce, la tentative du demandeur de se servir des remarques incidentes de la Cour sur la pertinence des questions de l'agent dans ce contexte-là ne lui est d'aucune aide.

[39] L'avocate du demandeur a invoqué plusieurs autres précédents pour affirmer en l'espèce qu'il n'y avait aucun lien entre les réticences du demandeur et sa demande de résidence permanente au Canada. Elle s'est fondée sur la décision *Baseer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1005 (*Baseer*), la décision *Walia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 486 (*Walia*), et la décision *Mukamutara*, précitée. Malheureusement, aucun de ces précédents n'est d'une quelconque utilité pour le demandeur. La décision *Baseer* a été décidée sur le fondement d'une absence de preuve permettant de conclure à l'existence de fausses déclarations. La décision rendue dans *Walia* était fondée sur le fait que la preuve n'établissait pas les faits permettant de conclure à une interdiction de territoire, ce qui était également le cas dans la décision *Mukamutara*.

[40] Il est vrai que le conseiller Dupuis n'a pas indiqué le motif précis de l'interdiction de territoire, par exemple sécurité, criminalité, terrorisme ou crimes de guerre. Cette omission ne constitue pas une erreur parce que la totalité des faits conduit à une seule et unique conclusion raisonnable : le demandeur savait qu'il suscitait une inquiétude du point de vue de la sécurité et que c'est encore le cas aujourd'hui. (Voir l'arrêt *Boulis c. Ministre de la Main d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] R.C.S. 875, à la page 885, pour l'énoncé juridique selon lequel la Cour doit s'abstenir d'examiner à la loupe les motifs d'un organisme administratif; et, point à noter, les pages suivantes du dossier du demandeur montrent qu'il était parfaitement au courant des inquiétudes que causaient aux fonctionnaires canadiens les emplois qu'il avait occupés à l'OID et à l'UES, et il savait que les circonstances entourant les emplois en question (par exemple liens avec de hauts fonctionnaires du gouvernement iranien) rendaient son admissibilité problématique pour des raisons de sécurité — voir les pages 71 à 108, et en particulier la page 103.)

[41] Despite the able arguments of the applicant's counsel, the materiality of the questions regarding his activities at DIO is without doubt. As in *Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 3 F.C. 299 (T.D.), the effect of refusal, specifically the failure to disclose his employment activities, was to foreclose or avert further inquiries. Ultimately, the purpose of the officer's inquiry regarding inadmissibility is frustrated. The withholding could have induced an error in the determination of the applicant's inadmissibility under IRPA, as counsellor Dupuis identified.

[42] I considered the parties' requests for costs related to bad faith. Since that matter was not pursued by counsel for the applicant, I do not see the special reasons criteria required by rule 22 [as am. by SOR/2002-232, s. 11] of the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 [as am. by SOR/2005-339, s. 1], has been met.

[43] I close by mentioning that the respondent had made a motion under section 87 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of IRPA for non-disclosure of materials in the certified tribunal record which had been redacted. Counsel for the applicant countered with an application to appoint a special advocate. Those motions were not pursued after the respondent agreed with the Court that the decision maker had not relied on any redacted material to make the decision he did.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES THAT this judicial review application is dismissed without costs. Either party may, on or before July 9, 2010, submit one or more questions for certification with right of reply served and filed on or before July 16, 2010.

[41] Malgré les arguments habiles de l'avocate du demandeur, l'importance des questions touchant ses activités à l'OID ne fait aucun doute. Comme c'était le cas dans la décision *Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 3 C.F. 299 (1<sup>re</sup> inst.), le refus du demandeur de répondre, en particulier son refus de révéler ce qu'étaient ses activités, a eu pour effet d'exclure ou d'écarter d'autres enquêtes. Finalement, l'objet de l'enquête menée par l'agent concernant l'interdiction de territoire se trouve contrarié. Les réticences risquaient, ainsi que l'a précisé le conseiller Dupuis, d'entraîner une erreur sur la question de savoir si le demandeur était ou non interdit de territoire selon la LIPR.

[42] J'ai examiné les demandes de dépens fondées sur l'argument de la mauvaise foi présentées par les parties. Puisque cet aspect n'a pas été poussé plus loin par l'avocate du demandeur, je ne crois pas que soit satisfait le critère des raisons spéciales dont parle la règle 22 [mod. par DORS/2002-232, art. 11] des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 [mod. par DORS/2005-339, art. 1].

[43] Pour conclure, j'ajouterais que le défendeur avait présenté, en vertu de l'article 87 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la LIPR, une requête en interdiction de divulgation des pièces du dossier certifié du tribunal qui avaient été expurgées. L'avocate du demandeur a répliqué en demandant que soit nommé un avocat spécial. Ces requêtes n'ont pas été poussées plus loin après que le défendeur eut reconnu avec la Cour que le décideur ne s'était pas fondé, dans sa décision, sur les parties supprimées des pièces du dossier.

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE : la demande de contrôle judiciaire est rejetée, sans dépens. Chacune des parties pourra, au plus tard le 9 juillet 2010, proposer une ou plusieurs questions à certifier, et l'autre partie aura le droit d'y répondre sous réserve de signifier et déposer sa réponse au plus tard le 16 juillet 2010.

IMM-2173-09  
2010 FC 723

IMM-2173-09  
2010 CF 723

**Gurmukh Singh Parmar** (*Applicant*)

**Gurmukh Singh Parmar** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(*défendeur*)

**INDEXED AS: PARMAR v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : PARMAR c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Lemieux J.—Toronto, December 17, 2009; Ottawa, July 2, 2010.

Cour fédérale, juge Lemieux—Toronto, 17 décembre 2009; Ottawa, 2 juillet 2010.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review of visa officer's decision denying applicant's permanent residence application on ground dependent son's health condition expected to cause excessive demand on social services pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 38(1)(c) — Visa officer adopting view that applicant's son requiring comprehensive assessment, developmental team — Not satisfied applicant able to offset excessive demand on social services — Whether visa officer breaching procedural fairness, making unreasonable findings of fact — Visa officer's reasons not meeting test for sufficiency as set out in R. v. R.E.M. — Merely indicating that applicant's fairness response not changing previously expressed view — Fairness, final refusal letters couched in unfocused, generalized language — Not possible herein to determine if medical officer having considered need for individualized assessment of applicant's son — Visa officer's reasons unreasonably rejecting applicant's plan, violating legislative discretion contained in Federal Courts Act, s. 18.1(4) — Findings speculative, contrary to evidence — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle une agente des visas a rejeté la demande de résidence permanente du demandeur au motif que l'état de santé de son fils à charge risquait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux en vertu de l'art. 38(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'agente des visas a adopté l'avis selon lequel le fils du demandeur aurait besoin d'une évaluation approfondie et d'un examen de la part d'une équipe de développement multidisciplinaire — Elle n'était pas convaincue que le demandeur pourrait compenser pour le fardeau excessif pour les services sociaux — Il s'agissait de savoir si l'agente des visas a manqué à l'équité procédurale et a tiré des conclusions de fait déraisonnables — Les motifs de l'agente des visas ne satisfaisaient pas au critère pour l'appréciation du caractère suffisant énoncé dans l'arrêt R. c. R.E.M. — Elle a simplement inscrit que la réponse relative à l'équité du demandeur ne changeait pas son point de vue exprimé précédemment — La lettre relative à l'équité et la lettre de refus définitive étaient libellées dans un langage imprécis et général — La Cour ne pouvait pas déterminer si le médecin agréé avait tenu compte du besoin d'effectuer une évaluation personnalisée pour le fils du demandeur — Les motifs de l'agente des visas expliquant le rejet du plan du demandeur étaient déraisonnables et étaient contraires au pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 18.1(4) de la Loi sur les Cours fédérales — Les conclusions étaient fondées sur des hypothèses et étaient contraires à la preuve — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review of a decision by a visa officer denying the applicant's permanent residence application on the ground that the applicant's dependent son's health condition might reasonably be expected to cause excessive demand on social services pursuant to paragraph 38(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle une agente des visas a rejeté la demande de résidence permanente du demandeur au motif que l'état de santé de son fils à charge risquait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux en vertu du paragraphe 38(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

The applicant's son is diagnosed as having a severe mental handicap with spastic cerebral palsy. Before receiving a final refusal letter regarding his application, the applicant was sent a fairness letter to which he responded. The visa officer adopted the medical officer's opinion that the applicant's son would require a comprehensive assessment and review by a multi-disciplinary developmental team, including physiotherapists and social workers. The visa officer was also not satisfied that the applicant would be able to offset the excessive demand on social services finding, *inter alia*, that the services of only a family doctor would not be sufficient to take care of the applicant's son, and that sufficient evidence regarding the applicant's financial situation had not been provided.

At issue was whether the visa officer breached procedural fairness in failing to provide adequate reasons and made unreasonable findings of fact in terms of the ability and willingness of the applicant to mitigate excessive demand.

*Held*, the application should be allowed.

The visa officer's reasons, which were based on the medical officer's notification, did not meet the test for sufficiency as described in *R. v. R.E.M.*, i.e. they did not explain why the applicant's submissions on the lack of need for social services were not accepted, did not provide public accountability, and did not permit effective judicial review. The visa officer simply indicated, without analysis or comment, that the applicant's fairness response did not change the visa officer's previously expressed view. The fairness letter and the final refusal letter were couched in unfocused and generalized language that failed to specify the required services that would cause excessive demand. On the basis of these inadequate reasons, it was not possible to determine if the medical officer had taken into consideration the teachings in *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, particularly on the need for an individualized assessment of the applicant's son.

The visa officer's reasons for rejecting the applicant's plan to mitigate excessive demand were not reasonable and were made in violation of the legislative discretion contained in subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*. In particular, the visa officer's findings that the applicant's son would not be provided home care, that he would require specialized medical care, and that the family would not be able financially

Le fils du demandeur a reçu un diagnostic de retard mental grave et de paralysie cérébrale spastique. Avant de recevoir une lettre de refus définitive au sujet de sa demande, le demandeur a reçu une lettre relative à l'équité, à laquelle il a répondu. L'agente des visas a adopté l'avis du médecin agréé selon lequel le fils du demandeur aurait besoin d'une évaluation approfondie et d'un examen de la part d'une équipe de développement multidisciplinaire, y compris des physiothérapeutes et des travailleurs sociaux. En outre, l'agente des visas n'était pas convaincue que le demandeur pourrait compenser pour le fardeau excessif pour les services sociaux, statuant notamment que les services d'un seul médecin de famille ne suffiraient pas pour prendre soin du fils du demandeur et que des éléments de preuve suffisants concernant la situation financière du demandeur n'avaient pas été produits.

Il s'agissait de savoir si l'agente des visas a manqué à l'équité procédurale en ne présentant pas de motifs adéquats et en tirant des conclusions de fait déraisonnables relativement à la capacité et à la volonté du demandeur d'atténuer le fardeau excessif.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Les motifs de l'agente des visas, qui reposaient sur l'avis du médecin agréé, ne satisfaisaient pas au critère pour l'appréciation du caractère suffisant énoncé dans l'arrêt *R. c. R.E.M.*, c.-à-d. qu'ils n'expliquaient pas pourquoi les observations du demandeur au sujet du fait qu'il n'aurait pas besoin de services sociaux n'ont pas été acceptées, ils ne rendaient pas compte devant le public et ils ne permettaient pas un examen efficace en contrôle judiciaire. Sans procéder à une analyse ni faire de commentaires, l'agente des visas a simplement inscrit que la réponse relative à l'équité du demandeur ne changeait pas son point de vue exprimé précédemment. La lettre relative à l'équité et la lettre de refus définitive étaient libellées dans un langage imprécis et général qui ne précisait pas quels services causeraient un fardeau excessif. Compte tenu de ces motifs inadéquats, la Cour ne pouvait pas déterminer si le médecin agréé avait tenu compte des enseignements de l'arrêt *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, particulièrement au sujet du besoin d'effectuer une évaluation personnalisée pour le fils du demandeur.

Les motifs de l'agente des visas expliquant le rejet du plan d'atténuation du fardeau excessif du demandeur n'étaient pas raisonnables et avaient été tirés en contravention du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Plus particulièrement, les conclusions de l'agente des visas portant que le fils du demandeur ne recevrait pas de soins à domicile, qu'il aurait besoin de

to mitigate excessive demand were speculative and contrary to the evidence.

soins médicaux spécialisés et que la famille n'aurait pas la capacité financière d'atténuer le fardeau excessif, étaient fondées sur des hypothèses et étaient contraires à la preuve.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii).

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 38(1).

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 1 “excessive demand” (as am. by SOR/2009-163, s. 1(E)), “health services”, “social services”, 34.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, 297 D.L.R. (4th) 577, [2008] 11 W.W.R. 383.

##### DISTINGUISHED:

*Sapru v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 240, [2011] 2 F.C.R. 501, 364 F.T.R. 240.

##### CONSIDERED:

*Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706, 259 D.L.R. (4th) 244, 33 Admin. L.R. (4th) 1, revg 2003 FCA 420, [2004] 1 F.C.R. 696, 234 D.L.R. (4th) 439, 9 Admin. L.R. (4th) 79, revg 2002 FCT 844, [2003] 2 F.C. 3, 221 F.T.R. 213, 26 Imm. L.R. (3d) 23; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173.

#### AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 11 (April 5, 1977).

#### LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4) (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(a)(ii).

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 38(1).

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 1 « fardeau excessif » (mod. par DORS/2009-163, art. 1(A)), « services de santé », « services sociaux », 34.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Sapru c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 240, [2011] 2 R.C.F. 501.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706, infirmant 2003 CAF 420, [2004] 1 R.C.F. 696, infirmant 2002 CFPI 844, [2003] 2 C.F. 3; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

#### DOCTRINE CITÉE

Canada. Chambre des communes. Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 11 (5 avril 1977).

Citizenship and Immigration Canada. Operational Bulletin 063, “Assessing Excessive Demand on Social Services”, September 24, 2008, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/bulletins/2008/ob063.asp>>.

APPLICATION for judicial review of a visa officer’s decision denying the applicant’s permanent residence application on the ground that the applicant’s dependent son was medically inadmissible pursuant to paragraph 38(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

#### APPEARANCES

*Cecil L. Rotenberg, Q.C.* for applicant.  
*Angela Marinos* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Cecil L. Rotenberg, Q.C.*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

LEMIEUX J.:

#### I. Introduction

[1] This is a case of medical inadmissibility to Canada, on grounds of excessive demand for social services and does not deal with excessive demand for health services. In this judicial review application, Gurmukh Singh Parmar (the applicant) challenges the April 21, 2009 decision of designated immigration officer Nimish Gautam of the Canadian High Commission in New Delhi (the visa officer) who denied his application for permanent residence in Canada on the sole ground his dependant son Inderjot, then age 19, was medically inadmissible pursuant to paragraph 38(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) being of the view that Inderjot’s health condition, severe mental retardation with spastic cerebral palsy (which is not disputed by the applicant), might reasonably be expected to cause excessive demand on social services in Canada.

Citoyenneté et Immigration Canada. Bulletin opérationnel 063, « Évaluation de fardeau excessif pour les services sociaux », le 24 septembre 2008, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/bulletins/2008/bo063.asp>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle une agente des visas a rejeté la demande de résidence permanente du demandeur au motif que son fils à charge était interdit de territoire pour motifs sanitaires en vertu du paragraphe 38(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

#### ONT COMPARU

*Cecil L. Rotenberg, c.r.* pour le demandeur.  
*Angela Marinos* pour le défendeur.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Cecil L. Rotenberg, c.r.*, 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 rendus par*

LE JUGE LEMIEUX :

#### I. Introduction

[1] La présente affaire porte sur une interdiction de territoire au Canada pour motifs sanitaires, fondée sur un fardeau excessif pour les services sociaux et non sur un fardeau excessif pour les services de santé. Dans la présente demande de contrôle judiciaire, Gurmukh Singh Parmar (le demandeur) conteste la décision du 21 avril 2009 de l’agente d’immigration désignée Nimish Gautam du Haut-commissariat du Canada à New Delhi (l’agente des visas), par laquelle sa demande de résidence permanente au Canada a été rejetée pour le seul motif que son fils Inderjot, qui avait alors 19 ans, était interdit de territoire pour motifs sanitaires en application du paragraphe 38(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), parce que l’agente des visas était d’avis que l’état de santé d’Inderjot, soit son retard mental grave et sa paralysie cérébrale spastique



[2] What is principally challenged by the applicant is the need for some social services which the visa officer took into account in determining excessive demand in this particular case. Simply put, the applicant argues his son's health condition is such that publicly funded long-term care, social worker/medical co-ordinator, speech language therapist and physiotherapy are of no use to him and he has never required them in the past. What needs he has have been and will continue to be provided to him by home care. Since birth his son cannot speak, has never been to school, has never walked, is confined to bed, has the mental age of six months, has an IQ below 20 and is completely dependent on others (namely his mother) for his every need: eating, dressing and changing of diapers because he is incontinent.

[3] "Excessive demand" [as am. by SOR/2009-163, s. 1(E)], "social services" and "health services" are defined terms and are set out in subsection 1(1) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR), which is reproduced in the annex to these reasons as the relevant legislative and regulatory provisions.

[4] As will be seen, the focus of the arguments in this case turns on the proper application of the teachings of the Supreme Court of Canada in *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706 (*Hilewitz*), which interpreted subparagraph 19(1)(a)(ii) of the former *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2], a provision which is substantially the same as paragraph 38(1)(c) of the IRPA (*Hilewitz*, at paragraphs 3, 59 and 60), to require medical officers, when determining medical inadmissibility in situations where there may be excessive demand for social services (not health services), to take into account both medical and non-medical factors including "the availability, scarcity or cost of publicly funded

(que le demandeur ne conteste pas), risque vraisemblablement d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux du Canada.

[2] Le demandeur conteste principalement la nécessité de certains services sociaux dont l'agente des visas a tenu compte pour déterminer s'il y avait fardeau excessif dans ce dossier. En termes simples, le demandeur soutient que l'état de santé de son fils est tel que les soins de longue durée financés par l'État, le recours à un travailleur social ou à un coordonnateur médical, à un orthophoniste et à un physiothérapeute ne lui sont d'aucune utilité et qu'il n'en a jamais eu besoin auparavant. Les besoins d'Inderjot ont toujours été comblés par des soins à domicile et le seront toujours. Depuis sa naissance, le fils du demandeur ne peut pas parler, il n'a jamais été à l'école, il n'a jamais marché, il est confiné au lit, il a l'âge mental d'un enfant de six mois, il a un quotient intellectuel (QI) de moins de 20 et il dépend complètement des autres (à savoir, de sa mère) pour tous ses besoins, par exemple se nourrir, s'habiller et changer de couche parce qu'il est incontinent.

[3] Les expressions « fardeau excessif » [mod. par DORS/2009-163, art. 1(A)], « services sociaux » et « services de santé » sont définies et établies au paragraphe 1(1) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le RIPR), qui est reproduit à l'annexe des présents motifs, dans la partie sur les dispositions légales et réglementaires applicables.

[4] Comme nous le verrons, les arguments présentés en l'espèce sont axés sur l'application correcte des enseignements de la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706 (*Hilewitz*), dans lequel la Cour suprême a interprété le sous-alinéa 19(1)a)(ii) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], une disposition qui est essentiellement la même que le paragraphe 38(1) de la LIPR (*Hilewitz*, aux paragraphes 3, 59 et 60) et a conclu que, dans l'examen de l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires, les médecins agréés, dans une situation où il y aurait fardeau excessif pour les services sociaux (et non les services

services, along with the willingness and ability of the applicant or his or her family to pay for the services” (*Hilewitz*, at paragraph 55). Moreover, the Court also held the resources of the family could not be disregarded in determining whether their disabled child would create an undue burden on Canada’s social services. Private special education training paid for by an applicant for permanent residence as well as home care provided by the family are two such relevant factors for this determination.

[5] Counsel for the applicant challenges the visa officer’s decision on two main grounds. First, he argues the visa officer erred in accepting Dr. LeBlanc’s opinion (the medical officer) that Inderjot’s health condition would create an excessive demand on social services as that opinion was not individually particularized to Inderjot’s social services needs. The second ground to his challenge relates to the visa officer’s finding the applicant, his wife and the members of the family or relatives in Canada, do not have the financial ability to offset any social services which Inderjot’s health condition would otherwise create on his demand for social services. He argues the visa officer exceeded his statutory authority in making that finding or, in the alternative, this finding is unreasonable and contrary to the evidence.

[6] This is the applicant’s second judicial review application on this issue of the family’s inadmissibility for permanent residence in Canada because of Inderjot’s health condition. He had challenged in this Court, in May of 2005, a finding of inadmissibility by a different visa officer. That first decision was rendered by the visa officer before the Supreme Court of Canada had released its decision on October 21, 2005 in the *Hilewitz* case. The applicant’s first judicial review application was settled between the parties such that the visa officer’s April 2005 decision was quashed and the applicant’s application for permanent residence was returned to a new visa officer for redetermination with the right of the applicant

de santé), doivent tenir compte de critères médicaux et non médicaux comme « la disponibilité, la rareté ou le coût des services financés par l’État, ainsi que la volonté et la capacité du demandeur ou de sa famille de payer pour les services concernés » (*Hilewitz*, au paragraphe 55). De plus, la Cour suprême a aussi conclu qu’on ne pouvait pas écarter les ressources de la famille lors de l’examen visant à savoir si un enfant déficient constituerait un fardeau excessif pour les services sociaux du Canada. L’éducation spécialisée privée par un demandeur de résidence permanente, ainsi que les soins à domicile fournis par la famille sont deux facteurs pertinents quant à cet examen.

[5] L’avocat du demandeur conteste la décision de l’agente des visas sur deux principaux points. Premièrement, il soutient que l’agente des visas a commis une erreur en acceptant l’avis de la D<sup>re</sup> LeBlanc (le médecin agréé), selon lequel l’état de santé d’Inderjot créerait un fardeau excessif pour les services sociaux, parce que cet avis ne précisait pas les besoins particuliers individuels d’Inderjot en matière de services sociaux. Le deuxième point de la contestation porte sur la conclusion de l’agente des visas selon laquelle le demandeur, son épouse et les membres de leur famille ou leur parenté au Canada n’ont pas la capacité financière de compenser pour les services sociaux dont Inderjot aurait besoin en raison de son état de santé, lesquels services seraient autrement financés par l’État. Il soutient que l’agente des visas a outrepassé son pouvoir légal en tirant cette conclusion ou, subsidiairement, que cette conclusion était déraisonnable et contraire à la preuve.

[6] Il s’agit de la deuxième demande de contrôle judiciaire du demandeur sur cette question quant à l’interdiction de territoire de la famille au Canada en raison de l’état de santé d’Inderjot. Il a contesté devant la Cour, en mai 2005, une conclusion d’interdiction de territoire rendue par un autre agent des visas. Cette première décision avait été rendue par cet agent des visas avant que la Cour suprême du Canada rende sa décision le 21 octobre 2005 dans l’affaire *Hilewitz*. La première demande de contrôle judiciaire du demandeur a été réglée entre les parties et la décision de l’agent des visas d’avril 2005 a été annulée et la demande de résidence permanente du demandeur a été renvoyée à un

to make a new fairness response to a new fairness letter issued by the medical officer in order to take into account the teachings in *Hilewitz*.

## II. The visa officer's decision

[7] There are two parts to the visa officer's decision. As will be seen, the first part is the refusal letter of April 21, 2009, which the visa officer sent to the applicant. That letter adopts Dr. LeBlanc's medical opinion. It reads:

The medical officer has determined that your family member Inderjot Singh Parmar has the following medical condition or diagnosis:

### Mental Retardation – Severe

This 18 year old applicant, born January 9, 1990, was diagnosed as having Severe Mental Retardation with spastic cerebral palsy. Using standard clinical psychology tests, it is estimated that his IQ is below 20 with a mental age of 6 months. He is confined to the bed and is completely dependent on others for all activities of daily living including feeding, dressing, hygiene and mobility. The clinical psychologist indicates that his mental condition will persist throughout his life and he will require ongoing support and supervision.

In the Canadian context, this applicant and his family would require a comprehensive assessment and review by a multi-disciplinary developmental team to establish and then implement an appropriate interventional program to deal with his medical issues and address his adaptive skills deficiencies. This team would likely include physicians experienced in dealing with mentally retarded and physically handicapped individuals, speech specialists to help him with his language skills. As appropriate, occupational therapists, physiotherapists, special education specialists, psychologists, and social workers would be utilized. In Canada, he would be recognized as requiring special education and support.

The Canadian social philosophy has a commitment to equality, full participation and maximum community

autre agent des visas pour nouvel examen, en accordant au demandeur le droit de présenter une nouvelle réponse à une nouvelle lettre relative à l'équité que le médecin agréé enverrait, afin de tenir compte des enseignements de l'arrêt *Hilewitz*.

## II. La décision de l'agente des visas

[7] La décision de l'agente des visas est constituée de deux parties. Comme nous le verrons, la première partie correspond à la lettre de refus du 21 avril 2009 que l'agente des visas a envoyée au demandeur. Cette lettre adoptait l'avis médical de la D<sup>re</sup> LeBlanc. Elle se lit comme suit :

[TRADUCTION] Le médecin agréé a déterminé que l'état de santé ou le diagnostic du membre de votre famille Inderjot Singh Parmar était le suivant :

### Retard mental – Grave

Le demandeur de 18 ans, né le 9 janvier 1990, a reçu un diagnostic de retard mental grave et de paralysie cérébrale spastique. Conformément aux examens psychologiques cliniques normalisés, il est estimé que son QI est de moins de 20 et qu'il a un âge mental de 6 mois. Il est confiné au lit et il est complètement dépendant de son entourage pour toutes les activités de la vie quotidienne, y compris se nourrir, s'habiller, soigner son hygiène et se déplacer. Le psychologue clinicien indique que son état mental persistera toute sa vie et qu'il aura besoin de soutien et de supervision continus.

Dans le contexte canadien, le demandeur et sa famille auraient besoin d'une évaluation approfondie et d'un examen de la part d'une équipe de développement multidisciplinaire afin d'établir, puis d'appliquer, un programme d'intervention approprié pour composer avec les problèmes de santé de l'enfant et de traiter ses déficiences en matière d'aptitudes adaptatives. Cette équipe serait probablement composée de médecins qui ont de l'expérience dans le traitement de personnes qui ont des retards mentaux et des handicaps physiques, d'orthophonistes pour l'aider à parler et, au besoin, d'ergothérapeutes, de physiothérapeutes, d'éducateurs spécialisés, de psychologues et de travailleurs sociaux. Au Canada, il serait reconnu comme une personne ayant besoin d'éducation spécialisée et de soutien.

La philosophie sociale canadienne comprend un engagement envers l'égalité, la pleine participation et l'intégration

integration of all individuals with mental retardation and physical handicaps in order to maximize their personal development. This applicant and his family would be eligible for a variety of social services and benefits that would promote his relative autonomy. He will require physiotherapy and home nursing care. As well, his supportive family would be eligible for parent/caregiver relief programs and respite care. Withdrawal of family support would result in the applicant requiring institutional care. His requirement for the above mentioned multi-disciplinary review and management and supportive services are expensive and cost more than the average amount spent on individual health care in Canada.

Based upon my review of the results of this medical examination and all the reports I have received with respect to the applicant's health condition, I conclude that he has a health condition that might reasonably be expected to cause excessive demand on social services. Specifically, this health condition might reasonably be expected to require services, the costs of which would likely exceed the average Canadian per capita costs over 5 years. The applicant is therefore inadmissible under Section 38(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

By letter dated November 28, 2008 you were advised that you may submit additional information relating to this medical condition or diagnosis. Additional information and documents provided by you were forwarded to our medical officer. After review, the medical officer concluded that there are no changes in the medical assessment and confirmed the finding of inadmissibility. [Emphasis added.]

[8] The visa officer also states:

I am satisfied that the medical officer's opinion about your family member's Inderjot Singh Parmar inadmissibility on health grounds is reasonable. Accordingly, your accompanying family member Inderjot's [sic] Singh Parmar is inadmissible pursuant to section 38(1)(c) in that your accompanying family member's Inderjot Singh Parmar condition might reasonably be expected to cause excessive demand on health or social services. [Emphasis added.]

[9] The second part of the visa officer's decision deals with the applicant's willingness or intent to offset the excessive demand and his financial ability to do so. The

communautaire maximale de toutes les personnes atteintes de retards mentaux et de handicaps physiques afin de maximiser leur développement personnel. Le demandeur et sa famille seraient admissibles à divers services sociaux et avantages qui aideraient à améliorer l'autonomie relative de leur enfant. Il aura besoin de physiothérapie et de soins infirmiers à domicile. De plus, la famille qui le soutient aurait droit au programme d'assistance aux parents ou aux fournisseurs de soins et à un service de relève. L'enfant aurait besoin de soins en établissement si la famille devait retirer son soutien. L'examen multidisciplinaire susmentionné, ainsi que les services de gestion et de soutien dont il aurait besoin, sont dispendieux et coûtent plus que le montant moyen dépensé pour les soins de santé individuels au Canada.

Après avoir examiné les résultats de l'évaluation médicale et tous les rapports que j'ai reçus au sujet de l'état de santé du demandeur, je conclus que son état de santé risque vraisemblablement d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux. Plus précisément, en raison de son état de santé, le demandeur aura probablement besoin de services dont les coûts dépasseraient vraisemblablement le coût moyen par habitant au Canada sur cinq ans. Par conséquent, le demandeur est interdit de territoire en application du paragraphe 38(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

Dans une lettre datée du 28 novembre 2008, vous avez été avisé que vous pourriez présenter des renseignements additionnels au sujet de cet état de santé ou diagnostic. Les renseignements et documents additionnels que vous avez présentés ont été envoyés à notre médecin agréé. Après examen, le médecin agréé a conclu qu'il n'y avait aucun changement à l'évaluation médicale et a confirmé la conclusion d'interdiction de territoire. [Non souligné dans l'original.]

[8] L'agente des visas a aussi déclaré :

[TRADUCTION] Je suis convaincue que l'avis du médecin agréé au sujet de l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires du membre de votre famille Inderjot Singh Parmar est raisonnable. Par conséquent, Inderjot Singh Parmar, membre de la famille qui vous accompagne, est interdit de territoire en application du paragraphe 38(1) parce que son état de santé risque vraisemblablement d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé ou les services sociaux. [Non souligné dans l'original.]

[9] La deuxième partie de la décision de l'agente des visas traite de la volonté ou de l'intention du demandeur de compenser pour le fardeau excessif et de sa capacité

visa officer's decision on this aspect is contained in his Computer Assisted Immigration Processing System (CAIPS) notes which are an integral part of the impugned decision.

[10] The visa officer first set out the reasons why he was not satisfied with the applicant's plan or intent to offset the excessive demand. He specifically stated the plan was not credible on the following basis:

a. As to the applicant's assertion his wife will stay home to look after Inderjot, he determined that it is "not likely" his wife will stay home once in Canada since, in the past, she had operated a computer-training company;

b. He dismissed the applicant's suggestion the services of a family doctor in Canada will be all that is necessary to take care of Inderjot being of the opinion the medical assessment clearly indicated Inderjot's need for specialized medical doctors;

c. He gave no weight to the applicant's statement his relatives in Alberta will give the applicant a house where Inderjot's care will be provided for by his wife and if need be by his relatives in Alberta where he had been offered employment as a purchasing agent by his brother. Specifically, the applicant asserts that his sister, Kulwant Kaur, who currently looks after her grandchildren, will assist in looking after Inderjot. The visa officer said there was no indication of Ms. Kaur's qualifications or experience in taking care of "mentally retarded and physically handicapped individuals";

d. The applicant also asserted that because there is no treatment for cerebral palsy in Canada there would be no demand on social services and noted the applicant had referred to letters from doctors and medical services in Canada dated 1991 and 1993. He rejected this evidence because they did not address the question of how Inderjot will be supported through services and supervision.

financière de le faire. La décision de l'agente des visas à ce sujet se trouve dans ses notes du Système de traitement informatisé des dossiers (le STIDI), qui sont partie intégrante de la décision contestée.

[10] L'agente des visas a d'abord établi les raisons pour lesquelles elle n'était pas convaincue du plan ou de l'intention du demandeur de compenser pour le fardeau excessif. Elle a précisé que le plan n'était pas crédible pour les motifs suivants :

a. au sujet de l'allégation du demandeur selon laquelle son épouse resterait à la maison pour s'occuper d'Inderjot, l'agente des visas a conclu qu'il était [TRADUCTION] « peu probable » que son épouse reste à la maison à leur arrivée au Canada parce que, par le passé, elle avait dirigé une compagnie de formation en informatique;

b. elle a rejeté la suggestion du demandeur selon laquelle les services d'un médecin de famille au Canada seraient les seuls services nécessaires pour prendre soin d'Inderjot, parce qu'elle était d'avis que l'évaluation médicale indiquait clairement le besoin d'Inderjot d'avoir des médecins spécialisés;

c. elle n'a accordé aucun poids à l'argument du demandeur selon lequel sa famille en Alberta lui donnerait une maison dans cette province où son frère lui a offert un emploi à titre d'acheteur et où son épouse et, au besoin, sa famille en Alberta, prendraient soin d'Inderjot. En particulier, le demandeur soutient que sa sœur, Kulwant Kaur, qui s'occupe présentement de ses petits-enfants, aiderait à prendre soin d'Inderjot. L'agente des visas a déclaré que rien ne donnait à penser que M<sup>me</sup> Kaur était qualifiée ou avait de l'expérience pour prendre soin de [TRADUCTION] « personnes atteintes d'un retard mental et de handicaps physiques »;

d. le demandeur a aussi soutenu que, comme il n'existait aucun traitement pour la paralysie cérébrale au Canada, il ne ferait aucune demande auprès des services sociaux et il a mentionné des lettres de médecins et des services médicaux au Canada datées de 1991 et de 1993. L'agente a rejeté cette preuve parce qu'elle ne précisait pas quels services et supervision Inderjot aurait besoin.

[11] For the following reasons, the visa officer also found that there was insufficient evidence provided in regard to the applicant's financial ability to offset excessive demand.

[12] Valuation reports of two houses and a plot of land were submitted but he noted these were not ownership documents. Furthermore, it appeared the properties referenced are held under joint ownership so the applicant would not be able to sell them easily.

[13] The car was not an asset because the evidence indicated it was not in the applicant's name so ownership could not be attributed to the applicant.

[14] There was insufficient evidence of history of the applicant's financial relationship with the Bank of India, First Calgary Savings and Union Ltd., and Canada Trust. In particular, he found there was no explanation for recent deposits of money. He concluded the balances could have been inflated for the purpose of his application for permanent residence.

### III. The process leading to the impugned decision

[15] On November 28, 2008, the visa officer sent a fairness letter to the applicant setting out Inderjot's health condition and its potential impact on social services. The content of the fairness letter is substantially the same as set out in the visa officer's subsequent refusal letter. However, in the fairness letter, the visa officer told the applicant that in consultation with the Health Management Branch of Citizenship and Immigration Canada (CIC), it had determined that the following social services would be required:

Publicly funded long term care in Alberta and subsidized through Regional Health Authorities based on an income/asset test. Information available for 2007 indicates that individuals

[11] Pour les motifs qui suivent, l'agente des visas a aussi conclu que la preuve présentée n'établissait pas la capacité financière du demandeur de compenser pour le fardeau excessif.

[12] Le demandeur a présenté des rapports d'évaluation pour deux maisons et un terrain, mais l'agente des visas a noté qu'il ne s'agissait pas de certificats de propriété. De plus, il semble que les propriétés déclarées soient des propriétés conjointes; le demandeur ne serait donc pas en mesure de les vendre facilement.

[13] La voiture n'était pas un actif, parce que la preuve n'aurait pas qu'elle n'était pas au nom du demandeur; il n'était donc pas possible d'en attribuer la possession au demandeur.

[14] La preuve était insuffisante quant à l'historique de la relation financière du demandeur avec la Bank of India, la First Calgary Savings and Union Ltd. et Canada Trust. En particulier, l'agente des visas a conclu qu'il n'y avait aucune explication pour les récents dépôts d'argent. Elle a conclu que les soldes ont pu être augmentés dans le but de favoriser la demande de résidence permanente.

### III. Le processus qui a précédé la décision contestée

[15] Le 28 novembre 2008, l'agente des visas a envoyé une lettre relative à l'équité au demandeur dans laquelle elle décrivait l'état de santé d'Inderjot et ses répercussions possibles sur les services sociaux. Le contenu de la lettre relative à l'équité est essentiellement le même que celui de la lettre de refus subséquente de l'agente des visas. Cependant, dans la lettre relative à l'équité, l'agente des visas a dit au demandeur qu'après la consultation avec la Direction générale de la gestion de la santé de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC), elle avait déterminé que les services sociaux suivants seraient requis :

[TRADUCTION]

Soins de longue durée financés par l'État en Alberta et subventionnés par la Régie régionale de la santé en fonction d'une évaluation des revenus ou des actifs. Les renseignements

would be eligible for subsidies ranging from \$10,584 to \$25,416 annually.

Other needs for this child with variable costs are:

- Social worker/Medical coordinator
- Speech language therapist
- Physiotherapy [Emphasis added.]

[16] The fairness letter contains two paragraphs of a more generalized nature which were reproduced in the refusal letter quoted at paragraph 7 of these reasons. The first paragraph begins with the words “In the Canadian context” and the second paragraph with the words “The Canadian social philosophy”.

[17] The visa officer indicated to the applicant he had an opportunity to submit additional information that addressed any or all of the following:

- The medical condition(s) identified;
- Social services required in Canada for the period indicated above;
- Your individual plan to ensure that no excessive demand will be imposed on Canadian social services for the entire period indicated above and;
- Your signed Declaration of Ability and Intent. [Emphasis added.]

adding:

In order to demonstrate that you/your family member will not place an excessive demand on social services, if permitted to immigrate to Canada, your [*sic*] must establish to the satisfaction of the assessing officer that you have a reasonable and workable plan, along with the financial means and intent to implement this plan, in order to offset the excessive demand that you would otherwise impose on social services, after immigration to Canada.

[18] At this juncture, I propose to make some general observations regarding the structure of the letters and

disponibles pour 2007 indiquent qu'une personne aurait droit à une subvention de 10 584 \$ à 25 416 \$ annuellement.

Les autres besoins, dont le coût est variable, pour cet enfant sont :

- Travailleur social ou coordonnateur médical
- Orthophoniste
- Physiothérapie [Non souligné dans l'original.]

[16] La lettre relative à l'équité comprenait deux paragraphes de nature plus générale qui ont été reproduits dans la lettre de refus citée au paragraphe 7 des présents motifs. Le premier paragraphe commence par les mots « Dans le contexte canadien » et le deuxième paragraphe commence avec les mots « La philosophie sociale canadienne ».

[17] L'agent des visas a expliqué au demandeur qu'il avait l'occasion de présenter des renseignements additionnels qui répondaient à au moins un des points suivants :

[TRADUCTION]

- L'état de santé établi;
- Les services sociaux requis au Canada pour la période susmentionnée;
- Votre plan personnel pour garantir qu'aucun fardeau excessif ne sera imposé aux services sociaux canadiens pour toute la période susmentionnée;
- Votre Déclaration de capacité et d'intention signée. [Non souligné dans l'original.]

et elle a ajouté :

[TRADUCTION] Afin de démontrer que vous ou un membre de votre famille ne causerez pas de fardeau excessif pour les services sociaux si vous obtenez le droit d'immigrer au Canada, vous devez convaincre l'agent évaluateur que vous avez un plan raisonnable et fonctionnel, ainsi que les moyens financiers et l'intention de mettre ce plan en pratique, afin de compenser pour le fardeau excessif que vous imposerez autrement aux services sociaux après votre immigration au Canada.

[18] À ce stade-ci, je propose de présenter des observations générales au sujet de la structure des lettres et,

in particular the language used by the visa officer. The services identified by the visa officer in the fairness letter, reproduced at paragraph 15 of these reasons, seem to have been very specific to Inderjot. However, any value in identifying these services was entirely lost because both the fairness letter and the final refusal letter are couched in unfocused and generalized language which purport but fails to specify upon which required services Inderjot will cause excessive demand. All of this generalized language was extracted from the medical notification, included as annex to these reasons, of Dr. J. B. Lazarus (the medical officer who provided the 2005 medical opinion which was the subject of the discontinued judicial review proceeding).

[19] Consequently, I found the structure of the decision very confusing, as did Mr. Parmar. This generalized language used by Dr. Lazarus does not conform with *Hilewitz* as it is clearly not particularized to the individual and should be avoided in the future.

[20] The applicant responded on January 23, 2009. He enclosed a declaration under oath of ability and intent in the form set out as suggested by the visa officer (certified tribunal record (CTR), page 53). He declared he would assume responsibility for arranging the provision of any required social services and provided a statement why he did not intend to use any of the specified social services. He enclosed financial documents. He also declared that should at any time social services be required he intended to pay for them privately and declared he would not hold the federal, provincial or territorial governments responsible for costs associated with the provision of social services. In his response, he did not take issue with the medical diagnosis of Inderjot's health impairment. He relied on the medical information provided in the context of the first medical notification in 2005 which, as noted, led to a first judicial review that settled.

[21] In the balance of his declaration, the applicant commented on all the services mentioned (be they identified as social services by the visa officer or not) in the

en particulier, du langage utilisé par l'agente des visas. Les services identifiés par l'agente des visas dans la lettre relative à l'équité, reproduits au paragraphe 15 des présents motifs, semblent être bien précis pour Inderjot. Cependant, toute valeur attachée à l'identification de ces services a été entièrement perdue parce que tant la lettre relative à l'équité que la lettre de refus définitive sont libellées dans un langage imprécis et général lequel était supposé indiquer quels sont les services dont Inderjot aurait besoin et qui causeraient un fardeau excessif. Cependant, cet objectif n'est pas atteint. Tout ce langage généralisé a été extrait de la déclaration médicale, comprise à l'annexe aux présentes, du D<sup>r</sup> J. B. Lazarus (le médecin agréé qui a fourni l'avis médical 2005 qui a fait l'objet de la procédure de contrôle judiciaire abandonnée).

[19] Par conséquent, je conclus, comme M. Parmar l'a fait, que la structure de la décision porte à confusion. Le langage général utilisé par le D<sup>r</sup> Lazarus n'est pas conforme à l'arrêt *Hilewitz* parce qu'il ne visait pas précisément la personne et il devrait être évité à l'avenir.

[20] Le demandeur a répondu le 23 janvier 2009. Il a inclus une déclaration sous serment de capacité et d'intention dans le format suggéré par l'agente des visas (dossier certifié du tribunal (DCT), page 53). Il a déclaré qu'il prendrait la responsabilité d'organiser la fourniture de tout service social requis et il a présenté une déclaration expliquant pourquoi il n'avait pas l'intention d'utiliser les services sociaux susmentionnés. Il a aussi présenté des documents financiers. Il a déclaré que si, à un moment donné, des services sociaux étaient requis, il avait l'intention de payer pour obtenir des services privés et il a déclaré qu'il ne rendrait pas les gouvernements fédéral, provincial ou territorial responsables des coûts associés à la fourniture des services sociaux. Dans sa réponse, il n'a pas contesté le diagnostic médical de l'état de santé d'Inderjot. Il s'est fondé sur les renseignements médicaux fournis dans le contexte de la première déclaration médicale de 2005 qui, comme je l'ai noté, a entraîné le premier contrôle judiciaire, qui a été réglé.

[21] Dans le reste de sa déclaration, le demandeur a présenté des commentaires sur tous les services mentionnés (qu'ils aient été ciblés comme services sociaux



fairness letter sent to him on November 28, 2009 (see CTR, pages M-10 to M-14). In summary, he stated:

A. Inderjot has had only one doctor since he was born, Dr. Singh, a child specialist. He identified a family doctor in Calgary who will take on the entire Parmar family as patients. He stated Inderjot did not require more than one doctor in India and will not require any specialized medical services or doctors in Canada. He is healthy and does not take any medicines (CTR, page 76).

B. There is no need for speech specialist or therapist. He understands Punjabi and communicates by way of gestures. He cannot speak and does not understand English. The family has never had to resort to speech specialists or therapists before and it is too late now as he is 19.

C. There is no need for an occupational therapist. His son is bedridden and cannot move independently; occupational therapy will not help him; he has never had this kind of treatment in the past and there is no intention to have one in the future.

D. In terms of physiotherapy, the applicant indicates this was tried between 1991 and 1997 but was discontinued because it did not provide his son with any benefits and the sessions made his son very uncomfortable. He says he, his wife and his other son learned soft massage which is administered each day and helps Inderjot. He has had no physiotherapist since 1997 and there is no intention to use one in the future.

E. As for a special education specialist, the applicant indicates he has never been to school, is 19 and would not be required to go to school in Alberta. He does not understand English and is uneducable. He will not be require this service.

F. The only time he saw a psychologist was for his immigration medical examination. He does not need a

par l'agente des visas ou non) dans la lettre relative à l'équité qui lui a été envoyée le 28 novembre 2009 (voir le DCT, pages M-10 à M-14). En résumé, il a déclaré :

A. Inderjot n'a eu qu'un seul médecin depuis sa naissance, le D<sup>r</sup> Singh, un spécialiste pour enfants. Le demandeur a trouvé un médecin de famille à Calgary qui prendra tous les membres de la famille Parmar comme patients. Il a déclaré qu'Inderjot n'avait pas eu besoin de plus d'un médecin en Inde et qu'il n'aurait pas besoin de services spécialisés médicaux ou de médecins spécialisés au Canada. Il est en santé et il ne prend aucun médicament (DCT, page 76).

B. Aucun orthophoniste ou thérapeute n'est nécessaire. Inderjot comprend le pendjabi et communique par gestes. Il est incapable de parler et il ne comprend pas l'anglais. La famille n'a jamais eu besoin d'un orthophoniste ou de thérapeutes auparavant et il est trop tard maintenant, puisqu'il a 19 ans.

C. Aucun ergothérapeute n'est nécessaire. Son fils est alité et il ne peut pas bouger seul; l'ergothérapie ne l'aiderait pas; il n'a jamais eu de traitement de ce genre par le passé et il n'est pas prévu qu'il en ait dans l'avenir.

D. En ce qui a trait à la physiothérapie, le demandeur précise qu'ils ont tenté l'expérience entre 1991 et 1997, mais que la thérapie a été arrêtée parce qu'elle n'aidait pas son fils et que les séances le rendaient très inconfortable. Il a déclaré que lui, son épouse et son autre fils avaient appris à lui donner des massages doux tous les jours, lesquels aident Inderjot. Il n'a pas eu de physiothérapeute depuis 1997 et il n'est pas prévu qu'il en ait besoin d'un dans l'avenir.

E. Quant à l'éducateur spécialisé, le demandeur précise qu'Inderjot n'a jamais été à l'école, qu'il a 19 ans et qu'il ne serait pas tenu d'aller à l'école en Alberta. Il ne comprend pas l'anglais et il est inéducable. Il n'aura pas besoin de ce service.

F. La seule fois qu'Inderjot a vu un psychologue était pour son examen médical d'immigration. Il n'a pas

psychologist and there is no intention to have one in Canada.

G. Inderjot has never had a social worker/medical co-ordinator and does not need them. The family doctor who is willing to attend to the family in Calgary will take care of his needs.

H. There is no need for home nursing care. Inderjot has always lived at home and the family has always looked after him; his culture dictates this. Moreover, in Calgary, there is a large extended family willing to assist him, if need be.

I. The family has never in the past required any relief from attending to Inderjot and has never accessed respite care. There is no intention to do so in the future. The extended family is there to help if help is needed for him and his wife. He notes his wife and Inderjot in 2004 visited Canada for 6 months. Everything went well. His wife looked after him by herself. Inderjot did not need medical or social services during that trip. Inderjot enjoyed his relatives as they him.

J. The applicant asserted there will always be family support for Inderjot as it “is foreign to our culture to institutionalized family member”. He indicates should anything happen to him and his wife, his older son is committed to looking after his brother plus the fact his extended family in Calgary (a sister and two brothers) are there to assist.

K. In sum, the applicant concludes that the family currently does not use any social services in India and does not intend to use them here. He believes that all that Inderjot needs is care and attention by his family which they will continue to provide him with. He adds that although his son is confined to bed and has cerebral palsy, he is otherwise a very healthy young man. He has no seizures or other complications.

[22] The applicant concludes his declaration by referring to his financial circumstances. He has a job with his brother’s company as soon as he immigrates to

besoin de psychologue et il n’est pas prévu qu’il en ait un au Canada.

G. Inderjot n’a jamais eu de travailleur social ou de coordonnateur médical et il n’en a pas besoin. Le médecin de famille qui est prêt à s’occuper de la famille à Calgary s’occupera de ses besoins.

H. Les services infirmiers à domicile ne sont pas nécessaires. Inderjot a toujours habité à la maison et sa famille s’est toujours occupée de lui; la culture du demandeur le lui exige. De plus, à Calgary, la grande famille étendue du demandeur est prête à l’aider, si nécessaire.

I. La famille n’a jamais eu besoin de relève pour s’occuper d’Inderjot et elle n’a jamais eu accès à un service de relève. Elle n’a pas l’intention d’y avoir recours dans l’avenir. La famille étendue est là pour aider si le demandeur et son épouse en ont besoin. Il note que son épouse et Inderjot sont venus au Canada en 2004 pendant 6 mois. Tout s’est bien passé. Son épouse s’est occupée d’Inderjot elle-même. Inderjot n’a pas eu besoin de services médicaux ou sociaux pendant ce voyage. Il a apprécié voir sa famille, qui le lui a bien rendu.

J. Le demandeur a déclaré que la famille soutiendra toujours Inderjot parce qu’il [TRADUCTION] « est étranger à notre culture de placer en établissement un membre de la famille ». Il précise que si quelque chose devait leur arriver, à lui et à son épouse, son fils aîné s’occuperait de son frère. De plus, sa famille élargie à Calgary (une sœur et deux frères) est là pour l’aider.

K. En somme, le demandeur conclut que la famille n’a présentement pas besoin de services sociaux en Inde et qu’elle n’a pas l’intention d’y avoir recours ici. Il croit que tout ce qu’Inderjot a besoin sont les soins et l’attention de sa famille, qui lui seront toujours offerts. Il ajoute que bien que son fils soit alité et qu’il soit atteint de paralysie cérébrale, il est autrement un jeune homme en bonne santé. Il n’a pas de crises ou d’autres complications.

[22] Le demandeur a conclu sa déclaration en faisant référence à sa situation financière. Il aura un poste au sein de l’entreprise de son frère dès qu’il immigrera au

Canada with his family. He has savings in GICs [guaranteed investment certificate] of C\$109 000 on deposit in Canada and over C\$28 800 in banks in India plus fixed assets there of approximately C\$352 000. He has a house to live in Calgary owned by his brother Inderji who has purchased another house. He speaks of his extended family and states his wife will stay at home and look after Inderjot as she does today in India.

[23] He concludes, by deposing under oath, his son will not create an excessive demand on social services in Canada and, if required to use them, he will pay for them privately as “I have the money to do so”.

[24] I make reference here to a letter missing from the CTR. Counsel for the applicant pointed out that while Mr. Parmar had made submissions as to his ineligibility to receive long-term care in Alberta because of the specific funding formula, the visa officer fails to respond to that point. Notably, these submissions presented by way of letter were missing from the CTR.

[25] On February 27, 2009 (CTR, page M-2), the medical officer Monique-Louise LeBlanc wrote a short three-paragraph note under the heading “Procedural Fairness” indicating she had reviewed the responding material sent by the applicant (his covering letter, his declaration of ability and intent in prescribed form (see CIC’s Operational Bulletin 063, September 24, 2008 [Assessing Excessive Demand on Social Services]) and details of funds and assets). She stated in the third paragraph of her note she had reviewed the medical file along with the material listed above (the three documents) and “it is my opinion that no information has been provided which would indicate that the original medical assessment was incorrect. Therefore, there is insufficient evidence to support a change or re-evaluation of Inderjot’s medical assessment at this time. Hence he remains M5”.

Canada avec sa famille. Il a des économies en certificats de placements garantis (CPG) de 109 000 \$CAN, en dépôt au Canada, et plus de 28 800 \$CAN dans des banques en Inde, en plus d’actifs fixes dans ce pays d’environ 352 000 \$CAN. Il a une maison à Calgary qui appartient à son frère Inderji, qui s’est achetée une autre maison. Le demandeur a parlé de sa famille étendue et a déclaré que son épouse resterait à la maison et s’occuperait d’Inderjot comme elle le faisait déjà en Inde.

[23] Le demandeur conclut, en déposant sous serment, que son fils ne créerait pas de fardeau excessif pour les services sociaux au Canada et que, s’il en a besoin, le demandeur paiera pour des services privés parce que [TRADUCTION] « j’ai l’argent pour le faire ».

[24] Je mentionne ici une lettre qui manque au DCT. L’avocat du demandeur a souligné que, bien que M. Parmar eût fait des observations au sujet de l’inadmissibilité d’Inderjot à recevoir des soins de longue durée en Alberta en raison du mode de financement précis, l’agente des visas n’a pas répondu à cette question. Il est intéressant de noter que ces observations étaient présentées dans une lettre qui ne se trouvait pas dans le DCT.

[25] Le 27 février 2009 (DCT, page M-2), le médecin agréée Monique-Louise LeBlanc a écrit une courte note de trois paragraphes sous le titre [TRADUCTION] « Équité procédurale », dans laquelle elle indiquait qu’elle avait examiné les documents de réponse du demandeur (sa lettre de présentation, sa déclaration de capacité et d’intention sous le format prescrit (voir le Bulletin opérationnel 063 de CIC, du 24 septembre 2008 [Évaluation de fardeau excessif pour les services sociaux]) et les détails au sujet de ces fonds et de ces actifs). Elle a déclaré dans le troisième paragraphe de sa note qu’elle avait examiné le dossier médical ainsi que les documents susmentionnés (les trois documents) et que [TRADUCTION] « à mon avis, aucun renseignement présenté permettrait de conclure que l’évaluation médicale originale était erronée. Par conséquent, la preuve est insuffisante pour appuyer un changement de l’évaluation médicale ou une réévaluation d’Inderjot présentement. En conséquence, il demeure M-5 ».

IV. The teachings in *Hilewitz*

[26] The *Hilewitz* case and its companion case in *De Jong*, above, were situations dealing with applications for permanent residence to Canada in the investor and self-employed classes where both applicants had met the financial requirements attached to those classes but were denied permanent resident status on account of a dependent's child's health condition (mild mental retardation) where medical officers at the CIC [at paragraph 18] had concluded, under section 19 of the former *Immigration Act*, the child's admission to Canada "would cause or might reasonably be expected to cause an excessive demand on Canadian social services" [emphasis added], a statutory provision, as noted, which is substantially similar to the now paragraph 38(1)(c) of the IRPA.

[27] In both cases, the applicants argued the dependent child suffered from intellectual disabilities at birth which medical officers at CIC assessed would require special education, vocational training and respite care for the caregivers. Both applicants indicated in response to the fairness letter they would send their child to private school providing special education and pay the required cost. It followed, they submitted, there would be no demand on social services much less any excessive demand.

[28] In *Hilewitz*, the Supreme Court of Canada allowed an appeal from a decision of the Federal Court of Appeal [2003 FCA 420, [2004] 1 F.C.R. 696] which reversed a decision of my colleague Justice Frederick B. Gibson [2002 FCT 844, [2003] 2 F.C. 3], who quashed a decision of a visa officer on the basis that, while parental resources and willingness to pay may be irrelevant in determining whether a disabled child's admission to Canada is likely to cause excessive demands on health service, the same could not be said of social services which are funded and delivered on a different basis. As a result, Justice Gibson held those two factors of ability

IV. Les enseignements de l'arrêt *Hilewitz*

[26] L'affaire *Hilewitz* et l'affaire connexe *De Jong*, précitées, portaient sur des demandes de résidence permanente au Canada dans les catégories des investisseurs et des travailleurs autonomes, pour lesquels les deux demandeurs avaient satisfait aux exigences financières de ces catégories, mais s'étaient vu refuser le statut de résident permanent en raison de l'état de santé d'un enfant à charge (retard mental léger) pour lequel des médecins agréés de CIC [au paragraphe 18] avaient conclu, en vertu de l'article 19 de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, que l'admission de l'enfant au Canada « entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé » [non souligné dans l'original], une disposition légale, comme je l'ai notée, qui est essentiellement semblable au paragraphe 38(1) de la LIPR actuelle.

[27] Dans les deux affaires, les demandeurs ont soutenu que l'enfant à charge était atteint de déficience intellectuelle à la naissance pour laquelle les médecins agréés de CIC avaient conclu qu'une éducation spécialisée, qu'une formation professionnelle et que des services de relève pour les fournisseurs de soins seraient nécessaires. Les deux demandeurs ont précisé dans leur réponse à la lettre relative à l'équité qu'ils enverraient leur enfant à une école privée qui offrirait une éducation spécialisée et qu'ils paieraient pour les frais afférents. Ils ont soutenu que, par conséquent, il n'y aurait aucun fardeau pour les services sociaux, encore moins un fardeau excessif.

[28] Dans l'arrêt *Hilewitz*, la Cour suprême du Canada a accueilli un appel de la décision de la Cour d'appel fédérale [2003 CAF 420, [2004] 1 R.C.F. 696], qui renversait une décision de mon collègue le juge Frederick B. Gibson [2002 CFPI 844, [2003] 2 C.F. 3], qui avait annulé une décision d'un agent des visas au motif que, bien que les ressources et la volonté des parents de payer aient pu ne pas être pertinentes quant à l'examen visant à savoir si l'admission d'un enfant handicapé au Canada risque de causer un fardeau excessif pour les soins de santé, on ne pouvait pas dire la même chose au sujet des services sociaux, qui sont financés et fournis de façon

and willingness to pay should have been considered by the visa officer who had omitted to do so. The Federal Court of Appeal was of the view that non-medical factors such as the availability of family support and the ability and willingness of the family to pay were irrelevant considerations in determining whether excessive demand would be made on Canada's social services.

[29] Specifically at paragraph 25 of the *Hilewitz* decision, Justice Rosalie Abella for the majority stated the Federal Court of Appeal had come to this conclusion because the Minister's denial of permanent residency on medical inadmissibility grounds reflected "a risk-adverse policy which takes into account the contingency that a family's financial situation could deteriorate, thereby creating a burden on Canadian social services" (emphasis added), a view which she rejected based on her reasons which may be summarized as follows.

[30] First, as a matter of statutory construction, Justice Abella took into account the legislative history of the predecessors of paragraph 38(1)(c) of the IRPA as well as the intent of Parliament as expressed in the legislative and regulatory scheme more particularly disclosed in the 1977 *Minutes of Proceedings and Evidence* [Issue No. 11] of the Standing Committee of the House of Commons [Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration] examining subparagraph 19(1)(a)(ii) of the former *Immigration Act* as to the relevance of the issue as to whether a parent who keeps at home a disabled child will result in that child not placing demands on social services (see paragraph 52 in *Hilewitz*). Justice Abella then wrote the following, at paragraphs 54 to 57 of her reasons:

Section 19(1)(a)(ii) calls for an assessment of whether an applicant's health would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on Canada's social services. The term "excessive demands" is inherently evaluative and comparative. Without consideration of an applicant's ability and intention to pay for social services, it is impossible to determine realistically what "demands" will be made on Ontario's social services. The wording of the provision

différente. Par conséquent, le juge Gibson a conclu que les facteurs de capacité et de volonté de payer auraient dû être évalués par l'agent des visas, qui ne l'avait pas fait. La Cour d'appel fédérale était d'avis que les facteurs non médicaux tels que l'existence du soutien de la famille ainsi que la capacité et la volonté de la famille de payer n'étaient pas des facteurs pertinents dans la décision à savoir s'il y aurait un fardeau excessif pour les services sociaux du Canada.

[29] En particulier, au paragraphe 25 de l'arrêt *Hilewitz*, la juge Rosalie Abella, pour les juges majoritaires, a déclaré que la Cour d'appel fédérale était arrivée à cette conclusion parce que le refus du ministre d'accorder la résidence permanente pour motifs sanitaires découlait d'une « politique soucieuse d'éviter les risques : on tient compte d'une possible détérioration de la situation financière d'une famille, qui se traduirait par un fardeau pour les services sociaux canadiens » (non souligné dans l'original), un point de vue qu'elle a rejeté pour les motifs qui peuvent être résumés comme suit.

[30] Premièrement, d'un point de vue de l'interprétation des lois, la juge Abella a tenu compte des antécédents légaux des prédécesseurs du paragraphe 38(1) de la LIPR, ainsi que de l'intention du Parlement telle qu'exprimée dans l'ensemble des lois et des règlements, plus particulièrement énoncée dans les *Procès-verbaux et témoignages* [fascicule n° 11] de 1977 du Comité permanent de la Chambre des communes [Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration], qui a examiné le sous-alinéa 19(1)(a)(ii) de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, pour établir la pertinence de la question de savoir si le fait qu'un parent garde à la maison un enfant handicapé aura pour résultat que cet enfant n'entraînera pas de fardeau pour les services sociaux (voir le paragraphe 52 de l'arrêt *Hilewitz*). La juge Abella a ensuite écrit ce qui suit, aux paragraphes 54 à 57 de ses motifs :

Le sous-alinéa 19(1)(a)(ii) exige qu'on détermine si l'état de santé du demandeur entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens. Le terme « fardeau excessif » appelle intrinsèquement à l'évaluation et à la comparaison. Si l'on ne tient pas compte de la capacité et de la volonté du demandeur d'assumer le coût des services sociaux, il est impossible de déterminer d'une manière réaliste en quoi consiste le « fardeau » que devront supporter

shows that medical officers must assess likely demands on social services, not mere eligibility for them.

To do so, the medical officers must necessarily take into account both medical and non-medical factors, such as the availability, scarcity or cost of publicly funded services, along with the willingness and ability of the applicant or his or her family to pay for the services.

This, it seems to me, requires individualized assessments. It is impossible, for example, to determine the “nature”, “severity” or probable “duration” of a health impairment without doing so in relation to a given individual. If the medical officer considers the need for potential services based only on the classification of the impairment rather than on its particular manifestation, the assessment becomes generic rather than individual. It is an approach which attaches a cost assessment to the disability rather than to the individual. This in turn results in an automatic exclusion for all individuals with a particular disability, even those whose admission would not cause, or would not reasonably be expected to cause, excessive demands on public funds.

The issue is not whether Canada can design its immigration policy in a way that reduces its exposure to undue burdens caused by potential immigrants. Clearly it can. But here the legislation is being interpreted in a way that impedes entry for all persons who are intellectually disabled, regardless of family support or assistance, and regardless of whether they pose any reasonable likelihood of excessively burdening Canada’s social services. Such an interpretation, disregarding a family’s actual circumstances, replaces the provision’s purpose with a cookie-cutter methodology. Interpreting the legislation in this way may be more efficient, but an efficiency argument is not a valid rebuttal to justify avoiding the requirements of the legislation. The Act calls for individual assessments. This means that the individual, not administrative convenience, is the interpretive focus. [Underlining added.]

[31] Second, the test to determine whether the child’s medical condition might reasonably be expected to cause excessive demand is to be gauged on the standard of “reasonable probability, not remote possibility. It should be more likely than not, based on a family’s circumstances, that the contingencies will materialize” (*Hilewitz*, at paragraphs 58 and 68).

les services sociaux de l’Ontario. Le texte de la disposition indique que les médecins agréés doivent déterminer le fardeau probable pour les services sociaux, et non la simple admissibilité à ces services.

Pour ce faire, les médecins agréés doivent nécessairement tenir compte de critères médicaux et non médicaux — comme la disponibilité, la rareté ou le coût des services financés par l’État, ainsi que la volonté et la capacité du demandeur ou de sa famille de payer pour les services concernés.

Cela exige, me semble-t-il, des appréciations individualisées. Il est impossible, par exemple, de déterminer la « nature », la « gravité » ou la « durée probable » d’une maladie sans le faire à l’égard d’une personne donnée. Si le médecin agréé s’interroge sur les services susceptibles d’être requis en se fondant uniquement sur la classification de la maladie ou de l’invalidité, et non sur la façon précise dont elle se manifeste, l’appréciation devient générique plutôt qu’individuelle. L’évaluation des coûts est alors faite en fonction de la déficience plutôt qu’en fonction de l’individu. Toutes les personnes atteintes d’une déficience donnée sont alors automatiquement exclues, même celles dont l’admission n’entraînerait pas, ou ne risquerait pas d’entraîner, un fardeau excessif pour les fonds publics.

La question n’est pas de savoir si le Canada peut élaborer une politique d’immigration propre à réduire le risque que des candidats à l’immigration lui occasionnent un fardeau excessif. Il est clair qu’il peut le faire. Mais, dans les présentes affaires, la Loi est interprétée d’une manière qui fait obstacle à l’admission de toutes les personnes ayant une déficience intellectuelle, sans égard au soutien ou à l’aide de la famille et à la question de savoir si leur admission crée une probabilité raisonnable de fardeau excessif pour les services sociaux canadiens. Une telle interprétation, qui ne tient pas compte de la situation financière concrète de la famille, substitue à l’objet de la mesure législative une méthode d’évaluation à la chaîne. Il est peut être plus efficace d’interpréter la mesure législative de cette manière, mais un argument fondé sur l’efficacité ne saurait valablement justifier le non-respect des exigences de cette mesure. La Loi requiert des appréciations individuelles. Cela signifie que l’interprétation doit être centrée sur la personne, et non sur la commodité administrative. [Non souligné dans l’original.]

[31] Deuxièmement, le critère pour déterminer si l’état de santé de l’enfant risquerait d’entraîner un fardeau excessif correspond à « une probabilité raisonnable, non à une faible possibilité. Il doit être probable, eu égard à la situation de la famille, que les éventualités envisagées se réaliseront » (*Hilewitz*, aux paragraphes 58 et 68).

[32] Specifically, Justice Abella found that a person can only be found to be ineligible for admission following an inquiry which excludes speculative contingencies such as possible bankruptcy, mobility, school closure and parental death. She wrote, at paragraphs 58 and 68:

The clear legislative threshold provides that to be denied admission, the individual's medical condition "would" or "might reasonably be expected" to result in an excessive public burden. The threshold is reasonable probability, not remote possibility. It should be more likely than not, based on a family's circumstances, that the contingencies will materialize. See *Hiramen v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 65 N.R. 67 (F.C.A.), and *Badwal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 64 D.L.R. (4th) 561 (F.C.A.), both by MacGuigan J.A.

...

These views, it seems to me, undermine and contradict the direction in the legislation that a person can only be found to be ineligible for admission if his or her admission "would" or "might reasonably be expected" to cause excessive demands. That means that something more than speculation must be applied to the inquiry. The fears articulated in the rejections of the Hilewitz and de Jong applications, such as possible bankruptcy, mobility, school closure or parental death, represent contingencies that could be raised in relation to any applicant. Using such contingencies to negate a family's genuine ability and willingness to absorb some of the burdens created by a child's disabilities anchors an applicant's admissibility to conjecture, not reality. [Emphasis added.]

[33] Third, she noted that social services are regulated by provincial statutes and there is a distinction between health services and social services (see paragraphs 21 and 67).

[34] Justice Abella concluded, at paragraph 70:

The medical officers were obliged to consider all relevant factors, both medical and non-medical, such as the availability of the services and the anticipated need for them. In both cases, the visa officers erred by confirming the medical officers' refusal to account for the potential impact of the families' willingness to assist. Moreover, their failure to read the families' responses to the fairness letters sent to them by

[32] Plus précisément, la juge Abella a conclu qu'une personne ne peut être interdite de territoire qu'après un examen qui exclut les événements incertains et hypothétiques tels que la faillite, le déménagement, la fermeture d'école et la mort d'un parent. Elle a écrit, aux paragraphes 58 et 68 :

Le critère législatif est clair : pour qu'une personne se voit refuser l'admission, on doit avoir conclu que son état de santé « entraînerait » ou « risquerait d'entraîner » un fardeau excessif pour le public. Ce critère correspond à une probabilité raisonnable, non à une faible possibilité. Il doit être probable, eu égard à la situation de la famille, que les éventualités envisagées se réaliseront. Voir *Hiramen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] A.C.F. n° 74 (QL) (C.A.), et *Badwal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] A.C.F. n° 1022 (QL) (C.A.), deux arrêts dans lesquels le juge MacGuigan a exposé les motifs.

[...]

Ces façons de voir me paraissent affaiblir et contredire la disposition de la Loi, disposition qui prescrit qu'une personne peut être jugée non admissible seulement si son admission « entraînerait » ou « risquerait d'entraîner » un fardeau excessif. Cela signifie que la décision ne saurait reposer sur de simples conjectures. Les craintes exposées dans le rejet des demandes des Hilewitz et des de Jong quant à diverses possibilités (faillite, déménagement, fermeture d'école ou décès des parents) sont des éventualités qui pourraient être soulevées à l'égard de tout demandeur. En invoquant de telles éventualités pour nier la capacité et la volonté réelles d'une famille de supporter une partie du fardeau occasionné par la déficience d'un enfant, on se trouve à rattacher l'admissibilité d'un demandeur à des conjectures et non à la réalité. [Non souligné dans l'original.]

[33] Troisièmement, elle a noté que les services sociaux sont régis par des lois provinciales et qu'il existe une distinction entre les services de santé et les services sociaux (voir les paragraphes 21 et 67).

[34] La juge Abella a conclu, au paragraphe 70 :

Les médecins agréés et les agents des visas avaient l'obligation de tenir compte de tous les éléments pertinents, tant de nature médicale que non médicale, par exemple la disponibilité des services et les besoins prévus à cet égard. Or dans les deux cas, les agents des visas ont commis une erreur en confirmant le refus des médecins agréés de prendre en considération l'incidence possible de la volonté des familles

the medical officers meant that their decisions were not based on all the relevant available information.

#### IV. The standard of review

[35] Two recent Supreme Court of Canada decisions have impacted on the standard of review analysis which its previous jurisprudence had established. As is well known these decisions are : *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 and, in respect of federal tribunals, *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*).

[36] *Dunsmuir* prescribes:

i. With the elimination of the previously recognized standard of patent unreasonableness, there are now only two standards of review: correctness and reasonableness;

ii. If previous jurisprudence has satisfactorily settled on a standard of review in a particular type of decision, a fresh standard of review analysis is not necessary;

iii. Where the question to be decided is one of fact, discretion or policy, deference will usually apply automatically which compels the application of the reasonableness standard as does the review of questions where the legal and factual issues are intertwined with and cannot be readily separated (see paragraph 53);

iv. The reasonableness standard means, at paragraph 47:

Reasonableness is a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision

d'apporter leur soutien. En outre, leurs décisions n'étaient pas fondées sur la totalité de l'information disponible, vu leur refus de lire les réponses des familles aux lettres requises par l'équité que leur avaient fait parvenir les médecins agréés.

#### IV. La norme de contrôle

[35] Deux arrêts récents de la Cour suprême du Canada ont eu des répercussions sur l'analyse de la norme de contrôle qui avait été établie dans la jurisprudence antérieure. Il est bien connu que ces deux arrêts sont : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 et, au sujet des tribunaux fédéraux, *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*).

[36] L'arrêt *Dunsmuir* prescrit :

i. À la suite de l'élimination de la norme de la décision manifestement déraisonnable, il n'existe maintenant que deux normes de contrôle : la décision correcte et la raisonabilité;

ii. Si la jurisprudence antérieure a réglé de façon satisfaisante la norme de contrôle dans un type particulier de décision, il n'est pas nécessaire d'effectuer une nouvelle analyse de la norme de contrôle;

iii. En présence d'une question touchant aux faits, aux pouvoirs discrétionnaires ou à la politique, la retenue s'impose habituellement d'emblée, ce qui appelle l'application de la norme de la raisonabilité tout comme pour les questions où le droit et les faits s'entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés (voir paragraphe 53);

iv. La norme de raisonabilité est ainsi définie, au paragraphe 47 :

La norme déferente du caractère raisonnable procède du principe à l'origine des deux normes antérieures de raisonabilité : certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la



reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

v. The correctness standard applies where the reviewing court owes no deference to the decision maker who must be right in its determination. Generally, the reviewing courts owe no deference where questions of law are determinative of the issue (matters of constitutionality, statutory interpretation, question of jurisdiction) and on matters of procedural fairness.

[37] *Khosa*, above, is important to federal tribunals because of paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], which provides that the Federal Court of Appeal or the Federal Court in the exercise of their original judicial review functions may set aside a decision of a federal tribunal if it “based its decision ... on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it” [emphasis added].

[38] *Khosa* held that while this paragraph was not a legislated standard of review it nevertheless provided “legislative guidance as to the ‘degree of deference’ owed to the [federal tribunal’s] findings of fact” (*Khosa*, paragraph 3). Later on in his reasons, Justice Ian Binnie for the majority of his colleagues at paragraph 46 stated:

More generally, it is clear from s. 18.1(4)(d) that Parliament intended administrative fact finding to command a high degree of deference. This is quite consistent with *Dunsmuir*. It provides legislative precision to the reasonableness standard of review of factual issues in cases falling under the *Federal Courts Act*.

[39] The jurisprudence indicates that paragraph 18.1(4)(d) finds application where a tribunal’s findings

raisonnabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

v. La norme de la décision correcte s’applique lorsque la cour de révision n’a pas à accorder de déférence au décideur, qui doit avoir tiré une conclusion correcte. Généralement, les cours de révision n’ont pas à faire preuve de retenue lorsque les questions de droit sont déterminantes (des questions de constitutionnalité, d’interprétation des lois ou des questions de compétence) et qu’il y a une question d’équité procédurale.

[37] L’arrêt *Khosa* est important pour les offices fédéraux parce que l’alinéa 18.1(4)(d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], prévoit que la Cour d’appel fédérale ou la Cour fédérale, dans l’exercice de leurs fonctions de contrôle judiciaire, peuvent annuler une décision d’un office fédéral s’il « à 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 » [non souligné dans l’original].

[38] L’arrêt *Khosa* précise que, bien que cet alinéa n’était pas une norme de contrôle prévue par la loi, il prévoyait tout de même « une indication législative du “degré de déférence” applicable aux conclusions de fait [de l’office fédéral] » (*Khosa*, au paragraphe 3). Plus loin dans ses motifs, le juge Ian Binnie, pour la majorité des juges, a déclaré au paragraphe 46 :

De façon plus générale, il ressort clairement de l’al. 18.1(4)(d) que le législateur voulait qu’une conclusion de fait tirée par un organisme administratif appelle un degré élevé de déférence. Ce qui est tout à fait compatible avec l’arrêt *Dunsmuir*. Cette disposition législative précise la norme de contrôle de la raisonabilité applicable aux questions de fait dans les affaires régies par la *Loi sur les Cours fédérales*.

[39] La jurisprudence montre que l’alinéa 18.1(4)(d) s’applique lorsque les conclusions de fait d’un office

of fact are (1) material but not rationally supported by any evidence, (2) where on an assessment of the evidence as a whole a tribunal's findings are unreasonable, (3) where its conclusions are speculative or conjectural, and (4) where its findings did not have regard to the totality of the evidence before it or were made by ignoring material evidence.

## V. Analysis

### A. *Preliminary issue*

[40] At the beginning of the hearing I heard the applicant's motion to strike out the affidavit of Dr. Brian Dobie, sworn on November 24, 2009.

[41] Dr. Dobie is a physician licensed to practice medicine in Ontario. He has been a medical officer at Health Canada and at CIC but he was not the medical officer who provided the medical opinion in this case, although he did have some involvement in the first case which, as mentioned, was settled. Dr. LeBlanc was unavailable to provide an affidavit as she was on sick leave at the time this judicial review was commenced. On reading Dr. Dobie's affidavit and after listening to the submissions of the parties, I indicated I would give little weight to the affidavit as being of marginal relevance and utility having regard to the CTR and to the fact his cost information was not based on Alberta costs where the Parmar family would live but rather on costs in Ontario and because medical costs are also factored in.

### B. *Discussion and conclusions*

[42] Counsel for the applicant raised a wide-ranging number of issues in seeking to quash the visa officer's decision. Some of these have been mentioned at paragraphs 2 and 5 of these reasons. He raises subsidiary grounds such as (1) the visa officer substituting his views on matters which had to be decided by the medical officer and (2) the mixing into social services what are

fédéral 1) sont déterminantes, mais ne sont pas raisonnablement soutenues par la preuve, 2) sont déraisonnables vu l'évaluation de l'ensemble de la preuve, 3) sont hypothétiques ou conjecturales, et 4) ne tiennent pas compte de toute la preuve dont il était saisi ou ont été tirées en écartant des preuves importantes.

## V. Analyse

### A. *La question préliminaire*

[40] Au début de l'audience, j'ai entendu la requête en radiation de l'affidavit du D<sup>r</sup> Brian Dobie présentée par le demandeur et déposée sous serment le 24 novembre 2009.

[41] Le D<sup>r</sup> Dobie est un médecin qui détient un permis de pratiquer en Ontario. Il a été médecin agréé pour Santé Canada et pour CIC, mais il n'était pas le médecin agréé qui a fourni l'avis médical en l'espèce, même s'il a eu un certain rôle à jouer dans la première affaire qui, comme je l'ai mentionné, a été réglée. La D<sup>re</sup> LeBlanc ne pouvait pas présenter un affidavit parce qu'elle était en congé de maladie au moment où le présent contrôle judiciaire a débuté. Après avoir lu l'affidavit du D<sup>r</sup> Dobie et écouté les observations des parties, j'ai précisé que j'accorderais peu de poids à l'affidavit parce qu'il n'avait qu'une pertinence et une utilité négligeables au sujet du DCT et parce que les renseignements sur les coûts dans son affidavit n'étaient pas fondés sur les coûts en Alberta, où la famille Parmar habiterait, mais plutôt sur les coûts en Ontario et parce qu'il a aussi tenu compte des coûts médicaux.

### B. *Discussion et conclusions*

[42] L'avocat du demandeur a soulevé un grand nombre de questions pour tenter de faire annuler la décision de l'agente des visas. Certaines de ces questions ont été mentionnées aux paragraphes 2 et 5 des présents motifs. Il a soulevé aussi des motifs subsidiaires tels que les suivants : 1) en ce qui a trait à des questions qui devaient être tranchées par le médecin agréé, l'agente des visas a

properly defined as health services. It will not be necessary for me to deal with all of the submissions put forward by counsel for the applicant except for two grounds which are determinative: (1) a breach of procedural fairness in failing to provide adequate reasons and (2) unreasonable findings of fact in terms of ability and willingness of the applicant to mitigate excessive demand. In my view those findings are contrary to the evidence or were made on the basis of no evidence.

[43] As an aside, counsel for the applicant also appeared as counsel for Mr. Sapru, the applicant in the recent decision of my colleague Justice Mosley in *Sapru v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 240, [2011] 2 F.C.R. 501 (*Sapru*) (heard on February 18, 2010 and decided on March 2, 2010). A review of Justice Mosley's decision, in which he dismissed the judicial review application on a medical inadmissibility case involving a dependent child with development delay, shows Mr. Cecil Rotenberg made the same arguments in *Sapru* as he did in front of me.

### C. Lack of adequate reasons

[44] In recent decisions, the springboard of which is its decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*), the Supreme Court of Canada has been emphasizing the need to issue reasons which are sufficient. See *Baker*, at paragraphs 35 to 44. *Baker* was a case where an immigration officer dismissed an application by Mrs. Baker to remain in Canada on humanitarian and compassionate grounds. The Court held that written reasons were necessary in that case because of the important significance of the decision on the individual with Justice Claire L'Heureux-Dubé writing for the Court at paragraph 43 that "[i]t would be unfair for a person subject to a decision such as this one which is so critical to their future not to be told why the result was reached."

substitué son opinion à celle du médecin agréé; et 2) elle a inclus dans les services sociaux des services qui constituent plutôt des services de santé. Il ne sera pas nécessaire que je traite de chacune des observations de l'avocat du demandeur, sauf pour deux moyens qui sont déterminants : 1) l'agente des visas a manqué à l'équité procédurale en ne présentant pas des motifs adéquats; et 2) elle a tiré des conclusions de fait déraisonnables en ce qui a trait à la capacité et à la volonté du demandeur d'atténuer le fardeau excessif. À mon avis, ces conclusions sont contraires à la preuve ou ne sont pas fondées sur la preuve.

[43] Incidemment, l'avocat du demandeur a aussi représenté M. Sapru, le demandeur dans une récente décision de mon collègue le juge Mosley, *Sapru c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 240, [2011] 2 R.C.F. 501 (*Sapru*) (audience tenue le 18 février 2010 et décision rendue le 2 mars 2010). Un examen de la décision du juge Mosley, dans laquelle il rejetait la demande de contrôle judiciaire dans une affaire d'interdiction de territoire pour motifs sanitaires pour un enfant à charge qui avait des retards de développement, révèle que M. Cecil Rotenberg a présenté les mêmes arguments dans la décision *Sapru* que ceux qu'il m'a présentés.

### C. Le manque de motifs adéquats

[44] Dans des arrêts récents, dont l'arrêt déclencheur a été l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*), la Cour suprême du Canada a souligné le besoin de rendre des motifs suffisants. Voir l'arrêt *Baker*, aux paragraphes 35 à 44. Dans l'affaire *Baker*, un agent d'immigration a rejeté la demande de M<sup>me</sup> Baker de rester au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire. La Cour suprême a conclu que des motifs écrits étaient nécessaires dans cette affaire, en raison de l'importance de la décision pour la personne. La juge Claire L'Heureux-Dubé, s'exprimant pour la Cour, a écrit au paragraphe 43 qu'il « serait injuste à l'égard d'une personne visée par une telle décision, si essentielle pour son avenir, de ne pas lui expliquer pourquoi elle a été prise ».

[45] Recently in *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3 (*R.E.M.*) the Chief Justice held that a trial judge's reasons serve three main functions in criminal law: (1) to explain the decision to the parties; (2) to provide public accountability; and (3) to permit effective review which is to ensure that, read in the context of the record as a whole, the trial judge's reasons demonstrate that he or she was alive to and resolved the central issues before the court.

[46] The test for sufficiency of reasons, at paragraph 15 of *R.E.M.*, is whether the reasons fulfill the three functions identified.

[47] *R.E.M.* was a criminal case. I see no reason why it should not be applied to an administrative law context since the Supreme Court of Canada advocated a functional approach first endorsed in *Baker*.

[48] I have no hesitation in finding the reasons of the medical officer to be far from adequate. The fairness letter was based on her medical notification. That letter invited a response on a number of issues including the social services required and an individual plan relating to ability and willingness to ensure that no excessive demand will be imposed on Canadian social services.

[49] The applicant provided a detailed response on all points except on Inderjot's medical diagnosis. The medical officer acknowledged receiving and reviewing the material sent by Mr. Parmar. Without any analysis or comment the visa officer simply indicated that the applicant's fairness response did not change her previously expressed view. The reasons were seriously deficient as they did not fulfill their functions of explaining why Mr. Parmar's submissions on the lack of need for social services were not accepted, providing public accountability and permitting effective judicial review. On the basis of these inadequate reasons, this Court simply does not know if the medical officer took into consideration

[45] Récemment, dans l'arrêt *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3 (*R.E.M.*) la juge en chef a conclu que les motifs du juge du procès en droit pénal remplissent trois fonctions principales : 1) expliquer la décision aux parties; 2) rendre compte devant le public; et 3) permettre un examen efficace en appel; on veille ainsi à ce que les motifs du juge du procès, considérés dans le contexte de l'ensemble du dossier, démontrent que le juge du procès avait conscience des questions fondamentales en litige dont il était saisi et qu'il les a résolues.

[46] Le critère pour l'appréciation du caractère suffisant des motifs, mentionné au paragraphe 15 de l'arrêt *R.E.M.*, est de déterminer si les motifs répondent aux trois fonctions établies.

[47] L'affaire *R.E.M.* est une affaire de droit pénal. Je ne vois aucune raison pour laquelle elle ne devrait pas s'appliquer dans un contexte de droit administratif, puisque la Cour suprême du Canada a préconisé l'approche fonctionnelle à laquelle elle a souscrit pour la première fois dans l'arrêt *Baker*.

[48] Je n'hésite aucunement à conclure que les motifs du médecin agréé sont loin d'être adéquats. La lettre relative à l'équité était fondée sur son avis médical. Cette lettre invitait le demandeur à répondre à un certain nombre de questions, y compris au sujet des services sociaux requis, et à présenter un plan personnel portant sur sa capacité et sa volonté de s'assurer qu'aucun fardeau excessif ne serait imposé aux services sociaux canadiens.

[49] Le demandeur a présenté une réponse détaillée sur tous les points, sauf sur le diagnostic médical d'Inderjot. Le médecin agréé a accusé réception des documents envoyés par M. Parmar et les a examinés. Sans procéder à une analyse ni faire de commentaires, l'agent des visas a simplement inscrit que la réponse à la lettre relative à l'équité du demandeur ne changeait pas son point de vue exprimé précédemment. Les motifs étaient gravement déficients parce qu'ils ne remplissaient pas leur fonction d'expliquer pourquoi les observations de M. Parmar au sujet du fait qu'il n'a pas besoin de services sociaux n'ont pas été acceptées, de rendre compte devant le public et de permettre un examen efficace en contrôle

the teachings in *Hilewitz* particularly on the need for an individualized assessment of Inderjot.

[50] In *Sapru*, Justice Mosley, at paragraph 38, on similar facts, readily concluded the medical officer's reasons on the non-medical evidence were insufficient. He did find, however, the visa officer had given detailed reasons for finding the applicants did not have the ability and intent to mitigate excessive demand. The question he posed was whether the visa officer's reasons saved the medical officers reasons. He found they did. On the facts before me I cannot arrive at the same conclusion because the visa officer's reasons on the non-medical elements are flawed. This is issue No. 2.

#### D. Issue No. 2

[51] The reasons of the visa officer for rejecting on the one hand the plan put forward by Mr. Parmar as not being credible cannot withstand scrutiny; the findings are not reasonable and are made in violation of the legislative discretion contained in subsection 18.1(4) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* as per *Khosa* for the following reasons.

[52] First, there is no evidentiary basis that Inderjot's mother will not stay at home in Canada to provide him home care as she has for the last several years. His finding is based on pure speculation. Contrast this finding with that of Justice Mosley in *Sapru*, at paragraph 58, where he indicates a similar finding was reasonable because the person concerned had been continuously employed or self-employed continuously since 1992.

judiciaire. Compte tenu de ces motifs inadéquats, la Cour ne sait simplement pas si le médecin agréé a tenu compte des enseignements de l'arrêt *Hilewitz*, en particulier au sujet du besoin d'effectuer une évaluation personnalisée pour Inderjot.

[50] Dans la décision *Sapru*, le juge Mosley, au paragraphe 38, sur des faits semblables, a conclu que les motifs du médecin agréé au sujet de la preuve non médicale étaient insuffisants. Cependant, il a conclu que l'agent des visas avait présenté des motifs détaillés justifiant sa conclusion selon laquelle les demandeurs n'avaient pas la capacité ni l'intention d'atténuer le fardeau excessif. La question qu'il a posée visait à déterminer si les motifs de l'agent des visas avaient sauvé les motifs du médecin agréé. Il a conclu que c'était le cas. Compte tenu des faits en l'espèce, je ne peux pas en arriver à la même conclusion, parce que les motifs de l'agent des visas au sujet des éléments non médicaux sont viciés. Il s'agit de la deuxième question en litige.

#### D. La 2<sup>e</sup> question en litige

[51] Les motifs de l'agent des visas expliquant le rejet pour manque de crédibilité du plan présenté par M. Parmar ne résistent pas à un examen approfondi; les conclusions ne sont pas raisonnables et elles ont été tirées en contravention du pouvoir conféré par la loi au paragraphe 18.1(4) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, tout comme dans l'arrêt *Khosa*, pour les motifs suivants.

[52] Premièrement, il n'y a aucun fondement dans la preuve pour l'argument selon lequel la mère d'Inderjot ne restera pas à la maison au Canada pour prendre soin de son fils, comme elle l'a fait au cours des dernières années. La conclusion de l'agente des visas est fondée sur de pures conjectures. Il suffit de comparer cette conclusion à celle du juge Mosley dans la décision *Sapru*, au paragraphe 58, où il indique qu'une conclusion semblable était raisonnable parce que la personne concernée était employée de façon continue, ou était travailleur autonome de façon continue, depuis 1992.

[53] Second, his finding that Inderjot will require specialized medical care is contrary to the evidence and is not supported by any evidence directly applicable to Inderjot's circumstances.

[54] He gave no weight to the sworn undertakings by family members. He does not explain why he did so except in the case of the applicant's sister whom he finds not qualified, without regard to the evidence provided that Inderjot does not need such care; his needs are that of a six-month old infant.

[55] Third, the same can be said of the visa officer's assessment of the family's financial ability. (1) He finds the two houses in India are in joint ownership and would be difficult to sell. He omits or neglects to mention that in most cases, the joint owner is his wife. (2) His criticism of banking arrangements is grounded in speculation. If he had a concern about recent increases in bank balances he should have asked the applicant rather than guessing they may be inflated for immigration purposes.

[56] On their face these bank balances and GIC investments were confirmed by bank statements which the visa officer did not doubt the veracity. The situation in this case is a far cry from the situation in *Sapru*, at paragraph 6 (no declaration of ability and intent submitted; information was deficient in the plan, at paragraph 9; at paragraph 51, no found plan was submitted, and what was indicated lacked credibility, at paragraphs 56 through 59).

[57] In closing, I also observe that Justice Mosley in *Sapru*, at paragraph 49 agreed with counsel for the applicant "that it does not appear likely" that all of the social services identified in that case by the medical officer would be required. He however concluded that some important social services would be necessary which led him to conclude that the medical officer's

[53] Deuxièmement, la conclusion selon laquelle Inderjot aurait besoin de soins médicaux spécialisés est contraire à la preuve et ne peut être soutenue par une quelconque preuve directement applicable à la situation d'Inderjot.

[54] L'agente des visas n'a accordé aucun poids aux engagements pris sous serment des membres de la famille. Elle n'explique pas pourquoi elle a pris cette décision, sauf dans le cas de la sœur du demandeur, qui, à son avis, n'était pas qualifié, et ce, malgré la preuve qui lui a été présentée au sujet du fait qu'Inderjot n'a pas besoin de tels soins; ses besoins sont ceux d'un bébé de six mois.

[55] Troisièmement, on peut dire la même chose de l'évaluation de l'agente des visas portant sur la capacité financière de la famille. 1) Elle a conclu que deux maisons en Inde sont des propriétés conjointes qui seraient difficiles à vendre. Elle a omis ou a négligé de mentionner que, dans la majorité des cas, le propriétaire conjoint est l'épouse du demandeur. 2) Sa critique au sujet de l'organisation bancaire est fondée sur des hypothèses. Si elle avait des préoccupations au sujet de l'augmentation récente des soldes bancaires, elle aurait dû poser la question au demandeur plutôt que de supposer que les soldes avaient été augmentés pour aider à la demande d'immigration.

[56] À première vue, ces soldes bancaires et les investissements en CPG ont été confirmés par des relevés de banque, dont l'agent des visas n'a pas douté la véracité. La situation en l'espèce est tout à fait différente de la situation dans la décision *Sapru*; voir le paragraphe 6 (aucune déclaration de capacité et d'intention n'avait été présentée; il manquait des renseignements dans le plan, au paragraphe 9; aucun plan n'avait été présenté, au paragraphe 51, et les renseignements présentés manquaient de crédibilité, aux paragraphes 56 à 59).

[57] En terminant, je note aussi que le juge Mosley, dans la décision *Sapru*, au paragraphe 49, a souscrit à l'observation de l'avocat du demandeur selon laquelle « il ne semble pas probable » que tous les services sociaux mentionnés dans cette affaire par le médecin agréé seraient nécessaires. Il a cependant conclu que certains services sociaux importants seraient nécessaires, ce qui

overestimation was not material. Such is not the case here.

[58] For these reasons, I conclude this judicial review application is granted.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that this judicial review application is allowed, the decision of the visa officer is set aside and the applicant's application for permanent residence is returned for determination by a different visa officer whose decision on Inderjot's medical inadmissibility shall take into account these reasons and be based on advice received from a different medical officer.

The redetermination shall be conducted forthwith pursuant to the following directives:

(1) Pursuant to instructions issued by the new medical officer (the MO), Inderjot shall undergo a thorough and complete medical examination to determine his current state of health and whether his health has remained the same or has deteriorated since the last medical review.

(2) The MO shall issue a new medical notification identifying the anticipated services (health or social) Inderjot would likely require and whether the provision of those services would likely cause an excessive demand for health or social services in the intended province of residence in Canada keeping in mind that the source of the majority of the funding for services is contributed by governments.

(3) A new fairness letter shall be issued by the new visa officer to Mr. Parmar who shall be at liberty to respond to the elements set out in that letter. A plan to mitigate any excessive demand shall be provided which shall address issues raised in recent jurisprudence on the enforceability of undertakings to governments and alternative arrangements such as insurance policies to overcome enforcement limitations. Any declaration of

l'a porté à conclure que la surestimation du médecin agréé n'était pas importante. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

[58] Pour ces motifs, je conclus que la demande de contrôle judiciaire est accueillie.

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que la demande de contrôle judiciaire soit accueillie, la décision de l'agente des visas soit annulée et la demande de résidence permanente du demandeur soit renvoyée pour nouvel examen par un autre agent des visas, dont la décision au sujet de l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires d'Inderjot devra tenir compte des présents motifs et être fondée sur l'avis d'un médecin agréé différent.

Le nouvel examen aura lieu sans délai, conformément aux directives suivantes :

1) Conformément aux instructions qui seront données par le nouveau médecin agréé (le MA), Inderjot subira un examen médical complet et approfondi visant à établir son état de santé actuel et à déterminer si son état de santé est resté le même ou s'est détérioré depuis le dernier examen médical.

2) Le MA produira une nouvelle déclaration médicale dans laquelle il ciblera les services (de santé ou sociaux) dont Inderjot aurait probablement besoin et si la fourniture de ces services risque de causer un fardeau excessif pour les services de santé ou les services sociaux dans la province de résidence prévue au Canada, en tenant compte du fait que la majorité du financement pour les services provient des gouvernements.

3) Une nouvelle lettre relative à l'équité sera préparée par le nouvel agent des visas et sera envoyée à M. Parmar, qui pourra répondre aux éléments qui y sont établis. Un plan visant à atténuer tout fardeau excessif sera produit; il devra répondre aux questions soulevées dans la récente jurisprudence au sujet de la force exécutoire des engagements envers les gouvernements et des ententes alternatives, telles que les polices d'assurances visant à

ability and intent shall contain updated financial information on the family's net worth.

(4) The MO shall examine forthwith Mr. Parmar's fairness response in compliance with recent jurisprudence and, in compliance with the requirements of procedural fairness, shall assess whether and in what means Mr. Parmar's fairness response impacted on the information identified in the fairness letter necessarily provided to him.

(5) The visa officer shall carry out his duties as required by law.

No certified question proposed.

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27

Health grounds

**38.** (1) A foreign national is inadmissible on health grounds if their health condition

- (a) is likely to be a danger to public health;
- (b) is likely to be a danger to public safety; or
- (c) might reasonably be expected to cause excessive demand on health or social services.

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227

Definitions

**1.** (1) The definitions in this subsection apply in the Act and in these Regulations.

...

“excessive demand” means

- (a) a demand on health services or social services for which the anticipated costs would likely exceed average Canadian per capita health services and social services costs over a period of five consecutive years immediately following the most recent medical examination required by these Regulations, unless there is evidence that significant costs are likely to be

compenser pour les limites de ces engagements. Toute déclaration de capacité et d'intention devra comprendre des renseignements financiers mis à jour au sujet de la valeur nette de la famille.

4) Le MA examinera sans délai la réponse de M. Parmar à la lettre relative à l'équité, conformément à la jurisprudence récente et conformément aux exigences de l'équité procédurale et évaluera si la réponse de M. Parmar à la lettre relative à l'équité a des répercussions sur les renseignements inscrits dans cette lettre qui lui a été envoyée, et dans quelle mesure.

5) L'agent des visas s'acquittera de ses fonctions tel que la loi le prescrit.

Aucune question à certifier n'est proposée.

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27

**38.** (1) Emporte, sauf pour le résident permanent, interdiction de territoire pour motifs sanitaires l'état de santé de l'étranger constituant vraisemblablement un danger pour la santé ou la sécurité publiques ou risquant d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé.

Motifs sanitaires

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

**1.** (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la Loi et au présent règlement.

[...]

« fardeau excessif » Se dit :

- a) de toute charge pour les services sociaux ou les services de santé dont le coût prévisible dépasse la moyenne, par habitant au Canada, des dépenses pour les services de santé et pour les services sociaux sur une période de cinq années consécutives suivant la plus récente visite médicale exigée par le présent règlement ou, s'il y a lieu de croire que des dépenses

Définitions



incurred beyond that period, in which case the period is no more than 10 consecutive years; or

(b) a demand on health services or social services that would add to existing waiting lists and would increase the rate of mortality and morbidity in Canada as a result of an inability to provide timely services to Canadian citizens or permanent residents.

importantes devront probablement être faites après cette période, sur une période d'au plus dix années consécutives;

b) de toute charge pour les services sociaux ou les services de santé qui viendrait allonger les listes d'attente actuelles et qui augmenterait le taux de mortalité et de morbidité au Canada vu l'impossibilité d'offrir en temps voulu ces services aux citoyens canadiens ou aux résidents permanents.

[...]

“health services” means any health services for which the majority of the funds are contributed by governments, including the services of family physicians, medical specialists, nurses, chiropractors and physiotherapists, laboratory services and the supply of pharmaceutical or hospital care.

« services de santé » Les services de santé dont la majeure partie sont financés par l'État, notamment les services des généralistes, des spécialistes, des infirmiers, des chiropraticiens et des physiothérapeutes, les services de laboratoire, la fourniture de médicaments et la prestation de soins hospitaliers.

“social services” means any social services, such as home care, specialized residence and residential services, special education services, social and vocational rehabilitation services, personal support services and the provision of devices related to those services,

« services sociaux » Les services sociaux — tels que les services à domicile, les services d'hébergement et services en résidence spécialisés, les services d'éducation spécialisés, les services de réadaptation sociale et professionnelle, les services de soutien personnel, ainsi que la fourniture des appareils liés à ces services :

(a) that are intended to assist a person in functioning physically, emotionally, socially, psychologically or vocationally; and

a) qui, d'une part, sont destinés à aider la personne sur les plans physique, émotif, social, psychologique ou professionnel;

(b) for which the majority of the funding, including funding that provides direct or indirect financial support to an assisted person, is contributed by governments, either directly or through publicly-funded agencies.

b) dont, d'autre part, la majeure partie sont financés par l'État directement ou par l'intermédiaire d'organismes qu'il finance, notamment au moyen d'un soutien financier direct ou indirect fourni aux particuliers.

...

[...]

Excessive demand

**34.** Before concluding whether a foreign national's health condition might reasonably be expected to cause excessive demand, an officer who is assessing the foreign national's health condition shall consider

(a) any reports made by a health practitioner or medical laboratory with respect to the foreign national; and

**34.** Pour décider si l'état de santé de l'étranger risque d'entraîner un fardeau excessif, l'agent tient compte de ce qui suit :

a) tout rapport établi par un spécialiste de la santé ou par un laboratoire médical concernant l'étranger;

Fardeau excessif

(b) any condition identified by the medical examination.

b) toute maladie détectée lors de la visite médicale.

2005 Medical Notification, Dr. J. B. Lazarus (Certified Tribunal Record, M129):

Avis médical de 2005, Dr J. B. Lazarus (dossier certifié du Tribunal, M129) :

[TRANSDUCTION]

This 15 year old applicant, born January 9, 1990, has Severe Mental Retardation and Cerebral Palsy. His estimated IQ is 22 placing him in the severe mental retardation range. His condition is complicated by cerebral palsy. He has spastic quadriplegia and is unable to sit, stand or speak. He is confined to bed and has marked spasticity with with flexion deformities of his arms and legs. He does not respond to verbal commands. He is completely dependent on others for all activities of daily living including feeding, dressing, hygiene and mobility. He is incontinent of urine and stool. His condition will persist throughout his life and the consultant psychologist states that he will require ongoing support and supervision.

Le demandeur de 15 ans, né le 9 janvier 1990, souffre d'un retard mental grave et de paralysie cérébrale. Son QI estimé est de 22, ce qui le place dans la catégorie du retard mental grave. Son état est aggravé par la paralysie cérébrale. Il est atteint de quadriplégie spastique et il est incapable de s'asseoir, de se tenir debout ou de parler. Il est alité et il présente des signes évidents de spasticité avec des déformations en flexion aux bras et aux jambes. Il ne répond pas aux commandes verbales. Il dépend complètement des autres pour toutes les activités de la vie quotidienne, y compris se nourrir, s'habiller, prendre soin de son hygiène et se déplacer. Il est incontinent pour l'urine et les selles. Son état persistera toute sa vie et le psychologue-conseil déclare qu'il aura besoin de soutien et de supervision continus.

In the Canadian context, this applicant and his family would require a comprehensive assessment and review by a multi-disciplinary development team to establish and then implement an appropriate interventional program to deal with his medical issues and address his adaptive skills deficiencies. This team would likely include physicians experienced in dealing with mentally retarded and physically handicapped individuals, speech specialists to help him with his language skills. As appropriate, occupational therapists, physiotherapists, special education specialists, psychologists, and social workers would be utilized. In Canada, he would be recognized as requiring special education and support.

Dans le contexte canadien, le demandeur et sa famille auraient besoin d'une évaluation approfondie et d'un examen de la part d'une équipe de développement multidisciplinaire afin d'établir, puis d'appliquer, un programme d'intervention approprié pour composer avec les problèmes de santé de l'enfant et de traiter ses déficiences en matière d'aptitudes adaptatives. Cette équipe serait probablement composée de médecins qui ont de l'expérience dans le traitement de personnes qui ont des retards mentaux et des handicaps physiques, d'orthophonistes pour l'aider à parler et, au besoin, d'ergothérapeutes, de physiothérapeutes, d'éducateurs spécialisés, de psychologues et de travailleurs sociaux. Au Canada, il serait reconnu comme une personne ayant besoin d'éducation spécialisée et de soutien.

The Canadian social philosophy has a commitment to equality, full participation and maximum community integration of all individuals with mental retardation and physical handicaps in order to maximize their personal development. This applicant and his family would be eligible for a variety of social services and benefits that would promote his relative autonomy. He would be eligible for programs focusing on the acquisition of basic living skills and special education. He will require physiotherapy and home nursing care. As well, his supportive family would be eligible for parent/caregiver relief programs and respite care. Withdrawal of family support would result in the applicant requiring institutional care. His requirement for the above mentioned multi-disciplinary review

La philosophie sociale canadienne comprend un engagement envers l'égalité, la pleine participation et l'intégration communautaire maximale de toutes les personnes atteintes de retards mentaux et de handicaps physiques afin de maximiser leur développement personnel. Le demandeur et sa famille seraient admissibles à divers services sociaux et avantages qui aideraient à améliorer l'autonomie relative de leur enfant. Il aura besoin de physiothérapie et de soins infirmiers à domicile. De plus, la famille qui le soutient aurait droit au programme d'assistance aux parents ou aux fournisseurs de soins et à un service de relève. L'enfant aurait besoin de soins en établissement si la famille devait retirer son soutien. L'examen multidisciplinaire susmentionné, ainsi que les services de

and management and supportive services are expensive and cost more than the average amount spent on individual health care in Canada.

Based upon my review of the results of this medical examination and all the reports I have received with respect to the applicant's health condition, I conclude that he has a health condition that might reasonably be expected to cause excessive demand on social services, the costs of which would likely exceed the average Canadian per capita costs over 5 years. The applicant is therefore inadmissible under Section 38(1)(c) of the Immigration and Refugee Protection Act.

gestion et de soutien dont il aurait besoin, sont dispendieux et coûtent plus que le montant moyen dépensé pour les soins de santé individuels au Canada.

Compte tenu de mon examen des résultats de cette évaluation médicale et de tous les rapports que j'ai reçus au sujet de l'état de santé du demandeur, je conclus que son état de santé risque raisonnablement de causer un fardeau excessif pour les services sociaux, dont le coût dépasserait certainement le coût moyen par habitant au Canada sur cinq ans. Par conséquent, le demandeur est interdit de territoire en application du paragraphe 38(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

T-827-08  
2010 FC 692

T-827-08  
2010 CF 692

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Plaintiff*)

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

v.

c.

**Devendra Kumar Parekh and Manishaben Devendra Parekh** (*Defendants*)

**Devendra Kumar Parekh et Manishaben Devendra Parekh** (*défendeurs*)

**INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. PAREKH**

**RÉPERTOIRE : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) c. PAREKH**

Federal Court, Tremblay-Lamer J.—Toronto, June 7; Ottawa, June 24, 2010.

Cour fédérale, juge Tremblay-Lamer—Toronto, 7 juin; Ottawa, 24 juin 2010.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Action for declaration defendants obtaining Canadian citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances — Defendants pleading guilty to charge of making false representations on application for Canadian citizenship contrary to Citizenship Act, s. 29(2)(a) — Whether abuse of process occurring herein, stay of proceedings appropriate remedy — Time between moment Citizenship and Immigration Canada becoming aware of defendants' fraud, plaintiff's issuance of statement of claim long even for typical case — Present case not complex; having clear, simple facts — Length of administrative proceedings neither normal nor due to any complexities of case — No satisfactory explanation for three-and-a-half year delay to move revocation process forward, for one and a half year delay between request to refer matter to Federal Court, issuance of statement of claim — Plaintiff alone bearing responsibility for delay — State-caused delays greatly impacting defendants' lives — If proceedings not stayed, defendants' inability to reapply for citizenship for next five years constituting prejudice directly resulting from plaintiff's delay — Citizenship Act not contemplating deprivation of citizenship for more than five years in case such as defendants' — Therefore, test for abuse of process met — As for appropriate remedy, criteria for stay met — Outcome of action depriving defendants of what Citizenship Act contemplating in s. 22(1)(f); no alternative remedy obviating need for stay — Action stayed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Action pour obtention d'un jugement déclaratoire portant que les défendeurs ont acquis la citoyenneté canadienne par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — Les défendeurs ont plaidé coupable à l'accusation d'avoir fait de fausses déclarations dans leur demande de citoyenneté canadienne en violation de l'art. 29(2)a) de la Loi sur la citoyenneté — Il s'agissait de savoir si un abus de procédure a eu lieu en l'espèce et si la suspension de la procédure constituait la mesure réparatrice appropriée — Le délai qui s'est écoulé entre le moment où Citoyenneté et Immigration Canada a été mis au courant de la fraude des défendeurs et le dépôt de la déclaration du demandeur était long, même pour un cas typique — La présente affaire n'était pas complexe et les faits étaient clairs et simples — La longueur de la procédure administrative n'était pas normale et ne s'expliquait pas non plus par les complexités inhérentes à l'affaire — Il n'y avait aucune explication satisfaisante au délai de trois ans et demi nécessaire pour faire progresser la procédure d'annulation ou au délai d'un an et demi entre la présentation de la demande pour que l'affaire soit renvoyée devant la Cour fédérale et le dépôt de la déclaration qui a initié la présente instance — Le demandeur portait à lui seul l'entière responsabilité du délai — Les délais causés par l'État ont considérablement influé sur la vie des défendeurs — Si la procédure n'était pas suspendue, l'incapacité des défendeurs à présenter une demande de citoyenneté pendant les cinq prochaines années constituerait un préjudice découlant directement du retard causé par le demandeur — La Loi sur la citoyenneté ne prévoit pas de privation de la citoyenneté supérieure à cinq ans dans des cas comme celui des défendeurs — Par conséquent, le critère démontrant l'existence d'un abus de procédure était observable — S'agissant de la mesure réparatrice appropriée, le critère*

*Administrative Law — Abuse of process — Defendants pleading guilty to charge of making false representations on application for Canadian citizenship contrary to Citizenship Act, s. 29(2)(a) — Time between moment Citizenship and Immigration Canada becoming aware of defendants' fraud, plaintiff's issuance of statement of claim long even for typical case — Analysis of reasonableness of administrative delay in particular case factual, contextual — Three main factors on which analysis based examined herein — Delay or other instances of unfairness only amounting to abuse of process in clearest of cases — Present instance such a case.*

*Federal Court Jurisdiction — Whether Court having power to issue stay in context of action for declaration Canadian citizenship falsely obtained — Time between moment Citizenship and Immigration Canada becoming aware of defendants' fraud, plaintiff's issuance of statement of claim long even for typical case, constituting abuse of process — While some of defendants' proposed remedies exceeding Court's narrow jurisdiction in action such as present one, Court remaining master of own process in accordance with Federal Courts Act, Federal Courts Rules, inherent powers — Stay of proceedings constituting matter which Court having power to control as part of its process, could order remedy without overstepping role under Citizenship Act, s. 18(1).*

This was an action for a declaration that the defendants obtained Canadian citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. The defendants admitted that they lied to obtain Canadian citizenship. The defendants became permanent residents of Canada in May 1997 but moved to the U.S. in June 1999 where they stayed until the husband came back to Canada in August 2000 and his wife followed him in December 2000. Shortly after the defendants became citizens in February 2001, they were charged with making false representations on their application for Canadian citizenship contrary to paragraph 29(2)(a) of the *Citizenship Act* (Act). They both pleaded guilty to that offence in November 2002 and Citizenship and Immigration Canada (CIC), after becoming

*applicable à la suspension a été établi — Le dénouement de l'action priverait les défendeurs de l'avantage qui leur est accordé à l'art. 22(1)f) de la Loi sur la citoyenneté; il n'y avait pas d'autre mesure réparatrice envisageable qui puisse parer à la nécessité d'une suspension — Action suspendue.*

*Droit administratif — Abus de procédure — Les défendeurs ont plaidé coupable à l'accusation d'avoir fait de fausses déclarations dans leur demande de citoyenneté canadienne en violation de l'art. 29(2)a) de la Loi sur la citoyenneté — Le délai qui s'est écoulé entre le moment où Citoyenneté et Immigration Canada a été mis au courant de la fraude des défendeurs et le dépôt de la déclaration du demandeur était long, même pour un cas typique — L'analyse du caractère raisonnable d'un délai administratif dans une affaire comporte des aspects factuels et contextuels — Les trois facteurs principaux sur lesquels l'analyse repose ont été examinés en l'espèce — La lenteur ou d'autres manifestations d'injustice ne constituent un abus de procédure que dans les cas les plus manifestes — Il s'agissait d'un de ces cas en l'espèce.*

*Compétence de la Cour fédérale — Il s'agissait de savoir si la Cour était habilitée à suspendre l'action pour obtention d'un jugement déclaratoire portant que la citoyenneté canadienne a été acquise par fraude — Le délai qui s'était écoulé entre le moment où Citoyenneté et Immigration Canada a été mis au courant de la fraude des défendeurs et le dépôt de la déclaration du demandeur était long, même pour un cas typique, et constituait un abus de procédure — Même si certaines des mesures réparatrices envisagées par les défendeurs outrepasseraient la compétence étroite de la Cour dans une action comme celle qui était en cause, la Cour reste maîtresse de sa propre procédure conformément à la Loi sur les Cours fédérales, aux Règles des Cours fédérales et à ses pouvoirs inhérents — La suspension de la procédure est une question que la Cour a le pouvoir de contrôler dans ses propres procédures et la Cour pouvait ordonner cette réparation sans outrepasser sa compétence au sens de l'art. 18(1) de la Loi sur la citoyenneté.*

Il s'agissait d'une action pour obtention d'un jugement déclaratoire portant que les défendeurs ont acquis la citoyenneté canadienne par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels. Les défendeurs ont admis avoir menti en vue d'obtenir la citoyenneté canadienne. Les défendeurs ont acquis la résidence permanente au Canada en mai 1997, mais, en juin 1999, ils sont allés s'installer aux États-Unis, où ils sont restés jusqu'en août 2000 lorsque le défendeur est revenu s'installer au Canada et son épouse l'y a suivi en décembre 2000. Peu de temps après que les défendeurs sont devenus des citoyens en février 2001, ils ont été accusés de fausses déclarations dans leur demande de citoyenneté canadienne en violation de l'alinéa 29(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*

aware of the convictions, recommended in June 2003 that the department proceed with the revocation of their citizenship. A memorandum recommending the revocation of the defendants' citizenship was drafted in December 2004 but no further developments took place until December 2006. The defendants were served the notices to revoke citizenship in January 2007 and thereafter asked that the notices be referred to the Federal Court pursuant to paragraph 18(1)(a) of the Act. The plaintiff's statement of claim instituting the present proceedings was issued in May 2008.

The main issues were whether the continuance of revocation proceedings against the defendants amounted to an abuse of process and, if so, whether a stay of the proceedings was the appropriate remedy.

*Held*, the action should be stayed.

The analysis of the reasonableness of administrative delay in a particular case is factual and contextual and is based on three main factors: the time taken compared to the inherent time requirements of the matter; the causes of delay beyond the inherent time requirements of the matter; and the impact of the delay. Each of these factors was considered in the present case.

The time actually elapsed between the moment CIC was aware of the defendants' fraud and the issuance of the statement of claim in this case—five years—was rather long even for a typical case. The present case was not complex and the facts were clear and simple. The defendants admitted the facts on which the proceedings were based. Based on the evidence, the length of the administrative proceedings herein was neither normal nor due to any complexities of the case.

There was no satisfactory explanation for the delay of three and a half years from June 2003 to December 2006 to move the revocation process forward. Furthermore, there was no satisfactory explanation for a delay of almost one and a half years between the defendants' request that the matter be referred to the Federal Court and the issuance of the statement of claim commencing this action. The plaintiff's explanation that more evidence was required to justify these delays was not accepted. Therefore, the plaintiff alone bore the entire responsibility for the delay herein.

(la Loi). En novembre 2002, ils ont tous deux plaidé coupable à cette infraction et Citoyenneté et Immigration Canada (CIC), après avoir été informé des déclarations de culpabilité, a recommandé en juin 2003 que CIC aille de l'avant avec l'annulation de la citoyenneté des défendeurs. Un mémoire recommandant l'annulation de la citoyenneté des défendeurs a été rédigé en décembre 2004, mais le dossier n'a connu aucun autre nouveau développement jusqu'en décembre 2006. Les avis préalables à l'annulation de la citoyenneté ont été signifiés aux défendeurs en janvier 2007 et ceux-ci ont par la suite demandé à ce que l'affaire soit renvoyée devant la Cour fédérale conformément à l'alinéa 18(1)a) de la Loi. La déclaration du demandeur à l'origine de la présente instance a été délivrée en mai 2008.

Les principales questions litigieuses étaient celles de savoir si le fait de poursuivre la procédure d'annulation entreprise à l'encontre des défendeurs constituait un abus de procédure et, le cas échéant, si la suspension de la procédure constituait la mesure réparatrice appropriée.

*Jugement* : l'action doit être suspendue.

L'analyse du caractère raisonnable d'un délai administratif dans une affaire comporte des aspects factuels et contextuels et repose sur trois facteurs principaux, soit le délai écoulé par rapport au délai inhérent à l'affaire; les causes de la prolongation du délai inhérent à l'affaire; et l'incidence du délai. Chacun de ces facteurs a été pris en compte en l'espèce.

Le délai qui s'était véritablement écoulé entre le moment où CIC a été mis au courant de la fraude commise par les défendeurs et le dépôt de la déclaration en l'espèce — soit cinq ans — était donc plutôt long, même pour un cas typique. La présente affaire n'était pas complexe et les faits étaient clairs et simples. Les défendeurs ont reconnu les faits sur lesquels la présente instance reposait. À la lumière de la preuve, la longueur de la procédure administrative en l'espèce n'était pas normale et ne s'expliquait pas non plus par les complexités inhérentes à l'affaire.

Il n'y avait aucune explication satisfaisante au délai de trois ans et demi qui s'était écoulé entre juin 2003 et décembre 2006 et qui aurait été nécessaire pour faire progresser la procédure d'annulation. Qui plus est, aucune explication satisfaisante n'avait été donnée pour expliquer le délai de près d'un an et demi qui s'était écoulé entre le moment où les défendeurs ont demandé à ce que l'affaire soit renvoyée devant la Cour fédérale et le dépôt de la déclaration qui a initié la présente instance. L'explication du demandeur selon lequel d'autres éléments de preuve étaient nécessaires pour justifier ces délais a été rejetée. Par conséquent, le demandeur portait à lui seul l'entière responsabilité du délai en l'espèce.

Delay or other instances of unfairness only amount to abuse of process in the clearest of cases and this was such a case. To the extent that the defendants' interests have been interfered with by the state-caused delays in this procedure, the state indeed had a great impact on the defendants' lives. Pursuant to paragraph 22(1)(f) of the Act, the defendants would be able to make a new application for citizenship five years after their citizenship is revoked. Had the plaintiff not delayed proceeding with the revocation of the defendants' citizenship for several years, the defendants could already have applied for, and might have obtained, Canadian citizenship again. If the proceedings were not stayed, the defendants' inability to apply for citizenship for the next five or more years would be a prejudice directly resulting from the plaintiff's delay; the Act does not contemplate deprivation of citizenship for more than five years in a case such as the defendants'.

Therefore, the test for abuse of process was met in the present case.

If the state has conducted a prosecution in a way that renders the proceedings unfair, two criteria must be satisfied before a stay will be appropriate: the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial or by its outcome and no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice. These criteria were met in this case. The outcome of this action would manifest and in all likelihood perpetuate the abusive delays which tarnished these proceedings, thereby depriving the defendants of what was contemplated by paragraph 22(1)(f) of the Act. Therefore, carrying forward the proceedings against the defendants would offend society's sense of justice. As well, there was no practicable alternative remedy that would obviate the need for a stay. While some of the defendants' proposed remedies would exceed the Court's narrow jurisdiction in an action such as this one, the Court remains the master of its own process in accordance with the *Federal Courts Act* and the *Federal Courts Rules* and its inherent powers. A stay of the proceedings, for example, is a matter which the Court has the power to control as part of its process and it could order this remedy without overstepping its role under subsection 18(1) of the Act.

La lenteur ou d'autres manifestations d'injustice ne constituent un abus de procédure que dans les cas les plus manifestes et il s'agissait d'un de ces cas en l'espèce. Dans la mesure où l'intérêt des défendeurs a été lésé par des délais causés par l'État en l'espèce, l'État leur a effectivement causé un préjudice significatif. En application de l'alinéa 22(1)f) de la Loi, les défendeurs seraient en mesure de présenter une nouvelle demande de citoyenneté cinq ans après l'annulation de leur citoyenneté. Si le demandeur n'avait pas retardé la procédure d'annulation de la citoyenneté des défendeurs pendant plusieurs années, les défendeurs auraient déjà pu présenter une demande de citoyenneté canadienne, et il est possible qu'ils l'auraient obtenue de nouveau. Si la présente instance n'était pas suspendue, l'incapacité des défendeurs à présenter une demande de citoyenneté pendant les cinq prochaines années, voire plus, constituerait un préjudice découlant directement du retard causé par le demandeur; la Loi ne prévoit pas de privation de la citoyenneté supérieure à cinq ans dans des cas comme celui des défendeurs.

En conséquence, le critère démontrant l'existence d'un abus de procédure était observable en l'espèce.

Si l'État a mené une poursuite de façon à rendre les procédures inéquitables, il faut satisfaire à deux critères pour que la suspension constitue une réparation convenable : le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue et aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice. Ces critères ont été établis en l'espèce. Le dénouement de l'action en l'espèce révélerait et perpétuerait vraisemblablement les délais abusifs qui ont entaché la procédure, privant ainsi les défendeurs de l'avantage qui leur est accordé à l'alinéa 22(1)f) de la Loi. Par conséquent, la poursuite des procédures à l'encontre des défendeurs choquerait le sens de la justice de la société. De même, il n'y avait pas d'autre mesure réparatrice envisageable qui puisse parer à la nécessité d'une suspension. Même si certaines des mesures réparatrices envisagées par les défendeurs outrepasseraient la compétence étroite de la Cour dans une action comme celle qui est en cause, la Cour reste maîtresse de sa propre procédure conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*, aux *Règles des Cours fédérales* et à ses pouvoirs inhérents. La suspension de la procédure, par exemple, est une question que la Cour a le pouvoir de contrôler dans ses propres procédures et la Cour pouvait ordonner cette réparation sans outrepasser sa compétence au sens du paragraphe 18(1) de la Loi.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 6(1).

#### LOIS ET RÉGLEMENTS 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. 6(1).

*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 10, 18, 22(1)(f) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 124), 29(2).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50(1)(b).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 400(1) (as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 46(2).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 136.

*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 10, 18, 22(1)f) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 124), 29(2).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50(1)b).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 46(2).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 136.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 400(1) (mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, 190 D.L.R. (4th) 513, [2000] 10 W.W.R. 567; *Canada v. Sadiq*, [1991] 1 F.C. 757, (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 231, 39 F.T.R. 200 (T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, (1997), 151 D.L.R. (4th) 119, 1 Admin. L.R. (3d) 1.

## DISTINGUISHED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Copeland*, [1998] 2 F.C. 493, (1997), 51 C.R.R. (2d) 65, 140 F.T.R. 183 (T.D.); *Canada (Secretary of State) v. Charran* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 138, 21 F.T.R. 117 (F.C.T.D.).

## CONSIDERED:

*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, 276 D.L.R. (4th) 594, 54 Admin. L.R. (4th) 1; *Kamel v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 21, [2009] 4 F.C.R. 449, 195 C.C.R. (2d) 275, 388 N.R. 4; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, (1997), 143 D.L.R. (4th) 577, 42 C.R.R. (2d) 1; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, 315 D.L.R. (4th) 1, 251 C.C.C. (3d) 435; *Canada (Secretary of State) v. Luitjens* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149, 142 N.R. 173 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, (1995), 130 D.L.R. (4th) 235, [1996] 2 W.W.R. 153.

## AUTHORS CITED

Brown, Donald J. M and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf. Toronto: Canvasback, 1998.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Canada c. Sadiq*, [1991] 1 C.F. 757 (1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Copeland*, [1998] 2 C.F. 493 (1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Secrétaire d'État) c. Charran* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 138, 21 F.T.R. 117 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Kamel c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 21, [2009] 4 R.C.F. 449; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens*, [1992] A.C.F. n° 319 (C.A.) (QL).

## DÉCISION CITÉE :

*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

## DOCTRINE CITÉE

Brown, Donald J. M et John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles. Toronto : Canvasback, 1998.



ACTION for a declaration that the defendants obtained Canadian citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. Action stayed.

ACTION pour obtention d'un jugement déclaratoire portant que les défendeurs ont acquis la citoyenneté canadienne par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels. Action suspendue.

#### APPEARANCES

*Bridget A. O'Leary and Kareena R. Wilding* for plaintiff.  
*Lorne Waldman and Jacqueline Swaisland* for defendants.

#### ONT COMPARU

*Bridget A. O'Leary et Kareena R. Wilding* pour le demandeur.  
*Lorne Waldman et Jacqueline Swaisland* pour les défendeurs.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for plaintiff.  
*Waldman & Associates, Toronto*, for defendants.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

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

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

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

[1] TREMBLAY-LAMER J.: This is an action brought by the Minister of Citizenship and Immigration for a declaration that Devendra Kumar Parekh and Manish Aben Devendra Parekh obtained Canadian citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. Success in his action would entitle the Minister, pursuant to paragraph 18(1)(b) and subsection 10(1) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, to make a report to the Governor in Council; if that report is accepted, the defendants will cease to be Canadian citizens.

[1] LA JUGE TREMBLAY-LAMER : Il s'agit d'une action intentée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration pour obtention d'un jugement déclaratoire selon lequel Devendra Kumar Parekh et Manish Aben Devendra Parekh ont acquis la citoyenneté canadienne par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels. S'il a gain de cause, le ministre pourra, en application de l'alinéa 18(1)b) et du paragraphe 10(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 (la Loi), faire rapport au gouverneur en conseil; dans le cas où ce rapport serait accepté, les défendeurs perdraient leur citoyenneté canadienne.

#### FACTS

[2] The defendants do not dispute that they lied in order to obtain Canadian citizenship. The parties have agreed on a statement of facts, the salient points of which are as follows.

#### LES FAITS

[2] Les défendeurs ne nient pas avoir menti en vue d'obtenir la citoyenneté canadienne. Les parties ont rédigé un exposé conjoint des faits, dont les points saillants sont les suivants.

[3] The defendants became permanent residents of Canada on May 11, 1997. In June 1999, they moved to the

[3] Le 11 mai 1997, les défendeurs ont acquis la résidence permanente au Canada. En juin 1999, ils sont allés

state of Tennessee in the United States. They then moved to the state of Oklahoma.

[4] Mr. Parekh came back to Canada, moving to Windsor, in August of 2000. Mrs. Parekh followed him in December 2000.

[5] On August 9, 2000, the defendants applied for Canadian citizenship. Their applications were approved on December 19, 2000, and they became citizens on February 21, 2001.

[6] Shortly thereafter, both were separately charged with, *inter alia*, making false representations on their application for Canadian citizenship, contrary to paragraph 29(2)(a) of the *Citizenship Act*. Both pleaded guilty to that offence in November 2002, and each was fined \$700.

[7] Citizenship and Immigration Canada (CIC) became aware of the charges and the convictions against the defendants in May 2003. On June 10, 2003, CIC officials recommended that the department proceed with the revocation of their citizenship.

[8] On June 17, 2003, Mr. Parekh submitted an application for permanent residence on humanitarian and compassionate grounds (the H&C application) on behalf of his daughter, with support of a sponsorship application by the defendants. The H&C application was incomplete, and was returned to Mr. Parekh. He submitted a new application on August 26 of the same year, and an updated H&C application in 2006. No decision has yet been made on this application.

[9] The defendants made several applications for Canadian passports. A number of their applications were refused, but they were issued limited-time passports in December 2003. Mr. Parekh applied for a Canadian passport again in September of 2009. This application was denied. The defendants did not seek judicial review of this or the other refusals.

s'installer dans l'État du Tennessee, aux États-Unis. Ils ont ensuite déménagé en Oklahoma.

[4] En août 2000, M. Parekh est revenu s'installer au Canada, à Windsor. M<sup>me</sup> Parekh l'y a suivi en décembre 2000.

[5] Le 9 août 2000, les défendeurs ont présenté une demande de citoyenneté canadienne. Le 19 décembre 2000, leur demande a été acceptée et le 21 février 2001, ils sont devenus citoyens canadiens.

[6] Peu de temps après, ils ont entre autres choses été tous deux accusés, séparément, de fausses déclarations dans leur demande de citoyenneté canadienne, infraction prévue à l'alinéa 29(2)a) de la Loi. En novembre 2002, ils ont tous les deux plaidé coupable à cette infraction et ils ont chacun été condamnés à une amende de 700 \$.

[7] En mai 2003, Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) a été informée des accusations et des déclarations de culpabilité prononcées à l'encontre des défendeurs. Le 10 juin 2003, des fonctionnaires de CIC ont recommandé à CIC d'aller de l'avant avec l'annulation de la citoyenneté des défendeurs.

[8] Le 17 juin 2003, M. Parekh a présenté une demande de résidence permanente invoquant des considérations humanitaires (la demande CH) au nom de sa fille, que les défendeurs ont demandé à parrainer. La demande CH a été renvoyée à M. Parekh parce qu'elle était incomplète. Le 26 août de la même année, M. Parekh a présenté une nouvelle demande et en 2006, une mise à jour de la demande CH. Aucune décision n'a encore été rendue relativement à cette demande.

[9] Les défendeurs ont présenté plusieurs demandes de passeport canadien. Un certain nombre de leurs demandes ont été rejetées, mais, en décembre 2003, ils ont reçu des passeports à durée de validité limitée. En septembre 2009, M. Parekh a présenté une nouvelle demande de passeport canadien. Cette demande a été refusée. Les défendeurs n'ont pas demandé le contrôle judiciaire de cette décision ou des autres refus.

[10] In the meantime, no developments took place in the matter of the revocation of the defendants' citizenship for a year and a half, between June 2003 and December 2004, when a memorandum recommending the revocation of the defendants' citizenship was drafted. However, the then-Minister of Citizenship and Immigration quit or was removed from her position shortly thereafter, before the memorandum was presented to her.

[11] No further developments took place for two years, until December 2006. During that time, there were several changes of the Minister, each accompanied by shifts in departmental priorities. As a result, the plaintiff only signed the notices in respect of revocation of citizenship of the defendants, as required by section 18 of the *Citizenship Act*, on December 14, 2006.

[12] The notices were served on the defendants in early January 2007. On January 26, 2007, the defendants asked, as authorized by paragraph 18(1)(a) of the *Citizenship Act*, that the notices be referred to the Federal Court.

[13] The plaintiff's statement of claim instituting the present proceedings was issued by the Court on May 27, 2008. The reason for the delay of 17 months between the defendant's request that the matter be referred to the Court and the commencement of proceedings was said to be that evidence in support of the allegations in the notices was still being pursued.

## ISSUES

[14] The first issue in this action is whether the defendants obtained their Canadian citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances.

[15] The second issue is whether the continuance of revocation proceedings against the defendants amounts

[10] Pendant ce temps, le dossier relatif à l'annulation de la citoyenneté des défendeurs n'a pas avancé pendant un an et demi, entre juin 2003 et décembre 2004; c'est alors qu'un mémoire recommandant l'annulation de la citoyenneté des défendeurs a été rédigé. Toutefois, la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de l'époque a démissionné ou a été démise de ses fonctions peu de temps après, avant que le mémoire lui soit présenté.

[11] Pendant deux ans, jusqu'en décembre 2006, le dossier n'a connu aucun nouveau développement. Pendant ce temps, le titulaire du poste de ministre a changé plusieurs fois, changements qui se sont accompagnés de modifications dans les priorités du ministère. Par conséquent, ce n'est que le 14 décembre 2006 que le demandeur a signé les avis préalables à l'annulation de la citoyenneté des défendeurs, exigés par l'article 18 de la Loi.

[12] Les avis ont été communiqués aux défendeurs au début du mois de janvier 2007. Le 26 janvier 2007, les défendeurs ont demandé, comme l'alinéa 18(1)a) de la Loi les y autorise, à ce que l'affaire soit renvoyée devant la Cour fédérale.

[13] La déclaration du demandeur à l'origine de la présente instance a été délivrée par la Cour le 27 mai 2008. Il semblerait que le délai de 17 mois qui s'est écoulé entre le moment où les défendeurs ont demandé à ce que l'affaire soit renvoyée devant la Cour et le début de l'instance s'explique par le fait que la preuve appuyant les allégations formulées dans les avis était toujours en cours d'être constituée.

## LES QUESTIONS EN LITIGE

[14] En l'espèce, la première question est de savoir si les défendeurs ont obtenu leur citoyenneté canadienne au moyen de fausses déclarations ou de fraude, ou en dissimulant intentionnellement des faits essentiels.

[15] La seconde question est de savoir si le fait de poursuivre la procédure d'annulation entreprise à l'encontre

to an abuse of process under the principles of administrative law and, if so, whether a stay of the proceedings is the appropriate remedy.

#### THE PARTIES' POSITIONS

##### The plaintiff

[16] The plaintiff submits that, contrary to the information provided on their applications for citizenship, the defendants resided outside of Canada for a period of approximately 14 months during the four-year period prior to the date of their applications. They pleaded guilty in November 2002 and were convicted under subsection 29(2) of the *Citizenship Act* of making a false representation on their application for citizenship. On the balance of probabilities, the defendants knowingly concealed extensive absences from Canada.

[17] Furthermore, the delay in this case did not amount to abuse of process. Mere delay does not constitute abuse of process. It must be found to be clearly unacceptable and to have caused prejudice to the party invoking it, and must be balanced against the public interest in the enforcement of the legislation. In the present case, the delay is not inordinate and the defendants have not suffered significant prejudice.

[18] Finally, should the Court find these proceedings constitute an abuse of process, it can deal with this problem in its reasons and by an appropriate order as to costs. A stay is not warranted in the circumstances of this case, and any other remedy, except costs, would be outside of the Court's narrow jurisdiction under subsection 18(1) of the *Citizenship Act*.

##### The defendants

[19] As noted above, the defendants admit to having lied on their applications for Canadian citizenship.

des défendeurs constitue un abus de procédure au regard des principes du droit administratif et, le cas échéant, si la suspension de la procédure constituerait une mesure réparatrice appropriée.

#### LA POSITION DES PARTIES

##### Le demandeur

[16] Le demandeur fait valoir que, contrairement aux informations qu'ils ont fournies dans leurs formulaires de demande de citoyenneté, les défendeurs ont résidé à l'extérieur du Canada pendant une période d'environ 14 mois pendant la période de quatre ans précédant la date de leurs demandes. Ils ont plaidé coupables en novembre 2002 et ils ont été déclarés coupables de fausses déclarations dans leurs demandes de citoyenneté canadienne, en application du paragraphe 29(2) de la Loi. Selon la prépondérance de la preuve, les défendeurs ont dissimulé intentionnellement des absences prolongées du Canada.

[17] En outre, en l'espèce, le délai ne constituait pas un abus de procédure. Une simple lenteur ne constitue pas un abus de procédure. On doit conclure que ce délai était manifestement inacceptable et qu'il a causé un préjudice à la partie qui l'allègue, et il doit être mesuré à l'aune de l'intérêt public dans l'application de la loi. En l'espèce, le délai n'est pas déraisonnable et les défendeurs n'ont pas subi de préjudice important.

[18] Finalement, si la Cour devait conclure que la présente instance constitue un abus de procédure, elle pourra traiter de la question dans ses motifs et rendre une ordonnance appropriée relativement aux dépens. En l'espèce, la suspension de la procédure ne s'impose pas, et toute autre mesure de réparation, à l'exception des dépens, excéderait la compétence limitée de la Cour au regard du paragraphe 18(1) de la Loi.

##### Les défendeurs

[19] Comme je l'ai mentionné, les défendeurs ont admis avoir menti dans leurs demandes de citoyenneté

They argue, nevertheless, that the Court should not issue the declaration sought by the plaintiff, but rather stay the proceedings, because they constitute an abuse of process. The defendants submit that they suffered substantial prejudice as a result of the delay for which they are not responsible.

[20] The defendants applied for passports several times in 2002, but were unable to obtain them. They were able to obtain “limited” passports in 2003 with strict conditions. The effect of the refusal to issue regular passport has been to preclude the defendants from traveling to visit family abroad and affected Mr. Parekh’s employment opportunities. Further, their application to sponsor their daughter, who was born in the United States, has not been processed pending the finalization of the revocation proceedings.

[21] While the defendants would have accepted, and were indeed expecting, a revocation of their citizenship after their guilty pleas in 2002, the time elapsed since then is no longer reasonable. Considering that they would not be subject to deportation if their citizenship were revoked, and that they have been denied many of the benefits of citizenship for so long, it would be unfair to let them lose their citizenship now and have them wait five more years before they can regain it.

[22] In the alternative, if the Court declines to stay the proceedings, it should order that any eventual revocation of the defendants’ citizenship be “backdated” by the Governor in Council to the date on which it would have occurred if the process had been speedy. In the further alternative, the Court should issue a declaration that abuse of process has affected these proceedings and order the Governor in Council to fashion an appropriate remedy.

canadienne. Ils font néanmoins valoir que la Cour ne devrait pas délivrer le jugement déclaratoire demandé par le demandeur, mais plutôt suspendre l’instance au motif qu’elle constitue un abus de procédure. Les défendeurs soutiennent qu’ils ont subi un préjudice important en conséquence du délai, dont ils ne sont pas responsables.

[20] Les défendeurs ont présenté plusieurs demandes de passeport en 2002, en vain. En 2003, ils ont pu obtenir des passeports à durée de validité [TRADUCTION] « limitée » sous certaines conditions strictes. Parce qu’on a refusé de leur délivrer un passeport ordinaire, les défendeurs n’ont pas été en mesure de rendre visite à leur famille à l’étranger; ce refus a également eu des conséquences sur les perspectives d’emploi de M. Parekh. En outre, l’examen de la demande de parrainage de leur fille, qui est née aux États-Unis, a été suspendu jusqu’à conclusion de l’instance d’annulation de leur citoyenneté.

[21] Les défendeurs auraient accepté l’annulation de leur citoyenneté après avoir plaidé coupables en 2002, en fait ils s’y attendaient, mais le temps qui s’est écoulé depuis ne peut plus être considéré comme étant un délai raisonnable. Considérant qu’ils ne seraient pas expulsés si leur citoyenneté était annulée, et qu’on leur refuse de nombreux avantages inhérents à la citoyenneté canadienne depuis longtemps, il serait injuste de les déposséder de leur citoyenneté maintenant et de leur dire de patienter encore cinq ans avant de pouvoir la récupérer.

[22] À titre subsidiaire, si la Cour refuse de suspendre l’instance, elle devrait ordonner que toute annulation de la citoyenneté des défendeurs soit [TRADUCTION] « rétroactive », autrement dit que le gouverneur en conseil la fasse remonter à la date à laquelle elle se serait produite si le processus avait été diligent. Également à titre subsidiaire, la Cour devrait délivrer un jugement déclaratoire affirmant que la présente instance a été entachée d’abus de procédure et ordonner que le gouverneur en conseil prenne une mesure réparatrice appropriée.

## ANALYSIS

Misrepresentation, fraud, or concealing material circumstances

[23] The undisputed evidence demonstrates that the defendants knowingly concealed extensive absences from Canada. Therefore, I find that they obtained their citizenship by misrepresentation, fraud, or concealing material circumstances. The sole remaining issues are whether these proceedings constitute an abuse of process and, if so, what the appropriate remedy is.

Abuse of process

[24] Generally speaking, a court will find that an attempt to apply or enforce legislation has become an abuse of process when the public interest in the enforcement of legislation is outweighed by the public interest in the fairness of administrative or legal proceedings; see *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraph 120, where the test is set out as follows:

In order to find an abuse of process, the court must be satisfied that, “the damage to the public interest in the fairness of the administrative process should the proceeding go ahead would exceed the harm to the public interest in the enforcement of the legislation if the proceedings were halted” (Brown and Evans, *supra*, at p. 9-68). According to L’Heureux-Dubé J. in *Power, supra*, at p. 616, “abuse of process” has been characterized in the jurisprudence as a process tainted to such a degree that it amounts to one of the clearest of cases. In my opinion, this would apply equally to abuse of process in administrative proceedings. For there to be abuse of process, the proceedings must, in the words of L’Heureux-Dubé J., be “unfair to the point that they are contrary to the interests of justice” (p. 616). “Cases of this nature will be extremely rare” (*Power, supra*, at p. 616). In the administrative context, there may be abuse of process where conduct is equally oppressive.

[25] Such a situation can arise as a result of undue delay in the enforcement of legislation. This will often

## ANALYSE

Fausse déclarations, fraude ou dissimulation de faits essentiels

[23] La preuve non contestée démontre que les défendeurs ont sciemment dissimulé leurs absences prolongées du Canada. Par conséquent, je conclus qu’ils ont obtenu leur citoyenneté au moyen de fausses déclarations, de fraude ou en dissimulant des faits essentiels. Les seules questions qui restent à trancher sont de savoir si la présente instance constitue un abus de procédure et, le cas échéant, d’établir quelle est la mesure réparatrice appropriée.

L’abus de procédure

[24] De manière générale, une cour de justice conclura que des efforts en vue d’appliquer ou d’exécuter la loi constituent un abus de procédure quand l’intérêt du public à l’exécution de la loi est supplanté par l’intérêt du public à l’équité des procédures administratives ou judiciaires; voir *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, au paragraphe 120, où le critère est ainsi défini :

Pour conclure qu’il y a eu abus de procédure, la cour doit être convaincue que [TRADUCTION] «le préjudice qui serait causé à l’intérêt du public dans l’équité du processus administratif, si les procédures suivaient leur cours, excéderait celui qui serait causé à l’intérêt du public dans l’application de la loi, s’il était mis fin à ces procédures» (Brown et Evans, *op. cit.*, à la p. 9-68). Le juge L’Heureux-Dubé affirme dans *Power*, précité, à la p. 616, que, d’après la jurisprudence, il y a «abus de procédure» lorsque la situation est à ce point viciée qu’elle constitue l’un des cas les plus manifestes. À mon sens, cela s’appliquerait autant à l’abus de procédure en matière administrative. Pour reprendre les termes employés par le juge L’Heureux-Dubé, il y a abus de procédure lorsque les procédures sont «injustes au point qu’elles sont contraires à l’intérêt de la justice» (p. 616). «Les cas de cette nature seront toutefois extrêmement rares» (*Power*, précité, à la p. 616). Dans le contexte administratif, il peut y avoir abus de procédure lorsque la conduite est tout aussi oppressive.

[25] Une telle situation peut découler d’un délai injustifié dans l’exécution de la loi. Il en sera souvent ainsi

be so when delay causes the hearing of the matter to become unfair (for example, because memories of witnesses have faded or evidence has otherwise become unavailable). However, Justice Bastarache, speaking for the majority of the Supreme Court in *Blencoe*, above, at paragraph 115, was “prepared to recognize that unacceptable delay may amount to an abuse of process in certain circumstances even where the fairness of the hearing has not been compromised.” Justice LeBel, dissenting in part, but not on this issue, put the point more forcefully, at paragraph 154: “Abusive administrative delay is wrong and it does not matter if it wrecks only your life and not your hearing.”

[26] In order for delay to amount to abuse of process, “the delay must have been unreasonable or inordinate” (*Blencoe*, above, at paragraph 121). Delay must not only be greater than normal, but also have caused the defendant a substantial prejudice. In other words, it must be “unacceptable to the point of being so oppressive as to taint the proceedings” (*Blencoe*, above, at paragraph 121).

[27] The analysis of the reasonableness of administrative delay in a particular case is factual and contextual. As Justice Bastarache explained at paragraph 122 of *Blencoe*:

The determination of whether a delay has become inordinate depends on the nature of the case and its complexity, the facts and issues, the purpose and nature of the proceedings, whether the respondent contributed to the delay or waived the delay, and other circumstances of the case. As previously mentioned, the determination of whether a delay is inordinate is not based on the length of the delay alone, but on contextual factors, including the nature of the various rights at stake in the proceedings, in the attempt to determine whether the community’s sense of fairness would be offended by the delay.

[28] Justice LeBel, for his part, also insisted on the need for a contextual analysis. He summarized, in *Blencoe*, at paragraph 160:

... three main factors to be balanced in assessing the reasonableness of an administrative delay:

quand le délai fait en sorte que le processus d’audition de l’affaire devient injuste (par exemple, parce que les souvenirs des témoins se sont estompés ou que des éléments de preuve ne sont plus disponibles). Toutefois, le juge Bastarache, s’exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour suprême dans l’arrêt *Blencoe*, précité, au paragraphe 115, était « disposé à reconnaître qu’un délai inacceptable peut constituer un abus de procédure dans certaines circonstances, même lorsque l’équité de l’audience n’a pas été compromise ». Le juge LeBel, dissident en partie, mais pas sur cette question, a exprimé la même idée avec encore plus de force au paragraphe 154 : « Le délai administratif abusif est répréhensible, et ce, peu importe qu’il ne ruine que la vie d’une personne sans affecter l’audition à laquelle elle a droit. »

[26] Pour qu’un délai soit considéré comme constituant un abus de procédure, « [c]e délai doit être déraisonnable ou excessif » (*Blencoe*, précité, au paragraphe 121). Le délai ne doit pas seulement être plus long que d’habitude, mais il doit avoir causé au défendeur un préjudice substantiel. Autrement dit, il doit être « inacceptable au point d’être oppressif et de vicier les procédures en cause » (*Blencoe*, précité, au paragraphe 121).

[27] L’analyse du caractère raisonnable d’un délai administratif dans une affaire comporte des aspects factuels et contextuels. Comme le juge Bastarache l’a expliqué, au paragraphe 122 de l’arrêt *Blencoe*, précité :

La question de savoir si un délai est devenu excessif dépend de la nature de l’affaire et de sa complexité, des faits et des questions en litige, de l’objet et de la nature des procédures, de la question de savoir si la personne visée par les procédures a contribué ou renoncé au délai, et d’autres circonstances de l’affaire. Comme nous l’avons vu, la question de savoir si un délai est excessif et s’il est susceptible de heurter le sens de l’équité de la collectivité dépend non pas uniquement de la longueur de ce délai, mais de facteurs contextuels, dont la nature des différents droits en jeu dans les procédures.

[28] Le juge LeBel, pour sa part, a également insisté sur la nécessité d’une analyse contextuelle. Au paragraphe 160 de l’arrêt *Blencoe*, il s’est exprimé en ces termes :

[...] pour évaluer le caractère raisonnable d’un délai administratif, trois facteurs principaux doivent être appréciés:

(1) the time taken compared to the inherent time requirements of the matter before the particular administrative body, which would encompass legal complexities (including the presence of any especially complex systemic issues) and factual complexities (including the need to gather large amounts of information or technical data), as well as reasonable periods of time for procedural safeguards that protect parties or the public;

(2) the causes of delay beyond the inherent time requirements of the matter, which would include consideration of such elements as whether the affected individual contributed to or waived parts of the delay and whether the administrative body used as efficiently as possible those resources it had available; and

(3) the impact of the delay, considered as encompassing both prejudice in an evidentiary sense and other harms to the lives of real people impacted by the ongoing delay. This may also include a consideration of the efforts by various parties to minimize negative impacts by providing information or interim solutions. [Emphasis in original.]

[29] I now will consider each of the factors outlined by Justice LeBel in turn.

(a) Time taken compared to the inherent time requirements

[30] The first of these is the time taken compared to the inherent time requirements for this matter. At trial, Suzanne Demers, the CIC case analyst currently handling the defendants' file, testified that a typical revocation case might take a couple of years to conclude, depending on the complexity of the case. The time actually elapsed between the moment CIC was aware of the defendants' fraud and the issuance of the statement of claim in this case—five years—is thus rather long even for a typical case.

[31] Ms. Demers explained that normally a substantial period of time might be necessary to collect evidence, for example when the help of Canadian diplomatic missions abroad is needed.

[32] However, the present case is not complex. It does not require unravelling mysteries of long-forgotten

(1) le délai écoulé par rapport au délai inhérent à l'affaire dont est saisi l'organisme administratif en cause, ce qui comprendrait la complexité juridique (y compris l'existence de questions systémiques particulièrement complexes) et la complexité factuelle (y compris la nécessité de recueillir de grandes quantités de renseignements ou de données techniques), ainsi que les délais raisonnables pour que les parties ou le public bénéficient de garanties procédurales;

(2) les causes de la prolongation du délai inhérent à l'affaire, ce qui comprendrait notamment l'examen de la question de savoir si la personne touchée a contribué ou renoncé à certaines parties du délai, et celle de savoir si l'organisme administratif a utilisé aussi efficacement que possible les ressources dont il disposait;

(3) l'incidence du délai, considérée comme englobant le préjudice sur le plan de la preuve et les autres atteintes à l'existence des personnes touchées par le délai qui s'écoule. Cela peut également comprendre l'examen des efforts que les différentes parties ont déployés pour réduire au minimum les effets négatifs en fournissant des renseignements ou en apportant des solutions provisoires. [Souligné dans l'original.]

[29] J'examinerai maintenant les facteurs énoncés par le juge LeBel l'un après l'autre.

a) Le temps écoulé par rapport au délai inhérent à l'affaire

[30] Le premier de ces facteurs est le temps écoulé par rapport au délai inhérent à l'affaire. À l'audience, Suzanne Demers, analyste de cas de CIC actuellement chargée du dossier des défendeurs, a déclaré qu'un cas typique d'annulation pourrait exiger un ou deux ans suivant la complexité de l'affaire. Le délai qui s'est véritablement écoulé entre le moment où CIC a été mis au courant de la fraude commise par les défendeurs et le dépôt de la déclaration en l'espèce — soit cinq ans — est donc plutôt long, même pour un cas typique.

[31] M<sup>me</sup> Demers a expliqué que normalement, une assez longue période de temps peut être nécessaire pour rassembler des éléments de preuve, par exemple quand l'aide des missions canadiennes à l'étranger est requise.

[32] Toutefois, la présente affaire n'est pas complexe. Il n'est pas nécessaire d'aller exhumer des faits anciens



events on far-away battlefields. The facts here are, on the contrary, clear and simple. The defendants have, in 2002, pleaded guilty to the charges of making false representations on their citizenship applications. They thus admitted the facts on which these proceedings are based. They have never gone back on that admission. On the contrary, on both the original and the updated H&C applications, Mr. Parekh clearly stated that he and his wife had resided in the U.S. for over a year between 1999 and 2000. He repeated this admission in March 2006, in a letter to CIC, referred to at trial as “the confession”, outlining his and his wife’s residence history. This letter was received by a local office and apparently did not make its way to the officers handling the revocation proceedings against the defendants, even though the local office had been aware of these proceedings.

[33] The case is so simple that no piece of evidence was shown at trial which could explain the delay. While Ms. Demers suggested that background investigations may have been ongoing between the drafting of the first memorandum to the Minister recommending revocation of the defendants’ citizenship in 2004 and the issuance of the statement of claim in 2008, there is no evidence that they were. In fact, Ms. Demers was unable to show any new evidence, with one minor exception, gathered between May 2003 and June 2008. The only developments in this case during that period were the memoranda to the plaintiff recommending the revocation of the defendants’ citizenship in December 2004 and again in 2006.

[34] Nor is this a case where the administrative process was, as in *Blencoe*, slowed down by the procedural safeguards that allow for the participation of the person concerned. On the contrary, the defendants were kept completely in the dark, so that by 2006, with the time elapsed, Mr. Parekh no longer believed that they were subject to revocation proceedings, so much that he did not check the corresponding box on his daughter’s updated H&C application, which he had checked on the

et mystérieux sur des champs de bataille lointains. Au contraire, en l’espèce, les faits sont clairs et simples. En 2002, les défendeurs ont plaidé coupables aux accusations d’avoir fait de fausses déclarations dans leurs demandes de citoyenneté canadienne. Ils ont ainsi reconnu les faits sur lesquels la présente instance se fonde. Ils ne sont jamais revenus là-dessus. Au contraire, que ce soit dans la première version de la demande CH ou dans sa mise à jour, M. Parekh a clairement déclaré que lui et son épouse avaient résidé aux États-Unis pendant plus d’un an entre 1999 et 2000. Il a confirmé cette information en mars 2006, dans une lettre adressée à CIC, qualifiée à l’audience de « confession », dans laquelle il a dressé la liste de leurs lieux de résidence, à lui et à son épouse. Cette lettre a été reçue par un bureau local et n’est apparemment pas parvenue aux agents chargés de la procédure d’annulation visant les défendeurs, et ce, même si le bureau local était au courant de ladite procédure.

[33] La présente affaire est si simple qu’aucun élément de preuve susceptible de justifier la lenteur du processus n’a été présenté à l’audience. Même si M<sup>me</sup> Demers a laissé entendre qu’il se pouvait que des enquêtes de fond aient été effectuées entre le moment où le premier mémoire au ministre recommandant l’annulation de la citoyenneté des défendeurs a été rédigé en 2004 et le moment où la déclaration a été déposée en 2008, aucune preuve ne montre que tel a été le cas. En fait, M<sup>me</sup> Demers a été incapable de produire de nouveaux éléments de preuve, à une exception mineure près, réunis entre mai 2003 et juin 2008. Les seuls développements survenus en l’espèce au cours de cette période ont été les mémoires adressés au demandeur recommandant l’annulation de la citoyenneté des défendeurs, celui de décembre 2004, puis celui de 2006.

[34] En l’espèce, il ne s’agit pas non plus d’un cas dans lequel la procédure administrative a été, comme dans l’affaire *Blencoe*, ralentie par les garanties procédurales autorisant la participation de la personne concernée. Au contraire, les défendeurs ont été laissés dans l’ignorance la plus totale, de telle sorte qu’en 2006, vu le temps qui s’était écoulé, M. Parekh ne croyait plus que son épouse et lui faisaient l’objet d’une procédure d’annulation, à tel point que lors de la mise à jour de la demande CH

original application in 2003. Ms. Demers explained that CIC never considered interviewing the defendants—its policy being to let persons it investigates fully enjoy the benefits of citizenship until formal proceedings to revoke it are commenced.

[35] Based on the evidence before me, I conclude, for the first factor, that the length of the administrative proceedings in this case was neither normal nor due to any complexities of the case.

(b) Causes of the delay

[36] The second factor to consider is the cause of the delay beyond the inherent time requirements of this matter. The RCMP [Royal Canadian Mounted Police] became aware of the defendants' misrepresentation by March 2001. Yet the plaintiff took no action to have their citizenship revoked until he served notice of his intention to do so in January 2007.

[37] In November 2002, the defendants were convicted, pursuant to paragraph 29(2)(a) of the *Citizenship Act*, of making a false representation, committing fraud, or concealing material facts in order to obtain their citizenship. There is no explanation for the delay of six months until the case management branch of CIC became aware of their convictions.

[38] Once it did, the case analyst then responsible for the file drafted a memorandum, dated June 10, 2003, to the branch manager, recommending that CIC proceed with revocation "given that we have convictions under s. 29". The branch manager gave his approval on the same day, but nothing more was done.

[39] There is no satisfactory explanation for the delay of three and a half years, from June 2003 to December

de sa fille, il n'a pas coché la case correspondante, case qu'il avait cochée dans la première version présentée en 2003. M<sup>me</sup> Demers a expliqué que CIC n'a jamais envisagé d'interroger les défendeurs, sa politique consistant à laisser aux personnes faisant l'objet d'une enquête la jouissance pleine et entière de la citoyenneté canadienne jusqu'au moment d'entamer la procédure formelle d'annulation.

[35] En me fondant sur la preuve dont je dispose, je conclus, pour ce qui est du premier facteur, que la longueur de la procédure administrative en l'espèce n'était pas normale et ne s'expliquait pas non plus par les complexités inhérentes à l'affaire.

b) Les causes de la prolongation du délai

[36] Le deuxième facteur à prendre en considération concerne les causes de la prolongation du délai. Au mois de mars 2001, la GRC [Gendarmerie royale du Canada] avait été informée des fausses déclarations des défendeurs. Pourtant, avant de signifier aux défendeurs en janvier 2007 son avis d'intention de procéder à l'annulation de leur citoyenneté, le demandeur n'avait encore entrepris aucune démarche en ce sens.

[37] En novembre 2002, les défendeurs ont été déclarés coupables, en application de l'alinéa 29(2)a) de la Loi, de fausses déclarations, de fraude ou de dissimulation intentionnelle de faits essentiels en vue d'obtenir la citoyenneté canadienne. Le fait qu'un délai de six mois se soit écoulé avant que la Direction générale du règlement des cas de CIC ait été mise au courant de ces déclarations de culpabilité demeure inexpliqué.

[38] Une fois que CIC a été mise au courant, l'analyste des cas responsable du dossier a rédigé un mémoire au gestionnaire de la direction, daté du 10 juin 2003, recommandant à CIC de procéder à l'annulation [TRADUCTION] « compte tenu des déclarations de culpabilité rendues en application de l'article 29 ». Le gestionnaire de la direction a donné son accord le jour même, mais aucune autre action n'a été entreprise.

[39] Il n'y a aucune explication satisfaisante au délai de trois ans et demi qui s'est écoulé entre juin 2003 et

2006, to move the revocation process forward. On December 14, 2004, and again on December 22, 2004, the case analyst then working on the file mentioned, in an email message, that no progress had been made on it and that it was necessary to gather more evidence. However, the next day, he drafted a memorandum to the Minister of Citizenship and Immigration, recommending the revocation of the defendants' citizenship.

[40] Thus I cannot accept the plaintiff's argument that more evidence was needed before a notice of revocation could be issued. It is clear, from the documentary evidence and the testimony given at trial that none was gathered. The memorandum on the basis of which the plaintiff finally issued the notices of revocation in December 2006 was substantially similar to the one prepared two years earlier, in December 2004. One wonders what additional evidence was needed other than that on the basis of which the RCMP obtained the defendants' conviction, and indeed that of the conviction itself. If, however, further evidence was needed, it was already in CIC's possession, in the shape of the defendants' daughter's H&C application and the letter sent by Mr. Parekh to CIC.

[41] The plaintiff further points to changes at the head of the department, which resulted in a continuous administrative reorganization at CIC. However, I note that in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Copeland*, [1998] 2 F.C. 493 (T.D.), at paragraph 65, he "conceded that the delay from August 1993 to March 13, 1995, the date of the notice of revocation, [that is, "only" one year and a half] was unjustifiable on the basis that it was caused solely by a departmental reorganization."

[42] The Minister is of course entitled to change his mind. On this point, however, I agree with the words of Justice Cullen, in *Canada v. Sadiq*, [1991] 1 F.C. 757 (T.D.), at page 772: "This case was not given the priority

décembre 2006 et qui aurait été nécessaire pour faire progresser la procédure d'annulation. Le 14 décembre 2004, et de nouveau le 22 décembre 2004, l'analyste de cas qui était alors chargé du dossier a fait savoir, par courrier électronique, qu'aucun progrès n'avait été effectué et qu'il était nécessaire de rassembler d'autres éléments de preuve. Toutefois, le jour suivant, il a rédigé un mémoire au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, recommandant l'annulation de la citoyenneté des défendeurs.

[40] Je ne peux donc pas accepter l'argument du demandeur selon lequel d'autres éléments de preuve étaient requis avant que l'avis d'annulation soit délivré. Il ressort clairement de la preuve documentaire et du témoignage livré au procès qu'aucun nouvel élément de preuve n'a été obtenu. Le mémoire sur la base duquel le demandeur a finalement délivré les avis d'annulation en décembre 2006 était essentiellement semblable à celui qui avait été rédigé deux ans plus tôt, en décembre 2004. On se demande quel était l'élément de preuve additionnel requis en sus de ceux sur la base desquels la GRC avait obtenu la déclaration de culpabilité des défendeurs, et de la déclaration de culpabilité en tant que telle. Toutefois, si d'autres éléments de preuve étaient nécessaires, ils étaient déjà en la possession de CIC, sous la forme de la demande CH de la fille des défendeurs et de la lettre que M. Parekh avait envoyée à CIC.

[41] Le demandeur souligne les changements survenus à la direction de CIC, qui ont eu pour conséquence une continuelle réorganisation administrative du ministère. Toutefois, je note que dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Copeland*, [1998] 2 C.F. 493 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 65, il a « reconnu que le délai écoulé entre les mois d'août 1993 et de mars 1995, date de l'avis de révocation [qui était « seulement » d'un an et demi], était injustifiable, car il était imputable uniquement à la réorganisation du Ministère ».

[42] Le ministre a bien évidemment le droit de changer d'avis. Sur ce point, cependant, je souscris aux propos tenus par le juge Cullen dans la décision *Canada c. Sadiq*, [1991] 1 C.F. 757 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 772 :

it deserved. Revocation of one's Canadian citizenship is a serious matter and called for more immediate responses than are evident here."

[43] Finally, there is no satisfactory explanation for a delay of almost one and a half years between the defendants' request that the matter be referred to the Federal Court and the issuance of the statement of claim commencing this action. Ms. Demers stated that more evidence was required before bringing this action to Court. I do not accept this explanation. I note that in this regard, Ms. Demers testified that the only additional evidence collected in the time that elapsed between the defendants' request that the matter be referred to the Court and the issuance of the statement of claim was the transcript of the hearing that led to their conviction of an offence under the *Citizenship Act* in 2002.

[44] In final submissions at trial, the plaintiff argued that the defendants are responsible for this delay, since they could have forgone the opportunity to refer the case to the Court. I am unable to accept this argument. The defendants cannot be blamed for asserting their rights. In *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 114, the Supreme Court stated that recourse by a party to procedural and constitutional challenges reasonably open to that party in the circumstances ought not to count against that party. Further, the defendants do not invoke the delay caused by the actual court proceedings in this case. The *Citizenship Act* allows them to refer this case to the Federal Court, and when making that reference, they could not have expected that they would wait for almost a year and a half for the court action to commence.

[45] I therefore conclude, on the second factor, that the plaintiff alone bears the entire responsibility for the delay in this case.

« L'affaire n'a pas été traitée avec toute la diligence voulue. L'annulation de la citoyenneté canadienne est une question grave et exigeait qu'on s'en occupe plus rapidement qu'on ne l'a fait ici. »

[43] Finalement, aucune explication satisfaisante n'a été donnée pour expliquer le délai de près d'un an et demi qui s'est écoulé entre le moment où les défendeurs ont demandé à ce que l'affaire soit renvoyée devant la Cour fédérale et le dépôt de la déclaration qui a initié la présente instance. M<sup>me</sup> Demers a déclaré que d'autres éléments de preuve étaient nécessaires avant de porter l'affaire devant la Cour. Je n'accepte pas cette explication. À cet égard, je note que M<sup>me</sup> Demers a déclaré que le seul élément de preuve additionnel qui a été obtenu pendant la période qui s'est écoulée entre le moment où les défendeurs ont demandé à ce que l'affaire soit renvoyée devant la Cour et le dépôt de la déclaration était la transcription de l'audience qui a conduit en 2002 à leur déclaration de culpabilité pour infraction à la Loi.

[44] Dans ses observations finales à l'audience, le demandeur a fait valoir que les défendeurs étaient responsables du délai, étant donné qu'ils auraient pu renoncer à la possibilité de renvoyer l'affaire devant la Cour. Je ne peux accepter cet argument. On ne peut blâmer les défendeurs pour avoir exercé leurs droits. Dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 114, la Cour suprême a déclaré qu'on ne devrait pas reprocher à une partie d'engager, lorsqu'il lui est loisible de le faire, des contestations raisonnables fondées sur les règles de procédure et sur la Constitution. En outre, en l'espèce, les défendeurs n'allèguent pas le délai généré par la procédure judiciaire en tant que telle. La Loi les autorisait à renvoyer l'affaire devant la Cour fédérale, et en se prévalant de cette possibilité, ils ne pouvaient pas imaginer qu'ils attendraient près d'un an et demi avant le début de la procédure judiciaire.

[45] Par conséquent, en ce qui a trait au second facteur, je conclus qu'en l'espèce, le demandeur porte à lui seul l'entière responsabilité du délai.

(c) Impact of the delay

[46] I turn to the question of the impact which the delay had on the defendants. The defendants submit that the delay in the revocation proceedings caused them a great deal of uncertainty and distress; that it has deprived them of their ability to travel, which had an adverse effect on both their family life and Mr. Parekh's employment prospects; and that it has resulted in the treatment of their daughter's H&C application being put on hold.

[47] Mr. Parekh testified at trial that, initially, they were anticipating the revocation of their citizenship as a consequence of their guilty plea, and that they were willing to accept it. At that time, they were told by an RCMP officer that they would hear from CIC within the following year or two. However, no action was taken and they did not hear from CIC for more than four years after pleading guilty in November 2002; indeed by 2006, Mr. Parekh no longer believed that the revocation proceedings against them were active. He explained with emotion his feelings of distress caused by the continued uncertainty over his status in Canada and the impact it had on his family. His testimony was credible and compelling. I find as a fact that the delay in the treatment of the possible revocation of their citizenship has caused the defendants great psychological stress.

[48] Uncertainty over their status also had a practical prejudicial impact on the defendants' lives. Several of their applications for passports were denied. They were only issued limited-time passports in 2003 to allow them to visit an ailing relative in India, and not before the defendants had incurred significant expenses on futile applications and airplane tickets which they were unable to use without passports. Although these passports were purportedly valid for nine months, the defendants were told that they would only be valid for two months, and that they would have to surrender them upon their return from India. In 2005, Passport Canada informed the defendants that it would only consider issuing them limited-time passports if they provided a justification,

c) L'incidence du délai

[46] Je me penche maintenant sur la question des répercussions du délai sur les défendeurs. Les défendeurs soutiennent que le délai afférent à la procédure d'annulation a été source d'incertitudes et de désarroi, qu'il les a privés de leur liberté de voyager, ce qui a eu des conséquences négatives tant sur leur vie familiale que sur les perspectives d'emploi de M. Parekh, et qu'il a fait en sorte que le traitement de la demande CH de leur fille a été suspendu.

[47] À l'audience, M. Parekh a déclaré qu'au départ, son épouse et lui s'attendaient à ce que leur citoyenneté soit annulée en conséquence de leur plaidoyer de culpabilité, ce qu'ils étaient disposés à accepter. À l'époque, un représentant de la GRC leur avait dit qu'ils auraient des nouvelles de CIC un ou deux ans plus tard. Toutefois, aucune mesure n'a été entreprise et ils n'ont pas eu de nouvelles de CIC pendant plus de quatre ans après avoir plaidé coupable en novembre 2002. Ainsi, en 2006, M. Parekh ne croyait plus que la procédure d'annulation qui les visait était encore active. Il a parlé avec émotion de son sentiment de désarroi, né du climat d'incertitude permanente entourant son statut au Canada, et des répercussions de la situation sur sa famille. Son témoignage était crédible et convaincant. Je conclus que la lenteur du traitement de la possible annulation de la citoyenneté des défendeurs a engendré chez ces derniers un grand stress psychologique.

[48] D'un point de vue pratique, l'incertitude relative à leur statut a également eu des répercussions négatives sur la vie des défendeurs. Plusieurs de leurs demandes de passeport ont été rejetées. On ne leur a délivré que des passeports à durée de validité limitée en 2003 afin de leur permettre de rendre visite à un membre de leur famille qui était malade en Inde; avant cela, les défendeurs avaient dû engager inutilement des dépenses importantes pour présenter des demandes et acheter des billets d'avion qu'ils n'ont pas pu utiliser faute de passeports. Même si les passeports qu'on leur a délivrés étaient apparemment valides pendant neuf mois, on a dit aux défendeurs qu'ils ne seraient valides que pendant deux mois, et qu'ils devraient les rendre à leur retour

such as a family emergency, for their need to travel. A further application for a passport was rejected in 2009.

[49] Thus the defendants' applications for Canadian passports were being denied even as no action was being taken to revoke their citizenship. The documents put in evidence at trial and the testimony of Ms. Demers establish that Passport Canada communicated with CIC and inquired about the defendants' citizenship status. CIC advised Passport Canada that they intended to proceed with the revocation of the defendants' citizenship. It is a reasonable inference for the Court to find that Passport Canada's position was a direct consequence of CIC's advice.

[50] The Federal Court of Appeal held, in *Kamel v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 21, [2009] 4 F.C.R. 449, that a refusal to deliver a passport to a Canadian citizen is an infringement of subsection 6(1) of the Charter [*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]]. As Justice Robert Décary, writing for the Court, pointed out at paragraph 15, "[t]he fact that there is almost nowhere a Canadian citizen can go without a passport and that there is almost nowhere from which he or she can re-enter Canada without a passport are, on their face, restrictions on a Canadian citizen's right to enter or leave Canada, which is, of course, sufficient to engage Charter protection."

[51] Further, I find that the uncertainty which CIC entertained over the defendants' status in Canada also led to its failure to process their daughter's H&C application. In January 2007, CIC took the position that section 136 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR), which provides

d'Inde. En 2005, Passeport Canada a informé les défendeurs qu'il serait envisageable de leur délivrer des passeports à durée de validité limitée s'ils donnaient des raisons pour justifier leur voyage, une urgence dans la famille par exemple. En 2009, les défendeurs ont présenté une nouvelle demande de passeport, qui a été rejetée.

[49] Ainsi, les demandes de passeports canadiens des défendeurs ont été rejetées en dépit du fait qu'aucune mesure n'avait été entreprise pour l'annulation de leur citoyenneté. Les documents présentés en preuve à l'audience et le témoignage de M<sup>me</sup> Demers ont établi que Passeport Canada avait communiqué avec CIC et posé des questions au sujet du statut des défendeurs relativement à leur citoyenneté. CIC a informé Passeport Canada qu'ils avaient l'intention de procéder à l'annulation de la citoyenneté des défendeurs. La Cour peut raisonnablement en conclure que la position adoptée par Passeport Canada était la conséquence directe des renseignements obtenus de CIC.

[50] Dans l'arrêt *Kamel c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 21, [2009] 4 R.C.F. 449, la Cour d'appel fédérale a conclu que le refus de délivrer un passeport à un citoyen canadien était une atteinte à la liberté garantie par le paragraphe 6(1) de la Charte [*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]]. Comme le juge Robert Décary, s'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale, l'a souligné, au paragraphe 15, « [l]e fait de ne pouvoir aller à peu près nulle part sans passeport et le fait de ne pouvoir rentrer au Canada d'à peu près nulle part sans passeport constituent à leur face même une restriction au droit d'un citoyen canadien d'entrer au Canada ou d'en sortir, ce qui suffit, bien sûr, pour qu'entre en jeu la protection de la Charte. »

[51] En outre, je conclus que l'incertitude que CIC a entretenue au sujet du statut des défendeurs au Canada a également conduit à paralyser le traitement de la demande CH de la fille des défendeurs. En janvier 2007, au regard de l'article 136 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227

that if a would-be sponsor is subject to, *inter alia*, citizenship revocation proceedings, “the sponsorship application shall not be processed until there has been a final determination of the proceeding”, prevented the processing of the H&C application. This position was based on a misunderstanding of section 136 of the IRPR, which does not apply to H&C applications. Nevertheless, but for the inordinate delay which affected them, the revocation proceedings against the defendants would have concluded by 2007, and in all likelihood much earlier, so that CIC’s misinterpretation of the IRPR would not have delayed the treatment of the defendants’ daughter’s H&C application.

[52] I am mindful of Justice Bastarache’s comment in *Blencoe*, above, at paragraph 120, reiterating earlier dicta to the effect that delay or other instances of unfairness only amount to abuse of process in “the clearest of cases.” In my opinion, this is such a case. Revocation of citizenship is not an ordinary civil or administrative proceeding. What is at stake is not liability for a sum of money or the issuance of some permit. Along with Justice Iacobucci, and the unanimous Supreme Court in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358 [at paragraph 68], “I cannot imagine an interest more fundamental to full membership in Canadian society than Canadian citizenship.” Of course, if these interests had only been affected by a timely revocation procedure, the defendants would have no one but themselves to blame. But to the extent that they have been interfered with by the state-caused delays in this procedure, the state has indeed impacted greatly on their lives.

[53] It is important to point out that this case is unlike those, such as *Canada (Secretary of State) v. Charran* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 138 (F.C.T.D.); and *Copeland*, above, in which this Court considered that delays in citizenship revocation proceedings were, if anything, to the defendants’ advantage, since they allowed them to

(le Règlement), qui prévoit que si un répondant candidat au parrainage fait l’objet, notamment, d’une procédure d’annulation ou de révocation de la citoyenneté, CIC a adopté la position selon laquelle « la demande de parrainage ne peut être traitée tant qu[e l’appel] n’a pas été statué en dernier ressort », et à interrompre le traitement de la demande CH. Cette position était fondée sur une mauvaise compréhension de l’article 136 du Règlement, qui ne s’applique pas aux demandes CH. Néanmoins, n’eût été le délai démesuré, la procédure d’annulation dont les défendeurs faisaient l’objet aurait pris fin au plus tard en 2007, et selon toute probabilité bien plus tôt, de telle sorte que la mauvaise interprétation faite par CIC du Règlement n’aurait pas retardé le traitement de la demande CH de la fille des défendeurs.

[52] Je garde à l’esprit les propos du juge Bastarache dans l’arrêt *Blencoe*, précité, au paragraphe 120, qui a répété une opinion incidente exprimée antérieurement et selon laquelle la lenteur ou d’autres manifestations d’injustice constituent un abus de procédure dans les « cas les plus manifestes ». Je suis d’avis qu’il s’agit d’un de ces cas en l’espèce. L’annulation de la citoyenneté n’est pas une procédure civile ou administrative ordinaire. Ce ne sont pas des questions de responsabilité relative à une somme d’argent ou de délivrance d’un permis qui sont en jeu. Je souscris aux propos du juge Iacobucci, la Cour suprême s’étant prononcée à l’unanimité dans l’arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358 [au paragraphe 68] : « Je ne puis imaginer d’intérêt plus fondamental que la citoyenneté canadienne pour quiconque veut être membre à part entière de la société canadienne. » Bien sûr, si cet intérêt n’avait été affecté que par une procédure d’annulation effectuée en temps opportun, les défendeurs n’auraient eu qu’eux-mêmes à blâmer. Mais dans la mesure où leur intérêt a été lésé par des délais causés par l’État, l’État leur a effectivement causé un préjudice significatif.

[53] Il est important de souligner que la présente affaire se distingue d’autres affaires telles que *Canada (Secrétaire d’État) c. Charran* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 138 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); et *Copeland*, précitée, dans lesquelles la Cour a conclu que les délais afférents à la procédure d’annulation de la citoyenneté étaient, à défaut d’autre

remain in Canada rather than be deported. The defendants in the present case gain no advantage from the delays in the revocation of their citizenship.

[54] The defendants cannot be deported and would remain in Canada even if their citizenship were revoked: subsection 46(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001 c. 27, provides that “[a] person who ceases to be a citizen under paragraph 10(1)(a) of the *Citizenship Act*, other than in the circumstances set out in subsection 10(2) of that Act, becomes a permanent resident.” Subsection 10(2) of the *Citizenship Act* refers to persons who obtained admission to Canada as permanent residents as a result of misrepresentation, fraud, or concealing material circumstances. Therefore, if the defendants’ citizenship is revoked, they will become permanent residents again.

[55] Pursuant to paragraph 22(1)(f) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 124] of the *Citizenship Act*, five years after their citizenship is revoked, they would be able to make a new application for citizenship. Indeed, had the plaintiff not delayed proceeding with the revocation of the defendants’ citizenship for several years, the defendants could already have applied for, and might have obtained, Canadian citizenship again. Therefore, if these proceedings are not stayed, the defendants’ inability to apply for citizenship for the next five or more years will be a prejudice directly resulting from the Minister’s delay.

#### Abuse of process: conclusion

[56] In these circumstances, I find that the delays which have marred these proceedings are inordinate and indeed unconscionable. Nothing in the circumstances of the case justified them. They are not the consequence of the complexity of the case or of any dilatory tactics employed by the defendants, but of bureaucratic indolence and failure to give the matter

chose, à l’avantage des défendeurs, étant donné qu’ils leur permettraient de demeurer au Canada plutôt que d’être expulsés. En l’espèce, les défendeurs n’ont tiré aucun avantage des délais afférents à l’annulation de leur citoyenneté.

[54] Les défendeurs ne peuvent être expulsés et ils demeureraient au Canada même si leur citoyenneté était annulée; le paragraphe 46(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001 ch. 27, prévoit que « [d]evient résident permanent quiconque perd la citoyenneté au titre de l’alinéa 10(1)a) de la *Loi sur la Citoyenneté*, sauf s’il est visé au paragraphe 10(2) de cette loi. » Le paragraphe 10(2) de la Loi vise les personnes qui ont obtenu leur admission au Canada en tant que résidents permanents au moyen de fausses déclarations, de fraude ou en dissimulant des faits essentiels. Par conséquent, si la citoyenneté des défendeurs est annulée, ils deviendront résidents permanents de nouveau.

[55] En application de l’alinéa 22(1)f) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 124] de la Loi, cinq ans après l’annulation de leur citoyenneté, les défendeurs seraient en mesure de présenter une nouvelle demande de citoyenneté. Ainsi, si le demandeur n’avait pas retardé la procédure d’annulation de la citoyenneté des défendeurs pendant plusieurs années, les défendeurs auraient déjà pu présenter une demande de citoyenneté canadienne, et il est possible qu’ils l’auraient obtenue de nouveau. Par conséquent, si la présente instance n’est pas suspendue, l’incapacité des défendeurs à présenter une demande de citoyenneté pendant les cinq prochaines années, voire plus, constituera un préjudice découlant directement du retard causé par le ministre.

#### L’abus de procédure : conclusion

[56] Dans les présentes circonstances, je conclus que les délais qui ont entaché la présente instance sont démesurés et vraiment inconsiderés. Rien dans les circonstances de l’espèce ne les justifiait. Ces délais ne découlent pas de la complexité de l’affaire ou de manœuvres dilatoires employées par les défendeurs, mais plutôt de l’indolence bureaucratique et de l’incapacité à



the attention it deserved given the rights and interests at stake. The evidence clearly establishes that the defendants had repeatedly admitted to the misrepresentations and that all the information necessary to proceed with the revocation of their citizenship was already available to CIC.

[57] Instead of using this information, CIC let the proceedings drag on, effectively depriving the defendants of key benefits of citizenship, such as the ability to travel. In my view, to let the proceedings go on would mean to punish the defendants twice; once during the five-year period before the commencement of this action, and again for a period that could be dragging for many years before a “possible” revocation and a further five years afterwards to be able to make a new application for citizenship.

[58] In these circumstances, I find that the proceedings are taking on an oppressive character, and that the public interest in putting an end to proceedings that are abusive and oppressive outweighs the interest in the enforcement of the *Citizenship Act*, which does not contemplate deprivation of citizenship for more than five years in a case such as the defendants’.

[59] Thus, I am satisfied that the test for abuse of process has been met in the present case (*Blencoe*, above, at paragraph 120, citing Brown and Evans [*Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf (Toronto: Canvasback, 1998)], page 9-68):

... “the damage to the public interest in the fairness of the administrative process should the proceeding go ahead would exceed the harm to the public interest in the enforcement of the legislation if the proceedings were halted”.

I now turn to the question of the remedy to which the defendants are entitled.

donner à l’affaire l’attention qu’elle méritait compte tenu des droits et des intérêts en jeu. La preuve établit clairement que les défendeurs ont admis à plusieurs reprises avoir fait les fausses déclarations et que CIC disposait déjà de toutes les informations nécessaires pour procéder à l’annulation de leur citoyenneté.

[57] Plutôt que d’utiliser ces informations, CIC a laissé la procédure traîner, privant dans les faits les défendeurs des avantages clés de la citoyenneté, comme la possibilité de voyager. Je suis d’avis que laisser la procédure courir reviendrait à pénaliser les défendeurs deux fois : la première pendant la période de cinq ans ayant précédé le début de la présente action et une deuxième fois pendant la période qui pourrait durer encore plusieurs années avant une « possible » annulation ainsi que pendant la période de cinq années supplémentaires précédant le moment où ils pourraient présenter une nouvelle demande de citoyenneté.

[58] Dans les circonstances, je conclus que la procédure a acquis un caractère oppressant et que l’intérêt du public à mettre fin à une procédure abusive et oppressante dépasse l’intérêt à l’exécution de la Loi, qui ne prévoit pas de privation de la citoyenneté supérieure à cinq ans dans des cas comme celui des défendeurs.

[59] Ainsi, je suis convaincue que le critère démontrant l’existence d’un abus de procédure était observable en l’espèce (*Blencoe*, précité, au paragraphe 120, citant Brown et Evans [*Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles (Toronto : Canvasback, 1998)] page 9-68) :

[...] [TRADUCTION] « le préjudice qui serait causé à l’intérêt du public dans l’équité du processus administratif, si les procédures suivaient leur cours, excéderait celui qui serait causé à l’intérêt du public dans l’application de la loi, s’il était mis fin à ces procédures. »

Je me penche maintenant sur la question de la mesure réparatrice à laquelle les défendeurs ont droit.

## Remedy

[60] In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, the Supreme Court, reversing a stay ordered by the Federal Court, explained, at paragraph 90, that:

If it appears that the state has conducted a prosecution in a way that renders the proceedings unfair or is otherwise damaging to the integrity of the judicial system, two criteria must be satisfied before a stay will be appropriate. They are that:

- (1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and
- (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

(The Supreme Court referred to *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at paragraph 75.) Furthermore, “in certain cases, where it is unclear whether the abuse is sufficient to warrant a stay, a compelling societal interest in having a full hearing could tip the scales in favour of proceeding” (*Tobiass*, above, at paragraph 92).

[61] In my opinion, these criteria are met in this case.

[62] First, the outcome of this action will manifest and in all likelihood perpetuate the abusive delays which have tarnished these proceedings. The issuance of the declaration sought by the plaintiff would merely allow him to prepare a report to the Governor in Council, who may or may not then revoke the defendants’ citizenship. The sword of uncertainty which the plaintiff has left hanging over the defendants will remain where it has been for the past seven years. During that time, the defendants will be effectively deprived of the benefits of citizenship, and the resolution of their situation will be dependant on it finally getting the attention it deserved years ago.

## La mesure réparatrice

[60] Dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, la Cour suprême a renversé une suspension prononcée par la Cour fédérale, expliquant, au paragraphe 90 :

S’il appert que l’État a mené une poursuite de façon à rendre les procédures inéquitables ou qu’il a porté par ailleurs atteinte à l’intégrité du système judiciaire, il faut satisfaire à deux critères pour que la suspension constitue une réparation convenable. Les voici :

- (1) le préjudice causé par l’abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;
- (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

(La Cour suprême s’appuyait sur l’arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au paragraphe 75.) En outre, « dans certains cas, lorsqu’il n’est pas sûr que l’abus justifie la suspension des procédures, l’intérêt irrésistible de la société à ce qu’il y ait un débat sur le fond pourrait faire pencher la balance en faveur de la poursuite des procédures » (*Tobiass*, précité, au paragraphe 92).

[61] Je suis d’avis que ces critères ont été établis en l’espèce.

[62] Premièrement, le dénouement de l’action perpétuera vraisemblablement les délais abusifs qui ont entaché la procédure. La délivrance du jugement déclaratoire demandé par le demandeur lui permettrait simplement de présenter un rapport au gouverneur en conseil, qui pourrait décider d’annuler ou de ne pas annuler la citoyenneté des défendeurs. L’aura d’incertitude que le demandeur a laissé planer autour des défendeurs pendant les sept dernières années persistera. Pendant ce temps, les défendeurs seront effectivement privés des avantages inhérents à la citoyenneté et la résolution de leur situation dépendra de la question de savoir si elle recevra finalement l’attention qu’elle méritait il y a déjà plusieurs années.

[63] Furthermore, as explained above, had the Minister been timely in his effort to have their citizenship revoked, this could have been done so long ago that they would by now have been eligible to reapply for Canadian citizenship. Thus, allowing the action to go ahead will deprive the defendants of what was contemplated by Parliament at paragraph 22(1)(f) of the *Citizenship Act*.

[64] Therefore I find that “the carrying forward of the [proceedings against the defendants] will offend society’s sense of justice” (*Tobiass*, above, at paragraph 91). The plaintiff suggests that the defendants will have the opportunity to have the prejudice done to them corrected by making representations to the Governor in Council if the revocation proceedings go ahead and to further litigate the matter by applying for judicial review of any decision made by the Governor in Council. In my view, this is unacceptable. It would perpetuate the uncertainty over their status and continue for many years the deprivation of the rights of citizenship which they have been unfairly subjected to. In effect, this would amount to double punishment, by depriving the defendants of the possibility to regain their citizenship for twice as long as Parliament intended in the *Citizenship Act*.

[65] Second, there is no practicable alternative remedy that would obviate the need for a stay. The plaintiff’s reliance on *Tobiass*, above, in this context is misplaced. The problem in that case was an appearance of bias by certain judges of the Federal Court Trial Division. The Supreme Court solved it by ordering that the case be reconsidered by other judges. No such solution can put to right the wrongs inflicted on the defendants by the administrative delays which affected their case. As for the only alternative remedy actually put forward by the plaintiff, an award of no costs, it will do absolutely nothing to rectify the harm to the defendants which has already been done and which will be done in the future if the revocation proceedings go on.

[63] En outre, comme je l’ai expliqué ci-dessus, si le ministre avait agi en temps opportun pour annuler la citoyenneté des défendeurs, cela serait fait depuis si longtemps que les défendeurs seraient déjà depuis un moment admissibles à présenter une nouvelle demande de citoyenneté canadienne. Ainsi, le fait d’autoriser la poursuite de l’action privera les défendeurs de l’avantage que le législateur leur accorde à l’alinéa 22(1)f) de la Loi.

[64] Par conséquent, je conclus que « la poursuite des procédures [à l’encontre des défendeurs] choquera le sens de la justice de la société » (*Tobiass*, précité, au paragraphe 91). Le demandeur laisse entendre que, si la procédure se poursuit, les défendeurs auront l’occasion de faire réparer le préjudice qu’ils ont subi, en présentant des observations au gouverneur en conseil et en demandant le contrôle judiciaire de toute décision rendue par le gouverneur en conseil. Je suis d’avis que ce serait inacceptable. Une telle situation perpétuerait l’incertitude entourant leur statut et continuerait de les priver pendant de nombreuses années des droits inhérents à la citoyenneté, dont ils sont injustement privés. En effet, cela équivaldrait à une double pénalité, privant les défendeurs de la possibilité de récupérer leur citoyenneté, pendant une période deux fois plus longue que celle prévue par le législateur dans la Loi.

[65] Deuxièmement, il n’y a pas d’autre mesure réparatrice envisageable qui puisse parer à la nécessité d’une suspension. Dans le présent contexte, le demandeur s’appuie à tort sur l’arrêt *Tobiass*. Dans cette affaire, le problème était que certains juges de la Section de première instance de la Cour fédérale semblaient inspirer une crainte de partialité. La Cour suprême a résolu le problème en ordonnant que l’affaire soit réexaminée par d’autres juges. Il n’y a pas de solution semblable qui puisse remédier aux préjudices subis par les défendeurs en conséquence des lenteurs administratives dont ils ont été victimes. Quant à la seule autre mesure réparatrice véritablement proposée par le demandeur, qui consisterait à ne pas adjuger de dépens, elle ne remédierait en rien au préjudice déjà subi par les défendeurs, préjudice qu’ils continueront de subir si la procédure d’annulation se poursuit.

[66] The defendants put more efforts than the plaintiff in suggesting alternative remedies. They proposed that, if the Court rejects their arguments in favour of a stay and issues the declaration sought by the plaintiff, it also declare that the proceedings against them amounted to abuse of process. They further suggested that the Court order that an eventual revocation of their citizenship by the Governor in Council be “backdated” to December 2004, the date when the first memorandum recommending it ought to have been presented to the plaintiff. This would of course allow them immediately to reapply for Canadian citizenship. In the further alternative, they suggested that, in addition to declaring that these proceedings are abusive, the Court require the Governor in Council to solve this problem. (Their inspiration for such a remedy is said to be the Supreme Court’s decision in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44.)

[67] The plaintiff opposed the granting of any of these remedies, arguing that they exceed the Court’s narrow jurisdiction in an action such as this. After consideration, I agree with the plaintiff for the following reasons.

[68] With respect to the proposed order that the Governor in Council “backdate” the revocation of the defendants’ citizenship, I note that the Governor in Council is not a party to these proceedings. I do not see how the Court could order a person or entity to do or not to do anything as a result of proceedings in which he, she or it did not take part. The alternative order suggested by the defendants, that the Governor in Council find a suitable remedy for the abusive proceedings to which they have been subjected, suffers from the same defect. In addition, *Khadr* is no authority for the proposition that the Court may make such an order. The Supreme Court’s disposition—as opposed to its reasons—consists only of a declaration, and does not include any order to the Prime Minister or anyone else (see *Khadr*, above, at paragraph 48).

[66] Les défendeurs ont consacré plus d’efforts que le demandeur à suggérer des mesures réparatrices à titre subsidiaire. Ils ont proposé que, dans le cas où la Cour rejeterait leurs arguments en faveur d’une suspension et délivrerait le jugement déclaratoire demandé par le demandeur, la Cour déclare par ailleurs que la procédure entamée contre eux constitue un abus de procédure. Ils ont en outre demandé à la Cour d’ordonner qu’une annulation de leur citoyenneté par le gouverneur en conseil soit éventuellement [TRADUCTION] « rétroactive » au mois de décembre 2004, date à laquelle le premier mémoire recommandant ladite annulation aurait dû être présenté au demandeur. Cela leur permettrait bien évidemment de présenter une nouvelle demande de citoyenneté canadienne immédiatement. Également à titre subsidiaire, ils ont demandé qu’en plus de déclarer qu’il y avait eu abus de procédure, la Cour demande au gouverneur en conseil de résoudre ce problème (ils se seraient appuyés sur l’arrêt de la Cour suprême *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44).

[67] Le demandeur s’est opposé à l’octroi de n’importe laquelle de ces mesures réparatrices, affirmant que la Cour n’avait pas la compétence voulue, dans une action telle que celle en cause, pour les accorder. Après réflexion, je me range à l’avis du demandeur pour les raisons suivantes.

[68] En ce qui concerne la proposition d’ordonnance aux termes de laquelle le gouverneur en conseil annulerait la citoyenneté des défendeurs « rétroactivement », je note que le gouverneur en conseil n’est pas partie à la présente instance. Je ne vois pas comment la Cour pourrait ordonner à une personne ou à une entité de faire ou ne pas faire quelque chose en conclusion d’une procédure à laquelle la personne ou l’entité en question n’a pas été partie. L’ordonnance subsidiaire demandée par les défendeurs selon laquelle le gouverneur en conseil déciderait d’une réparation adéquate pour l’abus de procédure dont ils ont été victimes, pose le même problème. En outre, l’arrêt *Khadr* ne fait pas jurisprudence en ce qui concerne l’affirmation selon laquelle la Cour peut rendre une telle ordonnance. Le dispositif de la Cour suprême — contrairement à ses motifs — consiste

[69] As for a declaration that these proceedings amount to an abuse of process—similar to one which the Supreme Court did in fact grant in *Khadr*—it would, in my opinion, exceed the Court’s jurisdiction under subsection 18(1) of the *Citizenship Act*. In a passage quoted with approval in *Tobiass*, above, at paragraph 52, the Federal Court of Appeal said of this Court’s decision under subsection 18(1) of the *Citizenship Act* that “[a]lthough the decision followed a hearing at which much evidence was adduced, it was merely a finding of fact by the court. . . . The decision did not finally determine any legal rights” (*Canada (Secretary of State) v. Luitjens* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149 (F.C.A.), at page 152). In other words, the jurisdiction of this Court, in proceedings brought under subsection 18(1) of the *Citizenship Act*, is confined to answering a single factual question: did the defendants obtain, retain, renounce or resume citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances? The declaration sought by the defendants does not answer that question, and is thus outside the Court’s substantive jurisdiction.

[70] Of course, notwithstanding the limits of its substantive jurisdiction in certain kinds of proceedings, the Court remains the master of its own process, in accordance with the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], and its inherent powers. A stay of the proceedings, an award of costs, or the direction for certain judges to preside over a proceeding are all matters which the Court has the power to control as part of its process, and thus the Court may order these remedies without overstepping its role under subsection 18(1) of the *Citizenship Act*.

seulement en un jugement déclaratoire et n’inclut pas d’ordonnance visant le premier ministre ou qui que ce soit d’autre (voir *Khadr*, précité, au paragraphe 48).

[69] Quant à un jugement déclaratoire selon lequel la présente procédure constituerait un abus de procédure, semblable à celui que la Cour suprême a effectivement accordé dans l’arrêt *Khadr*, je suis d’avis qu’il outrepasserait la compétence de la Cour au regard du paragraphe 18(1) de la Loi. Dans un passage cité avec approbation par la Cour suprême dans l’arrêt *Tobiass*, précité, au paragraphe 52, la Cour d’appel fédérale a déclaré au sujet de la décision de la Cour au regard du paragraphe 18(1) de la Loi que « [m]ême si la décision faisait suite à une audience au cours de laquelle de nombreux éléments de preuve ont été produits, il s’agissait simplement d’une conclusion de fait de la part de la Cour [...] La décision n’a déterminé en fin de compte aucun droit juridique. » (*Canada (Secrétaire d’État) c. Luitjens*, [1992] A.C.F. n° 319 (C.A.) (QL), au paragraphe 5). Autrement dit, la compétence de la Cour, dans une procédure engagée en application du paragraphe 18(1) de la Loi, se limite à répondre à une seule question factuelle : les défendeurs ont-ils acquis, conservé, répudié ou réintégré la citoyenneté canadienne au moyen d’une fausse déclaration, par fraude ou en dissimulant intentionnellement des faits essentiels? Le jugement déclaratoire demandé par les défendeurs ne répond pas à cette question et outrepassé par conséquent la compétence de la Cour sur le fond.

[70] Bien évidemment, nonobstant les limites de sa compétence sur le fond dans certains types d’instances, la Cour reste maîtresse de sa propre procédure, conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], aux *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], et à ses pouvoirs inhérents. La suspension de la procédure, l’adjudication de dépens ou le fait d’ordonner que certains juges instruisent une affaire sont autant de questions que la Cour a le pouvoir de contrôler dans ses propres procédures, et ainsi, la Cour peut ordonner de telles réparations sans outrepasser sa compétence au sens du paragraphe 18(1) de la Loi.

[71] Thus, for example, the Court may stay proceedings under subsection 18(1) of the *Citizenship Act* pursuant to paragraph 50(1)(b) of the *Federal Courts Act*, which provides that it “may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter . . . where for any . . . reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed” (*Tobiass*, above, at paragraph 61). It also has a “full discretionary power over the amount and allocation of costs and the determination of by whom they are to be paid”, pursuant to subsection 400(1) [as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)] of the *Federal Courts Rules*.

[72] In sum, the carrying forward of the revocation proceedings against the defendants will offend society’s sense of justice, and no remedy other than a stay is available to this court to prevent this from happening. This is also not a case where “a compelling societal interest . . . could tip the scales in favour of proceeding” (*Tobiass*, at paragraph 92). While I do not make light of the defendants’ misrepresentation, society’s interest in having the revocation pursued in this case cannot be compared to “Canada’s interest in not giving shelter to those who concealed their wartime participation in acts of atrocities”, which was at stake in *Tobiass*, above, at paragraph 93.

## CONCLUSION

[73] Dissenting in part, but not on this point, Justice LeBel spoke eloquently about the importance of ensuring that legal proceedings be conducted without undue delay, [in *Blencoe*] at paragraph 140:

Unnecessary delay in judicial and administrative proceedings has long been an enemy of a free and fair society. At some point, it is a foe that has plagued the life of almost all courts and administrative tribunals. It’s a problem that must be brought under control if we are to maintain an effective system of justice, worthy of the confidence of Canadians. The tools for this task are not to be found only in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but also in the principles of a flexible and evolving administrative law system.

[71] Par exemple, la Cour peut suspendre une procédure engagée en application du paragraphe 18(1) de la Loi en se fondant sur l’alinéa 50(1)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui prévoit qu’elle a « le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire [...] lorsque, pour quelque autre raison, l’intérêt de la justice l’exige » (*Tobiass*, précité, au paragraphe 61). Elle a aussi « le pouvoir discrétionnaire de déterminer le montant des dépens, de les répartir et de désigner les personnes qui doivent les payer » aux termes du paragraphe 400(1) [mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)] des *Règles des Cours fédérales*.

[72] Pour résumer, poursuivre la procédure d’annulation qui vise les défendeurs ira à l’encontre du sens de la justice de la société et aucune autre mesure réparatrice qu’une suspension n’est ouverte à la Cour pour empêcher que cela n’arrive. Il ne s’agit pas non plus d’une affaire dans laquelle « l’intérêt irrésistible de la société [...] pourrait faire pencher la balance en faveur de la poursuite des procédures » (*Tobiass*, au paragraphe 92). Même si je ne prends pas à la légère les fausses déclarations des défendeurs, l’intérêt de la société à voir la procédure d’annulation se poursuivre en l’espèce ne peut se comparer à « l’intérêt du Canada à ne pas donner refuge à ceux qui ont dissimulé leur participation en temps de guerre à des atrocités » dont il était question dans l’arrêt *Tobiass*, précité, au paragraphe 93.

## CONCLUSION

[73] Dissident en partie, mais pas sur le point ici en cause, le juge LeBel a parlé avec éloquence de l’importance de mener toute procédure judiciaire sans délai indu, au paragraphe 140 de l’arrêt *Blencoe*, précité :

Ce n’est pas d’hier que les délais inutiles dans les procédures judiciaires et les procédures administratives sont qualifiés de contraires à une société libre et équitable. Il s’agit jusqu’à un certain point d’un fléau qui touche presque tous les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs. C’est un problème qu’il faut régler pour assurer le maintien d’un système de justice efficace et digne de la confiance des Canadiens et des Canadiennes. La solution à ce problème réside non seulement dans l’application de la *Charte*, mais également dans

celle des principes d'un régime de droit administratif souple et en évolution constante.

[74] These remarks resonate in the present case. Those responsible for the administrative delays have failed both the defendants, to whom they had a duty to act fairly, and the public which they serve, and to whom they owe it to ensure that legislation is enforced effectively and in a timely fashion.

[74] Ces remarques sont pertinentes en l'espèce. Les personnes responsables des lenteurs administratives en cause ont trahi la confiance tant des défendeurs, envers lesquels ils avaient l'obligation d'agir de manière juste, que du public qu'ils servent, envers lequel ils ont l'obligation de s'assurer que la loi est exécutée efficacement et en temps opportun.

[75] This Court finds that the plaintiff's conduct in this case constitutes an abuse of process and orders that the proceedings be stayed, the whole with costs to the defendants.

[75] La Cour conclut que la conduite du demandeur en l'espèce constitue un abus de procédure et ordonne la suspension de l'instance. Les dépens sont adjugés aux défendeurs.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS that the proceedings be stayed, the whole with costs to the defendants.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE que l'instance est suspendue et que les dépens sont adjugés aux défendeurs.

# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

*\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

---

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Inadmissible Persons*

Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Immigration Division (Board) concluding that applicant inadmissible to Canada for membership in terrorist organization pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), s. 34(1)(f), complicity in crimes against humanity pursuant to IRPA, 35(1)(a)—Applicant, citizen of Eritrea, joining Eritrean People's Liberation Front (Front) in non-combat role—Applicant defecting to Canada after criticizing Front, now official government of Eritrea—Applicant arguing that IRPA, s. 34 should be interpreted in manner congruent with IRPA, s. 35, under which membership *simpliciter* insufficient to show complicity unless organization in question dedicated to limited brutal purpose—Nothing in language of IRPA, s. 34(1) contemplating complicity analysis in s. 34 inadmissibility case—Parliament not intending for ss. 34, 35 to be interpreted in same way—Board's finding applicant inadmissible under IRPA, s. 34(1)(f) reasonable—As to IRPA, s. 35(1)(a), Board not erring in finding that Front committing crimes against humanity—Because Board satisfied that Front not organization principally directed to limited, brutal purpose, Board having to examine nature, scope of applicant's involvement with Front in order to determine complicity—Complicity resting on existence of shared common purpose, knowledge thereof by all parties—Mere membership in organization involved in international offences not sufficient basis for finding of inadmissibility, unless organization principally directed to limited, brutal purpose—Question for Board not whether applicant completely unaware of Front activities in liberation struggle, but whether applicant aware of actions of Front relating to crimes against humanity—Board concluding that because applicant supporting goal of Eritrean liberation, endorsing use of force if necessary, applicant therefore complicit in crimes—Board's failure to address proper question resulting in its complicity finding being unreasonable—Application allowed.

HAGOS V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-771-11, 2011 FC 1214, Mactavish J., judgment dated October 24, 2011, 28 pp.)

## CUSTOMS AND EXCISE

### EXCISE TAX ACT

Appeal from Tax Court of Canada decision (T.C.C.) (2010 TCC 358) dismissing appeal from assessment of appellant relating to goods and services tax—Appellant agri-tourism business interested in beekeeping, operating trails providing setting for engaging in outdoor activities—User having to purchase farm product through purchase of tickets to access trails—T.C.C. concluding *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 138 applying, appellant mainly providing recreational, tourism service (taxable supply), sale of honey merely incidental (presumed part of first supply, thus becoming taxable)—T.C.C. taking into account disproportion between price of first ticket, real value of appellant's honey, advertising campaigns highlighting recreational activities, infrastructure—Whether s. 138 applying herein—Separate transactions could have applied to appellant's farm products,



**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

trails—Services offered by appellant not so closely integrated that services cannot be usefully separated—First condition of section 138 thus met—T.C.C. having to state legal standard guiding reasoning before analysing evidence—S. 138 referring to secondary element in sense of minor or non-essential—To fulfill second condition, not enough for supply or service to be secondary, must also be of small value in relation to principal activity—Comparison between nature, scope of activities available upon purchase of ticket suggesting apiary aspect of transaction secondary to recreational, touristic aspect—However, production costs for honey too significant to be considered small in comparison to price of first ticket—T.C.C. erring in not accepting those factors in analysis of s. 138 applicability—Facts sufficiently rebutting respondent’s assumption that farm products obtained incidentally to payment of admission fees—S. 138 not applicable in case at bar—Appeal allowed.

9056-2059 QUÉBEC INC. v. CANADA (A-286-10, 2011 FCA 296, Trudel J.A., judgment dated October 25, 2011, 19 pp.)

**FISHERIES**

Appeal from Federal Court order (2011 FC 89) dismissing judicial review of decision by Minister of Fisheries and Oceans not to pay fishery mitigation program funds to appellants—Canada, U.S. entering into Pacific Salmon Treaty (Treaty) in 1985—Amendments to Treaty in 2009 requiring, *inter alia*, Canada reduce catch of Chinook salmon, stipulating U.S. to provide US\$30 million to Canada (U.S. Fund) for fishery mitigation program to reduce effort in commercial salmon troll fishery—In light of present litigation, other litigation, Minister agreeing not to spend U.S. Fund absent court order—Mitigation program including voluntary permanent licence retirement program for troll licence holders in individual stock based management Areas F, G, H—Whether U.S. Fund payable to appellants, Minister’s decision complying with Treaty, *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 (FAA)—FAA permitting funds collected under a treaty to be paid out for purpose specified therein—If proposed program related to purpose specified in Treaty, not possible to interfere with Minister’s decision herein—Plain language of Treaty not supporting interpretation that Treaty must remedy adverse impact of fishery reduction in Area G—U.S. Fund not tied to harvest reduction in Area G—Treaty permitting Canada to use U.S. Fund for reduction of effort in commercial salmon troll fishery in all Areas (i.e. F, G, H)—Reasonable for Minister to allocate portions of U.S. Fund to fishers other than those in Area G—Appellants not having property rights in fish now remaining uncaught—Minister’s decision sufficiently transparent, intelligible, falling within range of possible, acceptable outcomes—Reasonably open to Minister to conclude that licence reduction component reducing fishing effort—Appeal dismissed.

KIMOTO v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-85-11, 2011 FCA 291, Layden-Stevenson J.A., judgment dated October 19, 2011, 9 pp.)

**INCOME TAX****PENALTIES AND INTEREST**

Consolidated appeals from Federal Court decisions (2010 FC 892, 2010 FC 893, 2010 FC 894, 2010 FC 895, 2010 FC 897, 2010 FC 898) dismissing judicial reviews of decision by Minister of National Revenue refusing appellants taxpayer relief from penalties, interest under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 220(3.1)—Appellants’ financial representative late in filing forms declaring foreign property—Representative of view that Canada Revenue Agency (CRA) obtaining needed information from other sources—CRA finding appellants’ reason for non-compliance not falling within scenarios set out in information circular (IC07-1), i.e. extraordinary circumstances beyond taxpayer’s control, actions of CRA, inability to pay—Minister only partly granting appellants’ request for relief—Federal Court finding Minister not fettering discretion, having array of material going beyond scenarios set out in IC07-1, reaching reasonable conclusion—Issue whether Minister’s decision reasonable—Minister fettering discretion, not drawing upon s. 220(3.1) to guide discretion, looking exclusively to IC07-1—Minister defining, limiting scope of discretion to circumstances set out in IC07-1—Minister denying appellants relief because claims not fitting within IC07-1 scenarios—Minister’s decision letter showing faulty understanding that Minister governed exclusively by IC07-1—Minister obligated herein to disclose full, true bases for decision—Minister’s decision thus unreasonable—However, decision should not be set aside, returned to Minister for redetermination as no practical end served in doing so—Reason for appellants’ delay in filing forms not acceptable excuse or mitigating factor for non-compliance—Appellants’

**INCOME TAX—Concluded**

contention that penalties should be reduced without merit—Appellants separate legal entities, taxpayers, each potentially subject to penalties, interest for non-compliance—Not possible for appellants to succeed if matter returned to Minister for re-determination—Appeals dismissed.

STEMIJON INVESTMENTS LTD. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-376-10, A-374-10, A-375-10, A-377-10, A-378-10, A-382-10, 2011 FCA 299, Stratas J.A., judgment dated October 26, 2011, 24 pp.)

**INTERNAL TRADE**

Motion for summary judgment dismissing action on ground action constituting abuse of process, that plaintiff failing to establish any genuine issue for which trial warranted—Plaintiff bringing action for defendant's alleged breach of contract, other tortious conduct as result of solicitation process undertaken by Public Works and Government Services Canada (PWGSC) to acquire engineering, technical support (ETS) services for Information Technology Services Branch—Plaintiff incumbent ETS contractor from 1999 to 2007 but unsuccessful in bidding for subsequent contract—Making four complaints to Canadian International Trade Tribunal (CITT)—Despite existence of CITT, Federal Court not lacking jurisdiction to hear plaintiff's claim—*Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47 could not have intended to completely insulate defendant from common law actions relating to public procurements—CITT Act not expressly stating that no civil proceedings lying against Crown as in other statutes stating intention explicitly, clearly—CITT Act, procedure followed by CITT suggesting that primary function to determine whether Canada having breached obligations under specified international, domestic trade agreements—CITT not court for resolution of common law claims against defendant—Questions of jurisdiction, issue estoppel murky—Parliament clearly intending most complaints relating to procurement be dealt with through CITT—However, since Federal Court retaining jurisdiction to entertain common law actions against defendant, would seem inconsistent to decide that issue *estoppel* applying to complaints clearly considered in very specific context not related to common law duties, theories—No genuine issue for trial in present case since plaintiff failing to provide credible evidence such that elements for any claims of actions seeking to try would be established—Evidence speculative at best; proceeding to trial only allowing plaintiff to engage in further fishing expedition at PWGSC's expense—Motion granted.

TPG TECHNOLOGY CONSULTING LTD. v. CANADA (T-494-08, 2011 FC 1054, Near J., judgment dated September 7, 2011, 52 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Motion for order requiring arbitrator appointed by Minister of Labour to stay dispute arbitration, take no action or make any decision as arbitrator until Court reaching final decision on application for judicial review in case at bar—Under *Restoring Mail Delivery for Canadians Act*, S.C. 2011, c. 17, arbitrator appointed to make decision incorporating final offer selected by arbitrator from final offers submitted by respondent Canada Post Corporation and by applicant, to become effective immediately as new collective agreement between both parties—In case at bar, applicant challenging arbitrator's expertise in labour relations, acceptability to both parties, bilingualism—Applicant meeting three branches of test in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311 for obtaining interlocutory injunction or stay—Applicant raising serious issues—Establishing three instances of irreparable harm, namely, applicant having to proceed to arbitration before unilingual arbitrator, revelation of applicant's final offers disadvantageous to applicant if appointment of arbitrator cancelled by Court, retroactive cancellation of final offer selected by arbitrator creating situation impossible to rectify—Lastly, balance of convenience favouring applicant—Motion allowed.

CANADIAN UNION OF POSTAL WORKERS v. CANADA POST CORPORATION (T-1344-11, 2011 FC 1207, Martineau J., decision dated October 20, 2011, 13 pp.)

**PATENTS**

## INFRINGEMENT

Appeal from Federal Court decision (2010 FC 447) granting Pfizer, Pharmacia Atkiebolag (together Pfizer) order prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance to Apotex Inc. pursuant to *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.004 until expiry of Canadian Patent No. 1339132 ('132 patent) in 2014—'132 patent claiming latanoprost compound used to treat glaucoma, ocular hypertension—Apotex claiming '132 patent based on prediction of chronic treatment rather than demonstrated utility, that gap existing between factual basis, patent's promise—Federal Court dismissing Apotex' "chronic use" construction, dismissing ensuing argument that patent unsound—Promise of '132 patent in fact constituting chronic use of compound for chronic medical condition—Evidence showing utility of '132 patent based on prediction rather than demonstration of utility—Doctrine of sound prediction seeking to balance two competing public interests—Patent's factual basis, evidence as whole leading to conclusion '132 patent failing to meet requirements for sound prediction—Federal Court misconstruing promise of '132 patent by finding promise of patent not including chronic treatment; resulting in failure to consider whether promised utility soundly predicted—Had Federal Court properly construed '132 patent as including chronic treatment, would have found patent invalid for failing to make sound prediction of utility—Appeal allowed.

PFIZER CANADA INC. V. CANADA (HEALTH) (A-206-10, 2011 FCA 236, Trudel J.A., judgment dated August 16, 2011, 22 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

---

## BREVETS

### CONTREFAÇON

Appel de la décision (2010 CF 447) par laquelle la Cour fédérale a prononcé une ordonnance en faveur de Pfizer et de Pharmacia Atkibolag (collectivement Pfizer) interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Apotex Inc. en application de l'art. C.08.004 du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, jusqu'à l'expiration du brevet canadien n° 1339132 (le brevet '132), en 2014—Le brevet '132 revendique un composé appelé latanoprost destiné au traitement du glaucome et de l'hypertension oculaire—Apotex a soutenu que le brevet '132 était fondé sur une prédiction du traitement chronique plutôt que sur l'utilité démontrée et qu'il existe un écart entre le fondement factuel du brevet et sa promesse—La Cour fédérale a rejeté l'interprétation de la « prise chronique » soutenue par Apotex, rejetant ensuite les arguments subséquents portant sur l'absence de prédiction valable du brevet—La promesse du brevet '132 est la prise chronique du composé pour le traitement d'un état médical chronique—La preuve démontre que l'utilité du brevet '132 était fondée sur une prédiction plutôt que sur une preuve d'utilité—La règle de la prédiction valable cherche à mettre en balance deux types contradictoires d'intérêts publics—Le fondement factuel du brevet ainsi que la preuve dans son ensemble mènent à la conclusion portant que le brevet '132 ne satisfait pas aux exigences relatives à la prédiction valable—La Cour fédérale a mal interprété la promesse du brevet '132 en statuant qu'aucun traitement chronique n'y figurait et, par conséquent, en n'entreprenant pas un examen de la question de savoir si l'utilité promise avait fait l'objet d'une prédiction valable—Si la Cour fédérale avait correctement interprété le brevet '132 comme étant une promesse de traitement chronique, elle aurait conclu que la revendication du brevet était invalide pour cause d'absence de prédiction d'utilité valable—Appel accueilli.

PFIZER CANADA INC. C. CANADA (SANTÉ) (A-206-10, 2011 CAF 236, juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 16 août 2011, 22 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### EXCLUSION ET RENVOI

#### *Personnes interdites de territoire*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada parce qu'il était membre d'une organisation terroriste au titre de l'art. 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR) et parce qu'il avait été complice de crimes contre l'humanité en application de l'art. 35(1)a) de la LIPR—Le demandeur, un citoyen érythréen, avait adhéré au Front populaire de libération de l'Érythrée (le Front) en tant que non-combattant—Le demandeur a fait défection au Canada après avoir critiqué le Front, qui forme maintenant le gouvernement officiel de l'Érythrée—Le demandeur soutenait que l'art. 34 de la LIPR devrait être interprété d'une manière qui s'harmonise avec son art. 35, en vertu duquel la simple appartenance à une organisation ne suffit pas à établir la complicité, à moins que l'organisation en cause ne vise

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

principalement des fins limitées et brutales—Rien dans le libellé de l’art. 34(1) de la LIPR ne prévoit la nécessité d’une analyse de la question de la complicité dans les cas d’interdiction de territoire relevant de l’art. 34—Le législateur n’a pas voulu que les art. 34 et 35 soient interprétés de la même façon—La conclusion de la Commission portant que le demandeur est interdit de territoire en application de l’art. 34(1)*f*) de la LIPR est raisonnable—S’agissant de l’art. 35(1)*a*) de la LIPR, la Commission ne s’est pas trompée en concluant que le Front avait perpétré des crimes contre l’humanité—La Commission étant convaincue que le Front n’était pas une organisation visant principalement des fins limitées et brutales, elle avait l’obligation d’examiner la nature et l’étendue de la participation du demandeur aux activités du Front afin d’établir s’il devait être considéré comme complice—La complicité dépend de l’existence d’une intention commune et de la connaissance que toutes les parties en cause peuvent en avoir—La simple appartenance à une organisation responsable de crimes de droit international ne suffit pas à fonder une conclusion d’interdiction de territoire, à moins que cette organisation ne vise principalement des fins limitées et brutales—La question que la Commission avait à trancher n’était pas de savoir si le demandeur était tout à fait ignorant des activités du Front dans la lutte de libération, mais plutôt s’il était au courant des activités du Front relativement aux crimes contre l’humanité—La Commission a conclu que parce que le demandeur était partisan de la libération de l’Érythrée et approuvait l’usage de la violence au besoin, il s’ensuivait qu’il était complice des crimes—La Commission n’ayant pas posé la bonne question pour établir la complicité, sa conclusion sur ce point était déraisonnable—Demande accueillie.

HAGOS C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-771-11, 2011 CF 1214, juge Mactavish, jugement en date du 24 octobre 2011, 28 p.)

**COMMERCE INTÉRIEUR**

Requête en jugement sommaire rejetant l’action au motif qu’elle constituait un abus de procédure et que la demanderesse n’a pas démontré qu’il existait une véritable question litigieuse justifiant la tenue d’un procès—La demanderesse a introduit une action à l’égard de la prétendue rupture de contrat et d’autres actes délictueux de la défenderesse à la suite d’une invitation à présenter des soumissions lancée par Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) en vue d’acquérir des services d’ingénierie et de soutien technique (services d’IST) pour la Direction générale des services d’infotechnologie—La défenderesse était l’entrepreneur titulaire qui avait fourni des services d’IST de 1999 à 2007, mais elle n’a pas réussi à obtenir le marché subséquent—Elle a saisi le Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE) de quatre plaintes—Malgré l’existence du TCCE, la Cour fédérale avait compétence pour statuer sur la demande de la défenderesse—La *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47, ne saurait être interprétée comme mettant totalement la défenderesse à l’abri des actions fondées sur la common law se rapportant aux marchés publics—La Loi sur le TCCE ne prévoit pas explicitement que la Couronne ne peut être poursuivie au civil contrairement à d’autres lois dans lesquelles le législateur a énoncé explicitement et clairement son intention en ce sens—La Loi sur le TCCE et la procédure suivie par le TCCE donnent à penser que le rôle principal du TCCE consiste à déterminer si le Canada a violé des obligations qui lui sont imposées aux termes d’ententes commerciales internationales ou internes précises—Le TCCE n’est pas une cour de justice qui connaît des actions en common law intentées contre la défenderesse—Les questions de compétence et de préclusion découlant d’une question déjà tranchée sont quelque peu troubles—Il est évident que le législateur voulait que la plupart des plaintes relatives aux marchés publics soient examinées par le TCCE—Toutefois, comme la Cour fédérale demeure compétente pour statuer sur les actions en common law intentées contre la défenderesse, il semblerait incohérent de décider ensuite que la préclusion découlant d’une question déjà tranchée s’applique à des plaintes qui ont de toute évidence été examinées dans un contexte fort précis qui n’a rien à voir avec des obligations et des théories de common law—Il n’existait pas de véritable question litigieuse dans le cas présent, la demanderesse n’ayant pas soumis d’éléments de preuve crédibles établissant l’existence des éléments constitutifs de l’une ou l’autre des prétentions qu’elle souhaite faire examiner dans le cadre d’un procès—Au mieux, la preuve relève de la conjecture et le fait d’autoriser l’instruction permettrait seulement à la demanderesse de se livrer à d’autres recherches à l’aveuglette aux dépens de TPSGC—Requête accueillie.

TPG TECHNOLOGY CONSULTING LTD. C. CANADA (T-494-08, 2011 CF 1054, juge Near, jugement en date du 7 septembre 2011, 52 p.)

**DOUANES ET ACCISE**

## LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appel à l'encontre d'une décision (2010 CCI 358) par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) a rejeté l'appel de la cotisation établie à l'encontre de l'appelante relativement à la taxe sur les produits et services—L'appelante, une entreprise agrotouristique qui s'intéresse à l'apiculture, exploite des sentiers permettant la pratique d'activités de plein air—L'utilisateur doit se procurer un produit de la ferme par l'achat de coupons pour accéder aux sentiers—La C.C.I. a conclu que l'art. 138 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 s'appliquait, que l'appelante livre principalement un service récréotouristique (une fourniture taxable) et que la vente du miel en est l'accessoire (et est présumée en faire partie, devenant ainsi taxable)—La C.C.I. a tenu compte notamment de la disproportion entre le prix du coupon initial et la valeur réelle du miel, les campagnes publicitaires de l'appelante insistant sur les activités récréatives, et les infrastructures—Il s'agissait de savoir si l'art. 138 s'appliquait en l'espèce—Les produits de la ferme et les sentiers peuvent faire l'objet de transactions séparées—Les services offerts par l'appelante ne sont pas interreliés au point de ne pouvoir utilement être séparés—La première condition de l'art. 138 est donc remplie—La C.C.I. devait articuler la norme juridique qui allait guider son raisonnement avant de procéder à l'analyse de la preuve—L'art. 138 s'entend d'un élément secondaire au sens de mineur ou non essentiel—Il ne suffit pas pour que la seconde condition soit remplie que la fourniture ou le service soit secondaire, encore faut-il que cette fourniture ou service soit minimale par rapport à l'activité principale—La comparaison entre la nature et l'étendue des activités disponibles à l'achat d'un coupon tend à démontrer que le volet apicole est secondaire au volet récréotouristique—Cependant, le coût de production du miel est trop important pour qu'on le traite de minime par rapport au prix du coupon initial—La C.C.I. a eu tort de ne pas retenir ces facteurs lors de son analyse de l'applicabilité de l'art. 138—Ces faits ont suffi à renverser l'hypothèse de l'intimée selon laquelle un produit de la ferme était obtenu accessoirement au paiement du droit d'entrée—L'art. 138 ne s'applique donc pas en l'espèce—Appel accueilli.

9056-2059 QUÉBEC INC. c. CANADA (A-286-10, 2011 CAF 296, juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 25 octobre 2011, 19 pp.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## PÉNALITÉS ET INTÉRÊTS

Appels consolidés à l'encontre de décisions (2010 CF 892, 2010 CF 893, 2010 CF 894, 2010 CF 895, 2010 CF 897, 2010 CF 898) de la Cour fédérale rejetant les demandes de contrôle judiciaire visant une décision par laquelle le ministre du Revenu national a refusé la demande d'allègement des pénalités et des intérêts présentée par les contribuables appelantes en vertu de l'art. 220(3.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1—Le représentant financier des appelantes a produit les formulaires faisant état de biens étrangers en retard—Le représentant était d'avis que tous les renseignements dont l'Agence du revenu du Canada (l'ARC) avait besoin lui étaient fournis dans d'autres documents—L'ARC a conclu que le motif de non-conformité des appelantes n'était pas visé par l'un des scénarios mentionnés dans la circulaire d'information (IC07-1), soit des circonstances exceptionnelles indépendantes de la volonté du contribuable, des actions de l'ARC ou de l'incapacité de payer—Le ministre a accordé en partie la demande d'allègement des appelantes—La Cour fédérale a statué que le ministre n'avait pas entravé son pouvoir discrétionnaire, disposant de nombreux documents qui ne s'en tenaient pas aux scénarios énoncés dans la IC07-1, et qu'il avait tiré une conclusion raisonnable—Il s'agissait de savoir si la décision du ministre était raisonnable—Le ministre a entravé son pouvoir, ne s'appuyant pas sur l'art. 220(3.1) pour guider l'exercice de son pouvoir discrétionnaire; il a exclusivement tenu compte de la IC07-1—Le ministre a défini la portée de son pouvoir discrétionnaire et a limité sa portée aux scénarios énoncés dans la IC07-1—Le ministre a refusé d'accorder l'allègement aux appelantes parce que leurs demandes ne faisaient entrer en jeu aucun des scénarios énoncés dans la IC07-1—La lettre de décision du ministre montre qu'il croyait, à tort, que seule la IC07-1 s'appliquait—Le ministre était tenu en l'espèce de divulguer toutes les raisons véritables ayant motivé sa décision—La décision du ministre était donc déraisonnable—Cependant, la décision ne devrait pas être annulée et l'affaire ne devrait pas être renvoyée au ministre pour nouvelle décision parce que cela ne serait d'aucune utilité—La raison pour laquelle les formulaires des appelantes ont été produits en retard ne constitue pas une excuse acceptable ni un facteur atténuant pour le nonrespect—L'argument des appelantes portant que les pénalités devraient être réduites était sans fondement—Chaque appelante est une entité juridique distincte et une contribuable distincte, potentiellement assujettie à des pénalités et à des intérêts pour son

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

propre manquement—Les appelantes ne pourraient pas avoir gain de cause si la Cour renvoyait l'affaire au ministre pour nouvelle décision—Appels rejetés.

STEMIJON INVESTMENTS LTD. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-376-10, A-374-10, A-375-10, A-377-10, A-378-10, A-382-10, 2011 CAF 299, juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 26 octobre 2011, 24 p.)

**PÊCHES**

Appel de l'ordonnance (2011 CF 89) par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire de la décision de la ministre des Pêches et des Océans de ne pas verser aux appelants des fonds du programme d'atténuation des impacts des activités de pêche—En 1985, le Canada et les É.-U. ont signé le Traité sur le saumon du Pacifique (le Traité)—Les modifications apportées au Traité en 2009 obligent notamment le Canada à réduire ses captures de saumon quinnat et prévoient que les É.-U. doivent verser 30 millions de dollars américains au Canada (le Fonds américain) dans le cadre du programme d'atténuation des impacts des activités de pêche en vue de réduire son effort de pêche commerciale à la traîne du saumon—À la lumière du présent procès et d'autres litiges en cours, la ministre a convenu de ne pas dépenser le Fonds américain en l'absence d'une ordonnance judiciaire—Le programme d'atténuation comprend un programme de retrait volontaire permanent de permis pour les titulaires de permis de pêche à la traîne dans les zones F, G et H, soit des zones assujetties à un régime de gestion fondé sur les stocks individuels—Il s'agissait de savoir si le Fonds américain pouvait être versé aux appelants et si la décision de la ministre était conforme au Traité et à la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 (la Loi)—La Loi prévoit que des fonds perçus en vertu d'un traité peuvent être prélevés à l'une des fins particulières prévues par ce traité—Si le programme proposé se rapporte à l'une des fins précisées dans le Traité, la Cour ne peut modifier la décision de la ministre—Le libellé clair du Traité n'appuie pas l'interprétation selon laquelle le Traité doit remédier aux effets négatifs de la réduction des captures de saumon sur la zone G—Le Fonds américain n'est pas consacré à la réduction des captures dans la zone G—Le Traité permet au Canada d'utiliser le Fonds américain pour réduire son effort de pêche commerciale à la traîne du saumon dans toutes les zones (c.-à-d. F, G, H)—Il était raisonnable de la part de la ministre d'affecter certaines parties du Fonds américain aux pêcheurs des zones autres que la zone G—Les appelants n'étaient pas titulaires d'un droit de propriété sur le poisson qui ne pourra ainsi plus être pêché—La décision de la ministre était suffisamment transparente et intelligible et elle appartenait aux issues possibles acceptables—Il était raisonnablement loisible à la ministre de conclure que le volet relatif à la réduction du nombre de permis de pêche aurait pour effet de réduire l'effort de pêche—Appel rejeté.

KIMOTO C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-85-11, 2011 CAF 291, juge Layden-Stevenson, J.C.A., jugement en date du 19 octobre 2011, 9 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Requête afin d'obtenir une ordonnance enjoignant à l'arbitre désigné par la Ministre du Travail de surseoir à l'arbitrage de différend et de ne poser aucun acte ni prendre quelque décision à titre d'arbitre jusqu'à une décision finale de la Cour sur la demande de contrôle judiciaire dans le présent dossier—Aux termes de la *Loi sur le rétablissement de la livraison du courrier aux Canadiens*, L.C. 2011, ch. 17, l'arbitre a été mandaté de rendre une décision incorporant l'offre finale de la défenderesse la Société canadienne des postes ou du demandeur qu'il aura choisie, et qui prendra immédiatement effet à titre de nouvelle convention collective entre les parties—En l'espèce, le demandeur a contesté l'expertise de l'arbitre en matière des relations du travail, son acceptabilité aux yeux des parties, et son bilinguisme—Le demandeur a rencontré les trois volets du test pour obtenir une injonction interlocutoire ou un sursis tels qu'énoncés dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311—Les questions soulevées par le demandeur étaient sérieuses—Le demandeur a établi l'existence de trois préjudices irréparables, notamment qu'il devait procéder à l'arbitrage devant un arbitre unilingue, que le dévoilement de ses offres finales le désavantageait si la nomination de l'arbitre était annulée par la Cour, et que l'annulation rétroactive de l'offre finale choisie par l'arbitre créait un état de fait impossible à corriger—Finalement, la balance des inconvénients penchait en faveur du demandeur—Requête accueillie.

SYNDICAT DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DES POSTES C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES (T-1344-11, 2011 CF 1207, juge Martineau, jugement en date du 20 octobre 2011, 13 pp.)