

T-1159-16  
2017 FC 604

T-1159-16  
2017 CF 604

**Jimmy Bilodeau-Massé** (*Applicant*)

**Jimmy Bilodeau-Massé** (*demandeur*)

v.

c.

**Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Procureur général du Canada** (*défendeur*)

**INDEXED AS: BILODEAU-MASSÉ v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : BILODEAU-MASSÉ c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Martineau J.—Montréal, March 27; Ottawa, June 19, 2017.

Cour fédérale, juge Martineau—Montréal, 27 mars; Ottawa, 19 juin 2017.

*Federal Court Jurisdiction — Judicial review of Parole Board of Canada decision maintaining suspension of applicant's long-term supervision order (LTSO), recommending new information be laid under Criminal Code, s. 753.3 — Parole Board finding that no supervision program could adequately protect society against applicant's risk of recidivism, that applicant failing to comply with supervision conditions — Applicant, long-term offender subject to LTSO — In addition to decision, Parole Board, in exercising discretion conferred thereon under Corrections and Conditional Release Act (CCRA), s. 140(2), determining that oral hearing not warranted in present case — Applicant having various cognitive limitations, under legal authority of Correctional Service of Canada (Service) — When applicant's case referred to Board, counsel for applicant requesting, inter alia, in-person post-suspension hearing — CCRA, s. 140(1) stipulating that hearing mandatory in cases listed in paragraphs (a) to (e) thereof — However, according to CCRA, s. 140(2), Board having discretion to hold hearing in other cases, which includes post-suspension hearing following suspension of LTSO — Whether Federal Court having jurisdiction to rule on validity of CCRA, ss. 140(1),(2); if so, whether appropriate to grant declaratory relief in present case — Federal Court having jurisdiction to render declaratory judgment on constitutional validity, applicability or operability of CCRA, ss. 140(1),(2) as well as on extent of Board's obligations under principles of fundamental justice, administrative law — Three branches of test established by Supreme Court of Canada in ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics met herein — As long as test met, Federal Court having jurisdiction to make declarations in constitutional matters such as declarations of invalidity — Federal Court also "superior court" for purposes of exercise of jurisdiction under Federal Courts Act, s. 18 — Although not "superior court" within meaning of Constitution Act, 1867, s. 96, Federal Court nevertheless comparable to superior*

*Compétence de la Cour fédérale — Contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Commission des libérations conditionnelles de maintenir la suspension de l'ordonnance de surveillance de longue durée (OSLD) du demandeur et de recommander le dépôt d'une nouvelle dénonciation conformément à l'art. 753.3 du Code criminel — La Commission a jugé qu'aucun programme de surveillance ne pouvait adéquatement protéger la société contre le risque de récurrence du demandeur et que, selon toute apparence, les conditions de la surveillance n'avaient pas été observées — Le demandeur est un délinquant à contrôler soumis à une OSLD — En plus de sa décision, la Commission, dans l'exercice de la discrétion qui lui est conférée par l'art. 140(2) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (LSCMLC), a déterminé que la tenue d'une audience orale n'était pas justifiée dans ce dossier — Le demandeur présente diverses limites cognitives et est sous l'autorité légale du Service correctionnel du Canada (Service) — Lorsque le dossier du demandeur a été référé à la Commission, la procureure du demandeur a entre autres sollicité la tenue d'une audience post-suspension en personne — L'art. 140(1) de la LSCMLC prévoit que la tenue d'une audience est obligatoire dans les cas mentionnés aux art. a) à e) — Par contre, selon l'art. 140(2) de la LSCMLC, une audience est laissée à la discrétion de la Commission dans les autres cas, ce qui inclut la tenue d'une audience post-suspension suivant la suspension d'une OSLD — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour statuer sur la validité des art. 140(1) et (2) de la LSCMLC et le cas échéant, s'il était opportun de rendre un jugement déclaratoire dans le présent dossier — La Cour fédérale a compétence pour rendre un jugement déclaratoire concernant la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, des art. 140(1) et (2) de la LSCMLC, ainsi que sur la portée des obligations incombant à la Commission en vertu des principes de justice fondamentale et/ou du droit administratif — Les trois volets du critère établi par la Cour*

*court when exercising general supervisory power over federal boards under Federal Courts Act, s. 18 — Federal Court therefore having jurisdiction to make formal declaration of invalidity in matter where constitutional question validly raised, which was case here — Appropriate here for Federal Court to exercise discretion to grant declaratory relief respecting constitutional validity, applicability or operability of CCRA, ss. 140(1),(2), respecting extent of Board's obligations under principles of fundamental justice and/or administrative law — Court can properly issue declaratory remedy so long as having jurisdiction over issue at bar, question before court real, not theoretical, person raising issue having real interest to raise it — All stated criteria met in present case — Enough to state that Board must, in all respects, comply with principles of fundamental justice, hold in-person hearing in specific cases — Therefore, applicant having right to declaratory judgment — Application allowed in part.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Parole Board of Canada deciding, inter alia, to maintain suspension of applicant's long-term supervision order (LTSO) — Board also exercising discretion conferred thereon under Corrections and Conditional Release Act (CCRA), s. 140(2), determining that oral hearing not warranted in present case — Applicant arguing, inter alia, that the lack of guarantee of a post-suspension hearing violating Charter, s. 7 — Constitutional question involving Parole Board's obligations respecting natural justice raised in present case — Whether CCRA, ss. 140(1),(2) violating Charter, s. 7 — Applicant's right to liberty engaged by application of mechanisms provided in CCRA, s. 135.1 — Necessary to determine whether discretionary nature of power granted under CCRA, s. 140(2) as to holding hearing breaching principles of fundamental justice — Scope of obligation to act fairly having variable content — In terms of CCRA, s. 135.1, lack of right to appeal favouring decisional process carried out with greater respect for principles of procedural fairness — Principles of fundamental justice requiring that procedure be fair — Charter, s. 7 not automatically,*

*suprême du Canada dans l'arrêt ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics étaient remplis en l'espèce — Dès lors que le critère est respecté, la Cour fédérale a compétence pour rendre des jugements déclaratoires en matière constitutionnelle tels que des déclarations d'invalidité — La Cour fédérale est également une « cour supérieure » aux fins de l'exercice de la compétence prévue à l'art. 18 de la Loi sur les Cours fédérales — Bien qu'elle ne soit pas une « cour supérieure » au sens de l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867, la Cour fédérale est néanmoins assimilable à une cour supérieure lorsqu'elle exerce en vertu de l'art. 18 de la Loi sur les Cours fédérales un pouvoir général de surveillance à l'égard des offices fédéraux — La Cour fédérale a donc compétence pour prononcer une déclaration formelle d'invalidité dans un dossier dans lequel la question constitutionnelle est valablement soulevée, ce qui était le cas en l'espèce — En l'espèce, il était opportun que la Cour fédérale exerce son pouvoir discrétionnaire pour rendre un jugement déclaratoire concernant la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, des art. 140(1) et (2) de la LSCMLC, ainsi que sur la portée des obligations incombant à la Commission en vertu des principes de justice fondamentale et/ou du droit administratif — Cette Cour peut prononcer un jugement déclaratoire dans la mesure où elle a compétence sur l'objet du litige, où la question dont elle est saisi est une question réelle et non pas simplement théorique, et où la personne qui la souleve a véritablement intérêt à la soulever — Tous ces critères étaient rencontrés dans le présent dossier — Il suffisait de déclarer que la Commission doit, à tous égards, se conformer aux principes de justice fondamentale et tenir une audience en personne dans les cas particuliers — Par conséquent, le demandeur avait droit au jugement déclaratoire demandé — Demande accueillie en partie.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — La Commission des libérations conditionnelles a entre autres décidé de maintenir la suspension de l'ordonnance de surveillance de longue durée (OSLD) visant le demandeur — La Commission, dans l'exercice de la discrétion qui lui est conférée par l'art. 140(2) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (LSCMLC), a déterminé que la tenue d'une audience orale n'était pas justifiée dans ce dossier — Le demandeur a fait valoir, entre autres, que l'absence de garantie d'une audience post-suspension viole l'art. 7 de la Charte — Une question constitutionnelle concernant l'étendue des obligations incombant à la Commission des libérations conditionnelles du Canada en vertu de la justice naturelle a été soulevée en l'espèce — Il s'agissait de savoir si les art. 140(1) et (2) de la LSCMLC violent l'art. 7 de la Charte — Le droit à la liberté du demandeur était engagé par l'application des mécanismes prévus à l'art. 135.1 de la LSCMLC — Il y avait donc lieu de déterminer si le caractère discrétionnaire du pouvoir accordé par l'art. 140(2) de la LSCMLC de tenir une audience*

*systemically requiring oral hearing even if rights guaranteed by provision are at issue — Insofar as CCRA, s 140(2) not legally prohibiting hearing, when this can prove necessary in specific circumstances of case being reviewed, existence of such discretionary power neutral, not conflicting with principles of fundamental justice guaranteed by Charter; s. 7.*

This was an application for judicial review of a decision of the Parole Board of Canada maintaining the suspension of the applicant's long-term supervision order (LTSO) and recommending that a new information be laid under section 753.3 of the *Criminal Code*. The Parole Board found that no supervision program could adequately protect society against the applicant's risk of recidivism and that, by all appearances, he had failed to comply with his supervision conditions. At issue in this case was the extent of the obligations of the Parole Board respecting natural justice, the law and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* when, following the suspension of an LTSO, it decides under subsection 135.1(6) of the *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA) to maintain the suspension of the LTSO and/or to recommend that an information be laid charging the offender with an offence under section 753.3 of the *Criminal Code*. In addition to challenging the Parole Board's decision, the applicant sought declaratory relief.

The applicant is a long-term offender subject to an LTSO until its expiry. In addition to its decision, the Parole Board, in exercising the discretion conferred upon it under subsection 140(2) of the CCRA, determined that an oral hearing was not warranted in this case. The applicant has various cognitive limitations and the mental age of a young child and is unable to ensure the protection of his person, his civil rights and to administer his property. The applicant's record showed persistent criminal behaviour since his criminal record began. The applicant is under the legal authority of the Correctional Service of Canada (Service). The Board imposed supervision conditions but, as a result of various breaches of these conditions, the Service suspended the applicant's community supervision multiple times. When the applicant's case was referred to the Board, counsel for the applicant submitted

*va à l'encontre des principes de justice fondamentale — La portée de l'obligation d'agir équitablement a un contenu variable — S'agissant de l'art. 135.1 de la LSCMLC, l'absence d'un droit d'appel militait donc en faveur d'un processus décisionnel s'effectuant dans un plus grand respect des principes d'équité procédurale — Les principes de justice fondamentale requièrent que la procédure soit équitable — L'art. 7 de la Charte n'exige pas automatiquement et systématiquement la tenue d'une audience orale, et ce, même si les droits garantis par cette disposition sont en jeu — Dans la mesure où l'art. 140(2) de la LSCMLC n'empêche pas légalement la tenue d'une audience, lorsque cela peut s'avérer nécessaire dans les circonstances particulières du cas sous étude, l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire est neutre et n'est pas incompatible avec les principes de justice fondamentale qui sont garantis par l'art. 7 de la Charte.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Commission des libérations conditionnelles de maintenir la suspension de l'ordonnance de surveillance de longue durée (OSLD) du demandeur et de recommander le dépôt d'une nouvelle dénonciation conformément à l'article 753.3 du *Code criminel*. La Commission a jugé qu'aucun programme de surveillance ne pouvait adéquatement protéger la société contre le risque de récidive du demandeur et que, selon toute apparence, les conditions de la surveillance n'avaient pas été observées. Le litige portait sur l'étendue des obligations incombant à la Commission des libérations conditionnelles du Canada en vertu de la justice naturelle, de la loi et/ou de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsque, à la suite de la suspension d'une OSLD, elle décide en vertu du paragraphe 135.1(6) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (LSCMLC), de maintenir la suspension de l'OSLD et/ou de recommander le dépôt d'une dénonciation imputant au délinquant l'infraction visée à l'article 753.3 du *Code criminel*. En plus de contester la décision de la Commission des libérations conditionnelles, le demandeur a demandé un jugement déclaratoire.

Le demandeur est un délinquant à contrôler soumis à une OSLD jusqu'à son expiration. En plus de sa décision, la Commission, dans l'exercice de la discrétion qui lui est conférée par le paragraphe 140(2) de la LSCMLC, a déterminé que la tenue d'une audience orale n'était pas justifiée dans ce dossier. Le demandeur présente diverses limites cognitives et a l'âge mental d'un jeune enfant, en plus d'être inapte à assurer la protection de sa personne, à exercer ses droits civils et à administrer ses biens. Le dossier du demandeur a fait état d'une criminalité persistante depuis l'ouverture de sa fiche criminelle. Le demandeur est sous l'autorité légale du Service correctionnel du Canada (Service). La Commission a imposé au demandeur des conditions de surveillance, mais suite à divers bris de ces conditions, la surveillance en communauté du demandeur a été suspendue par le Service à plusieurs

written representations while requesting an in-person post-suspension hearing. Nevertheless, the Board maintained the suspension of the LTSO and new criminal charges were brought against the applicant for breach of the LTSO to which the applicant pleaded guilty.

Subsection 140(1) of the CCRA stipulates that a hearing is mandatory in cases listed in paragraphs (a) to (e) thereof. However, according to subsection 140(2) of the CCRA, the Board has the discretion to hold a hearing in other cases, which includes a post-suspension hearing following the suspension of an LTSO.

The applicant argued, *inter alia*, that the lack of guarantee of a post-suspension hearing violates section 7 of the Charter, that the principles of fundamental justice require that the offender be able in all cases to appear in person before the Board for a post-suspension hearing and that the Board breached procedural fairness or otherwise rendered an unreasonable decision by refusing to hold a post-suspension hearing.

The main issues were whether the Federal Court had jurisdiction to rule on the validity of subsections 140(1) and (2) of the CCRA; if so, whether it was appropriate to grant declaratory relief in this case; and whether subsections 140(1) and (2) of the CCRA violated section 7 of the Charter.

*Held*, the application should be allowed in part.

The Federal Court has jurisdiction to render a declaratory judgment on the constitutional validity, applicability or operability of subsections 140(1) and (2) of the CCRA as well as on the extent of the Board's obligations under the principles of fundamental justice and/or administrative law. The three branches of the test established by the Supreme Court of Canada in *ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics* were met in this case: (1) a statute grants jurisdiction to the Federal Court; (2) federal law nourishes the grant of jurisdiction and is essential to the disposition of the case; and (3) that federal law is constitutionally valid. As long as the test is met, the Federal Court has jurisdiction to make declarations in constitutional matters such as declarations of invalidity. Regarding sections 18 and 28 of the *Federal Courts Act*, in order to truly exercise their superintending and reforming function regarding the legality of decisions by any federal board, commission or other tribunal, the Federal Courts must perforce be able to declare inoperative and/or unconstitutional any provision

reprises. Lorsque le dossier du demandeur a été référé à la Commission, la procureure du demandeur a fait parvenir à la Commission des représentations écrites tout en sollicitant la tenue d'une audience post-suspension en personne. Néanmoins, la Commission a maintenu la suspension de l'OSLD et de nouvelles accusations criminelles pour bris des conditions imposées par l'OSLD ont été portées contre le demandeur, auxquelles il a plaidé coupable.

Le paragraphe 140(1) de la LSCMLC prévoit que la tenue d'une audience est obligatoire dans les cas mentionnés aux alinéas a) à e) du paragraphe (1). Par contre, selon le paragraphe 140(2) de la LSCMLC, une audience est laissée à la discrétion de la Commission dans les autres cas — ce qui inclut la tenue d'une audience post-suspension suivant la suspension d'une OSLD.

Le demandeur a fait valoir, entre autres, que l'absence de garantie d'une audience post-suspension viole l'article 7 de la Charte, que les principes de justice fondamentale exigent que le délinquant puisse, dans tous les cas, être rencontré en personne par la Commission dans le cadre d'une audience post-suspension et que la Commission a contrevenu aux principes d'équité procédurale, ou a autrement rendu une décision déraisonnable en refusant de tenir une audience post-suspension.

Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour statuer sur la validité des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC et le cas échéant, s'il était opportun de rendre un jugement déclaratoire dans le présent dossier, et si les paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC violent l'article 7 de la Charte.

*Jugement* : la demande doit être accueillie en partie.

La Cour fédérale a compétence pour rendre un jugement déclaratoire concernant la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC, ainsi que sur la portée des obligations incombant à la Commission en vertu des principes de justice fondamentale et/ou du droit administratif. Les trois volets du critère établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics* étaient remplis en l'espèce : 1) une loi attribue compétence à la Cour fédérale; 2) le droit fédéral constitue le fondement de l'attribution de sa compétence et est essentiel à la solution du différend; et 3) la loi fédérale est constitutionnellement valide. Dès lors que le critère est respecté, la Cour fédérale a compétence pour rendre des jugements déclaratoires en matière constitutionnelle tels que des déclarations d'invalidité. S'agissant des articles 18 et 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*, pour véritablement exercer leur rôle de supervision et de contrôle de la légalité des décisions rendues par tout office fédéral, les Cours fédérales doivent

inconsistent with the Constitution, the supreme law of Canada. The Federal Court is also a “superior court” for the purposes of the exercise of the jurisdiction under section 18 of the *Federal Courts Act*. Although it is not a “superior court” within the meaning of section 96 of the *Constitution Act, 1867*, the Federal Court is nevertheless comparable to a superior court when it exercises general supervisory power over federal boards under section 18 of the *Federal Courts Act*. The same applies when it deals with a matter under section 17 of the *Federal Courts Act*. The Federal Court therefore has jurisdiction to make a formal declaration of invalidity in a matter where the constitutional question is validly raised, which was the case here. Moreover, in enacting section 57 of the *Federal Courts Act*, Parliament established the statutory framework under which, for the better administration of federal laws and regulations, a constitutional question may be validly argued before the Federal Court of Appeal, the Federal Court or a federal board and, consequently, before the Supreme Court itself, when an appeal has been authorized. Accordingly, the Parliament of Canada clearly intended to allow the Federal Courts to grant binding declaratory relief in constitutional matters. Otherwise, section 57 of the *Federal Courts Act* would no longer have any practical utility.

It was appropriate in this case for the Federal Court to exercise its discretion to grant declaratory relief respecting the constitutional validity, applicability or operability of subsections 140(1) and (2) of the CCRA and respecting the extent of the Board’s obligations under the principles of fundamental justice and/or administrative law. No court can claim to be in a better position than the other to rule on the question of the constitutional validity of a provision of the CCRA. According to case law, the Federal Court can properly issue a declaratory remedy so long as it has the jurisdiction over the issue at bar, the question before the court is real and not theoretical, and the person raising it has a real interest to raise it. All of these criteria were met in this case. First, the lawfulness of the actions of the Service or of the Board’s decisions could be reviewed by the Federal Court at first instance under sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*. Second, the constitutional question raised by the applicant was unprecedented, was not being argued before another tribunal, and was not theoretical. Third, because the applicant was subject to an LTSO, he had a genuine interest in having the Court determine the constitutionality of subsections 140(1) and (2) of the CCRA when the Board conducts a post suspension review pursuant to section 135.1 of the CCRA.

forcément être en mesure de déclarer inopérante et/ou inconstitutionnelle toute disposition incompatible avec la Constitution, la loi suprême du Canada. La Cour fédérale est également une « cour supérieure » aux fins de l’exercice de la compétence prévue à l’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Bien qu’elle ne soit pas une « cour supérieure » au sens de l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour fédérale est néanmoins assimilable à une cour supérieure lorsqu’elle exerce en vertu de l’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* un pouvoir général de surveillance à l’égard des offices fédéraux. Il en est de même lorsqu’elle est saisie d’une action en vertu de l’article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*. La Cour fédérale a donc compétence pour prononcer une déclaration formelle d’invalidité dans un dossier dans lequel la question constitutionnelle est valablement soulevée, ce qui était le cas en l’espèce. Par ailleurs, en édictant l’article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, le Parlement a établi le cadre juridique statutaire suivant lequel, pour la meilleure administration des lois fédérales et de ses textes d’application, une question constitutionnelle peut être valablement débattue devant la Cour d’appel fédérale ou la Cour fédérale (ou même un office fédéral), et partant — devant la Cour suprême elle-même, lorsqu’un pourvoi a été autorisé. En conséquence, l’intention du Parlement du Canada était clairement de permettre aux Cours fédérales de rendre des jugements déclaratoires contraignants en matière constitutionnelle. Autrement, l’article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales* n’aurait plus aucune utilité pratique.

En l’espèce, il était opportun que la Cour fédérale exerce son pouvoir discrétionnaire de rendre un jugement déclaratoire concernant la validité, l’applicabilité ou l’effet, sur le plan constitutionnel, des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC, ainsi que sur la portée des obligations incombant à la Commission en vertu des principes de justice fondamentale et/ou du droit administratif. Nulle cour ne peut prétendre être mieux placée que l’autre pour statuer sur la question de validité constitutionnelle d’une disposition de la LSCMLC. Selon la jurisprudence, cette Cour peut prononcer un jugement déclaratoire dans la mesure où elle a compétence sur l’objet du litige, où la question dont elle est saisi est une question réelle et non pas simplement théorique, et où la personne qui la soulève a véritablement intérêt à la soulever. Tous ces critères étaient rencontrés dans le présent dossier. Premièrement, la légalité des actions du Service ou des décisions de la Commission pouvait être examinée par la Cour fédérale, en première instance, en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Deuxièmement, la question constitutionnelle soulevée par le demandeur était inédite, n’était pas débattue devant un autre tribunal et n’était pas théorique. Troisièmement, s’agissant d’un délinquant visé par une OSLD, le demandeur avait un intérêt réel à faire déterminer la constitutionnalité des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC lorsque la Commission procède à un examen post-suspension en vertu de l’article 135.1 de la LSCMLC.

The binding effect of a declaration of constitutional invalidity or inoperability was discussed. The Attorney General of Canada was validly constituted as the respondent in this application for judicial review and judicial declaration. In this case, the Government of Canada would be bound by this Court's ruling, once the decision became final and all appeal mechanisms were exhausted. Therefore, any declaratory relief in this case may have a meaningful effect. Consequently, given in particular that the Federal Court had jurisdiction in this matter, it was not in the best interests of justice to ask the applicant to have the Superior Court of Quebec address this point to resolve the constitutional question that was before the Court.

The merits of the parties' arguments on the constitutional question involving subsections 140(1) and (2) of the CCRA were also examined. Under section 7 of the Charter, everyone has the "right to life, liberty and security of the person" and the right not to be deprived thereof except "in accordance with the principles of fundamental justice." The applicant's right to liberty was engaged by application of the mechanisms provided in section 135.1 of the CCRA. It was therefore necessary to determine whether the discretionary nature of the power granted under subsection 140(2) of the CCRA as to holding a hearing breaches principles of fundamental justice. The scope of the obligation to act fairly has variable content. In terms of section 135.1 of the CCRA, although the Board made only a recommendation that was not binding on the respondent, the offenders cannot appeal Board decisions to the Court of Appeal. The lack of a right to appeal favoured a decisional process carried out with greater respect for principles of procedural fairness. Before refusing to meet with the offender in person at a post-suspension hearing, the Board must first make sure that the reliable and convincing nature of the file's information allows an informed decision to be made. The principles of fundamental justice do not require that an individual benefit from the most favourable procedure but require that the procedure be fair. Section 7 of the Charter does not automatically and systemically require an oral hearing even if the rights guaranteed by this provision are at issue. Insofar as subsection 140(2) of the CCRA does not legally prohibit a hearing, when this can prove necessary in the specific circumstances of the case being reviewed, the existence of such a discretionary power is neutral and does not conflict with the principles of fundamental justice guaranteed by section 7 of the Charter.

In conclusion, although the residual liberty of a long-term offender is limited after an LTSO suspension, section 7 of the Charter does not oblige the Board to hold a post-suspension

L'effet contraignant d'une déclaration d'invalidité ou d'inopérabilité constitutionnelle a été examiné. Le procureur général du Canada a été validement constitué à titre de défendeur dans la présente demande de contrôle judiciaire et de jugement déclaratoire. En l'espèce, le gouvernement du Canada sera lié par le jugement de la présente Cour, une fois que celui-ci sera final et que les mécanismes d'appel auront été épuisés. Par conséquent, tout jugement déclaratoire dans ce dossier pourrait avoir un effet utile. Considérant donc que la présente Cour avait compétence en la matière, il était contraire aux meilleurs intérêts de la justice que d'inviter le demandeur à s'adresser à ce point-là à la Cour supérieure du Québec pour faire trancher la question constitutionnelle dont était légalement saisie la Cour fédérale.

Le mérite des arguments des parties concernant la question constitutionnelle liée aux paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC a également été examiné. L'article 7 de la Charte garantit à chacun le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne », et précise qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'« en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Le droit à la liberté du demandeur était engagé par l'application des mécanismes prévus à l'article 135.1 de la LSCMLC. Il y avait donc lieu de déterminer si le caractère discrétionnaire du pouvoir accordé par le paragraphe 140(2) de la LSCMLC de tenir une audience va à l'encontre des principes de justice fondamentale. La portée de l'obligation d'agir équitablement a un contenu variable. S'agissant de l'article 135.1 de la LSCMC, bien que la Commission ne fasse que rendre une recommandation qui ne lie en rien le défendeur, il n'en demeure pas moins que les délinquants ne peuvent faire appel des décisions de la Commission à la section d'appel. L'absence d'un droit d'appel militait donc en faveur d'un processus décisionnel s'effectuant dans un plus grand respect des principes d'équité procédurale. Avant de refuser de rencontrer en personne le délinquant dans une audience post-suspension, la Commission doit d'abord s'assurer que le caractère sûr et convaincant des renseignements au dossier lui permet de rendre une décision éclairée. Les principes de justice fondamentale n'exigent pas qu'un individu bénéficie de la procédure la plus favorable, mais requièrent que la procédure soit équitable. L'article 7 de la Charte n'exige pas automatiquement et systématiquement la tenue d'une audience orale, et ce, même si les droits garantis par cette disposition sont en jeu. Dans la mesure où le paragraphe 140(2) de la LSCMLC n'empêche pas légalement la tenue d'une audience, lorsque cela peut s'avérer nécessaire dans les circonstances particulières du cas sous étude, l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire est neutre et n'est pas incompatible avec les principes de justice fondamentale qui sont garantis par l'article 7 de la Charte.

En conclusion, bien que la liberté résiduaire d'un délinquant à contrôler soit restreinte à la suite de la suspension d'une OSLD, l'article 7 de la Charte n'oblige pas la Commission

hearing in all cases where the Service has referred the file to it. Subsections 140(1) and (2) of the CCRA do not prevent the Board from holding a post-suspension hearing in cases where it is asked to exercise the powers set out in section 135.1 of CCRA. The discretion conferred by subsection 140(2) may be applied in a manner that respects the rights guaranteed by the Charter, particularly when a question of credibility is a determining factor in the file. It was enough to state that the Board must, in all respects, comply with the principles of fundamental justice and hold an in-person hearing in specific cases. Therefore, the applicant had a right to a declaratory judgment.

à tenir une audience post-suspension dans tous les cas où le dossier lui est référé par le Service. Les paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC n'empêchent pas la Commission de tenir une audience post-suspension dans le cas où elle est appelée à exercer les pouvoirs prévus à l'article 135.1 de la LSCMLC. La discrétion conférée par le paragraphe 140(2) peut être appliquée d'une manière qui respecte les droits garantis par la Charte, notamment lorsqu'une question de crédibilité est déterminante dans le dossier. Il suffisait de déclarer que la Commission doit, à tous égards, se conformer aux principes de justice fondamentale et tenir une audience en personne dans les cas particuliers. Par conséquent, le demandeur avait droit au jugement déclaratoire demandé.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- British North America Act, 1867 (The)*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5].
- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(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], ss. 1, 7, 9, 23, 24(1), 32.
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.
- Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 10(1),(3),(4).
- Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, ss. 76, 77.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(27), 92(14), 96–101, 99, 129, 135.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
- Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 100, 101(a), 124(3), 129, 130, 131, 134.1(4), 134.2(1), 135(7), 135.1, 140.
- Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, ss. 161(1), 164(1),(2).
- Court of Chancery (England) Act*, 1850 (U.K.), 13 & 14 Vict., c. 35.
- Court of Chancery Procedure Act*, 1852 (U.K.), 15 & 16 Vict., c. 86.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 753.1, 753.2(3), 753.3.
- Department of Justice Act*, R.S.C., 1985, c. J-2, ss. 2(2), 4, 4.1(1), 5(1)(d).
- Divorce Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 3, s. 26.1(2).
- Exchequer Court Act*, R.S.C. 1952, c. 98, s. 29(c).
- Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175.
- Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 “relief”, 4, 5.3, 5.4, 17, 18, 18.1, 23, 26, 27, 28, 44, 50, 57.
- Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11, art. 1, 15, 58, 60, 61.
- Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, appendice II, no 5].
- 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, 7, 9, 23, 24(1), 32.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 753.1, 753.2(3), 753.3.
- Code de procédure civile*, RLRQ, ch. C-25.01, art. 76, 77.
- Court of Chancery (England) Act*, 1850 (R.-U.), 13 & 14 Vict., ch. 35.
- Court of Chancery Procedure Act*, 1852 (R.-U.), 15 & 16 Vict., ch. 86.
- Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).
- Décret fixant au 1er décembre 2012 la date d'entrée en vigueur des articles 526 à 528 de la loi*, TR/2012-88.
- Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfant*, DORS/97-175.
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.
- 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. 91(27), 92(14), 96–101, 99, 129, 135.
- 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. 52.
- Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 231.4.
- Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, ch. F-27.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. 1-21, art. 35(1) « juridiction supérieure ou cour supérieure ».
- Loi renforçant la citoyenneté canadienne*, L.C. 2014, ch. 22.

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 231.4.  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 35(1) “superior court”.  
*Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, S.C. 1992, c. 19, s. 527.  
*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5.  
*Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9.  
*Order Fixing December 1, 2012 as the Day on which Sections 526 to 528 of the Act Come into Force*, SI/2012-88.  
*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, r. 33.  
*Statute of Westminster, 1931*, (U.K.), 22 Geo. V, c. 4 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 27].  
*Strengthening Canadian Citizenship Act*, S.C. 2014, c. 22.  
*Supreme and Exchequer Court Act (The)*, S.C. 1875, c. 11, ss. 1, 15, 58, 60, 61.  
*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 3, 6, 45.  
*Supreme Court of Judicature Act*, 1873 (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66, ss. 3, 4.  
*Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 19.2.

*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 10(1),(3),(4).  
*Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, art. 19.2.  
*Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1952, ch. 98, art. 29c).  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 18.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 3, 6, 45.  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5.  
*Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9.  
*Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 3, art. 26.1(2).  
*Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. (1985), ch. J-2, art. 2(2), 4, 4.1(1), 5(1)d).  
*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 100, 101a), 124(3), 129, 130, 131, 134.1(4), 134.2(1), 135(7), 135.1, 140.  
*Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 1992, ch. 19, art. 527.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 « réparation », 4, 5.3, 5.4, 17, 18, 18.1, 23, 26, 27, 28, 44, 50, 57.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.  
*Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 161(1), 164(1),(2).  
*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, règle 33.  
*Statut de Westminster de 1931*, (R.-U.), 22 Geo. V, ch. 4 [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 27].  
*Supreme Court of Judicature Act*, 1873 (R.-U.), 36 & 37 Vict., ch. 66, art. 3, 4.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752, (1986), 26 D.L.R. (4th) 641; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433.

## DISTINGUISHED:

*Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617, revg 2015 FCA 88, [2016] 1 F.C.R. 265; *Canada (Procureur général) v. Way*, 2015 QCCA 1576 (CanLII), affg *sub nom. Way v. Commission des*

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617, infirmant 2015 CAF 88, [2016] 1 R.C.F. 265; *Canada (Procureur général) c. Way*, 2015 QCCA 1576 (CanLII), confirmant *sub nom. Way c.*



*libérations conditionnelles du Canada*), 2014 QCCS 4193.

CONSIDERED:

*Gallone v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 608, [2015] F.C.J. No. 598 (QL); *Laferrière v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 612, [2015] F.C.J. No. 578 (QL); *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, (1988), 45 C.C.C. (3d) 204; *Jones et Maheux v. Gamache*, [1969] S.C.R. 119, (1968), 7 D.L.R. (3d) 316; “B” v. *Department of Manpower and Immigration*, [1975] F.C. 602 (T.D.); *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.); *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; *Canada (Attorney General) v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, (1982), 137 D.L.R. (3d) 1; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; *Northern Telecom v. Communication Workers*, [1983] 1 S.C.R. 733, (1983), 147 D.L.R. (3d) 1; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, (1980), 110 D.L.R. (3d) 594; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.); *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, (1989), 57 D.L.R. (4th) 197; *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.); *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] 1 D.L.R. 801, 1947 CanLII 301 (P.C.); *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, (1997), 142 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, (1985), 52 O.R. (2d) 585; *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809; *Wolf v. The Queen*, [1975] S.C.R. 107, (1974), 47 D.L.R. (3d) 741; *R. v. Pete*, 1998 CanLII 6016, 104 B.C.A.C. 319; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, (1993), 108 D.L.R. (4th) 193; *Association des parents de l’école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)*, 2015 SCC 21, [2015] 2 S.C.R. 139; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75, (1996), 132 D.L.R. (4th) 56.

REFERRED TO:

*Blacksmith v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 605; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Borowski v.*

*Commission des libérations conditionnelles du Canada*), 2014 QCCS 4193.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Gallone c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 608, [2015] A.C.F. n° 598 (QL); *Laferrière c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 612, [2015] A.C.F. n° 578 (QL); *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *Jones et Maheux c. Gamache*, [1969] R.C.S. 119; « B » c. *Ministère de la Main-d’œuvre et de l’Immigration*, [1975] C.F. 602 (1<sup>re</sup> inst.); *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.); *Thorson c. Procureur Général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Canada (Procureur général) c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; *Northern Telecom c. Travailleurs en communication*, [1983] 1 R.C.S. 733; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.); *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.); *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] 1 D.L.R. 801, 1947 CanLII 301 (P.C.); *Nouvelle-Écosse ((Workers’ Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809; *Wolf c. La Reine*, [1975] R.C.S. 107; *R. v. Pete*, 1998 CanLII 6016, 104 B.C.A.C. 319; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Association des parents de l’école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, [2015] 2 R.C.S. 139; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75.

DÉCISIONS CITÉES :

*Blacksmith c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 605; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Borowski c.*

*Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 388, (1986), 29 D.L.R. (4th) 107 (C.A.); *Hassouna v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 473, [2017] 4 F.C.R. 555; *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; *Felipa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 89, [2011] 1 F.C.R. 365, revd 2011 FCA 272, [2012] 1 F.C.R. 3; *Liebmann v. Canada (Minister of National Defence)*, [1994] 2 F.C. 3, (1993), 69 F.T.R. 81 (T.D.); *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40, (1997), 147 D.L.R. (4th) 457 (C.A.), revd on other grounds [1999] 1 S.C.R. 3, (1999), 169 D.L.R. (4th) 130; *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626; *Canada Labour Relations Board et al. v. Paul L'Anglais Inc. et al.*, [1983] 1 S.C.R. 147, (1983), 146 D.L.R. (3d) 202; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, (1985), 52 O.R. (2d) 779; *Three Rivers Boatman Limited v. Conseil Canadien des Relations Ouvrières et al.*, [1969] S.C.R. 607, (1969), 12 D.L.R. (3d) 710; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; *Séminaire de Chicoutimi v. La Cité de Chicoutimi*, [1973] S.C.R. 681, 1972 CanLII 153; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, (1985), 60 A.R. 161; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, (1990), 77 D.L.R. (4th) 94; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228, (1973), 41 D.L.R. (3d) 549; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, (1979), 96 D.L.R. (3d) 14; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, (1989), 61 D.L.R. (4th) 604; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 501; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, (1993), 11 Admin. L.R. (2d) 1; *Laferrière c. Centre correctionnel communautaire Marcel-Caron*, 2010 QCCS 1677 (CanLII); *Laferrière c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2013 QCCS 4228 (CanLII); *Laferrière c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2013 QCCA 1081 (CanLII); *Fording Coal Ltd. v. Vancouver Port Authority*, 2006 BCCA 204, 53 B.C.L.R. (4th) 278; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 143, (1990), 76 D.L.R. (4th) 256; *Toronto Auer*

*Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 388 (C.A.); *Hassouna c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 473, [2017] 4 R.C.F. 555; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Felipa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 89, [2011] 1 R.C.F. 365, inf. par 2011 CAF 272, [2012] 1 R.C.F. 3; *Liebmann c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1994] 2 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.); *Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40 (C.A.), inf. pour d'autres motifs [1999] 1 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc. et autre*, [1983] 1 R.C.S. 147; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Three Rivers Boatman Limited c. Conseil Canadien des Relations Ouvrières et al.*, [1969] R.C.S. 607; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Séminaire de Chicoutimi c. La Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681, 1972 CanLII 153; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Commonwealth of Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'énergie, des mines et des ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *Laferrière c. Centre correctionnel communautaire Marcel-Caron*, 2010 QCCS 1677 (CanLII); *Laferrière c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2013 QCCS 4228 (CanLII); *Laferrière c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2013 QCCA 1081 (CanLII); *Fording Coal Ltd. v. Vancouver Port Authority*, 2006 BCCA 204, 53 B.C.L.R. (4th) 278; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Toronto Auer Light Co. v. Colling* (1899), 31 O.R. 18, [1899] O.J. n° 65 (QL) (Ch.D.); *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, 2007 CAF 103, [2007] 4 R.C.F. 714, autorisation d'appel à la C.S.C. refusée [2007] 3 R.C.S. x; *Charkaoui*

*Light Co. v. Colling* (1899), 31 O.R. 18, [1899] O.J. No. 65 (QL) (Ch.D.); *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, (1986), 33 D.L.R. (4th) 174; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *Cosgrove v. Canadian Judicial Council*, 2007 FCA 103, [2007] 4 F.C.R. 714, application for leave to appeal to S.C.C. refused [2007] 3 S.C.R. x; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *R. v. Gatza*, 2016 ABPC 37 (CanLII); *R. v. Bourdon*, 2012 ONCA 256 (CanLII), 110 O.R. (3d) 168; *Regina v. Cadeddu; Regina v. Nunery* (1982), 40 O.R. (2d) 128, 146 D.L.R. (3d) 629 (H.C.J.); *Illes v. Kent Institution*, 2001 BCSC 1465, 160 C.C.C. (3d) 307; *R. v. Swan* (1983), 150 D.L.R. (3d) 626, 35 C.R. (3d) 135 (B.C.S.C.); *Conroy and The Queen (Re)* (1983), 42 O.R. (2d) 342, 5 C.C.C. (3d) 501 (H.C.J.); *R. v. Lowe* (1983), 149 D.L.R. (3d) 732, 5 C.C.C. (3d) 535 (B.C.S.C.); *Mitchell v. R.*, [1976] 2 S.C.R. 570, (1975), 61 D.L.R. (3d) 77; *Huynh v. Canada*, [1996] 2 F.C. 976, (1996), 134 D.L.R. (4th) 612 (C.A.); *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120.

*c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. v. Gatza*, 2016 ABPC 37 (CanLII); *R. v. Bourdon*, 2012 ONCA 256 (CanLII), 110 O.R. (3d) 168; *Regina v. Cadeddu; Regina v. Nunery* (1982), 40 O.R. (2d) 128, 146 D.L.R. (3d) 629 (H.C.J.); *Illes v. Kent Institution*, 2001 BCSC 1465, 160 C.C.C. (3d) 307; *R. v. Swan* (1983), 150 D.L.R. (3d) 626, 35 C.R. (3d) 135 (C.S.C.-B.); *Conroy and The Queen (Re)* (1983), 42 O.R. (2d) 342, 5 C.C.C. (3d) 501 (H.C.J.); *R. v. Lowe* (1983), 149 D.L.R. (3d) 732, 5 C.C.C. (3d) 535 (C.S.C.-B.); *Mitchell c. R.*, [1976] 2 R.C.S. 570; *Huynh c. Canada*, [1996] 2 C.F. 976 (C.A.); *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120.

#### AUTHORS CITED

- Canada. Correctional Service of Canada. Commissioner's Directive No. 715-2, "Post – Release Decision Process", June 1, 2016.
- Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.
- Lemieux, Denis. "La nature et la portée du contrôle judiciaire" in *Collection de droit 2016-2017*, École du Barreau du Québec, Vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2016.
- Canada. Parole Board of Canada. *Decision-Making Policy Manual for Board Members*, 2nd ed., 2017.
- Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2016.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Parole Board of Canada maintaining the suspension of the applicant's long-term supervision order and recommending that a new information be laid under section 753.3 of the *Criminal Code*. Application allowed in part.

#### DOCTRINE CITÉE

- Canada. Commission des libérations conditionnelles du Canada. *Manuel des politiques décisionnelles à l'intention des commissaires*, 2<sup>e</sup> éd., 2017.
- Canada. Service correctionnel du Canada. Directive du commissaire n° 715-2, « Processus décisionnel postlibératoire », 1<sup>er</sup> juin 2016.
- Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2015.
- Lemieux, Denis. « La nature et la portée du contrôle judiciaire » dans *Collection de droit 2016-2017*, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2016.
- Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4<sup>e</sup> éd. Toronto : Thomson Carswell, 2016.

DEMANDE de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Commission des libérations conditionnelles de maintenir la suspension de l'ordonnance de surveillance de longue durée du demandeur et de recommander le dépôt d'une nouvelle dénonciation conformément à l'article 753.3 du *Code criminel*. Demande accueillie en partie.

## APPEARANCES

*Nadia Golmier* for applicant.  
*Marc Ribeiro* and *Virginie Harvey* for respondent.

## ONT COMPARU

*Nadia Golmier* pour le demandeur.  
*Marc Ribeiro* et *Virginie Harvey* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD

*Surprenant Magloé Golmier avocats*, Montréal,  
 for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for  
 respondent.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Surprenant Magloé Golmier avocats*, Montréal,  
 pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le  
 défendeur.

*This is the English version of the reasons for judgment and judgment rendered by*

*Voici les motifs du jugement et le jugement rendus en français par*

MARTINEAU J.:

LE JUGE MARTINEAU :

I. IntroductionI. Introduction

[1] Under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], the Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. In this case, does the Federal Court have jurisdiction to rule on the validity of subsections 140(1) and (2) of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (CCRA), and, if it does, would it be appropriate to grant declaratory relief today in this case?

[1] En vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], la Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. En l'espèce, la Cour fédérale a-t-elle compétence pour statuer sur la validité des paragraphes 140(1) et (2) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (LSCMLC), et le cas échéant, est-il opportun de rendre aujourd'hui un jugement déclaratoire dans le présent dossier?

[2] At issue is the extent of the obligations of the Parole Board of Canada (the Board) with respect to natural justice, the law and/or the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter), when, following the suspension of a long-term supervision order (LTSO), it decides under subsection 135.1(6) of the CCRA to maintain the suspension of the LTSO and/or to recommend that an information be laid charging the offender with an offence under section 753.3 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

[2] Le litige porte sur l'étendue des obligations incombant à la Commission des libérations conditionnelles du Canada (Commission) en vertu de la justice naturelle, de la loi et/ou de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (Charte), lorsque, à la suite de la suspension d'une ordonnance de surveillance de longue durée (OSLD), elle décide en vertu du paragraphe 135.1(6) de la LSCMLC de maintenir la suspension de l'OSLD et/ou de recommander le dépôt d'une dénonciation imputant au délinquant l'infraction visée à l'article 753.3 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

[3] Subsection 140(1) of the CCRA stipulates that a hearing is mandatory in the cases listed in paragraphs (a) to (e) of subsection (1). However, according to subsection 140(2) of the CCRA, the Board has the discretion to hold a hearing in other cases, which includes a post-suspension hearing following the suspension of an LTSO (section 135.1 of the CCRA).

[4] These provisions are reproduced below:

#### **Mandatory hearings**

**140 (1)** The Board shall conduct the review of the case of an offender by way of a hearing, conducted in whichever of the two official languages of Canada is requested by the offender, unless the offender waives the right to a hearing in writing or refuses to attend the hearing, in the following classes of cases:

- (a) the first review for day parole pursuant to subsection 122(1), except in respect of an offender serving a sentence of less than two years;
- (b) the first review for full parole under subsection 123(1) and subsequent reviews under subsection 123(5), (5.01) or (5.1);
- (c) a review conducted under section 129 or subsection 130(1) or 131(1) or (1.1);
- (d) a review following a cancellation of parole; and
- (e) any review of a class specified in the regulations.

#### **Discretionary hearing**

**(2)** The Board may elect to conduct a review of the case of an offender by way of a hearing in any case not referred to in subsection (1).

[5] The applicant, Jimmy Bilodeau-Massé, is a long-term offender subject to an LTSO. In this case, the Board maintained the suspension of the LTSO and recommended that an information be laid charging the applicant with an offence under section 753.3 of the *Criminal Code*. In addition, in exercising the discretion conferred upon it under subsection 140(2) of the CCRA, it deter-

[3] Le paragraphe 140(1) de la LSCMLC prévoit que la tenue d'une audience est obligatoire dans les cas mentionnés aux alinéas a) à e) du paragraphe (1). Par contre, selon le paragraphe 140(2) de la LSCMLC, une audience est laissée à la discrétion de la Commission dans les autres cas — ce qui inclut la tenue d'une audience post-suspension suivant la suspension d'une OSLD (article 135.1 de la LSCMLC).

[4] Ces dispositions sont reproduites ci-dessous :

#### **Audiences obligatoires**

**140 (1)** La Commission tient une audience, dans la langue officielle du Canada que choisit le délinquant, dans les cas suivants, sauf si le délinquant a renoncé par écrit à son droit à une audience ou refuse d'être présent :

- a) le premier examen du cas qui suit la demande de semi-liberté présentée en vertu du paragraphe 122(1), sauf dans le cas d'une peine d'emprisonnement de moins de deux ans;
- b) l'examen prévu au paragraphe 123(1) et chaque réexamen prévu en vertu des paragraphes 123(5), (5.01) et (5.1);
- c) les examens ou réexamens prévus à l'article 129 et aux paragraphes 130(1) et 131(1) et (1.1);
- d) les examens qui suivent l'annulation de la libération conditionnelle;
- e) les autres examens prévus par règlement.

#### **Audiences discrétionnaires**

**(2)** La Commission peut décider de tenir une audience dans les autres cas non visés au paragraphe (1).

[5] Le demandeur, M. Jimmy Bilodeau-Massé, est un délinquant à contrôler soumis à une OSLD. En l'espèce, la Commission a maintenu la suspension de l'OSLD et a recommandé le dépôt d'une dénonciation imputant au demandeur l'infraction visée à l'article 753.3 du *Code criminel*, tandis que dans l'exercice de la discrétion qui lui est conférée par le paragraphe 140(2) de la

mined that an oral hearing was not warranted in this case, hence this application for judicial review and declaratory relief.

[6] The Attorney General of Canada is the respondent in this case. In accordance with section 57 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, a notice of constitutional question was duly served on the respondent, as well as on the attorney general of each province, though they decided not to participate in the hearing. It is not disputed that subsection 91(27) of the *Constitution Act, 1867* confers on Parliament exclusive jurisdiction over criminal law and procedure (except the constitution of courts of criminal jurisdiction), that the provisions of the CCRA and the *Criminal Code* on the supervision of long-term offenders in the community fall under federal jurisdiction, and that the legality of any decision by the Board may be reviewed by the Federal Court under sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*.

[7] This Court heard the parties' submissions on the merits concurrently with the application for judicial review and declaratory judgment of another long-term offender regarding a similar decision by the Board, raising the same questions of administrative and constitutional law (see *Blacksmith v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 605).

[8] At the hearing, counsel for the two applicants stated that the applicants were abandoning any claim regarding the violation of section 9 of the Charter, which provides that “[e]veryone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.” Nevertheless, counsel for the applicants argues that the lack of guarantee of a post-suspension hearing violates section 7 of the Charter (constitutional question). For one, the suspension of the LTSO and the resulting reincarceration affect the offender's residual liberty. Moreover, the principles of fundamental justice require that the offender be able, in all cases, to appear in person before the Board for a post-suspension hearing. The hearing must be held prior to the expiration of the statutory time limit of 90 days set out in section 135.1 of

LSCMLC, elle a déterminé que la tenue d'une audience orale n'était pas justifiée dans ce dossier; d'où la présente demande de contrôle judiciaire et de jugement déclaratoire.

[6] Le procureur général du Canada est partie au dossier à titre de défendeur. Conformément à l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, un avis de question constitutionnelle a été dûment signifié au défendeur, ainsi qu'à tous les procureurs généraux des provinces — mais ces derniers ont choisi de ne pas participer au débat. Il n'est pas contesté que le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère compétence exclusive au Parlement du Canada en matière de procédure et de droit criminel (sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle), que les dispositions de la LSCMLC et du *Code criminel* relatives à la surveillance en communauté des délinquants à contrôler relèvent de la compétence fédérale, et que la légalité de toute décision rendue par la Commission peut être examinée par la Cour fédérale en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[7] La présente Cour a entendu les représentations au mérite des parties concurremment à la demande de contrôle judiciaire et de jugement déclaratoire d'un autre délinquant à contrôler visant une décision similaire de la Commission où les mêmes questions de droit administratif et de droit constitutionnel sont soulevées en l'espèce (voir *Blacksmith c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 605).

[8] À l'audience, la procureure des deux demandeurs a indiqué que ces derniers abandonnaient toute prétention au niveau de la violation de l'article 9 de la Charte, qui prescrit que « [c]haque un a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires ». Il n'empêche, plaide la procureure des demandeurs, l'absence de garantie d'une audience post-suspension viole l'article 7 de la Charte (question constitutionnelle). D'une part, la suspension de l'OSLD et la réincarcération qui en découle affectent la liberté résiduelle du délinquant. D'autre part, les principes de justice fondamentale exigent que le délinquant puisse, dans tous les cas, être rencontré en personne par la Commission dans le cadre d'une audience post-suspension. Celle-ci doit être tenue

the CCRA, unless the offender waives this right in writing or refuses to attend the hearing. In addition, the two applicants argue that the Board also breached procedural fairness, or otherwise rendered an unreasonable decision, by refusing to hold a post-suspension hearing, which warrants Court intervention.

[9] Although the Federal Court has jurisdiction to decide the constitutional question and make a formal declaration of invalidity, the respondent defends the constitutionality of subsections 140(1) and (2) of the CCRA. The Board acted under the authority of the law. The discretion to hold a hearing granted to the Board in subsection 140(2) of the CCRA does not violate section 7 of the Charter: the offender's freedom is not involved, and the discretion to hold a post-suspension hearing is not incompatible with the principles of fundamental justice. The Court must interpret the legislation in a manner that is consistent with these principles. A hearing is not necessarily required in all cases. Because the authority to hold a post-suspension hearing is not removed, subsections 140(1) and (2) of the CCRA do not violate section 7 of the Charter. Additionally, any violation is justifiable under section 1. Regardless, there was no breach of procedural fairness, and the impugned decision by the Board is reasonable in all regards.

[10] The standard of correctness applies to the review of the constitutional question, to the determination of the legal scope of the rules of natural justice or procedural fairness, as well as to the question as to whether—given the particular facts of the case—the Board breached procedural fairness by maintaining the suspension of the LTSO and recommending that an information be laid charging the offender with an offence under section 753.3 of the *Criminal Code*, without having held a hearing. At the same time, the standard of reasonableness applies to the review of the Board's determinations regarding the case (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC

avant l'expiration du délai statutaire de 90 jours prévu à l'article 135.1 de la LSCMLC, à moins que le délinquant ne renonce par écrit à ce droit ou refuse de se présenter à l'audience. De surcroît, les deux demandeurs soumettent que la Commission a, de toute façon, contrevenu aux principes d'équité procédurale, ou a autrement rendu une décision déraisonnable en refusant de tenir une audience post-suspension, ce qui justifie l'intervention de la Cour.

[9] Bien que la Cour fédérale ait compétence pour statuer sur la question constitutionnelle et prononcer une déclaration formelle d'invalidité, le défendeur soutient la constitutionnalité des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC. La Commission a agi sous l'autorité de la loi. La discrétion qu'accorde à la Commission au paragraphe 140(2) de la LSCMLC de tenir une audience ne va pas à l'encontre de l'article 7 de la Charte : la liberté du délinquant n'est pas engagée, tandis que le pouvoir discrétionnaire de tenir une audience post-suspension n'est pas incompatible avec les principes de justice fondamentale. La Cour doit favoriser une interprétation législative qui s'harmonise avec ces principes. Une audience n'est pas nécessairement requise dans tous les cas. Puisque le pouvoir de tenir une audience post-suspension n'est pas supprimé, les paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC ne portent pas atteinte à l'article 7 de la Charte. Subsidiairement, toute atteinte est justifiable en vertu de l'article premier. De toute façon, il n'y a eu aucune violation à un principe d'équité procédurale, et la décision contestée de la Commission est à tous égards raisonnable.

[10] C'est la norme de la décision correcte qui s'applique à l'examen de la question constitutionnelle, à la détermination de la portée juridique des règles de justice naturelle ou d'équité procédurale, de même qu'à la question de savoir — eu égard aux faits particuliers de l'affaire — si la Commission a violé un principe d'équité procédurale en maintenant la suspension de l'OSLD et en recommandant le dépôt d'une dénonciation imputant au délinquant l'infraction visée à l'article 753.3 du *Code criminel*, le tout sans avoir tenu une audience. D'un autre côté, c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique à l'examen des conclusions tirées sur le dossier par la Commission (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté*

12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*); *Gallone v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 608, [2015] F.C.J. No. 598 (QL) (*Gallone*), at paragraph 7; *Laferrière v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 612, [2015] F.C.J. No. 578 (QL) (*Laferrière FC*).

[11] In light of the particular facts of the case and the applicable federal statutory provisions, and having considered all of the parties' submissions and the relevant case law, I am satisfied that the Federal Court has jurisdiction to decide the constitutional question. It is also appropriate to issue a declaratory judgment on the constitutionality of subsections 140(1) and (2) of the CCRA and clarifying the extent of the Board's obligations under the principles of fundamental justice. The immediate result of the declaratory judgment that follows these reasons will be to bind the parties to the case and the tribunal against which it is rendered.

## II. Background

[12] The applicant is single and has no children. He is currently 24 years old. He has various cognitive limitations and the mental age of a child in elementary school. He has attention deficit hyperactivity disorder, conduct disorders, borderline personality disorder and a potential autism spectrum disorder. He is unable, partially and permanently, to ensure the protection of his person, to exercise his civil rights and to administer his property. Since 2015, the applicant has been under the protection of the Public Curator of Quebec.

[13] The applicant's record shows persistent criminal behaviour since his criminal record began in 2008 and a violence problem characterized by a strong, immature and explosive personality. However, despite his intellectual disability, the applicant does not have any psychiatric pathology that could explain his violent behaviour. The problem seems to be that when he gets bored or is facing a situation he feels is unfair, he tends to break the rules or demonstrate disruptive behaviour. Reintegration potential, accountability and motivation are all assessed as low. That being said, medication

*et Immigration*) c. *Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*); *Gallone c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 608, [2015] A.C.F. n° 598 (QL) (*Gallone*), au paragraphe 7; *Laferrière c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 612, [2015] A.C.F. n° 578 (QL) (*Laferrière CF*).

[11] À la lumière des faits particuliers au dossier et des dispositions législatives fédérales applicables, et ayant considéré l'ensemble des représentations des parties — ainsi que la jurisprudence pertinente, je suis satisfait que la Cour fédérale a compétence pour statuer sur la question constitutionnelle. Il est également opportun d'émettre un jugement déclaratoire concernant la constitutionnalité des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC et clarifiant la portée des obligations incombant à la Commission en vertu des principes de justice fondamentale. L'effet immédiat du jugement déclaratoire qui suit les présents motifs sera de lier les parties au dossier et l'office fédéral contre qui il est rendu.

## II. Toile de fond

[12] Le demandeur est célibataire et sans enfant. Il est aujourd'hui âgé de 24 ans. Il présente diverses limites cognitives et a l'âge mental d'un enfant à l'étape de l'école primaire. Il souffre d'un trouble du déficit de l'attention avec hyperactivité, de troubles de conduite, d'un trouble de personnalité limité et d'un possible trouble du spectre de l'autisme. Il est inapte, partiellement et de façon permanente, à assurer la protection de sa personne, à exercer ses droits civils et à administrer ses biens. De fait, depuis 2015, le demandeur est soumis au régime de protection du Curateur public du Québec.

[13] Le dossier du demandeur fait état d'une criminalité persistante depuis l'ouverture de sa fiche criminelle en 2008 et révèle une problématique violente teintée d'un caractère fort, immature et explosif. Mais, en dépit de sa déficience intellectuelle, le demandeur ne souffre d'aucune pathologie psychiatrique pouvant expliquer son comportement violent. Le problème, semble-t-il, c'est que lorsque le demandeur s'ennuie ou fait face à une situation qu'il estime injuste, il a tendance à enfreindre les règlements ou adopter des comportements perturbateurs. Son potentiel de réinsertion sociale est



plays a key role in managing the risk the applicant poses to himself and society.

[14] On January 23, 2012, the applicant was charged with assault with a weapon and assault causing bodily harm against two staff members of the Institut universitaire en santé mentale de Québec. On January 22, 2012, he hit a nurse on the head twice with an iron bar while she was sitting at the station. He was also charged with uttering death threats the following day against another staff member and for failing to comply with an undertaking to be of good behaviour. The applicant pleaded guilty to these criminal charges.

[15] On February 25, 2013, the Court of Quebec ordered a pre-sentence psychiatric assessment as well as a dangerous or long-term offender assessment. The applicant was found to be responsible for his actions. On July 17, 2013, the Court of Quebec sentenced him to nine months in prison, in addition to the time already served on remand. At that time, he was declared a long-term offender.

[16] The applicant is under the legal authority of the Correctional Service of Canada (Service) and is subject to an LTSO that will expire in 2019. Specifically, the Board imposed on him supervision conditions it considered reasonable and necessary to protect society and facilitate his reintegration. The LTSO, which was amended a few times, stipulates that he must reside at the Martineau Community Correctional Centre (CCC), a specialized centre for offenders with mental health issues; participate in a treatment program to address his risk factors; and take medication as prescribed by a health practitioner. He was released into the community on April 16, 2014.

faible, de même que ses niveaux de responsabilisation et de motivation. Cela dit, la médication joue un rôle important au niveau de la gestion du risque que le demandeur représente pour lui-même et pour la société.

[14] Le 23 janvier 2012, le demandeur a été accusé de s'être livré à des voies de fait armées et des voies de fait avec lésions à l'égard de deux membres du personnel de l'Institut universitaire en santé mentale de Québec. De fait, le 22 janvier 2012, il a notamment asséné deux coups de barre de fer à la tête d'une infirmière qui était assise au poste. Il a aussi été accusé d'avoir, le lendemain de cet incident, proféré des menaces de mort à l'endroit d'un autre membre du personnel, et également de ne pas s'être conformé à un engagement, soit d'avoir une bonne conduite. Le demandeur a plaidé coupable à ces accusations criminelles.

[15] Le 25 février 2013, la Cour du Québec a requis une évaluation psychiatrique dans un cadre présentenciel, ainsi qu'une expertise sur les délinquants dangereux ou à contrôler. Le demandeur a été considéré comme responsable de ses actes. Le 17 juillet 2013, la Cour du Québec a imposé une peine d'emprisonnement de neuf mois, s'ajoutant à la détention préventive déjà purgée par le demandeur. À cette occasion, le demandeur a été déclaré délinquant à contrôler.

[16] Le demandeur est sous l'autorité légale du Service correctionnel du Canada (Service) et fait l'objet d'une OSLD qui expirera en 2019. En particulier, la Commission a imposé au demandeur des conditions de surveillance qu'elle juge raisonnables et nécessaires pour protéger la société et favoriser la réinsertion du demandeur. L'OSLD, qui a été amendée à quelques reprises, prévoit notamment que le demandeur doit séjourner au Centre correctionnel communautaire (CCC) Martineau — un centre spécialisé pour les délinquants souffrant de problèmes de santé mentale —, qu'il doit suivre un programme de traitement en lien avec les facteurs de risque et qu'il doit prendre des médicaments conformément aux prescriptions d'un praticien de la santé. De fait, le séjour du demandeur dans la communauté a débuté le 16 avril 2014.

[17] The Service suspended the applicant's community supervision multiple times as a result of various breaches of these conditions. Each time, he was reincarcerated at the Regional Mental Health Centre at Archambault Institution.

[18] Although post-suspension interviews were conducted with Service representatives and the applicant's case was referred to the Board three times, he appeared before the Board in person only once. This was in August 2015. On that occasion (the sixth suspension), the Board recommended that an information be laid under section 753.3 of the *Criminal Code*. Charges for breach of LTSO were laid in September 2015. During the applicant's appearance, his counsel requested a re-assessment. He was declared fit to appear. In October 2015, the case was postponed, and the applicant was released on a promise to appear. He returned to the Martineau CCC on October 19, 2015, under a residency condition.

[19] On October 31, 2015, the applicant's LTSO was suspended a seventh time. The applicant had stolen the medical identity cards of two other offenders and had demonstrated threatening or intimidating behaviour—actions that he later said he regretted. The case was referred to the Board, which agreed to moderate. On January 13, 2016, the Board conducted a paper review and decided to cancel the suspension of the LTSO, while formally advising the applicant that it was dissatisfied with his behaviour and expected the supervisors not to tolerate any further misconduct. Given the regret the applicant expressed, the Board did not recommend that additional charges be laid against him under section 753.3 of the *Criminal Code*.

[20] On March 30, 2016, the Service suspended the applicant's supervision for the eighth time. The applicant had threatened a resident of the unit and had attempted to strangle another. He then fled from the unit. He was found several hours later. While fleeing, he hit and damaged a vehicle.

[17] La surveillance en communauté du demandeur a été suspendue par le Service à plusieurs reprises suite à divers bris de ces conditions. À chaque fois, le demandeur a été réincarcéré au Centre régional de santé mentale du pénitencier Archambault.

[18] Bien que des entrevues post-suspension aient eu lieu avec des représentants du Service, et qu'à trois occasions, le dossier du demandeur ait été référé à la Commission, celle-ci n'a rencontré ce dernier en personne qu'à une seule reprise. C'était en août 2015. À cette occasion — il s'agissait de la sixième suspension — la Commission a recommandé le dépôt d'une dénonciation en vertu de l'article 753.3 du *Code criminel*. Des accusations pour non-respect des conditions de l'OSLD ont effectivement été portées en septembre 2015. Lors de la comparution du demandeur, son avocate a demandé une nouvelle évaluation. Il a été déclaré apte à comparaître. En octobre 2015, la cause a été reportée et il a été remis en liberté sous promesse de comparaître; il a réintégré le CCC Martineau, le 19 octobre 2015, en assignation à résidence.

[19] Le 31 octobre 2015, l'OSLD du demandeur a été suspendue pour une septième fois. Le demandeur avait alors volé les cartes d'identité médicale de deux autres délinquants et avait eu un comportement menaçant ou intimidant — gestes qu'il a dit regretter par la suite. Le dossier a été référé à la Commission qui a accepté de tempérer. Le 13 janvier 2016, la Commission a rendu, sur dossier, une décision annulant la suspension de l'OSLD — tout en avisant formellement le demandeur qu'elle était insatisfaite de son comportement et qu'elle s'attendait à une tolérance zéro de la part des surveillants quant à tout nouvel écart de conduite. Compte tenu des regrets exprimés, la Commission n'a pas recommandé que d'autres accusations en vertu de l'article 753.3 du *Code criminel* soient portées contre le demandeur.

[20] Le 30 mars 2016, la surveillance du demandeur a été suspendue par le Service pour une huitième fois. Le demandeur avait alors menacé un résident de l'unité et il avait tenté d'en étrangler un autre. Il avait ensuite pris la fuite de l'unité. Il a été retrouvé plusieurs heures plus tard. Lors de sa fuite, le demandeur avait frappé sur un véhicule et l'avait endommagé.

[21] On April 14, 2016, the applicant was confronted with the facts alleged against him during a post-suspension interview conducted by an authorized Service representative. The Service maintained the suspension and referred the case to the Board.

[22] On April 22, 2016, the Service prepared an “Assessment for Decision” (Assessment), including a recommendation that an information be laid charging the applicant with an offence under section 753.3 of the *Criminal Code*. The Assessment, which must be read in conjunction with the most recent correctional plan update and the applicant’s criminal profile, was shared with the applicant in late May 2016.

[23] On June 5, 2016, counsel for the applicant submitted written representations to the Board, while requesting an in-person post-suspension hearing on the ground that the applicant [TRANSLATION] “has limited intellectual abilities, and his situation raises serious questions about the appropriate medication and treatment for his condition”. Counsel also submitted the report prepared by Dr. Pierre Gagné, Director of the Clinique médico-légale de l’Université de Sherbrooke, indicating that the applicant’s medication was not appropriate for his situation and therefore impeded his ability to comply with his LTSO conditions.

[24] The request for a post-suspension hearing was based on two arguments:

- (a) Subsection 140(2) of the CCRA—which provides for a discretionary post-suspension hearing for offenders subject to an LTSO—violates sections 7 and 9 of the Charter (the Charter argument); and
- (b) The hearing is all the more important in the applicant’s case in order to ensure procedural fairness, because he has limited intellectual abilities and his situation raises serious questions about the appropriate medication and treatment for his condition (the administrative law argument).

[21] Le 14 avril 2016, le demandeur a été confronté aux faits qu’on lui reprochait lors d’une entrevue post-suspension menée par un représentant autorisé du Service. Le Service a maintenu la suspension et a référé le dossier à la Commission.

[22] Le 22 avril 2016, le Service a préparé une « Évaluation en vue d’une décision » (Évaluation), comportant une recommandation de dénonciation imputant au demandeur l’infraction à l’article 753.3 du *Code criminel*. L’Évaluation — qui doit être lue conjointement avec la dernière mise à jour du plan correctionnel et du profil criminel du demandeur — a été communiquée au demandeur à la fin de mai 2016.

[23] Le 5 juin 2016, la procureure du demandeur a fait parvenir à la Commission des représentations écrites — tout en sollicitant la tenue d’une audience post-suspension en personne — au motif que le demandeur « présente des capacités intellectuelles limitées et que sa situation soulève des questions sérieuses concernant la médication et les soins appropriés à sa condition ». La procureure a également produit l’expertise réalisée par le Dr Pierre Gagné, Directeur de la clinique médico-légale de l’Université de Sherbrooke, indiquant que la médication du demandeur ne serait pas appropriée à sa situation — ce qui nuit par conséquent à sa capacité de respecter les conditions imposées dans le cadre de son OSLD.

[24] En particulier, la demande d’audience post-suspension reposait sur deux arguments :

- a) Le paragraphe 140(2) de la LSCMLC — qui rend discrétionnaire la tenue d’une audience post-suspension dans les cas des délinquants visés par une OSLD — viole les articles 7 et 9 de la Charte (l’argument de Charte); et
- b) L’audience dans le cas du demandeur est d’autant plus requise afin de respecter l’équité procédurale puisque ce dernier présente des capacités intellectuelles limitées et que sa situation soulève des questions sérieuses concernant la médication et les soins appropriés à sa condition (l’argument de droit administratif).

[25] The Board considered the information in its possession to be [TRANSLATION] “reliable and relevant” and enabled it to make an [TRANSLATION] “informed decision.” With regard to the Charter and administrative law arguments, the Board said nothing in its June 7, 2016, decision except that it had [TRANSLATION] “read all of the representations from [counsel for the applicant]”, but ultimately did not share her opinion because [TRANSLATION] “[i]t finds that a hearing is not warranted”. The Board noted that the specialists agreed that, despite his intellectual disability, the applicant had no psychiatric illness and was responsible for his actions. Examining his behaviour in terms of public safety and the protection of society, the Board maintained the suspension of the LTSO and recommended that a new information be laid under section 753.3 of the *Criminal Code*, finding that no supervision program could adequately protect society against the applicant’s risk of recidivism and that, by all appearances, he had failed to comply with his supervision conditions.

[26] That decision is the subject of this application.

[27] On June 21, 2016, new criminal charges were brought against the applicant for breach of LTSO.

[28] On November 10, 2016, the applicant pleaded guilty to those charges and received a concurrent sentence of 18 months in prison.

### III. Mootness of certain questions raised or of certain remedies sought by the applicant

[29] Recall that under subsection 18(1) of the *Federal Courts Act*, subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction (a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and (b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated

[25] La Commission a jugé que l’information en sa possession était « sûre et pertinente » et lui permettait de prendre une « décision éclairée ». S’agissant des arguments de Charte et de droit administratif, la Commission n’en dit point mot dans sa décision du 7 juin 2016, sinon qu’elle « a pris connaissance de l’ensemble des représentations de [la procureure du demandeur] », mais finalement, elle ne partage pas son opinion, car « [e]lle estime que la tenue d’une audience n’est pas justifiée ». La Commission note que les spécialistes s’entendent pour dire que le demandeur, malgré sa déficience intellectuelle, ne souffre d’aucune maladie psychiatrique et est responsable de ses actes. Examinant le comportement du demandeur à l’aune du bien-être public et de la protection de la société, la Commission maintient la suspension de l’OSLD et recommande le dépôt d’une nouvelle dénonciation conformément à l’article 753.3 du *Code criminel* — étant d’avis qu’aucun programme de surveillance ne peut adéquatement protéger la société contre le risque de récidive du demandeur et que, selon toute apparence, les conditions de la surveillance n’ont pas été observées.

[26] C’est cette dernière décision qui fait l’objet de la présente attaque judiciaire.

[27] Le 21 juin 2016, de nouvelles accusations criminelles pour bris des conditions imposées par l’OSLD ont été portées contre le demandeur.

[28] Le 10 novembre 2016, le demandeur a plaidé coupable à ces accusations et a été condamné à un emprisonnement concurrent de 18 mois.

### III. Caractère théorique de certaines questions soulevées ou de certains remèdes recherchés par le demandeur

[29] Rappelons qu’en vertu du paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, sous réserve de l’article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour : a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral; b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l’alinéa a), et notamment

by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal. In addition, subsections 18.1(3) and (4) of the *Federal Courts Act* authorize the Court to declare invalid or unlawful or quash a decision of a federal board, commission or other tribunal and, if applicable, to refer the matter back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate—meaning that the Court may order that a hearing be held in cases of breach of natural justice or procedural fairness, and particularly of violation of the law.

[30] Moreover, in accordance with the well-established principles on prerogative writs and other discretionary remedies, a court of law may refuse to hear an application or to decide a question that has become moot (*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342). And, even when an unlawful act was committed and a dispute still exists between the parties, the appropriate remedy is left to the Court's discretion. For example, the Federal Court may issue a declaration in lieu of any other judicial remedy (*MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6 (*MiningWatch Canada*), at paragraph 43; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paragraphs 2 and 46–47).

[31] During the hearing before this Court, counsel for the applicant was confronted with the question as to whether this application for judicial review had become moot—either partially or totally—following the filing of charges under section 753.3 of the *Criminal Code* and her client's subsequent conviction. The questionable actions that resulted in the suspensions of the LTSO—including the one in spring 2016 that led to the impugned decision in this case—are not really at issue.

[32] However, counsel for the applicant argues that her client continues to be subject to an LTSO, meaning that the problematic situation alleged in this application for judicial review and declaratory relief is likely to recur more than once (for proof, one need only look at

de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral. De plus, les paragraphes 18.1(3) et (4) de la *Loi sur les Cours fédérales* autorisent la Cour à déclarer nul ou illégal, ou annuler toute décision de l'office fédéral, et le cas échéant, à lui renvoyer le dossier pour jugement, conformément aux instructions qu'elle estime appropriées — de sorte que la Cour pourra ordonner qu'une audience ait lieu dans les cas de non-respect d'un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale, ou encore de non-respect de la loi notamment.

[30] D'un autre côté, suivant les principes bien établis en matière de brevets de prérogative et autres remèdes discrétionnaires, une cour de justice peut refuser d'entendre une demande ou de statuer sur une question qui est devenue théorique (*Borowski c. Canada (Procureur Général)*, [1989] 1 R.C.S. 342). Et, même lorsqu'un acte illégal a été commis et qu'il continue d'exister un litige entre les parties, la réparation appropriée est laissée à la discrétion du tribunal. Par exemple, la Cour fédérale peut émettre une déclaration en lieu et place de tout autre remède judiciaire (*Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6 (*Mines Alerte Canada*), au paragraphe 43; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, aux paragraphes 2 et 46–47).

[31] Lors de l'audience devant cette Cour, la procureure du demandeur a été confrontée à la question de savoir si la présente demande en contrôle judiciaire était devenue théorique — en totalité ou en partie — suite au dépôt d'accusations imputant au demandeur des infractions à l'article 753.3 du *Code criminel* et à la condamnation subséquente de son client. Les actions contestables qui ont donné lieu aux suspensions de l'OSLD — incluant celle du printemps 2016 qui est à l'origine de la décision contestée aujourd'hui — ne sont pas véritablement en cause.

[32] Mais voilà, plaide la procureure du demandeur, son client continue néanmoins d'être assujéti à une OSLD, de sorte que la situation problématique dénoncée dans la présente demande de contrôle judiciaire et en jugement déclaratoire risque de se répéter plus d'une

the number of suspensions of the LTSO in this case). Furthermore, other offenders are in a similar situation, which is notably the case for the applicant in the other case heard concurrently (*Blacksmith v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 605 [cited above]). The suspensions of the LTSO are frequent, and the statutory time limit of 90 days for review is very short. In addition, the applicants make it a compelling question of law: because credibility issues are often at play before the Board, the principles of fundamental justice protected under section 7 of the Charter require that an oral post-suspension hearing be held when an LTSO is suspended. This is not frivolous: Charter and/or administrative law arguments are serious and warrant acknowledgement and an adequate response by this Court.

[33] Counsel for the respondent does not challenge this rhetoric that the offender must return to square one if this Court does not clarify the issue raised by the applicants in the meantime.

[34] I agree with counsel.

[35] Quashing the June 7, 2016 decision and referring the matter back to the Board for redetermination could no longer have any practical or legal effect on what was already accomplished; the fact remains that criminal charges were laid and that the applicant was found guilty of committing the offence set out in section 753.3 of the *Criminal Code*. However, the Court can still do something useful by deciding the real issue in this case: is the offender automatically entitled to an oral hearing as in the cases referred to in subsection 140(1) of the CCRA?

[36] The Charter and/or administrative law arguments were debated at length at the hearing, so, at first glance, it would seem appropriate to issue a declaratory judgment to clarify the question at issue. More often than not—when it would serve no useful purpose to quash a decision or order the resumption of an administrative process—in exercising judicial discretion, a

fois encore (pour preuve, il n’y a qu’à voir le nombre de suspensions de l’OSLD dans ce dossier). De plus, d’autres délinquants sont dans une situation similaire, ce qui est notamment le cas du demandeur Blacksmith dans l’autre dossier entendu conjointement (*Blacksmith c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 605 [précité]). Les suspensions d’une OSLD sont fréquentes et le délai statutaire d’examen de 90 jours est très court. Aussi, les demandeurs en font une question de droit incontournable : puisque des questions de crédibilité sont souvent en jeu devant la Commission, les principes de justice fondamentale que protège l’article 7 de la Charte exigent la tenue d’une audience orale post-suspension dans le cas de la suspension de l’OSLD. Ce n’est pas une élucubration : les arguments de Charte et/ou de droit administratif sont sérieux et justifient que cette cour en prenne acte et y apporte une réponse satisfaisante.

[33] De son côté, le procureur du défendeur ne remet pas en cause cette rhétorique du retour obligé du délinquant à la case départ si la question litigieuse soulevée par les demandeurs n’est pas clarifiée entretemps par la présente Cour.

[34] Je suis d’accord avec les procureurs.

[35] L’annulation de la décision rendue le 7 juin 2016 et le renvoi du dossier du demandeur pour redétermination à la Commission ne pourraient plus avoir aucun effet pratique ou juridique sur ce qui a déjà été accompli — le fait demeure que des accusations criminelles ont été portées et que le demandeur a été reconnu coupable d’avoir commis l’infraction mentionnée à l’article 753.3 du *Code criminel*. Toutefois, la Cour peut encore faire œuvre utile en tranchant là même où le bât blesse : le délinquant a-t-il automatiquement droit à une audience orale comme dans les cas mentionnés au paragraphe 140(1) de la LSCMLC?

[36] Les arguments de Charte et/ou de droit administratif ont été longuement débattus à l’audience, de sorte qu’il paraît opportun, à première vue, de rendre un jugement déclaratoire pour clarifier la question litigieuse. En effet, le plus souvent qu’autrement — lorsqu’il ne servirait aucune fin utile d’annuler une décision ou d’ordonner la reprise d’un processus administratif —

declaratory judgment is a valid alternative remedy to prevent the repetition of systemic administrative practices that violate the law (*MiningWatch Canada*, at paragraphs 50–52), or even the Charter or the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III (*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 (*Singh*), at paragraphs 76–79, 81–85 [pages 221–224 and 239–240]; *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 388, at paragraphs 8–9 [pages 394–395]). For a recent example of a declaratory judgment of general application from the Federal Court affecting an entire group of people who challenged the constitutionality and/or validity of certain provisions of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, as amended by the *Strengthening Canadian Citizenship Act*, S.C. 2014, c. 22, see: *Hassouna v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 473, [2017] 4 F.C.R. 555. In addition to prohibiting the Minister of Citizenship and Immigration from applying subsections 10(3) and (4) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, as amended, against the applicants, because those subsections are incompatible with the *Canadian Bill of Rights*, the Court declared subsections 10(1), (3) and (4) to be inoperative, because they violate paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* in a manner that cannot be avoided by interpretation. In so doing, the Court stayed judgment for a period of 60 days or for any other period that the Court may authorize at the request of one of the parties.

[37] However, a declaration of unconstitutionality is a discretionary remedy (*Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441 (*Operation Dismantle*), at page 481, citing *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821 (*Solosky*)) and can be “an effective and flexible remedy for the settlement of real disputes” (*R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595 (*Gamble*), at page 649). Therefore, a court can properly issue a declaratory remedy so long as it has the jurisdiction over the issue at bar, the question before the court is real and not theoretical, and the person raising it has a real interest to raise it (*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3 (*Khadr*) [cited

dans l’exercice de la discrétion judiciaire, le jugement déclaratoire constitue un remède alternatif valable pour prévenir la répétition de pratiques administratives systémiques contrevenant à la loi (*Mines Alerté Canada*, aux paragraphes 50 à 52), voire à la Charte ou à la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III (*Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 (*Singh*), aux paragraphes 76–79, 81–85 et 124–125 [pages 221–224 et 239–240]; *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1986] 3 C.F. 388 (C.A.), aux paragraphes 8–9 [pages 394–395]). Pour un exemple récent d’un jugement déclaratoire d’application générale de la Cour fédérale visant l’ensemble d’un groupe de personnes ayant contesté la constitutionnalité et/ou la validité de certaines dispositions de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, telle que modifiée par la *Loi renforçant la citoyenneté canadienne*, L.C. 2014, ch. 22, voir : *Hassouna c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 473, [2017] 4 R.C.F. 555. Ainsi, en plus d’interdire au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration d’appliquer les paragraphes 10(3) et (4) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 telle que modifiée, contre les demandeurs — car ces paragraphes sont incompatibles avec la *Déclaration canadienne des droits* — la Cour a déclaré que les paragraphes 10(1), (3) et (4) sont inopérants, parce qu’ils violent l’alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* d’une manière qui ne peut être évitée par interprétation. Ce faisant, la Cour a suspendu l’exécution du jugement pour une période de 60 jours, ou pour toute autre période que la Cour pourra autoriser à la demande de l’une des parties.

[37] Mais il s’avère que le jugement déclaratoire d’inconstitutionnalité est également un redressement discrétionnaire (*Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441 (*Operation Dismantle*), à la page 481, citant *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821 (*Solosky*)), et qui peut constituer une « forme efficace et souple de règlement des véritables litiges » (*R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595 (*Gamble*), à la page 649). Ainsi, un tribunal peut donc, à juste titre, prononcer un jugement déclaratoire dans la mesure où il a compétence sur l’objet du litige, où la question dont il est saisi est une question réelle et non pas simplement théorique, et où

above], at paragraph 46). This Court must first ascertain that it has jurisdiction over the issue, and, if it does, be satisfied that its declaratory judgment may have a useful effect on the application of the CCRA when the Service refers a case to the Board following the suspension of an LTSO.

IV. Federal Court’s jurisdiction to grant declaratory relief with respect to a constitutional and administrative issue

[38] Firstly, I am satisfied that this Court has jurisdiction to render a declaratory judgment on the constitutional validity, applicability or operability of subsections 140(1) and (2) of the CCRA, as well as on the extent of the Board’s obligations under the principles of fundamental justice and/or administrative law.

A. *Words conferring jurisdiction*

[39] The Federal Court, a successor to the Exchequer Court of Canada, established in 1875, was maintained in 1970 as an “additional court of law, equity and admiralty in and for Canada, for the better administration of the laws of Canada” (section 4 of the *Federal Courts Act*). With the status of “a superior court of record having civil and criminal jurisdiction” (section 4 of the *Federal Courts Act*), the Federal Court may grant declaratory relief against any federal board, commission or other tribunal (subsection 18(1) of the *Federal Courts Act*) or against the Crown, including an officer, servant or agent of the Crown for anything done or omitted to be done in the performance of the duties of that person (section 17 of the *Federal Courts Act*). However, to better understand the genesis of the Federal Court’s jurisdiction, it is appropriate to review the background, without repeating everything that might have been said on this topic in previous decisions (for example *Felipa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 89, [2011] 1 F.C.R. 365 (*Felipa FC*), reversed by 2011 FCA 272, [2012] 1 F.C.R. 3, though for reasons unrelated to the historical analysis of the Court’s jurisdiction).

la personne qui la soulève a véritablement intérêt à la soulever (*Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3 (*Khadr*) [précité], au paragraphe 46). La présente Cour doit d’abord s’assurer qu’elle a compétence en la matière, et dans l’affirmative, être satisfaite que son jugement déclaratoire pourra avoir un effet utile au niveau de l’application de la LSCMLC lorsqu’un dossier est référé par le Service à la Commission à la suite de la suspension d’une OSLD.

IV. Compétence de la Cour fédérale pour rendre un jugement déclaratoire en matière constitutionnelle et administrative

[38] En premier lieu, je suis satisfait que la présente Cour a compétence pour rendre un jugement déclaratoire concernant la validité, l’applicabilité ou l’effet, sur le plan constitutionnel, des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC, ainsi que sur la portée des obligations incombant à la Commission en vertu des principes de justice fondamentale et/ou du droit administratif.

A. *Dispositions attributives de compétence*

[39] La Cour fédérale — qui a succédé à la Cour de l’Échiquier créée en 1875 — a été maintenue en 1970 à titre « de tribunal additionnel de droit, d’équité et d’amirauté du Canada, propre à améliorer l’application du droit canadien » (article 4 de la *Loi sur les Cours fédérales*). Ayant le statut de « cour supérieure d’archives ayant compétence en matière civile et pénale » (article 4 de la *Loi sur les Cours fédérales*), la Cour fédérale peut rendre un jugement déclaratoire contre un office fédéral (paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*) ou contre la Couronne — incluant un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits — actes ou omissions — survenus dans le cadre de ses fonctions (article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*). Mais pour mieux comprendre la genèse de la compétence de la Cour fédérale, il est opportun de faire un rappel historique, sans pour autant reprendre tout ce qui a pu être dit à ce sujet dans les décisions antérieures (par exemple *Felipa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 89, [2011] 1 R.C.F. 365 (*Felipa CF*), infirmé par 2011 CAF 272, [2012] 1 R.C.F. 3, mais pour des motifs n’ayant pas trait à l’analyse historique de la compétence de la Cour).



[40] In 1875, the legislation creating the Exchequer Court gave it concurrent original jurisdiction in “any matter which might in England be the subject of a suit or action in the Court of Exchequer on its revenue side against the Crown”, while the procedure was in principle “regulated by the practice and procedure of Her Majesty’s Court of Exchequer at Westminster” (see sections 58 and 61 of *The Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11). At that time, in England, the Court of Exchequer was a high court (*Supreme Court of Judicature Act*, 1873 (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66, sections 3, 4). While the Exchequer Court’s jurisdiction was originally limited to revenue-related actions against the federal government, over the years, it gradually extended to actions against the Crown, in addition to admiralty matters, suits between citizens regarding industrial property (now intellectual property), and tax, citizenship and railway cases.

[41] Long before the Federal Court was granted statutory jurisdiction in 1970 to review the legality of decisions by a federal board, commission or other tribunal (section 18 of the *Federal Courts Act*), aside from the petition of right procedure, it was possible to obtain a declaratory judgment from the Exchequer Court as additional relief against the Crown, by bringing an ordinary action against the Attorney General of Canada. For example, in *Jones et Maheux v. Gamache*, [1969] S.C.R. 119 (*Jones et Maheux*), the Supreme Court of Canada ruled that the Exchequer Court had jurisdiction to issue a declaration of nullity of the General By-laws of the Quebec Pilotage Authority establishing classes of pilots—the pilotage authority for the district of Quebec being the Minister of Transport. In his action, the plaintiff said that important and prejudicial restrictions in the exercise of his profession were inflicted upon him as a direct consequence of the application of the invalid by-laws. Ultimately, the Supreme Court dismissed without costs the action against the individual defendants, but, at the same time, allowed the plaintiff’s action against the Minister of Transport as “officer of the Crown for anything done or omitted to be done in the performance

[40] En 1875, la loi qui a créé la Cour de l’Échiquier lui accordait une juridiction concurrente en première instance au sujet de « toute matière qui pourrait, en Angleterre, faire le sujet d’une poursuite ou action devant la Cour de l’Échiquier en sa juridiction du revenu, contre la couronne », alors que la procédure était en principe « réglée par la pratique et la procédure de la Cour de l’Échiquier de Sa Majesté à Westminster » (voir les articles 58 et 61 de l’*Acte de la Cour suprême et de l’Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11). Or, à la même époque, en Angleterre, la Cour de l’Échiquier était une haute cour (*Supreme Court of Judicature Act*, 1873 (R.-U.), 36 & 37 Vict., ch. 66, articles 3, 4). Bien qu’à l’origine, la compétence de la Cour de l’Échiquier se limitait aux actions contre le gouvernement fédéral en matière de revenu, au fil des années, celle-ci s’est graduellement étendue aux actions contre la Couronne, sans compter les questions d’amirauté, les poursuites opposant des citoyens au sujet de la propriété industrielle (intellectuelle aujourd’hui), ainsi que les affaires d’impôt, de citoyenneté et de chemins de fer.

[41] Aussi, bien avant que la Cour fédérale ne soit investie en 1970 de la compétence statutaire pour réviser la légalité des décisions rendues par un office fédéral (article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*), outre la procédure de pétition de droit, il était notamment possible d’obtenir de la Cour de l’Échiquier à titre de réparation additionnelle contre la Couronne un jugement déclaratoire, en intentant une action ordinaire contre le procureur général du Canada. Par exemple, dans l’arrêt *Jones et Maheux c. Gamache*, [1969] R.C.S. 119 (*Jones et Maheux*), la Cour suprême du Canada a statué que la Cour de l’Échiquier avait compétence pour prononcer une déclaration de nullité des Règlements généraux de la circonscription de pilotage de Québec établissant des classes de pilotes — l’autorité de pilotage pour la circonscription de Québec étant le ministre des Transports. Dans son action, le demandeur disait subir, dans l’exercice de sa profession, des restrictions importantes et préjudiciables comme conséquence directe des règlements invalides qui lui étaient appliqués. En dernière analyse, la Cour suprême a rejeté sans frais l’action contre les défendeurs individuels, mais du même coup, elle a accueilli l’action du demandeur contre le ministre

of his duty as such officer” (paragraph 29(c) of the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1952, c. 98).

[42] The Supreme Court’s conclusion in 1968 in *Jones et Maheux* is unsurprising and is consistent with a long line of case law. Initially, the declaratory judgment was a discretionary remedy that could be granted in England by the courts of equity, long before the adoption in 1850 of the *Court of Chancery (England) Act*, 1850 (U.K.), 13 & 14 Vict., c. 35 and in 1852 of the *Court of Chancery Procedure Act*, 1852 (U.K.), 15 & 16 Vict., c. 86, as well as the clarifications made in 1883 by the rules committee established under the *Supreme Court of Judicature Act*, 1873 (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66, on the declaratory authority of the High Court of Justice. The Court of Exchequer in England also had equitable jurisdiction to issue declaratory judgments against the Crown (Lazar Sarna, *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2016 (Sarna), at pages 9–10 and 24–25).

[43] That being said, it is important not to confuse the declaratory jurisdiction of the courts of equity with that of the superior courts in prerogative writs. This important distinction was highlighted in 1975 by Justice Addy, who explained the following in “*B*” v. *Department of Manpower and Immigration*, [1975] F.C. 602 (T.D.), at pages 607–608:

At common law, the prerogative writs of prohibition, certiorari and mandamus (i.e., the old prerogative writ of mandamus as opposed to equitable mandamus to enforce a legal right or as contrasted with the equitable mandatory order or injunction) were granted exclusively by the common law Courts of the King’s or Queen’s Bench and constituted a class of process by which inferior bodies, including those which are an emanation of the Crown, were answerable to the controlling jurisdiction of superior Courts. The proceedings, leading to the issue of such prerogative writs, could not be instituted by ordinary action for the simple reason that the Courts and the judicial bodies, who were subject to such process being used against them, were not liable to be sued; the only per-

des Transports à titre de « fonctionnaire de la Couronne pour une chose faite ou omise dans l’accomplissement de ses devoirs comme tel » (alinéa 29c) de la *Loi sur la Cour de l’Échiquier*, S.R.C. 1952, ch. 98).

[42] Le résultat auquel en arrive la Cour suprême en 1968 dans l’affaire *Jones et Maheux* n’a rien de surprenant et s’inscrit dans une longue tradition jurisprudentielle. Au départ, le jugement déclaratoire était un remède discrétionnaire pouvant être accordé en Angleterre par les cours d’équité, et ce, bien avant l’adoption en 1850 du *Court of Chancery (England) Act*, 1850 (R.-U.), 13 & 14 Vict., ch. 35 et en 1852 du *Court of Chancery Procedure Act*, 1852 (R.-U.), 15 & 16 Vict., c. 86, ainsi qu’aux clarifications apportées en 1883 par le comité des règles institué en vertu du *Supreme Court of Judicature Act*, 1873 (R.-U.), 36 & 37 Vict., ch. 66, au pouvoir déclaratoire de la Haute Cour de justice (High Court of Justice). La Cour de l’Échiquier d’Angleterre possédait également la compétence en equity pour émettre des jugements déclaratoires contre la Couronne (Lazar Sarna, *The Law of Declaratory Judgments*, 4<sup>e</sup> éd. Toronto : Thomson Carswell, 2016 (Sarna), aux pages 9–10 et 24–25).

[43] Cela dit, il ne faudrait pas confondre la compétence déclaratoire des cours d’équité avec celle qu’exerçaient par ailleurs les cours supérieures en matière de brefs de prérogative. Cette distinction importante a été mise en évidence en 1975 par le juge Addy, qui explique dans l’affaire « *B* » c. *Ministère de la Main-d’œuvre et de l’Immigration*), [1975] C.F. 602 (1<sup>er</sup> inst.), aux pages 607–608 :

En common law, les brefs de prohibition, de certiorari et de mandamus relevant de la prérogative (c.-à-d. l’ancien bref de prérogative de mandamus par opposition au mandamus de l’equity, destiné à faire respecter un droit conféré par la law ou par opposition au mandement ou injonction de l’equity) étaient accordés exclusivement par les cours de common law : banc du Roi ou de la Reine, et constituaient un mécanisme par lequel les corps inférieurs, y compris ceux qui sont institués par la Couronne étaient soumis au contrôle juridictionnel des cours supérieures. Il n’était pas possible d’introduire par voie d’action ordinaire la procédure entraînant l’émission de ces brefs de prérogative pour la simple raison que les cours et organes judiciaires, susceptibles d’être soumis à une telle

sons liable to be sued were individuals and corporations. Therefore, the proceedings for prerogative writs had to be instituted by special application to the Court by way of motion. (See *Rich v. Melancthon Board of Health* ((1912) 26 O.L.R. 48) and *Hollinger Bus Lines Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* ([1952] O.R. 366 at 379).)

On the other hand, relief by way of injunction, declaratory judgment, mandatory injunction or equitable mandatory order were exclusive equitable remedies and the proceedings were instituted in the Court of Chancery by means of a bill in equity. The Exchequer Court in England originally possessed also the equitable jurisdiction to issue declaratory judgments against the Crown.

A true distinction between these remedies became obscured to some extent when the Courts of equity and of common law were fused and, in more recent years, the distinction became further obscured because in most jurisdictions all of these remedies, whatever may have been their origin, are now enforceable in the same manner, that is, by way of direct order of the Court. Furthermore, where the proceedings for the prerogative common law remedies, for the reasons previously stated, could be initiated only by special application to the Court, in certain Courts today such as the Federal Court of Canada (see Rule 603), the proceedings may now be instituted by way of a statement of claim.

But neither the fact that all the above-mentioned remedies may now be obtained from the same forum, nor the fact that the relief may be initiated by means of the same type of proceedings, nor the fact that the method of enforcing all of these remedies (by Court order) is identical, in any way changes or alters their basic nature or purpose, and it is still the law that where prohibition or *certiorari* lies neither injunction nor any other equitable remedy such as specific performance, mandatory injunction or equitable mandamus will lie and the converse is equally true. (See *Hollinger Bus*, *supra*, and *Howe Sound Company v. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663* ([1962] S.C.R. 318).) [My emphasis.]

[44] Furthermore, declaratory action has been particularly useful in cases where the validity of a procedure or the legality of an action undertaken by the Crown was challenged by a subject. This method was confirmed in *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410

procédure, ne pouvaient être poursuivis en justice; seules pouvaient l'être les personnes physiques et les corporations. La procédure aux fins de bref de prérogative devait être entamée par demande spéciale à la cour, par voie de requête. (Voir *Rich c. Melancthon Board of Health* ((1912) 26 O.L.R. 48) et *Hollinger Bus Lines Limited c. Ontario Labour Relations Board* ([1952] O.R. 366, à la page 379).)

Par contre, l'injonction, le jugement déclaratoire, l'injonction péremptoire ou le mandement d'équité étaient des sanctions propres à l'équité et la procédure pouvait être introduite à la Cour du chancelier par voie d'une plainte en équité. À l'origine, la Cour de l'Échiquier d'Angleterre possédait aussi la compétence en *equity* pour émettre des jugements déclaratoires contre la Couronne.

La différence réelle entre ces redressements s'est estompée dans une certaine mesure à la fusion des cours d'équité et de common law et, au cours des récentes années, elle a eu tendance à disparaître parce que, devant la plupart des tribunaux, tous ces redressements, quelle qu'ait pu être leur origine, s'obtiennent de la même façon, c'est-à-dire par voie d'ordonnance directe de la cour. En outre, alors que la procédure visant les redressements de prérogative de *common law*, pour les raisons mentionnées ci-dessus, pouvait s'introduire uniquement par requête spéciale à la cour, actuellement, devant certaines cours comme la Cour fédérale du Canada (voir Règle 603), la procédure peut maintenant être introduite par voie de déclaration.

Mais ni le fait que la même juridiction peut accorder toutes les sanctions ci-dessus mentionnées, ni le fait que la demande de redressement peut être introduite au moyen d'un même genre de procédure, ni le fait que la façon d'obtenir tous ces redressements est identique (par ordonnance de la cour), ne modifient ni ne changent en rien leur nature intrinsèque ou leur but, et la règle demeure que, si l'on peut obtenir un bref de prohibition ou de *certiorari*, on ne pourra obtenir ni injonction ni aucun autre redressement d'*equity* comme l'exécution en nature, l'injonction péremptoire ou le *mandamus d'équité*; la réciprocité est également vraie. (Voir *Hollinger Bus* (précité) et *Howe Sound Company c. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663* ([1962] R.C.S. 318).) [Je souligne.]

[44] D'autre part, l'action déclaratoire s'est avérée particulièrement utile dans les cas où la validité d'une procédure ou la légalité d'une action entreprise par la Couronne était remise en question par un sujet ou un administré. Cette méthode a été confirmée dans l'affaire

(C.A.) (*Dyson*), where the Court of Appeal of England declared that a tax notice sent to the plaintiff (and to eight million other people) was not authorized by law. In that case, the defendant was the Attorney General, not the Crown, because for centuries before the English Court of Chancery, and particularly before a court of equity, it was the Attorney General who defended the interests of the Crown (*Jones et Maheux*, at pages 129–131, citing *Dyson*). As could be expected, the declaratory action against the Crown became commonplace in Canada, Australia and New Zealand (*Liebmann v. Canada (Minister of National Defence)*, [1994] 2 F.C. 3 (T.D.)). In 1970, in transferring the supervisory jurisdiction over federal boards, commissions or other tribunals, Parliament took care to specify in section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, that in addition to the prerogative writs mentioned in the Trial Division, the Federal Court could render a declaratory judgment. The declaratory powers of a court of equity and a superior court were then concentrated in one federal court.

[45] Incidentally, apart from questions of interest or mootness, the Supreme Court of Canada had already recognized before the patriation of the Constitution, in *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, at pages 157–159, the right of taxpayers to invoke the interposition of a court of equity to challenge the constitutionality of legislation involving expenditure of public money where no other means of challenge was open. This continued with the coming into force of the Charter. For example, following the bringing of a declaratory action before the Trial Division, the Federal Court of Appeal allowed the appeal of a taxpayer, who had been unsuccessful at trial, who was challenging the constitutionality of section 231.4 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, and summonses issued by tax authorities pursuant to that provision. The Federal Court of Appeal ruled that they were inoperative under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* (*Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40 (C.A.)), revd on other grounds, [1999] 1 S.C.R. 3).

*Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.) (*Dyson*), où la Cour d'appel d'Angleterre a déclaré qu'un avis fiscal envoyé à la partie demanderesse (et à huit millions d'autres personnes) n'était pas autorisé par la loi. Dans cette affaire, la partie défenderesse était le procureur général, et non Sa Majesté, parce que depuis des siècles devant la Cour de la Chancellerie britannique (Court of Chancery), et particulièrement devant une cour d'equity, c'est le procureur général qui défendait les intérêts de la Couronne (*Jones et Maheux*, aux pages 129–131, citant *Dyson*). Comme on pouvait s'y attendre, l'action déclaratoire contre la Couronne est devenue monnaie courante au Canada, en Australie et en Nouvelle-Zélande (*Liebmann c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1994] 2 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.)). En 1970, en transférant la compétence de surveillance à l'égard des offices fédéraux, le Parlement a pris soin de préciser à l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, qu'en plus des brefs de prérogative mentionnées dans la Division de première instance, la Cour fédérale pouvait rendre un jugement déclaratoire. Les pouvoirs déclaratoires d'une cour d'equity et d'une cour supérieure étaient maintenant concentrés dans le même tribunal fédéral.

[45] Au passage, sous réserve des questions d'intérêt pour agir ou du caractère théorique de la question, la Cour suprême du Canada avait déjà reconnu avant le rapatriement de la Constitution, dans l'arrêt *Thorson c. Procureur Général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, aux pages 157–159, le droit des contribuables d'invoquer l'intervention d'une cour d'equity pour contester la constitutionnalité d'une loi impliquant la dépense de deniers publics, lorsqu'aucun autre moyen de contestation n'était disponible. Et, cela s'est perpétué avec l'avènement de la Charte. Par exemple, suite à l'institution d'une action déclaratoire devant la division de première instance, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel d'un contribuable, débouté en première instance, qui attaquait la constitutionnalité de l'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, et des citations à comparaître décernées par les autorités fiscales sous le régime de cette dernière disposition. Ce faisant, la Cour d'appel fédérale a déclaré ceux-ci inopérants en vertu du paragraphe 52(1) de la

*Loi constitutionnelle de 1982 (Del Zotto c. Canada, [1997] 3 C.F. 40 (C.A.), infirmé pour d'autres motifs, [1999] 1 R.C.S. 3).*

[46] In *Canada (Attorney General) v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307 (*Jabour*), with regard to the declaratory action, the Supreme Court noted that “[t]his form of action takes on much greater significance in a federal system where it has been found to be efficient as a means of challenging the constitutionality of legislation” (page 323) (my emphasis). While avoiding saying that the Federal Court did not have jurisdiction under section 17 of the *Federal Courts Act* to make a “*Dyson*” declaration (page 326), the Supreme Court took a pragmatic approach: the jurisdiction found in section 17 does not remove “[t]he jurisdiction of superior courts, and indeed other courts in the provinces, to review the constitutionality of federal statutes” (page 327) (my emphasis).

[47] In *Canadian Transit Company v. Windsor (City)*, 2015 FCA 88, [2016] 1 F.C.R. 265 (*Windsor FCA*), Justice Stratas explains in paragraphs 56 to 58 how the Exchequer Court was able, since its establishment in 1875, like other Canadian courts, to review the validity of legislation for various proceedings against the Crown:

In 1875, the Exchequer Court of Canada was created. Like all courts, it had to act according to law, interpreting and applying the law. At the time of the Exchequer Court’s birth, one law on the books was the *Colonial Laws Validity Act, 1865* (U.K.), 28 & 29 Vict. c. 63. Under section 2 of that Act, all Canadian courts, including the Exchequer Court, had to declare “void and inoperative” any federal or provincial laws inconsistent with those of the Parliament of the United Kingdom, including the *British North America Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]: see also the discussion in *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at page 746. The Exchequer Court recognized this power and understood that in appropriate cases it could decline to apply legislation that conflicted with a law of the Parliament of the United Kingdom: see, e.g., *Algoma Central Railway Co. v. Canada* (1901), 7 Ex. C.R. 239, at pages 254–255, *revd* on other grounds (1902), 32 S.C.R. 277, *affd* [1903] A.C. 478 (P.C.). Even before the Exchequer Court came into existence, other

[46] Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307 (*Jabour*), s’agissant de l’action en jugement déclaratoire, la Cour suprême note que « [c]ette forme d’action revêt une importance d’autant plus grande dans un régime fédéral où elle s’est révélée un moyen efficace de contester la constitutionnalité de lois » (page 323) (je souligne). Se gardant bien d’affirmer que la Cour fédérale n’aurait pas compétence en vertu de l’article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales* pour faire une déclaration de type « *Dyson* » (page 326), la Cour suprême a adopté une approche pragmatique : la compétence qu’on retrouve à l’article 17 n’a pas pour effet de supprimer « [l]a compétence des cours supérieures, et en fait d’autres cours provinciales, pour examiner la constitutionnalité de lois fédérales » (page 327) (je souligne).

[47] Dans l’affaire *Canadian Transit Company c. Windsor (Ville)*, 2015 CAF 88, [2016] 1 R.C.F. 265 (*Windsor CAF*), le juge Stratas explique aux paragraphes 56 à 58 comment la Cour de l’Échiquier a pu, depuis sa création en 1875, à l’instar des autres tribunaux canadiens, contrôler la validité des lois dans le cadre de diverses procédures entreprises contre la Couronne :

En 1875, la Cour de l’Échiquier du Canada fut créée. Comme toutes les cours de justice, elle devait agir conformément à la loi et interpréter et appliquer la loi. Au moment de la naissance de la Cour de l’Échiquier, une des lois en vigueur était la *Colonial Laws Validity Act, 1865* (R.-U.), 28 & 29 Vict. ch. 63. Aux termes de l’article 2 de cette loi, tous les tribunaux canadiens, y compris la Cour de l’Échiquier, devaient déclarer [TRA-DUCTION] « nulle et inopérante » toute loi fédérale ou provinciale incompatible avec celles du Parlement du Royaume-Uni, y compris l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, no 5]] (voir également la discussion que l’on trouve dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, page 746). La Cour de l’Échiquier a reconnu ce pouvoir et a conclu que, le cas échéant, elle pouvait refuser d’appliquer une loi qui entraînait en conflit avec une loi du Parlement du Royaume-Uni (voir, par ex., *Algoma Central Railway Co. c. Canada* (1901), 7 R.C. de l’É. 239, aux pages 254 et 255,

Canadian courts regularly exercised the power to declare legislation invalid or inoperative: see, e.g., *The Queen v. Chandler* (1868), 2 Cart. 421 (N.B.S.C.); *Pope v. Griffith* (1872), 2 Cart. 291 (Que. Q.B.); *Ex p. Dansereau* (1875), 2 Cart. 165 (Que. Q.B.), at page 190; *L'Union St. Jacques v. Belisle* (1872), 1 Cart. 72 (Que. Q.B.), revd (1874), L.R. 6 P.C. (P.C.). Thus, from the very outset, all Canadian courts, including the Exchequer Court, could measure legislation up against laws of the Parliament of the United Kingdom, including the *British North America Act, 1867*, and determine whether they were invalid or inoperative.

From 1875 to 1982, the doctrines of paramourty and interjurisdictional immunity developed as part of the jurisprudence under sections 91 and 92 of the *British North America Act, 1867*. For example, as early as 1895, the doctrine of paramourty was described as being “necessarily implied in our constitutional act”, one that had to be followed under the *Colonial Laws Validity Act, 1865*: *Huson v. Township of South Norwich* (1895), 24 S.C.R. 145, at page 149. These constitutional doctrines became part of the law that all Canadian courts, including the Exchequer Court, were bound to apply.

And so the Exchequer Court did. In one case, it found that provincial water rights legislation, the *Water Clauses Consolidation Act, 1897*, R.S.B.C., c. 190, could not apply to lands owned by the federal Crown that fell under exclusive federal jurisdiction under subsection 91(1A) of the *Constitution Act, 1867*: *Burrard Power Co. Limited et al. v. The King* (1909), 12 Ex. C.R. 295, affd [1910] 43 S.C.R. 27, affd [1911] A.C. 87 (P.C.). In another case, it found that federal legislation, *The Soldier Settlement Act, 1919*, S.C. 1919, c. 71, was *intra vires* the federal Parliament and if it conflicted with provincial legislation, it would prevail: *The King v. Powers*, [1923] Ex. C.R. 131, at pages 133–134.

[48] In this case, the nexus between the Federal Court and the constitutional issue here arising is obviously the judicial review proceeding under section 18 of the *Federal Courts Act* against the decision by the Board, which in turn arises from the valid LTSO suspension proceedings clearly commenced by the Service pursuant to the CCRA. Devoid of any artifice, this is what

inf. pour d’autres motifs par (1902), 32 R.C.S. 277, conf. par [1903] A.C. 478 (P.C.). Même avant que la Cour de l’Échiquier ne voit le jour, d’autres juridictions canadiennes exerçaient régulièrement le pouvoir de déclarer une loi invalide ou inopérante (voir, par. ex., *The Queen v. Chandler* (1868), 2 Cart. 421 (C.S.N.-B.); *Pope v. Griffith* (1872), 2 Cart. 291 (B.R. Qué); *Ex p. Dansereau* (1875), 2 Cart. 165 (B.R. Qué), à la page 190; *L'Union St. Jacques v. Belisle* (1872), 1 Cart. 72 (B.R. Qué), inf. par (1874), L.R. 6 (P.C.)). Ainsi, dès le début, tous les tribunaux canadiens, y compris la Cour de l’Échiquier, pouvaient contrôler la validité des lois en fonction de celles du Parlement du Royaume-Uni, et notamment de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867*, et décider si elles étaient invalides ou inopérantes.

Entre 1875 et 1982, les doctrines de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences ont été construites par la jurisprudence relative aux articles 91 et 92 de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867*. Par exemple, dès 1895, la doctrine de la prépondérance a été qualifiée de [TRADUCTION] « nécessairement implicite dans notre loi constitutionnelle » et considérée comme devant être suivie selon la *Colonial Laws Validity Act, 1865* (*Huson v. Township of South Norwich* (1895), 24 R.C.S. 145, page 149). Ces doctrines constitutionnelles ont été intégrées aux règles de droit que tous les tribunaux canadiens, y compris la Cour de l’Échiquier, étaient tenus d’appliquer.

C’est ce que la Cour de l’Échiquier a fait. À l’occasion d’une affaire, elle a jugé qu’une loi provinciale sur les droits relatifs à l’eau, la *Water Clauses Consolidation Act, 1897*, R.S.B.C., ch. 190, ne pouvait s’appliquer à des terres appartenant à la Couronne fédérale relevant de la compétence exclusive fédérale prévue au paragraphe 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*Burrard Power Co. Limited et al. v. The King* (1909), 12 R.C. de l’É. 295, conf. par [1910] 43 R.C.S. 27, conf. par [1911] A.C. 87 (P.C.)). Dans une autre affaire, elle a conclu qu’une loi fédérale, la *Loi d’établissement de soldats, 1919*, S.C. 1919, ch. 71, relevait de la compétence du Parlement fédéral et qu’en cas de conflit avec une loi provinciale, c’est elle qui avait préséance (*The King v. Powers*, [1923] R.C. de l’É. 131, aux pages 133 et 134).

[48] Dans le présent dossier, le lien entre la Cour fédérale et la question constitutionnelle qui se pose est évidemment la procédure en contrôle judiciaire introduite en vertu de l’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* contre la décision de la Commission qui, à son tour, découle de procédures valides en suspension de l’OSLD manifestement commencées par le Service

enables this Court to intervene in the resolution of the very real dispute between the parties today. And, at the risk of repeating myself, the Federal Court’s jurisdiction to grant declaratory relief against the Crown in an action (subsection 17(1) and definition of “relief” in section 2 of the *Federal Courts Act*), or against any federal board, commission or other tribunal in an application for judicial review (section 18 of the *Federal Courts Act*), seems indisputable, unless that jurisdiction is otherwise assigned to the Federal Court of Appeal (subsections 28(1) and (3) of the *Federal Courts Act*).

[49] With regard to the judicial review of a Board decision on administrative law grounds, the Federal Court has exclusive original jurisdiction (*Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713 (*Strickland*), at paragraphs 63–64, citing *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626, at paragraphs 2 and 17, and *Canada Labour Relations Board et al. v. Paul L’Anglais Inc. et al.*, [1983] 1 S.C.R. 147 (*Paul L’Anglais*), at pages 153–154 and 162). Therefore, there is nothing in the law preventing the Federal Court from deciding any constitutional question that could incidentally be raised in this case. Indeed, the case has already been heard: it is not a question today of granting the Federal Court exclusive jurisdiction to administer the “laws of Canada” when the validity or applicability of an Act of the Parliament of Canada is disputed by an interested party. Instead, it is a matter of concurrent jurisdiction.

[50] The Supreme Court also specified the following in *Northern Telecom v. Communication Workers*, [1983] 1 S.C.R. 733 (*Northern Telecom*), at page 741:

It is inherent in a federal system such as that established under the *Constitution Act*, that the courts will be the authority in the community to control the limits of the respective sovereignties of the two plenary governments, as well as to police agencies within each of these spheres to ensure their operations remain within their statutory boundaries. Both duties of course fall upon the courts when acting within their own proper jurisdiction. [My emphasis.]

sous l’égide de la LSCMLC. Dépouillée de tout artifice, voilà ce qui permet à la présente Cour de s’engager dans la résolution du litige, bien réel, qui oppose aujourd’hui les parties. Et, au risque de me répéter, la compétence de la Cour fédérale pour rendre un jugement déclaratoire contre la Couronne dans le cadre d’une action (paragraphe 17(1) et définition de « réparation » à l’article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales*), ou contre tout office fédéral dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire (article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*), semble incontestable, à moins que cette compétence soit autrement attribuée à la Cour d’appel fédérale (paragraphes 28(1) et (3) de la *Loi sur les Cours fédérales*).

[49] À ce chapitre, en ce qui concerne le contrôle judiciaire d’une décision de la Commission effectué sur la base de moyens de droit administratif, la compétence de la Cour fédérale est exclusive en première instance (*Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713 (*Strickland*), aux paragraphes 63–64, citant *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626, aux paragraphes 2 et 17; et *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L’Anglais Inc. et autre*, [1983] 1 R.C.S. 147 (*Paul L’Anglais*), aux pages 153–154 et 162). Partant, rien n’empêche légalement la Cour fédérale de statuer sur toute question constitutionnelle pouvant accessoirement se soulever dans le présent dossier. En effet, c’est une cause déjà entendue : il n’est pas question aujourd’hui d’accorder à la Cour fédérale la compétence exclusive pour administrer les « lois du Canada » lorsque la validité ou l’applicabilité d’une loi du Parlement du Canada est contestée par une partie intéressée. Il doit plutôt s’agir d’une compétence concurrente dans un tel cas.

[50] Aussi, la Cour suprême précisait-elle dans l’arrêt *Northern Telecom c. Travailleurs en communication*, [1983] 1 R.C.S. 733 (*Northern Telecom*), à la page 741 :

Il est essentiel, dans un régime fédéral comme celui que crée la *Loi constitutionnelle*, que les tribunaux soient, dans la société, l’autorité qui contrôle les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements pléniers et celle qui surveille les organismes à l’intérieur de ces sphères pour vérifier que leurs activités demeurent dans les limites de la loi. Ces deux rôles appartiennent, cela va de soi, aux tribunaux selon leurs compétences respectives. [Je souligne.]

[51] A final determination has already been made: In spite of section 18 of the *Federal Courts Act*, the provincial superior courts have concurrent jurisdiction with the Federal Court when a plaintiff claiming damages against the Crown needs to attack a law or order by a federal board, commission or other tribunal to establish their cause of action, and adjudication of that allegation is a necessary step in disposing of the claim for relief against the Crown (*Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, at paragraphs 6, 67, 75 and 80). Furthermore, section 18 of the *Federal Courts Act* does not remove the power of provincial superior courts to grant traditional administrative law remedies for reasons directly related to the division of powers (*Paul L'Anglais*, at pages 152–153).

[52] It could have ended there. However, questions of jurisdiction are compelling. To avoid a ping-pong effect, it is in the interests of justice that the Federal Court's jurisdiction and powers be clear to all parties, the final adjudicator being the Supreme Court.

#### B. *The Supreme Court's obiter dictum in Windsor*

[53] Although “[t]he notion that each phrase in a judgment of [the Supreme] Court should be treated as if enacted in a statute is not supported by the cases and is inconsistent with the basic fundamental principle that the common law develops by experience” (*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609 [at paragraph 57]), this Court nevertheless raised, on its own initiative, the question of the Federal Court's jurisdiction to render a declaratory judgment on a constitutional issue. This Court also considered the respective positions of the parties in the case on the legal significance, if any, of the Supreme Court of Canada's general comments in *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617 (*Windsor SCC*), in response to what the Federal Court of Appeal wrote on this subject in its judgment and which was already discussed above.

[51] On l'a déjà décidé en dernier ressort : malgré l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, les cours supérieures provinciales, exercent une compétence concurrente à la Cour fédérale lorsqu'un demandeur, qui a intenté une action en dommages contre la Couronne, doit attaquer une loi fédérale ou une ordonnance d'un office fédéral pour établir sa cause d'action, et qu'il leur est par ailleurs nécessaire de statuer sur cette allégation pour rendre une décision sur la demande de réparation contre la Couronne (*Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, aux paragraphes 6, 67, 75 et 80). D'autre part, l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* ne retire pas aux cours supérieures provinciales le pouvoir d'octroyer, pour des motifs directement liés au partage des compétences, des réparations traditionnelles relevant du droit administratif (*Paul L'Anglais*, aux pages 152–153).

[52] On aurait pu s'arrêter là. Sauf que les questions de compétence sont incontournables. Pour éviter tout effet ping-pong, il est dans l'intérêt de la justice que la juridiction et les pouvoirs que possède la Cour fédérale soient clairs pour tous les joueurs, l'arbitre final étant la Cour suprême.

#### B. *L'obiter dictum de la Cour suprême dans l'affaire Windsor*

[53] Bien que « [l]a thèse voulant que chaque énoncé d'un jugement de la Cour [suprême du Canada] soit traité comme s'il s'agissait d'un texte de loi n'est pas étayée par la jurisprudence et va à l'encontre du principe fondamental de l'évolution de la common law au gré des situations qui surviennent » (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609 [au paragraphe 57]), la présente Cour a néanmoins soulevé d'office la question de la compétence de la Cour fédérale pour rendre un jugement déclaratoire en matière constitutionnelle. Aussi, la présente Cour s'est-elle enquis de la position respective des parties au dossier quant à la portée juridique, s'il en est, que peuvent avoir les commentaires généraux de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617 (*Windsor CSC*), lesquels font suite à ce que la Cour d'appel fédérale a écrit à ce sujet dans son jugement et dont nous avons déjà fait état plus haut.



[54] The issue in *Windsor* was related to the application of a municipal by-law to a company operating a federal undertaking. Specifically, the issue was to determine whether the three branches of the test established by the Supreme Court of Canada in *ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752 (*ITO*) had been met: (1) a statute grants jurisdiction to the Federal Court, (2) federal law nourishes the grant of jurisdiction and is essential to the disposition of the case, and (3) that federal law is constitutionally valid. The Canadian Transit Company (Canadian Transit), incorporated by a special Act of Parliament, was seeking declaratory relief under paragraph 23(c) of the *Federal Courts Act* against the city of Windsor (*Windsor*). Windsor had issued over 100 repair orders against 114 properties purchased between 2004 and 2013 as part of a project to expand the Ambassador Bridge. Canadian Transit refused to comply, arguing that the bridge facilities are federal undertakings to which municipal by-laws do not apply. Canadian Transit wanted to obtain a Court declaration that the bridge was to be considered a “federal undertaking” and therefore could not be subject to municipal by-laws. Windsor responded by bringing a motion to strike the application for declaratory relief on the ground that the Property Standards Committee was already dealing with the repair orders, while the Ontario Superior Court of Justice was hearing several appeals by the two parties regarding the demolition orders. The Attorney General of Canada was not the respondent, nor did the case involve the interests of the Crown or the decision of a federal board, commission or other tribunal.

[55] The majority of the Supreme Court decided that the Federal Court clearly lacked jurisdiction to hear the application for declaratory relief. Therefore, the trial judge did not err in striking the notice of application, and the Federal Court of Appeal ought not to have intervened (*Windsor SCC*, at paragraph 72). Justices Moldaver and Brown, who were dissenting, were satisfied that paragraph 23(c) of the *Federal Courts Act* provided the required statutory grant of jurisdiction, and that federal law

[54] L'issue du litige dans l'affaire *Windsor* reposait sur l'application d'un règlement municipal à une entreprise exploitant un ouvrage fédéral. En particulier, il s'agissait de déterminer si les trois volets du critère établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752 (*ITO*), étaient remplis : 1) une loi attribue compétence à la Cour fédérale; 2) le droit fédéral constitue le fondement de l'attribution de sa compétence et est essentiel à la solution du différend; et 3) la loi fédérale est constitutionnellement valide. La société Canadian Transit Company (Canadian Transit), créée en vertu d'une loi spéciale du Parlement, recherchait en vertu de l'alinéa 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales* un jugement déclaratoire contre la ville de Windsor (*Windsor*). Windsor avait émis plus de 100 ordonnances de réparation concernant 114 domiciles acquis entre 2004 et 2013 dans le cadre du projet d'agrandissement du pont Ambassador. Canadian Transit avait alors refusé d'obtempérer, soutenant que les installations du pont sont des ouvrages fédéraux pour lesquels la réglementation municipale n'a aucune application. Dès lors, Canadian Transit désirait obtenir une déclaration de la Cour à l'effet que le pont devait être considéré comme une « entreprise fédérale », et qu'à ce titre, cet ouvrage ne pouvait être assujéti aux règlements municipaux. Windsor a répliqué en introduisant une requête en radiation de la demande de jugement déclaratoire au motif que le Comité des normes des biens-fonds était déjà saisi des arrêtés de réparation, alors que la Cour supérieure de justice de l'Ontario était saisie de divers appels des deux parties relativement aux ordonnances de démolition. Le procureur général du Canada n'était pas au dossier. Il ne s'agissait pas d'un cas où les intérêts de la Couronne ou la décision d'un office fédéral était en cause.

[55] La Cour suprême a décidé à la majorité que la Cour fédérale n'avait manifestement pas compétence pour entendre la demande de jugement déclaratoire. Ainsi, le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur en radiant l'avis de demande, et la Cour d'appel fédérale n'aurait pas dû intervenir (*Windsor CSC*, au paragraphe 72). De leur côté, les juges Moldaver et Brown, qui étaient dissidents, étaient satisfaits que l'alinéa 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales* établissait le

was essential to the disposition of the case. However, the two dissenting judges would have remitted the matter to the Federal Court to determine whether it should stay the proceedings pursuant to section 50 of the *Federal Courts Act* to allow the matter to be litigated in the Ontario Superior Court of Justice (*Windsor SCC*, at paragraphs 73 and 119, citing *Strickland*, at paragraphs 37–38). Justice Abella, who was also dissenting, found that even though the Federal Court has concurrent jurisdiction with the Ontario Superior Court of Justice, it should not exercise it (*Windsor SCC*, at paragraphs 122–131).

[56] While it is already established that the Federal Court can make findings of constitutionality at first instance in a case where it has jurisdiction under an Act of Parliament (section 26 of the *Federal Courts Act*), and the Federal Court of Appeal can do the same in an appeal from a judgment by the Federal Court (section 27 of the *Federal Courts Act*), the Supreme Court nevertheless seems to question the existence of the Federal Courts' plenary power to issue a formal declaration of invalidity as sought today by the applicant in his application for judicial review and his notice of constitutional question.

[57] Paragraphs 70 and 71 of Justice Karakatsanis' reasons in *Windsor SCC* read as follows:

Since the *ITO* [*ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752 (*ITO*)] test is not met, it is also unnecessary to consider the Federal Court of Appeal's holding that the Federal Court has the remedial power to declare legislation to be constitutionally invalid, inapplicable or inoperative. I decline to comment on this issue, except to say this. There is an important distinction between the power to make a constitutional finding which binds only the parties to the proceeding and the power to make a formal constitutional declaration which applies generally and which effectively removes a law from the statute books (see, e.g., *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 15; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at

fondement de l'attribution législative de compétence requise, et que le droit fédéral était essentiel à la solution du litige. Toutefois, les deux juges dissidents auraient retourné l'affaire à la Cour fédérale afin qu'elle décide s'il était opportun de suspendre l'instance en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* pour que l'affaire soit jugée devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario (*Windsor CSC*, aux paragraphes 73 et 119, citant *Strickland*, aux paragraphes 37–38). De son côté, la juge Abella, qui était également dissidente, concluait que, même si la Cour fédérale possède une compétence concurrente à celle de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, elle ne devrait pas l'exercer (*Windsor CSC*, aux paragraphes 122–131).

[56] Si d'ores et déjà la Cour fédérale peut statuer en première instance sur la constitutionnalité d'une règle de droit dans une instance où elle a compétence aux termes d'une loi fédérale (article 26 de la *Loi sur les Cours fédérales*) — et que la Cour d'appel fédérale peut faire de même dans le cadre d'un appel d'un jugement de la Cour fédérale (article 27 de la *Loi sur les Cours fédérales*) — la Cour suprême, au passage, semble néanmoins se questionner au sujet de l'existence du pouvoir plénier des Cours fédérales d'émettre une déclaration formelle d'invalidité comme le recherche aujourd'hui le demandeur dans sa demande de contrôle judiciaire et son avis de question constitutionnelle.

[57] Ainsi, on peut lire aux paragraphes 70 et 71 des motifs de la juge Karakatsanis dans l'arrêt *Windsor CSC* :

Puisque le critère de l'arrêt *ITO* [*ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752 (*ITO*)] n'est pas respecté, il n'est pas nécessaire d'examiner la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle la Cour fédérale possède le pouvoir de déclarer, à titre de réparation, qu'une règle de droit est inconstitutionnelle, inapplicable ou inopérante. Je ne veux pas aborder cette question, sauf pour dire ce qui suit. Il existe une distinction importante entre le pouvoir de tirer, quant à la constitutionnalité d'une règle de droit, une conclusion qui ne lie que les parties à l'instance et celui de prononcer à cet égard une déclaration formelle qui s'applique de façon générale et retire de manière effective une disposition législative du corpus législatif (voir, p. ex., *R. c. Lloyd*,

p. 592; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 316).

The Federal Court clearly has the power, when the *ITO* test is met, to make findings of constitutionality and to give no force or effect in a particular proceeding to a law it finds to be unconstitutional. The Federal Court of Appeal in this case appears to have held that the Federal Court also has the power to make formal, generally binding constitutional declarations. My silence on this point should not be taken as tacit approval of the Federal Court of Appeal’s analysis or conclusion. [My emphasis.]

[58] These general comments are found at the very end of Justice Karakatsanis’ reasons, suggesting they are of high importance. However, here, the Supreme Court’s “silence” “should not be taken as tacit approval of the Federal Court of Appeal’s analysis or conclusion.” The Supreme Court is therefore sending a message to the Federal Courts and all readers of *Windsor SCC*, without formally setting aside or allowing the comments in paragraphs 47 to 70 regarding the opinion of Justice Stratas in *Windsor FCA*. It is an obligatory silence, an aside that encourages reflection and opens the debate on the Federal Court’s remedial power to declare legislation to be constitutionally invalid, inapplicable or inoperative. Clearly, this is a significant challenge.

[59] Because the doxa—whose precedential value seems to be disputed today—is the Federal Court of Appeal’s affirmation in *Windsor FCA*, at paragraph 64: “the ability of the [Federal Courts] to use section 52 of the *Constitution Act, 1982* where the *ITO—Int’l Terminal Operators* test is met is undoubted” (my emphasis). However, the Federal Court of Appeal is not alone in saying this. Generally speaking, parties and litigants have not really disputed the ability of the Federal Court (the Federal Courts since 2003) to issue a formal declaration of invalidity since the *Constitution Act, 1982* came into force.

2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 15; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, p. 592; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 316).

Il est évident que, dans les cas où il est satisfait au critère *ITO*, la Cour fédérale a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité d’une règle de droit et de déclarer inopérante, dans une instance donnée, une règle de droit qu’elle juge inconstitutionnelle. Il semble qu’en l’espèce, la Cour d’appel fédérale ait conclu que la Cour fédérale possède également le pouvoir de prononcer des déclarations formelles, généralement contraignantes, en matière constitutionnelle. Mon silence sur ce point ne devrait pas être interprété comme une approbation tacite de l’analyse ou de la conclusion de la Cour d’appel fédérale. [Je souligne.]

[58] Ces commentaires généraux se retrouvent à la toute fin des motifs de la juge Karakatsanis — un peu comme un point d’orgue. Mais ici, le « silence » de la Cour suprême ne « devrait pas être interprété comme une approbation tacite de l’analyse ou de la conclusion de la Cour d’appel fédérale ». La Cour suprême envoie donc un message aux Cour fédérales et à tous les lecteurs de l’arrêt *Windsor CSC*, sans toutefois que, formellement, ne soient infirmés ou approuvés les commentaires exprimés aux paragraphes 47 à 70 de l’opinion du juge Stratas dans l’arrêt *Windsor CAF*. C’est un silence obligé — mieux, une parenthèse — qui incite à la réflexion, et ouvre le débat concernant le pouvoir de la Cour fédérale de déclarer, à titre de réparation, qu’une règle de droit est inconstitutionnelle, inapplicable ou inopérante. L’enjeu est de taille, il va sans dire.

[59] Car, la doxa — celle dont la valeur de précédent semble contestée aujourd’hui — c’est l’affirmation solennelle de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Windsor CAF*, au paragraphe 64 : « la capacité [des Cours fédérales] de recourir à l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* lorsque le critère consacré par la jurisprudence *ITO—Int’l Terminal Operators* est respecté ne fait nul doute » (je souligne). Mais la Cour d’appel fédérale n’est pas la seule à proclamer le Credo. Comme pour faire nombre, les parties et les plaideurs n’ont pas vraiment contesté la capacité de la Cour fédérale (les Cours fédérales depuis 2003) de prononcer des jugements déclaratoires d’invalidité depuis l’entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[60] To use a metaphor, this Court is now facing a truly Shakespearean dilemma. To be or not to be a superior court: that is the question. From an existential standpoint, this problem ultimately affects the social self and the jurisdiction of this federal court, unique in Canada. It is also a compelling question. Failing to recognize today the ability to use section 52 of the *Constitution Act, 1982*—when the *ITO* test is met—is likely to cause major inconveniences for litigants who come before the Federal Court seeking relief, and serious problems with judicial control above and below, considering that, in the case of a material error, a court of appeal can not only render the judgment that should have been rendered by the trial Judge but also refer the case back to them for redetermination if the evidence in the record is insufficient or needs to be supplemented. However, we must not forget that in all Charter cases, the issue of justification of the infringement of the protected right, according to the section 1 test, very often requires a factual demonstration from the attorneys general.

[61] The problem, as the Attorney General of Canada explains in his additional submissions, is that the Supreme Court is itself a court created under section 101 of the *Constitution Act, 1867*. Recall that in 1875, the Supreme Court was constituted and established “in and for the Dominion of Canada [as] a Court of Common Law and Equity” and which “shall have, hold, and exercise an appellate civil and criminal jurisdiction within and throughout the Dominion of Canada” (sections 1 and 15 of the *Supreme and Exchequer Court Act*). It was maintained as a “court of law and equity ... as a general court of appeal for Canada, and as an additional court for the better administration of the laws of Canada” (section 3 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26). In addition, the appellate powers of the Supreme Court are limited by federal law in that it must “give the judgment and award the process or other proceedings that the court whose decision is appealed against should have given or awarded” (section 45 of the *Supreme Court Act*). In other words, its own jurisdiction depends on that of the court appealed against.

[60] Pour utiliser une métaphore, la présente Cour fait maintenant face à un véritable dilemme shakespearien. Être ou ne pas être une cour supérieure : telle est la question. Dans sa dimension existentielle, cette problématique déteint à terme sur le moi social et la compétence de ce tribunal fédéral unique en son genre au Canada. C’est une question au demeurant incontournable. Ne pas reconnaître aujourd’hui la capacité de recourir à l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — lorsque le critère *ITO* est respecté — est susceptible d’occasionner des inconvénients majeurs du côté des justiciables qui s’adressent à la Cour fédérale pour obtenir réparation, et de sérieux problèmes de pilotage judiciaire en amont et en aval — considérant qu’en cas d’erreur matérielle, une cour d’appel peut non seulement rendre le jugement qui aurait dû être rendu par le juge de première instance mais lui retourner l’affaire pour redétermination si la preuve au dossier est insuffisante ou doit être complétée. Or, n’oublions pas que dans tous les dossiers de Charte, la question de la justification de l’atteinte au droit protégé, selon le test de l’article premier, requiert très souvent une démonstration factuelle du côté des procureurs généraux.

[61] Le problème, comme l’explique le procureur général du Canada dans ses représentations additionnelles, c’est que la Cour suprême est elle-même une cour créée en vertu de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Rappelons qu’en 1875, la Cour suprême a été constituée et établie « dans et pour la Puissance du Canada, [comme] une cour de droit commun et d’équité » et laquelle « aura, possédera et exercera une juridiction d’appel, au civil et au criminel, dans et par tout le Canada » (articles 1 et 15 de l’*Acte de la Cour suprême et de l’Échiquier*). Celle-ci a été maintenue comme « [t]ribunal de droit et d’équité », et ce, « à titre de cour générale d’appel pour l’ensemble du pays et de tribunal additionnel propre à améliorer l’application du droit canadien » (article 3 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26) Aussi, les pouvoirs en appel de la Cour suprême sont circonscrits par la loi fédérale dans la mesure où elle doit se « substituer à la juridiction inférieure pour le prononcé du jugement » (article 45 de la *Loi sur la Cour suprême*). En d’autres termes, sa propre compétence dépend de celle de la cour dont il est fait appel.

[62] However, as the Attorney General of Canada points out, a number of constitutional challenges to federal legislation, initiated in Federal Court with no application other than declaratory, have been appealed all the way to the Supreme Court of Canada. It is revealing to note that the Supreme Court then ruled on the constitutionality of the provisions on the basis that it had the required jurisdiction. Specifically, in *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, the Supreme Court rendered a judgment declaring unconstitutional provisions of the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27, with respect to the division of powers. In *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, the Supreme Court rendered a judgment declaring a provision of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 unconstitutional under the Charter. The declaration of unconstitutionality was suspended for a certain period, though the Supreme Court left no doubt that the declaration would apply to all after the period of suspension expired (see pages 226–227 [paragraphs 23–24] for the majority; pages 284–285 [paragraphs 118–121] for the minority). In *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, the majority of the Supreme Court rendered a judgment declaring a provision of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9 constitutional under the Charter. The minority—albeit consisting of four judges—would have declared the provision invalid while suspending the unconstitutionality for a certain period after which the declaration would have taken effect against all (pages 623–624 [paragraphs 226–228]).

[63] In *Windsor SCC*, since the *ITO* test was not met, the Supreme Court found that section 23 of the *Federal Courts Act* did not allow the Federal Court to grant relief. Moreover, pragmatically, the parties argue that, in this case, the three branches of the *ITO* test are met and that the Federal Court therefore has plenary power to make a declaration of invalidity under section 52 of the *Constitution Act, 1982*:

[62] Or, comme le souligne le procureur général du Canada, plusieurs contestations constitutionnelles de lois fédérales, initiées devant la Cour fédérale et qui n'étaient assorties d'aucune demande autre que déclaratoire, ont fait l'objet d'un appel jusqu'en Cour suprême du Canada. Il est révélateur de constater que la Cour suprême s'est alors prononcée sur la constitutionnalité des dispositions en tenant pour acquis qu'elle avait la compétence voulue. Notamment dans l'arrêt *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, la Cour suprême a prononcé un jugement déclarant inconstitutionnelles des dispositions de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, ch. F-27, au regard du partage des compétences. Dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, la Cour suprême a prononcé un jugement déclarant inconstitutionnelle une disposition de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, au regard de la Charte. La déclaration d'inconstitutionnalité fut suspendue pour une certaine période alors que la Cour suprême ne laissait pas de doute que la déclaration s'appliquerait à l'égard de tous à l'expiration de la période de suspension (voir aux pages 226–227 [paragraphes 23–24] pour la majorité; aux pages 284–285 [paragraphes 118–121] pour la minorité). Dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, la majorité de la Cour suprême a prononcé un jugement déclarant constitutionnelle au regard de la Charte une disposition de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9. La minorité — quatre juges quand même — aurait déclaré la disposition invalide tout en suspendant l'inconstitutionnalité pendant une certaine période suivant laquelle la déclaration aurait pris effet à l'égard de tous (pages 623–624 [paragraphes 226–228]).

[63] Dans l'arrêt *Windsor CSC*, parce que le test de l'arrêt *ITO* n'était pas rempli, la Cour suprême a conclu que l'article 23 de la *Loi sur les Cours fédérales* ne permettait pas à la Cour fédérale d'accorder une réparation. Aussi, d'une façon pragmatique, les parties soumettent que, dans le présent dossier, les trois volets du test de l'arrêt *ITO* sont remplis et que la Cour fédérale a donc le pouvoir plénier de prononcer une déclaration d'invalidité en vertu du l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

- (a) Firstly, sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act* provide for judicial review and provide that a declaratory judgment may be granted as relief against any federal board, commission or other tribunal and/or the Attorney General of Canada. This Court’s superintending and reforming power with regard to judicial review therefore extends to the Board, which is responsible for reviewing any request to suspend an LTSO for long-term offenders.
- (b) Secondly, the CCRA is a valid federal statute that sets out all of the Board’s powers with regard to long-term offenders (sections 99.1 to 135.1 of the CCRA) as well as its obligations of procedural fairness (section 100 and paragraph 101(a) of the CCRA). In this regard, federal law plays an essential role in this case, one that involves the Federal Court’s jurisdiction to review the legality of Board decisions.
- (c) Thirdly, although the Constitution is not one of the “laws of Canada” referred to in section 101 of the *Constitution Act, 1867*, the fact remains that the constitutional question raised in this case is directly related to the application of a federal law for which the Federal Court has jurisdiction. Consequently, the Federal Court has jurisdiction under sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act* to rule on the constitutionality of subsections 140(1) and (2) of the CCRA in this application for judicial review and to issue a declaration of invalidity, if applicable.
- a) Premièrement, les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoient la procédure en contrôle judiciaire, et notamment qu’un jugement déclaratoire peut être accordé comme réparation contre l’office fédéral et/ou le procureur général du Canada. Le pouvoir de surveillance et de contrôle de la présente Cour en matière de révision judiciaire s’étend donc à la Commission, laquelle est responsable de réviser toute demande de suspension d’OSLD pour les délinquants à contrôler.
- b) Deuxièmement, la LSCMLC est une législation valide fédérale qui prévoit l’ensemble des pouvoirs de la Commission en lien avec les délinquants à contrôler (articles 99.1 à 135.1 de la LSCMLC), ainsi que les obligations en matière d’équité procédurale (article 100 et paragraphe 101(a) de la LSCMLC). À ce chapitre, le droit fédéral joue, dans les faits, un rôle essentiel dans le présent litige — ce qui engage la compétence de la Cour fédérale en matière de révision de la légalité des décisions de la Commission.
- c) Troisièmement, même si la Constitution ne fait pas partie des « lois du Canada » visées à l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il n’empêche, la question constitutionnelle soulevée dans le présent dossier a un lien direct avec l’application d’une loi fédérale pour laquelle la Cour fédérale a compétence. En conséquence, la Cour fédérale a compétence en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* pour statuer sur la constitutionnalité des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire et prononcer un jugement déclaratoire d’invalidité, le cas échéant.

[64] I agree with the general reasoning of the parties, which I find difficult to dispute from a statutory and constitutional standpoint.

[64] Je suis d’accord avec le raisonnement général des parties, lequel m’apparaît difficilement contestable d’un point de vue statutaire et constitutionnel.

[65] In fact, I am satisfied that all branches of the *ITO* test are met. I would add that the constitutionality of section 18 of the *Federal Courts Act*, which grants the Federal Court original and general supervisory juris-

[65] Dans les faits, je suis satisfait que tous les critères du test d’*ITO* sont remplis. J’ajouterais que la constitutionnalité de l’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui attribue une compétence générale de sur-

diction over federal boards, commissions or other tribunals, is not in dispute in this case. Nor does the applicant raise any constitutional questions relating to the division of legislative powers or the application of the constitutional doctrines of interjurisdictional immunity and federal paramountcy, which posed a problem in *Windsor*. Furthermore, the Federal Court's jurisdiction to make constitutional declarations is, of course concurrent with that of other provincial superior courts (*Jabour*).

[66] It is therefore appropriate to ascribe limited weight to the *obiter* in paragraphs 70 and 71 of *Windsor SCC*. That being said, in the event that there is still doubt as to the Federal Court's statutory or constitutional ability to declare, as a remedy, that legislation is constitutionally invalid, inapplicable or inoperative, I believe it is necessary to demonstrate in this judgment why the Federal Court can indeed make a formal declaration of invalidity even though it is not a "superior court" within the meaning of section 96 of the *Constitution Act, 1867*. It is not a matter of placing particular emphasis on historical happenstance or philosophical or political speculation, but of giving credit to Parliament's legal reason and intent, which only an informed and prospective reading of the Constitution and its guiding principles can magnify.

*C. The Federal Court is a "superior court" for the purposes of the exercise of the jurisdiction under section 18 of the Federal Courts Act*

[67] For present purposes and to avoid burdening the text, the term "Federal Court" may also, depending on the context, refer to the Federal Court of Appeal. There was an obvious practical reason behind the creation of the Exchequer Court in 1875 and the creation, in 1970, of the Federal Court, which has a broader jurisdiction: the better administration of the "laws of Canada". Federal law has no boundaries and can be applied indiscriminately throughout Canada. In this regard, not only is the Federal Court the only court of first instance with national jurisdiction in Canada, but its judgments can be executed throughout the country. This is reflected in

veillance de la Cour fédérale en première instance des offices fédéraux, n'est pas contestée dans le présent dossier. Le demandeur ne soulève, non plus, aucune question constitutionnelle relative au partage des compétences législatives ou ayant trait à l'application des doctrines constitutionnelles de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale, ce qui posait problème dans l'affaire *Windsor*. Du reste, la compétence déclaratoire de la Cour fédérale en matière constitutionnelle est, bien entendu, concurrente avec celle des autres cours supérieures provinciales (*Jabour*).

[66] Il y a donc lieu d'accorder une portée limitée à l'*obiter* que l'on retrouve aux paragraphes 70 et 71 de l'arrêt *Windsor CSC*. Cela étant dit, dans le cas où il subsisterait quand même un doute concernant la capacité statutaire ou constitutionnelle de la Cour fédérale de déclarer, à titre de réparation, qu'une règle de droit est inconstitutionnelle, inapplicable ou inopérante, il m'apparaît nécessaire de démontrer dans le présent jugement, pourquoi la Cour fédérale peut effectivement prononcer une déclaration formelle d'invalidité, même si elle n'est pas une « cour supérieure » au sens de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il ne s'agit pas de faire la part belle au hasard historique ou aux spéculations d'ordre philosophique ou politique, mais de donner crédit à la raison juridique et à l'intention du Parlement, et que seule une lecture éclairée et prospective de la Constitution et de ses principes directeurs peut magnifier.

*C. La Cour fédérale est une « cour supérieure » aux fins de l'exercice de la compétence prévue à l'article 18 de la Loi sur les Cours fédérales*

[67] Pour les fins des présentes et pour ne pas alourdir mon propos, lorsque je me réfère à la Cour fédérale, ceci inclut également, selon le contexte, la Cour d'appel fédérale. Il y a une raison pratique évidente derrière la création de la Cour de l'Échiquier en 1875, et celle en 1970, de la Cour fédérale qui jouit d'une juridiction élargie. C'est pour la meilleure administration des « lois du Canada ». Le droit fédéral ne connaît pas de frontières et peut s'appliquer indistinctement partout sur le territoire canadien. À ce chapitre, non seulement la Cour fédérale est-elle la seule cour de première instance qui possède au Canada une juridiction nationale,

the Federal Court’s mission, which is to deliver justice and assist parties to resolve their legal disputes throughout Canada, in either official language, in a manner that upholds the rule of law and that is independent, impartial, equitable, accessible, responsive and efficient.

[68] Access to justice, an essential pillar of the rule of law, has become the single biggest challenge facing courts across Canada. This reality is well explained by dissenting judges Moldaver and Brown in *Windsor SCC*, in paragraphs 77 to 79:

The history of the Federal Court reveals that it was intended by Parliament to have broad jurisdiction. The Exchequer Court, created in 1875, initially had limited jurisdiction: it could hear certain claims against the Crown, and eventually, claims relating to patents, copyrights, public lands, and railway debts (*The Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11; *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1970, c. E-11, ss. 17 to 30). During the 20th century, however, it became apparent that the Exchequer Court could not deal with many matters that transcended provincial boundaries, and that confusion, inconsistency, and expense tended to accompany litigation of these national matters in the provincial superior courts.

These problems prompted Parliament in 1970 to replace the Exchequer Court with the Federal Court, and to expand the Federal Court’s jurisdiction (*Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1). According to the Minister of Justice, the Federal Court was designed to achieve two objectives: first, ensuring that members of the public would “have resort to a national court exercising a national jurisdiction when enforcing a claim involving matters which frequently involve national elements”; and second, making it possible for “litigants who may often live in widely different parts of the country to [have] a common and convenient forum in which to enforce their legal rights” (*House of Commons Debates*, vol. V, 2nd Sess., 28th Parl., March 25, 1970, p. 5473).

mais ses jugements peuvent être exécutées partout sur le territoire. D’ailleurs, cela se reflète dans la mission de la Cour fédérale, qui est de rendre la justice et d’aider les parties à régler leurs différends juridiques partout au Canada, dans l’une ou l’autre des langues officielles, d’une manière qui respecte la primauté du droit et est indépendante, impartiale, équitable, accessible, efficiente et adaptée à la situation.

[68] L’accès à la justice — un pilier essentiel de la primauté du droit — est actuellement le plus grand défi auquel sont confrontés les tribunaux du Canada. Cette réalité est bien expliquée par les juges Moldaver et Brown, dissidents dans l’arrêt *Windsor CSC*, aux paragraphes 77 à 79 :

L’historique de la Cour fédérale révèle que le Parlement avait l’intention de lui conférer une compétence étendue. La Cour de l’Échiquier du Canada, qui a été créée en 1875, possédait au départ une compétence limitée : elle pouvait entendre certaines demandes présentées contre la Couronne et, par la suite, des demandes relatives aux brevets, aux droits d’auteur, aux terres publiques et aux dettes des compagnies de chemin de fer (*Acte de la Cour Suprême et de l’Échiquier*, S.C. 1875, c. 11; *Loi sur la Cour de l’Échiquier*, S.R.C. 1970, c. E-11, art. 17 à 30). Au cours du XXe siècle, toutefois, il est devenu évident que la Cour de l’Échiquier ne pouvait pas traiter de nombreuses questions qui débordaient les frontières provinciales, et que les litiges relatifs à ces questions d’envergure nationale portés devant les cours supérieures provinciales tendaient à entraîner la confusion, l’incohérence et des coûts élevés.

Ces problèmes ont incité le Parlement, en 1970, à remplacer la Cour de l’Échiquier par la Cour fédérale, et à élargir la compétence de cette dernière (*Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, c. 1). Selon le ministre de la Justice, la Cour fédérale fut créée pour atteindre deux objectifs : premièrement, faire en sorte que les particuliers puissent « recourir à une cour nationale exerçant une [compétence] nationale, pour faire valoir une réclamation concernant des questions qui comportent souvent des éléments nationaux »; deuxièmement, permettre aux « plaideurs, qui demeurent parfois dans des régions fort éloignées l’une de l’autre, [de trouver] là un forum commun et commode pour faire valoir leurs droits légitimes » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 2<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 25 mars 1970, p. 5473).



These purposes are better served by a broad construction of the Federal Court's jurisdiction. We acknowledge that the Federal Court is not without jurisdictional constraints. A broad construction of the Federal Court's statutory grant of jurisdiction cannot exceed Parliament's constitutional limits and intrude on provincial spheres of competence. [My emphasis.]

[69] In short, justice is not in competition with itself: access to justice must prevail in every case, which favours a broad construction of the jurisdiction conferred on this Court by the *Federal Courts Act*. In this sense, the Federal Court is part of the solution, and it would be wrong to want to associate it with the problem of the increasing number of jurisdictions. When it created a national court of first instance, Parliament could very well have left it to the courts mentioned in section 129 of the *Constitution Act, 1867*, and to the other provincial courts created under subsection 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, to exercise their traditional jurisdiction in civil and criminal matters, while making adjustments over time, if necessary, for the purposes of the “laws of Canada”. But what characterizes the Federal Court is not only its nature as a national court (trial and appeal). Its composition also ensures national continuity (section 5.3 of the *Federal Courts Act*) and the maintenance of Canadian bijuralism (common law and civil law). However, like section 6 of the *Supreme Court Act*, section 5.4 of the *Federal Courts Act* provides for effective representation of Quebec, with a minimum and large number of judges (at least five judges of the Federal Court of Appeal and at least 10 judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of Quebec or members of the Bar of Quebec. It is an eloquent legislative demonstration of Parliament's wish to create a pan-Canadian court that is particularly well adapted to Canada's reality and bijuralism.

[70] In *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433 (*Reference re Supreme Court*), the Supreme Court pointed out that section 6 of the *Supreme Court Act* “reflects the historical compromise

Une interprétation large de la compétence de la Cour fédérale favorise davantage la réalisation de ces objectifs. Nous reconnaissons que la compétence de la Cour fédérale comporte des restrictions. Une interprétation large de l'attribution législative de compétence à la Cour fédérale ne peut aller au-delà des limites constitutionnelles du Parlement et empiéter sur les domaines de compétence des provinces. [Je souligne.]

[69] Bref, la justice n'est pas en concurrence avec elle-même : l'accès à la justice doit primer dans tous les cas, ce qui favorise une interprétation large de la compétence dont est investie la présente Cour en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*. En ce sens, la Cour fédérale fait partie de la solution, et on aurait tort de vouloir l'associer au problème de la multiplication des juridictions. En instituant une cour de première instance nationale, le Parlement pouvait très bien laisser aux cours mentionnées à l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi qu'aux autres cours provinciales créées en vertu du paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le soin d'exercer leur juridiction traditionnelle en matière civile et criminelle — tout en rectifiant le tir si cela s'avérait nécessaire au fil du temps, dans le cas de l'application des « lois du Canada ». Mais ce qui caractérise la Cour fédérale, ce n'est pas seulement son caractère de cour nationale (première instance et appel). Sa composition assure également une pérennité nationale (article 5.3 de la *Loi sur les Cours fédérales*) et le maintien du bijuridisme canadien (common law et droit civil). Or, à l'instar de l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, l'article 5.4 de la *Loi sur les Cours fédérales* assure une représentation effective du Québec, avec un nombre minimum et important de juges (au moins cinq juges de la Cour d'appel fédérale et dix juges de la Cour fédérale) qui doivent avoir été juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure du Québec ou membres du barreau de la province de Québec. C'est une démonstration législative éloquente du souhait du Parlement de créer un tribunal pan canadien qui soit particulièrement bien adapté à la réalité canadienne et à sa dualité juridique.

[70] Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433 (*Renvoi sur la Cour suprême*), la Cour suprême rappelle que l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême* « exprime

that led to the creation of the Supreme Court” (paragraph 48), whereas its purpose “is to ensure not only civil law training and experience on the Court, but also to ensure that Quebec’s distinct legal traditions and social values are represented on the Court, thereby enhancing the confidence of the people of Quebec in the Supreme Court as the final arbiter of their rights” (paragraph 49). Incidentally, the Supreme Court noted in this regard that section 5.4 of the *Federal Courts Act*, “in many ways reflects s. 6 of the *Supreme Court Act* by requiring that a minimum number of judges on each court be drawn from Quebec institutions. The role of Quebec judges on the federal courts is a vital one” (paragraph 60) (my emphasis).

[71] When we consider the role, mission and “implied powers [the Federal Court] and its predecessors have had for almost a century-and-a-half to determine the constitutional validity, operability and applicability of laws before it” (*Windsor FCA*, at paragraph 73), we have a better understanding of the Federal Court of Appeal’s conclusion in *Windsor FCA*. As Mr. Justice Stratas clearly stated in paragraph 47, “as long as the test in *ITO—International Terminal Operators* is met, the Federal Court has jurisdiction to make declarations in constitutional matters, such as declarations of invalidity”. Regarding sections 18 and 28 of the *Federal Courts Act*, in order to truly exercise their superintending and reforming function regarding the legality of decisions by any federal board, commission or other tribunal, the Federal Courts must perforce be able to declare inoperative and/or unconstitutional any provision inconsistent with the Constitution, the supreme law of Canada.

[72] The grant of jurisdiction under the *Federal Courts Act* should not be interpreted in a narrow fashion under the pretext that this Court is a statutory court rather than an inherent jurisdiction court (*Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626 (*Canadian Liberty Net*), at paragraph 24 *et seq.*). The historical primacy of the “superior courts” fuels the synecdoche associated with the vague, immanent concept in the judicial sphere of

le compromis historique qui a mené à la création de la Cour suprême » (paragraph 48), tandis que son objectif « est de garantir que non seulement des juristes civilistes expérimentés siègent à la Cour, mais également que les traditions juridiques et les valeurs sociales distinctes du Québec y soient représentées, pour renforcer la confiance des Québécois envers la Cour en tant qu’arbitre ultime de leurs droits » (paragraph 49). Incidemment, la Cour suprême note à ce chapitre que l’article 5.4 de la *Loi sur les Cours fédérales*, « fait écho à bien des égards à l’art. 6 de la *Loi sur la Cour suprême* en exigeant qu’un nombre minimum de juges de chacune de ces cours proviennent des institutions québécoises. Les juges originaires du Québec jouent un rôle vital au sein des cours fédérales » (paragraph 60) (je souligne).

[71] Lorsqu’on tient compte du rôle, de la mission et des « pouvoirs implicites dont [la Cour fédérale] et ses prédécesseurs disposent depuis près de 150 ans pour se prononcer sur la constitutionnalité et l’applicabilité des lois qui leur sont soumises » (*Windsor CAF*, au paragraphe 73), on comprend mieux la conclusion de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Windsor CAF*. Comme le déclare sans ambages le juge Stratas au paragraphe 47, « dès lors que le critère consacré par l’arrêt *ITO—International Terminal Operators* est respecté, la Cour fédérale a compétence pour rendre des jugements déclaratoires en matière constitutionnelle tels que des déclarations d’invalidité ». S’agissant des articles 18 et 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*, pour véritablement exercer leur rôle de supervision et de contrôle de la légalité des décisions rendues par tout office fédéral, les Cours fédérales doivent forcément être en mesure de déclarer inopérant et/ou inconstitutionnelle toute disposition incompatible avec la Constitution, la loi suprême du Canada.

[72] Il n’y a pas lieu d’interpréter restrictivement l’attribution de compétence prévue dans la *Loi sur les Cours fédérales*, sous prétexte que cette Cour est une cour statutaire plutôt qu’une cour avec une compétence inhérente (*Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626 (*Canadian Liberty Net*), aux paragraphes 24 et suivants). La primauté historique des « cours supérieures » alimente la synecdoche associée au concept flou et

“inherent jurisdiction”. But that is not all, because there are many other (federal and provincial) ordinary courts that exercise, at trial or on appeal, concurrent jurisdiction in civil and criminal matters. Moreover, I do not believe that the Federal Courts (Federal Court of Appeal and Federal Court) can be legally equated with provincial inferior courts or specialized federal or provincial administrative tribunals, whose sole remedial power is limited to refusing to apply a law inconsistent with the Constitution based on the principle of the rule of law (*R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130 (*Lloyd*), at paragraphs 15–16).

[73] On the one hand, there is the “narrow view” [as it is referred to in *Canadian Liberty Net*, at paragraph 26] articulated by Madam Justice Wilson in *Roberts* [*Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, at page 331]—as previously expressed by Bora Laskin (who later became Chief Justice of Canada)—to the effect that “the omnicompetence of provincial superior courts was fed by a decision of the Privy Council [*Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.) (*Board*)], suggestive of inherent superior court jurisdiction, that (to use its words) ‘if the right exists, the presumption is that there is a Court which can enforce it, for if no other mode of enforcing it is prescribed, that alone is sufficient to give jurisdiction to the [Queen’s] Courts of justice’” (cited in *Canadian Liberty Net*, at paragraph 29 [emphasis in original removed]).

[74] On the other hand, and this is the one that I retain today, there is the more modern view — which is consistent with the evolving nature of the Constitution — that the “purpose of the doctrine of inherent jurisdiction ... is simply to ensure that a right will not be without a superior court forum in which it can be recognized” (my emphasis). In this case, the Supreme Court in *Canadian Liberty Net* [at paragraph 32], after distinguishing *Board*, clearly opted for a dynamic and pragmatic interpretation of the Federal Court’s legislative jurisdiction. Sections 96 to 101 of the *Constitution Act, 1867* relating to judicature must be read as a

immanent dans la sphère judiciaire de « compétence inhérente ». Mais voilà, ce n’est pas tout, car il existe beaucoup d’autres tribunaux de droit commun (fédéraux et provinciaux) exerçant en première instance ou en appel une juridiction concurrente en matière civile et criminelle. De plus, je ne crois pas qu’on puisse juridiquement assimiler les Cours fédérales (Cour d’appel fédérale et Cour fédérale) aux cours provinciales de juridiction inférieure ou aux tribunaux administratifs fédéraux ou provinciaux spécialisés, et dont le seul pouvoir de réparation se limite à refuser d’appliquer une règle de droit incompatible avec la Constitution au nom du principe de la primauté du droit (*R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130 (*Lloyd*), aux paragraphes 15–16).

[73] D’une part, il y a la « conception étroite » [telle qu’on la nomme dans l’arrêt *Canadian Liberty Net*, au paragraphe 26] exposée par la juge Wilson dans l’arrêt *Roberts* [*Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, à la page 331], voulant — tel que l’avait antérieurement formulé Bora Laskin (devenu plus tard juge en chef du Canada) — que « [TRADUCTION] [...] [l]’omnicompétence des cours supérieures des provinces tire son origine d’une décision du Conseil privé [*Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.) (*Board*)] qui semble reconnaître aux cours supérieures une compétence inhérente selon laquelle (pour reprendre ses termes) “si le droit existe, il faut présumer qu’il existe un tribunal pour en assurer l’exercice, car si aucun autre mode d’en assurer l’exercice n’est prescrit, cela en soi suffit pour conférer compétence aux cours royales de justice” » (cité dans l’arrêt *Canadian Liberty Net*, au paragraphe 29 [le soulignement qui se retrouvait dans l’original a été enlevé]).

[74] D’autre part, et c’est celle que je retiens aujourd’hui, il y a la conception plus moderne — au demeurant compatible avec le caractère évolutif de la Constitution — voulant que « l’objet de la théorie de la compétence inhérente [...] est tout simplement d’éviter qu’un droit ne puisse être exercé faute d’une cour supérieure où il peut être reconnu » (je souligne). En l’espèce, la Cour suprême dans l’arrêt *Canadian Liberty Net* [au paragraphe 32], après avoir distingué l’affaire *Board*, a clairement opté pour une interprétation dynamique et pragmatique de la compétence législative de la Cour fédérale. Il faut lire les articles 96 à 101 de la

coherent whole. It is worthwhile noting that the tenure of “superior court” judges set out in section 99 of the *Constitution Act, 1867* is not limited to judges of the provincial superior courts appointed by the Governor General under section 96 of the *Constitution Act, 1867*. It also includes judges of the Supreme Court of Canada, the Federal Court of Appeal, the Federal Court and the Tax Court of Canada (*Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at paragraph 29 [pages 695–695]). Also, according to subsection 35(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, the term “superior court” means these four courts mentioned above created under section 101 of the *Constitution Act, 1867*.

[75] Canada was still a colony before Confederation. There was an element of unpredictability in 1867 when the Parliament of the United Kingdom adopted *The British North America Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (which in 1982 became the *Constitution Act, 1867*). Although the provinces of Canada (Ontario and Quebec), Nova Scotia and New Brunswick wanted to establish a Federal Union to form one Dominion (*Puissance*) under the crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a constitution based on the same principles as that of the United Kingdom, the constitution was only repatriated in 1982. In fact, the sovereignty of Canada and the other Dominions was only legally enshrined by the *Statute of Westminster, 1931*, (U.K.), 22 Geo. V, c. 4 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26]. Canada has changed a great deal in 150 years. In other words, if realities change, so do the courts. This is a reflection of Canada, the provinces and the territories. The Supreme Court and the Exchequer Court were both created in 1875 under the same Act, and both courts were able to share the same judges for a few years (see section 60 of *The Supreme and Exchequer Court Act*).

[76] Although section 129 of the *Constitution Act, 1867* explicitly provides for the continued existence of

*Loi constitutionnelle de 1867*, relatifs à la judicature, comme un tout cohérent. Il est intéressant de souligner que la garantie d’inamovibilité des juges des « cours supérieures », inscrite à l’article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ne se limite pas aux juges des cours supérieures provinciales nommés par le gouverneur général en vertu de l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais inclut également les juges de la Cour suprême du Canada, de la Cour d’appel fédérale, de la Cour fédérale et de la Cour canadienne de l’impôt (*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, au paragraphe 29 [pages 695–696]). De plus, selon le paragraphe 35(1) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, les expressions « juridiction supérieure ou cour supérieure » visent notamment ces quatre dernières cours créées en vertu de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[75] Le Canada était encore une colonie avant la Confédération. Il y avait un élément d’imprévisibilité en 1867 lorsque le Parlement du Royaume-Uni a adopté l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (devenue en 1982 la *Loi constitutionnelle de 1867*). Malgré le désir des provinces du Canada (Ontario et Québec), de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick de contracter une Union Fédérale pour ne former qu’une seule et même Puissance (*Dominion*) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande Bretagne et d’Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni, il reste que cette dernière n’a été rapatriée qu’en 1982. De fait, la souveraineté du Canada et des autres *Dominions* a seulement été consacrée juridiquement par le *Statut de Westminster de 1931*, (R.-U.), 22 Geo. V, ch. 4 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 27]. Le Canada a beaucoup changé en 150 ans. En d’autres termes, si les réalités changent, les tribunaux aussi. C’est à l’image même du Canada, des provinces et des territoires. La Cour suprême et la Cour de l’Échiquier étaient du même cru — 1875 —, de la même mouture, et d’ailleurs, pendant quelques années, les deux cours ont pu se partager les mêmes juges (voir l’article 60 de l’*Acte de la Cour suprême et de l’Échiquier*).

[76] D’ailleurs, bien que l’article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit explicitement le maintien

the courts in the provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia and New Brunswick at the time of the union, they may subsequently be repealed, abolished or altered by the competent authorities. The Constitution is “a living tree capable of growth and expansion within its natural limits”, and it should be interpreted as such (*Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at page 136). This is why the Judicial Committee of the Privy Council (for the United Kingdom) adopted a broad interpretation in 1947 when it confirmed the Parliament of Canada’s power to terminate appeals in London (including any direct appeals permitted by provincial legislation). After the provisions of the *Statute of Westminster, 1931* came into force, there was no legal impediment, given Parliament’s jurisdiction under section 101 of the *Constitution Act, 1867*, that the Supreme Court should exercise exclusive ultimate appellate civil and criminal jurisdiction (*Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] 1 D.L.R. 801 (P.C.) (*Abolition of Privy Council Appeals Reference*)).

[77] Also, it is not disputed in this case that a superior court is one which has supervisory jurisdiction over lower courts and other inferior tribunals. A superior court also has plenary jurisdiction to determine any matter arising out of its original jurisdiction and is subject only to appellate review. In other words, it is not subject to the writs of other superior courts (*Felipa FC*, at paragraphs 59–62. This point was not overruled by the [Federal] Court of Appeal). Not surprisingly, and well before the Constitution was repatriated in 1982, the Supreme Court had already recognized that Parliament had full authority to transfer to a court established under section 101 of the *Constitution Act, 1867* superintending power over federal agencies, which until then had been exercised by the Court of King’s Bench, and the Superior Court in Quebec as courts of law (*Three Rivers Boatman Limited v. Conseil Canadien des Relations Ouvrières et al.*, [1969] S.C.R. 607, at page 616). The inherent jurisdiction of provincial superior courts is meaningful today only because it overlaps with other

des tribunaux en existence dans les provinces d’Ontario, de Québec, de la Nouvelle-Écosse, et du Nouveau-Brunswick à l’époque de l’union, rien n’empêche que ceux-ci puissent être révoqués, abolis ou modifiés ultérieurement par les autorités compétentes. La Constitution est [TRADUCTION] « un arbre susceptible de croître et de se développer à l’intérieur de ses limites naturelles » et elle devrait être interprétée en conséquence (*Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), à la page 136). C’est ce qui explique l’interprétation large qui a été retenue en 1947 par le Comité judiciaire du Conseil privé de la Reine (pour le Royaume-Uni), lorsqu’il a confirmé le pouvoir du Parlement du Canada de mettre fin aux appels à Londres (incluant tout appel direct permis par une loi provinciale). Suite à l’entrée en vigueur des dispositions du *Statut de Westminster de 1931*, il n’y avait aucun obstacle juridique, vu la compétence du Parlement en vertu de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à ce que la Cour suprême devienne le tribunal ayant compétence exclusive pour décider en dernier ressort de tout appel en matière civile et criminelle (*Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] 1 D.L.R. 801 (P.C.) (*Abolition of Privy Council Appeals Reference*)).

[77] D’autre part, il n’est pas contesté en l’espèce qu’une cour supérieure est une cour qui a un pouvoir de surveillance sur les cours et les autres tribunaux d’instance inférieure. Une cour supérieure a également compétence absolue pour trancher toute question qui découle de sa compétence en première instance et ses décisions ne sont susceptibles que de révision en appel. En d’autres termes, une cour supérieure n’est subordonnée à aucune autre cour supérieure (*Felipa CF*, aux paragraphes 59–62, non infirmée sur ce point par la Cour d’appel [fédérale]). Non sans surprise, bien avant le rapatriement de 1982, la Cour suprême avait également déjà reconnu que le Parlement avait toute autorité pour transférer à un tribunal de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la compétence de surveillance à l’égard des organismes fédéraux ayant jusqu’alors pu être exercée par la Cour du Banc du Roi, puis par la Cour supérieure au Québec comme tribunaux de droit commun (*Three Rivers Boatman Limited c. Conseil Canadien des Relations Ouvrières et al.*, [1969] R.C.S.

jurisdictions of federal or provincial legislative origin, and because it is exercised in a residual manner if a jurisdiction is not otherwise exercised by another tribunal of the Canadian federation. In short, all of today's Canadian courts came into existence as a result of statutory changes. These changes are exactly what enables them to provide better justice.

[78] As a result, as the Supreme Court noted in *Canadian Liberty Net*, “[i]n a federal system, the doctrine of inherent jurisdiction does not provide a rationale for narrowly reading federal legislation which confers jurisdiction on the Federal Court” (at paragraph 35). Thus, because this involves the Federal Court's general administrative jurisdiction over federal administrative tribunals, “[t]his means that where an issue is clearly related to the control and exercise of powers of an administrative agency, which includes the interim measures to regulate disputes whose final disposition is left to an administrative decision-maker, the Federal Court can be considered to have a plenary jurisdiction” (*Canadian Liberty Net*, at paragraph 36) (my emphasis). If section 44 of the *Federal Courts Act* gives the Federal Court jurisdiction to grant an injunction in enforcing the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, this is all the more reason to argue that in the context of an action against the Crown or an application for judicial review, the inherent or residual jurisdiction of the provincial superior courts in matters involving the constitution or *habeas corpus* in no way affects the “plenary jurisdiction” exercised by the Federal Court under sections 17 and 18 of the *Federal Courts Act*.

[79] In this case, the Federal Courts exercise a vital front-line role in the Canadian federation. Federalism and constitutionalism are two fundamental constitutional principles (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paragraph 32). They go hand in hand and are complementary, as are the other unwritten constitutional principles of the Constitution (democracy, rule of law and respect for minorities). Either the inherent jurisdiction theory of the provincial superior courts has

607, à la page 616). La compétence inhérente des cours supérieures provinciales n'a donc de sens aujourd'hui que parce qu'elle se superpose avec d'autres compétences judiciaires d'origine législative — fédérale ou provinciale —, et qu'elle s'exerce de manière résiduaire si une compétence n'est pas autrement exercée par un autre tribunal de la fédération canadienne. Bref, toutes les cours canadiennes actuelles sont la résultante d'une évolution statutaire. C'est justement cette évolution qui les rend aptes à rendre une meilleure justice.

[78] En conséquence, comme le souligne la Cour suprême dans l'arrêt *Canadian Liberty Net*, « [d]ans un système fédéral, la théorie de la compétence inhérente ne justifie pas d'interpréter restrictivement les lois fédérales conférant compétence à la Cour fédérale » (au paragraphe 35). Ainsi, s'agissant de la compétence administrative générale de la Cour fédérale sur les tribunaux administratifs fédéraux, « [c]ela signifie que, lorsqu'il s'agit d'une question relevant clairement de son rôle de surveillance d'un organisme administratif, ce qui inclut la prise de mesures provisoires visant à régir des différends dont l'issue finale est laissée au décideur administratif concerné, la Cour fédérale peut être considérée comme ayant plénitude de compétence » (*Canadian Liberty Net*, au paragraphe 36) (je souligne). Si l'article 44 de la *Loi sur les Cours fédérales* confère compétence à la Cour fédérale d'accorder une injonction dans le cadre de l'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, à plus forte raison, est-il permis de soutenir que dans le cadre d'une action contre la Couronne ou d'une demande de contrôle judiciaire, la compétence inhérente ou résiduelle des cours supérieures provinciales en matière constitutionnelle ou d'*habeas corpus* n'affecte d'aucune manière la « plénitude de compétence » qu'exerce la Cour fédérale en vertu des articles 17 et 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[79] En l'espèce, les Cours fédérales exercent un rôle vital et de premier plan dans la fédération canadienne. Or, le fédéralisme et le constitutionnalisme sont deux principes constitutionnels fondamentaux (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au paragraphe 32). Ils vont de pairs et sont complémentaires, au même titre que les autres principes constitutionnels non écrits de la Constitution (démocratie, primauté du droit

the effect of depriving the Federal Court of jurisdiction “over an area where it is otherwise explicitly given extensive powers of supervision” (*Canadian Liberty Net*, at paragraph 25); or “the language of the Act is completely determinative of the scope of the Court’s jurisdiction” (*Canadian Liberty Net*, at paragraph 26, citing *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322 (*Roberts*), at page 331). In the area of judicial review, the Federal Court plays an essentially interventionist role in all forms of federal government activity, as it must maintain the rule of law, which of course authorizes it to make formal declarations of invalidity.

[80] As the Supreme Court pointed out in *Reference re Supreme Court Act*, at paragraph 89: “The existence of an impartial and authoritative judicial arbiter is a necessary corollary [of subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*]. The judiciary became the ‘guardian of the constitution’ (*Hunter*, at p. 155, *per* Dickson J.)” In Canada, the courts—whose independence is constitutionally protected—exercise supervisory jurisdiction, which is essential to maintaining the democratic character of our institutions and respect for the rule of law. The lower courts must submit to their authority—which of course includes the federal boards. As the Supreme Court pointed out in *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504 (*Martin*), the Constitution is the supreme law of Canada and, by virtue of subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the question of constitutional validity inheres in every legislative enactment. From this principle flows, as a practical corollary, the idea that Canadians should be entitled to assert the rights and freedoms that the Constitution guarantees them in the most accessible forum available, without the need for parallel proceedings before the courts. Consequently, the power to rule on a legal issue is the power to rule on it by applying only valid laws. Thus, in principle, a legislative provision inconsistent with the Charter is invalid from the moment it is enacted, and a judicial declaration to this effect is but one remedy amongst others to

et respect des minorités). De deux choses l’une : ou bien la théorie de la compétence inhérente des cours supérieures provinciales a pour effet de nier compétence à la Cour fédérale « sur un domaine à l’égard duquel elle est par ailleurs explicitement investie de vastes pouvoirs de surveillance » (*Canadian Liberty Net*, au paragraphe 25); ou bien « c’est le texte de la Loi qui détermine complètement l’étendue de la compétence de la cour » (*Canadian Liberty Net*, au paragraphe 26, citant *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322 (*Roberts*), à la page 331). Or, en matière de contrôle judiciaire, la Cour fédérale exerce un rôle essentiellement interventionniste de l’activité étatique fédérale sous toutes ses formes, tandis qu’elle doit veiller au maintien de la primauté du droit, ce qui l’autorise bien entendu à prononcer des déclarations formelles d’invalidité.

[80] Comme le souligne d’ailleurs la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Cour suprême*, au paragraphe 89 : « La nécessité de l’existence d’un arbitre judiciaire impartial et dont les décisions font autorité est le corollaire [du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*]. Les tribunaux sont devenus les “gardiens de la constitution” (*Hunter*, p. 155, le juge Dickson) ». Au Canada, les tribunaux judiciaires — dont l’indépendance est constitutionnellement protégée — exercent une compétence de surveillance qui est essentielle au maintien du caractère démocratique de nos institutions et du respect de la primauté du droit. Les tribunaux inférieurs doivent se soumettre à leur autorité — ce qui inclut bien entendu les offices fédéraux. Or, comme l’a souligné la Cour suprême dans l’arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504 (*Martin*), la Constitution est la loi suprême du Canada et la question de la constitutionnalité est inhérente à tout texte législatif en raison du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il découle, de ce principe, que les Canadiens doivent, en pratique, pouvoir faire valoir les droits et libertés que leur garantit la Constitution devant le tribunal le plus accessible, sans devoir engager des procédures judiciaires parallèles. Ainsi, le pouvoir de trancher une question de droit s’entend du pouvoir de la trancher en n’appliquant que des règles de droit valides. Donc, en principe, une disposition législative incompatible avec la Charte est

protect those whom it adversely affects (see *Martin*, at paragraphs 28 and 35). Like the other superior courts in Canada, within its jurisdiction, the Federal Court plays an essential and vital role of plenary supervision in the Canadian federation.

[81] But it is still true today that a judge of a lower inferior provincial court (*Séminaire de Chicoutimi v. La Cité de Chicoutimi*, [1973] S.C.R. 681); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295) or an arbitration board exercising powers under provincial legislation (*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570), is not entitled to make a formal declaration of invalidity. This is normal, because this type of court does not exercise a general supervisory function over government activities. However, this is not the case when a judicial declaration is made by “superior court judges of inherent jurisdiction and courts with statutory authority” (*Lloyd*, at paragraph 15).

[82] Because this involves the particular jurisdiction granted under the *Federal Courts Act*, professor Lemieux clearly noted that [TRANSLATION]: “The Federal Court can be characterized as a superior court. However, unlike provincial superior courts, this superior court is of legislative origin” (Denis Lemieux, “La nature et la portée du contrôle judiciaire”, in *Collection de droit 2016–2017*, École du Barreau du Québec, Vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2016, at page 208). I also share the Attorney General of Canada’s view that section 96 of the *Constitution Act, 1867* does not constitute a constitutional impediment, because section 101 of the same Act contains the terms: “[n]otwithstanding anything in this Act” (*Abolition of Privy Council Appeals Reference*, at paragraph 19 [page 813]). To reason otherwise would mean that a federal institution that plays a leading role in the Canadian federation would be annihilated from the Canadian landscape. Notwithstanding belated constitutional revisionism, as the Supreme Court itself stated in 1984: “[t]o conclude otherwise would, in paraphrase of the *Jabour* decision, *supra*, leave a federal court established ‘for the better administration of the laws of Canada’ in the position of

invalide dès son adoption, et l’obtention d’un jugement déclaratoire à cet effet n’est qu’un moyen parmi d’autres de protéger ceux et celles qui en souffrent préjudice (voir *Martin*, aux paragraphes 28 et 35). Au même titre que les autres cours supérieures du pays, la Cour fédérale exerce dans sa sphère de compétence, un rôle de supervision plénier essentiel et vital dans la fédération canadienne.

[81] Mais il est encore vrai aujourd’hui qu’un juge d’une cour provinciale inférieure (*Séminaire de Chicoutimi c. La Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295) ou un conseil arbitral exerçant des pouvoirs en vertu d’une loi provinciale (*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570), ne sont pas habilités à faire une déclaration formelle d’invalidité. C’est normal, car ce type de tribunal n’exerce aucune fonction générale de supervision de l’activité étatique. Toutefois, il en va autrement lorsqu’un jugement déclaratoire est rendu par « une cour supérieure ayant une compétence inhérente ou d’un tribunal qui en est légalement investi » (*Lloyd*, au paragraphe 15).

[82] S’agissant de la compétence particulière dévolue par la *Loi sur les Cours fédérales*, le professeur Lemieux le souligne bien : « La Cour fédérale peut être qualifiée de cour supérieure. Cependant, à la différence des cours supérieures des provinces, cette cour supérieure est d’origine législative » (Denis Lemieux, « La nature et la portée du contrôle judiciaire », dans *Collection de droit 2016-2017*, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2016, à la page 208). Je partage également l’avis du procureur général du Canada à l’effet que l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne constitue pas un obstacle constitutionnel, puisque l’article 101 de la même loi contient les termes : [TRADUCTION] « nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi » (*Abolition of Privy Council Appeals Reference*, au paragraphe 19 [page 813]). Car, raisonner autrement aurait pour effet d’annihiler du paysage canadien une institution fédérale jouant un rôle judiciaire de premier plan dans la fédération canadienne. D’ailleurs, à moins d’un révisionnisme constitutionnel tardif, comme la Cour suprême l’a déclaré elle-même en 1984 : « [c]onclure le contraire aurait comme conséquence, pour paraphra-



having to participate in the execution and administration of such laws without the authority, let alone the duty, of first assuring itself that the statute before the Court is a valid part of the ‘laws of Canada’” (*Northern Telecom*, at page 744).

[83] In conclusion, although it is not a “superior court” within the meaning of section 96 of the *Constitution Act, 1867*, the Federal Court is nevertheless comparable to a superior court when it exercises general supervisory power over federal boards under section 18 of the *Federal Courts Act* (*Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228, at pages 232–233). The same applies when it deals with a matter under section 17 of the *Federal Courts Act*. The Federal Court therefore has jurisdiction to make a formal declaration of invalidity in a matter where the constitutional question is validly raised, which is the case here.

D. *The intention of Parliament expressed in section 57 of the Federal Courts Act is to allow the Federal Courts to grant binding declaratory relief in constitutional matters*

[84] Canada does not have a single or specialized (provincial or federal) judicial authority that would be responsible for reviewing the legality of laws and regulations to the exclusion of any court with jurisdiction in civil or criminal matters. In enacting section 57 of the *Federal Courts Act*, Parliament established the statutory framework under which, for the better administration of federal laws and regulations, a constitutional question may be validly argued before the Federal Court of Appeal or the Federal Court or a federal board, and consequently—before the Supreme Court itself, when an appeal has been authorized. We can also imagine that the explicit reference in subsection 57(1) of the *Federal Courts Act* to provincial statutes or regulations targets those particular cases where their application is likely to conflict with a federal law or one of the regulations (*Windsor FCA*, at paragraphs 53–54).

ser l’arrêt *Jabour*, précité, de placer une cour fédérale établie “pour la meilleure administration des lois du Canada” dans la situation de devoir administrer et appliquer de telles lois sans le pouvoir, et encore moins l’obligation, de vérifier par elle-même si la loi soumise à la Cour appartient valablement aux “lois du Canada” » (*Northern Telecom*, à la page 744).

[83] En conclusion, bien qu’elle ne soit pas une « cour supérieure » au sens de l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour fédérale est néanmoins assimilable à une cour supérieure lorsqu’elle exerce en vertu de l’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* un pouvoir général de surveillance à l’égard des offices fédéraux (*Commonwealth of Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, aux pages 232–233). Il en est de même lorsqu’elle est saisie d’une action en vertu de l’article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*. La Cour fédérale a donc compétence pour prononcer une déclaration formelle d’invalidité dans un dossier dans lequel la question constitutionnelle est valablement soulevée, ce qui est le cas en l’espèce.

D. *L’intention du Parlement exprimée à l’article 57 de la Loi sur les Cours fédérales est de permettre aux Cours fédérales de rendre des jugements déclaratoires contraignants en matière constitutionnelle*

[84] Au Canada, il n’existe pas une autorité judiciaire unique ou spécialisée (provinciale ou fédérale) qui serait responsable d’examiner la légalité des lois et des règlements à l’exclusion de tout tribunal compétent en matière civile ou criminelle. Or, en édictant l’article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, le Parlement a établi le cadre juridique statutaire suivant lequel, pour la meilleure administration des lois fédérales et de ses textes d’application, une question constitutionnelle peut être valablement débattue devant la Cour d’appel fédérale ou la Cour fédérale (ou même un office fédéral), et partant — devant la Cour suprême elle-même, lorsqu’un pourvoi a été autorisé. On peut également imaginer que la référence explicite dans le paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* aux lois provinciales ou à leurs textes d’application vise ces cas particuliers où leur application est susceptible d’entrer en conflit avec une loi fédérale ou l’un des textes d’application (*Windsor CAF*, aux paragraphes 53–54).

[85] Service of a notice of constitutional question to the Attorney General of Canada and the attorney general of each province is mandatory (subsection 57(1) of the *Federal Courts Act*). Not only is the attorney general entitled to adduce evidence and make submissions in respect of the constitutional question, once that attorney general has made submissions, he or she is deemed to be a party to the proceedings for the purpose of any appeal in respect of the constitutional question (subsections 57(4) and (5) of the *Federal Courts Act*). Section 19.2 of the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, establishes similar requirements. The requirement for a notice of constitutional question is also set out in several provincial laws, although the requirement to serve a notice, where a federal provision is at issue, is limited to the Attorney General of Canada and the Attorney General of the province in question (for example, in Quebec, see the new sections 76 and 77 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01 (CCP), formerly section 95).

[86] The statutory notice of constitutional question allows courts of law — whose judges enjoy a guarantee of independence (unlike those of administrative tribunals) — to declare invalid a law or a regulation that contravenes the Constitution. As the Supreme Court of Canada noted in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at paragraph 48:

... 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. [My emphasis.]

[85] La signification d'un avis de question constitutionnelle au procureur général du Canada et à ceux des provinces est obligatoire (paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*). Non seulement le procureur général a le droit de présenter une preuve et des observations à l'égard de la question constitutionnelle en litige, mais une fois qu'il présente des observations, il est à toutes fins que de droit réputé partie à l'instance aux fins d'un appel portant sur la question constitutionnelle (paragraphe 57(4) et (5) de la *Loi sur les Cours fédérales*). L'article 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, établit des prescriptions similaires. L'exigence d'un avis de question constitutionnelle se retrouve également dans plusieurs législations provinciales — bien que l'obligation de signification de l'avis, dans le cas où une disposition fédérale est en cause, soit limitée au procureur général du Canada et au procureur général de la province en question (par exemple, au Québec, voir les nouveaux articles 76 et 77 du *Code de procédure civile* du Québec, RLRQ, ch. C-25.01 (CPC), anciennement l'article 95).

[86] L'avis statutaire de question constitutionnelle donne licence aux cours de justice — dont les juges bénéficient d'une garantie d'indépendance (par opposition aux tribunaux administratifs) — de prononcer l'invalidité d'une loi ou d'un règlement incompatible avec la Constitution. Comme le rappelle la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, au paragraphe 48 :

[...] 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 la Cour suprême du Canada, 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. [Je souligne.]

[87] Furthermore, the Supreme Court of Canada has a well-established discretion, albeit one that is narrow and should be exercised sparingly, to address the merits of a constitutional issue when proper notice of a constitutional question has been given at the appeal stage, even though the issue was not properly raised in the courts below (*Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3). Since January 1, 2017, the new rule 33 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, provides that in the case of an appeal that raises an issue in respect of the constitutional validity or applicability of a statute, regulation or common law rule, or the inoperability of a statute or regulation, a notice of constitutional question shall be filed.

[88] Accordingly, the Parliament of Canada clearly intended to allow the Federal Courts to grant binding declaratory relief in constitutional matters. Otherwise, section 57 of the *Federal Courts Act* would no longer have any practical utility, and the notice of constitutional question required by Parliament to allow the Attorney General to support the validity of the impugned provision and adduce evidence would be supererogatory.

V. Federal Court's discretion to grant declaratory relief with respect to a constitutional and administrative issue

[89] Secondly, I am satisfied in this case that this Court should exercise its discretion to grant declaratory relief with respect to the constitutional validity, applicability or operability of subsections 140(1) and (2) of the CCRA, and with respect to the extent of the Board's obligations under the principles of fundamental justice and/or administrative law.

A. *General principles*

[90] Whether this Court should exercise its discretion to grant reparation—including declaratory relief—will depend in particular on its assessment of the respective roles of the courts and administrative bodies, the

[87] Au demeurant, la Cour suprême du Canada possède un pouvoir discrétionnaire bien établi — quoique de portée limitée et devant être exercé avec modération — qui lui permet d'examiner une question constitutionnelle au fond lorsque l'avis statutaire requis est donné au stade du pourvoi, même si la question n'a pas été régulièrement soulevée devant les juridictions inférieures (*Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3). D'ailleurs, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, la nouvelle règle 33 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, prévoit que dans le cas où l'appel soulève une question quant à la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi, d'un règlement ou d'une règle de common law ou une question quant au caractère inopérant d'une loi ou d'un règlement, un avis de question constitutionnelle est requis en l'espèce.

[88] En conséquence, l'intention du Parlement du Canada est clairement de permettre aux Cours fédérales de rendre des jugements déclaratoires contraignants en matière constitutionnelle. Autrement, l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales* n'aurait plus aucune utilité pratique et l'avis de question constitutionnelle exigé par le législateur pour permettre au procureur général de soutenir la validité de la disposition attaquée et de soumettre des preuves serait superfluetaire.

V. Discrétion de la Cour fédérale pour rendre un jugement déclaratoire en matière constitutionnelle et administrative

[89] En second lieu, je suis satisfait en l'espèce que la présente Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de rendre un jugement déclaratoire concernant la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC, ainsi que sur la portée des obligations incombant à la Commission en vertu des principes de justice fondamentale et/ou du droit administratif.

A. *Principes généraux*

[90] La question de savoir si la présente Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder réparation — incluant un jugement déclaratoire — dépendra notamment de son appréciation des rôles

circumstances of each case and whether there is an adequate alternative (*Strickland*, at paragraphs 37–45; *Khosa*, at paragraphs 36–40; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at page 575; and *Solosky*, at pages 830–831; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at pages 90, 92–93 and 96; and *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pages 77–80).

[91] It is inherent in a federal system such as that established under the *Constitution Act, 1867*, that the courts will be the authority in the community to control the limits of the respective sovereignties of the two plenary governments, as well as to police agencies within each of these spheres to ensure their operations remain within their statutory boundaries. Both duties of course fall upon the courts when acting within their own proper jurisdiction. (*Northern Telecom*, at paragraph 12 [pages 741–742]). Furthermore, no one questions that section 18 of the *Federal Courts Act* does not withdraw the authority of the provincial superior courts to grant the traditional administrative law remedies against federal boards, commissions and tribunals on division of powers grounds (*Strickland*, at paragraph 64; *Paul L'Anglais*, at pages 152–163), nor the residual power they possess in matters of *habeas corpus*.

[92] It is worthwhile noting that in 1875, the Supreme Court itself had “concurrent jurisdiction with the Courts or Judges of the several Provinces, to issue the writ of Habeas Corpus *ad subjiciendum*, for the purpose of an enquiry into the cause of commitment, in any criminal case under any Act of the Parliament of Canada, or in any case of demand for extradition” (section 51 of the *Supreme and Exchequer Court Act*). But because Parliament in 1970 omitted to mention *habeas corpus* in subsection 18(1) of the *Federal Courts Act*—even if it explicitly stipulated in subsection 18(2), that a writ of *habeas corpus* can be issued in relation to any member of the Canadian Forces serving outside Canada—we can nevertheless ask ourselves whether this Court should today refuse to rule on the constitutional question given

respectifs des cours de justice et des organismes administratifs, des circonstances de chaque cas et de l'existence d'une solution de rechange adéquate (*Strickland*, aux paragraphes 37–45; *Khosa*, aux paragraphes 36–40; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, à la page 575; et *Solosky*, aux pages 830–831; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, aux pages 90, 92–93 et 96; et *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pages 77–80).

[91] Or, il est essentiel, dans un régime fédéral comme celui que crée la *Loi constitutionnelle de 1867*, que les tribunaux soient, dans la société, l'autorité qui contrôle les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements pléniers et celle qui surveille les organismes à l'intérieur de ces sphères pour vérifier que leurs activités demeurent dans les limites de la loi. Ces deux rôles appartiennent, cela va de soi, aux tribunaux selon leurs compétences respectives (*Northern Telecom*, au paragraphe 12 [pages 741–742]). Du reste, personne ne met en doute le fait que l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* n'a pas retiré au cours supérieures provinciales le pouvoir d'octroyer les réparations traditionnelles relevant du droit administratif à l'encontre des offices fédéraux pour des motifs liés au partage des compétences (*Strickland*, au paragraphe 64; *Paul L'Anglais*, aux pages 152–163), ni le pouvoir résiduaire qu'elles possèdent en matière d'*habeas corpus*.

[92] Il est intéressant de noter qu'en 1875, la Cour suprême elle-même avait « une juridiction concurrente avec les cours ou juges des différences provinces pour l'émission de brefs d'*habeas corpus ad subjiciendum*, pour s'enquérir des causes d'incarcération, dans toute cause criminelle sous l'opération d'un acte du Parlement du Canada, ou dans tout cas de demande d'extradition » (article 51 de l'*Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier*). Mais puisque le Parlement en 1970 a omis de mentionner l'*habeas corpus* au paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* — même s'il a prévu explicitement au paragraphe 18(2), qu'un bref d'*habeas corpus* peut être émis à l'égard d'un membre des Forces canadiennes en poste à l'étranger — on peut néanmoins se demander si la présente Cour devrait aujourd'hui

the particular expertise that provincial superior courts may possess in matters of *habeas corpus* (*Strickland*, at paragraph 40; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394).

[93] The Supreme Court of Canada already noted in *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613 (*Miller*), at page 624, that Parliament had intended to leave “the jurisdiction by way of *habeas corpus* to review the validity of a detention imposed by federal authority with the provincial superior courts.” Considering Parliament’s intention and the importance of *certiorari* in aid to the effectiveness of *habeas corpus*, it concluded that provincial superior courts had jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* to determine the validity of an incarceration. In *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809 (*May*), the Court reaffirmed this principle, which it did again just recently in *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502 (*Khela*).

[94] Since the reasonableness of the decision to detain a person should be regarded as an element of its lawfulness, the provincial superior court may consider the reasonableness of a detention in an application for *habeas corpus*—even if in fact, but not in form, it examines the legality of the conduct and the orders of the federal board from the standpoint of administrative law (*Khela*, at paragraph 65). Also, where the offender has chosen to apply for a writ of *habeas corpus*, he may also apply to a provincial superior court for a ruling on the constitutionality of the legislative provisions at issue (*Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143 (*Cunningham*)). Following the same logic, the Federal Court will be able to do the same when the offender chooses to apply for judicial review of an action of the Service or a final decision of the Board. A conclusion is once again necessary: no court can claim to be in a better position than the other to rule on the question of the constitutional validity of a provision of the CCRA.

refuser de trancher la question constitutionnelle compte tenu de l’expertise particulière que les cours supérieures provinciales peuvent posséder en matière d’*habeas corpus* (*Strickland*, au paragraphe 40; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394).

[93] La Cour suprême du Canada a déjà signalé, dans l’arrêt *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613 (*Miller*), à la page 624, que le Parlement avait l’intention de laisser aux cours supérieures provinciales « la compétence en matière d’*habeas corpus* pour vérifier la validité d’une détention imposée par les autorités fédérales ». Compte tenu de cette intention du législateur et de l’importance du *certiorari* auxiliaire pour l’efficacité de l’*habeas corpus*, elle a conclu que les cours supérieures provinciales avaient compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d’un *habeas corpus* en vue d’apprécier la validité d’une incarceration. Dans l’arrêt *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809 (*May*), la Cour a réaffirmé ce principe, ce qu’elle a fait une fois de plus tout récemment dans l’arrêt *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502 (*Khela*).

[94] Puisque le caractère raisonnable de la décision de détenir une personne devrait être considéré comme un élément de sa légalité, la cour supérieure provinciale peut examiner le caractère raisonnable d’une détention dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus* — même si, dans les faits, mais non dans la forme, elle examine sous l’angle du droit administratif la légalité de la conduite et des ordonnances de l’office fédéral (*Khela*, au paragraphe 65). De plus, lorsque le délinquant a choisi de s’adresser par voie de demande pour l’émission d’un bref d’*habeas corpus*, il pourra accèssoirement demander à une cour supérieure provinciale de statuer du même coup sur la constitutionnalité des dispositions législatives en cause (*Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143 (*Cunningham*)). Suivant la même logique, la Cour fédérale pourra en faire de même lorsque le délinquant aura choisi de demander la révision judiciaire d’une action du Service ou d’une décision finale de la Commission. Une conclusion s’im-

B. *The appropriate remedial option belongs to the offender*

[95] Given their vulnerability and the realities of confinement in prisons, offenders must, despite concerns about conflicting jurisdiction, have the ability to choose between the forums and remedies available to them (*May*, at paragraphs 66–67; *Khela*, at paragraph 44). As the Supreme Court of Canada very succinctly put it in *May*, “[t]he [remedial] option belongs to the applicant” (at paragraph 44).

[96] Subject to the possible application of the doctrine of issue estoppel, there is, in principle, nothing that prevents an offender who is subject to an LTSO from concurrently addressing a provincial superior court and the Federal Court, first, to apply for a writ of *habeas corpus* to have the lawfulness of his detention reviewed as a result of a change in an LTSO (*Laferrière c. Centre correctionnel communautaire Marcel-Caron*, 2010 QCCS 1677 (CanLII); *Laferrière c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2013 QCCS 4228 (CanLII); *Laferrière c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2013 QCCA 1081 (CanLII)), and second, to file an application for judicial review before the Federal Court to challenge the merits of a Board decision restricting his residual liberty as a result of a further review of the conditions of the LTSO (*Laferrière FC*). Of course, the same flexibility also applies to cases of suspension of an LTSO by the Service and post-suspension review by the Board under section 135.1 of the CCRA.

[97] Preferring not to apply to the Superior Court of Québec for a writ of *habeas corpus* during the period when he was returned to a penitentiary following the suspension of the LTSO, the applicant addressed the Federal Court to have the Court quash the Board’s final decision and make a declaration of invalidity.

pose derechef : nulle cour ne peut prétendre être mieux placée que l’autre pour statuer sur la question de validité constitutionnelle d’une disposition de la LSCMLC.

B. *Le choix du recours approprié appartient au délinquant*

[95] En raison de leur vulnérabilité et des réalités de l’emprisonnement, les délinquants doivent pouvoir choisir le tribunal auquel ils veulent s’adresser et le recours dont ils veulent se prévaloir parmi ceux qui leur sont offerts, malgré les craintes de conflits de compétence (*May*, aux paragraphes 66–67; *Khela*, au paragraphe 44). Ainsi que la Cour suprême du Canada l’a très succinctement énoncé dans l’arrêt *May*, « [l]e choix [du recours] appartient au demandeur » (au paragraphe 44).

[96] Sous réserve de l’application possible de la doctrine de la préclusion (*issue estoppel*), rien ne s’oppose en principe à ce qu’un délinquant visé par une OSLD s’adresse, de manière concurrente, à une cour supérieure provinciale et à la Cour fédérale, tantôt pour requérir l’émission d’un bref d’*habeas corpus* pour faire examiner la légalité de sa détention à la suite de la modification d’une OSLD (*Laferrière c. Centre correctionnel communautaire Marcel-Caron*, 2010 QCCS 1677 (CanLII); *Laferrière c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2013 QCCS 4228 (CanLII); *Laferrière c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2013 QCCA 1081 (CanLII)), tantôt par le biais d’une demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale pour contester le mérite d’une décision de la Commission restreignant sa liberté résiduelle à la suite d’un nouvel examen des conditions de l’OSLD (*Laferrière CF*). Évidemment, la même souplesse vaut également pour les cas de suspension par le Service d’une OSLD et d’examen post-suspension par la Commission en vertu de l’article 135.1 de la LSCMLC.

[97] Préférant ne pas demander l’émission d’un bref d’*habeas corpus* à la Cour supérieure du Québec durant la période où il était réincarcéré dans un pénitencier à la suite de la suspension de l’OSLD, le demandeur s’est donc adressé à la Cour fédérale pour requérir l’annulation de la décision finale de la Commission, ainsi qu’un jugement déclaratoire d’invalidité.

[98] In this case, the applicant is criticizing the time limits of the current LTSO post-suspension review procedure, which means that the offender cannot, in practice, have a decision to suspend an LTSO quashed when the case is referred to him by the Service. The Service has 30 days from the suspension of the LTSO to submit its assessment to the Board and forward the content to the offender through a Procedural Safeguard Declaration (subsection 135.1(5) of the CCRA). In accordance with the *Decision-Making Policy Manual for Board Members* (Manual), the Board's review will not be completed until at least 15 days from the date on which the Procedural Safeguard Declaration is signed in order to allow the offender or his assistant to make written submissions. The Manual also states that the Board's review of the case will occur as soon as practicable, and within 60 days of the return to custody. Although subsection 135.1(2) of the CCRA limits the reincarceration of an offender to 90 days, the offender's counsel submits that the statutory time limit is almost always reached through the applicable procedures, insofar as the case proceeds to the Board review stage. However, during this 90-day period, the applicant is subject to an order restricting his residential liberty without being guaranteed an in-person hearing, because in-person hearings are held at the Board's discretion.

[99] The respondent does not really dispute the time limits at issue or the fact that it may be difficult in practice to obtain a final decision—within 90 days of the suspension of the LTSO. Because of these very short time limits, it is practically impossible for the applicant to apply to the Superior Court of Quebec for a writ of *habeas corpus*, especially since the Court will not have time and will not be in a better position than the Federal Court to make a declaration of unconstitutionality. In practice, a long-term offender who has been returned to custody will return to the community after 90 days, unless the offender has been charged, and a provincial judge has meanwhile ordered the offender's detention

[98] En l'espèce, le demandeur critique les délais de la procédure actuelle d'examen post-suspension d'une OSLD et qui font que le délinquant ne peut, en pratique, obtenir l'annulation d'une décision suspendant une OSLD lorsque le dossier lui est référé par le Service. En effet, le Service a 30 jours à partir de la suspension de l'OSLD pour présenter son évaluation à la Commission et en communiquer le contenu au délinquant par le biais de la Déclaration sur les garanties procédurales (paragraphe 135.1(5) de la LSCMLC). Conformément au *Manuel des politiques décisionnelles à l'intention des commissaires* (Manuel), la Commission ne peut effectuer d'examen du dossier, avant l'expiration d'un délai de 15 jours depuis la date de la signature de la Déclaration sur les garanties procédurales, afin de permettre au délinquant ou son assistant de présenter des observations écrites. Toujours selon le Manuel, la Commission doit examiner le dossier du délinquant le plus tôt possible, et dans les 60 jours qui suivent la réincarcération. Or, bien que le paragraphe 135.1(2) de la LSCMLC limite la réincarcération d'un délinquant à un maximum de 90 jours, la procureure du demandeur soumet que le délai statutaire est presque toujours atteint par le truchement des procédures applicables, et ce, dans la mesure où le dossier se rend au stade de l'examen devant la Commission. Toutefois, pendant cette période de 90 jours, le demandeur est soumis à une ordonnance restreignant sa liberté résiduaire, et ce, sans qu'il ait la garantie d'être entendu en personne — la Commission disposant du pouvoir discrétionnaire de tenir ou non une audience en personne.

[99] Le défendeur ne conteste pas vraiment les délais en cause, ni le fait qu'il peut s'avérer difficile en pratique d'obtenir un jugement final — dans un délai de 90 jours suivant la suspension de l'OSLD. À cause de ces très courts délais, il est pratiquement impossible pour le demandeur de s'adresser à la Cour supérieure du Québec pour obtenir l'émission d'un bref d'*habeas corpus*, d'autant plus que cette dernière n'aura pas le temps et ne sera pas mieux placée que la Cour fédérale pour rendre un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité. En pratique, le délinquant à contrôler qui a été réincarcéré retournera dans la collectivité après 90 jours, à moins qu'il ait été accusé au criminel et qu'un juge

pending trial or refused to release the offender on bail. The fact that the offender is in preventive detention following the filing of a criminal charge for the offence set out in section 753.3 of the *Criminal Code*, is, however, extrinsic to the Board's decision under section 135.1 of the CCRA. The Attorney General is not bound by a Board recommendation.

*C. The conditions for having a full debate and deciding on the questions of administrative and constitutional law have been met in this case*

[100] According to case law, this Court can properly issue a declaratory remedy so long as it has the jurisdiction over the issue at bar, the question before the court is real and not theoretical, and the person raising it has a real interest to raise it (*Khadr*, at paragraph 46). All of these criteria have been met in this case.

[101] First, the lawfulness of the actions of the Service or of the Board's decisions can be reviewed by this Court at first instance under sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*. This of course includes the question of whether the enabling legislative or regulatory provisions pursuant to which they initiated an action or made a decision are consistent with the Constitution.

[102] Second, the constitutional question raised by the applicant is unprecedented and is not currently being argued before another tribunal. This is not a theoretical question, whereas the constitutionality of the statutory provision—subsection 140(2) of the CCRA—continues to cause problems between the parties.

[103] Third, because the offender is subject to an LTSO, the applicant has a genuine interest in having the Court determine the constitutionality of subsections 140(1) and (2) of the CCRA when the Board conducts a post suspension review pursuant to section 135.1 of the CCRA.

provincial n'ait entretemps ordonné sa détention préventive ou ait refusé de le libérer sous caution. Le fait que le délinquant soit en détention préventive, à la suite du dépôt d'une accusation criminelle lui imputant l'infraction visée à l'article 753.3 du *Code criminel*, est toutefois un élément extrinsèque à la décision rendue par la Commission en vertu de l'article 135.1 de la LSCMLC. En effet, le procureur général n'est pas lié par une recommandation de la Commission.

*C. Les conditions pour avoir un débat complet et décider des questions de droit administratif et constitutionnel sont remplies dans le présent dossier*

[100] Selon la jurisprudence, cette Cour peut prononcer un jugement déclaratoire dans la mesure où elle a compétence sur l'objet du litige, où la question dont elle est saisie est une question réelle et non pas simplement théorique, et où la personne qui la soulève a véritablement intérêt à la soulever (*Khadr*, au paragraphe 46). Tous ces critères sont rencontrés dans le présent dossier.

[101] Premièrement, la légalité des actions du Service ou des décisions de la Commission peut être examinée par la présente Cour, en première instance, en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* — ce qui inclut bien entendu la question de savoir si les dispositions législatives ou réglementaires habilitantes en vertu desquelles ils posent une action ou prennent une décision sont conformes à la Constitution.

[102] Deuxièmement, la question constitutionnelle que soulève le demandeur est inédite et n'est actuellement pas débattue devant un autre tribunal. C'est une question qui n'est pas théorique, alors que la constitutionnalité de la disposition législative — le paragraphe 140(2) de la LSCMLC — continue de poser problème entre les parties.

[103] Troisièmement, s'agissant d'un délinquant visé par une OSLD, le demandeur a un intérêt réel à faire déterminer aujourd'hui la constitutionnalité des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC lorsque la Commission procède à un examen post-suspension en



Also, the declaratory relief sought in this case by the applicant will have immediate practical effect and will apply at once because the Board will have to comply with the ruling. In this case, the Board's position has been forcefully argued by the Attorney General of Canada who is a party to the proceeding.

*D. Binding effect of a declaration of constitutional invalidity or inoperability*

[104] I say this as an aside, but upon closer examination, the *obiter dictum* in paragraphs 70 and 71 of *Windsor SCC* also seemed to question the binding character, both at the horizontal and interjurisdictional level, of a constitutional declaration, whatever it may be. If this applies to parties involved in private law litigation, where interests are necessarily limited, the question may nonetheless arise in a public law dispute where the respondent is the Government itself represented by the Attorney General. There is the doctrine of *stare decisis*, but there is also the authority of *res judicata* between both parties. Given that this Court has jurisdiction in this matter and for the other reasons outlined above, I am of the view that it is not necessary to use my discretion and refer the matter to the Superior Court of Québec.

[105] The questions asked in *Windsor SCC* reflected some comments in *Strickland*, which was decided a year earlier. In *Strickland*, the appellants brought an application for judicial review in the Federal Court seeking a declaration that the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 were unlawful as they were not authorized by subsection 26.1(2) of the *Divorce Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 3. In exercising her discretion, the judge at first instance had refused to hear the issue on its merits: in matters of family law, the provincial superior courts were better placed than the Federal Court to decide whether the federal guidelines contravened the *Divorce Act*. In the final analysis, the Supreme Court rejected the appellant's position that the alternative remedy of litigation in the provincial superior courts was inefficient and would give rise to multiple proceedings.

vertu de l'article 135.1 de la LSCMLC. De plus, le jugement déclaratoire recherché en l'espèce par le demandeur aura un effet pratique immédiat et sera applicable sur-le-champ, puisque la Commission devra s'y conformer. En l'espèce, la position prise par la Commission est bien défendue par le procureur général du Canada qui est partie à l'instance.

*D. Effet contraignant d'une déclaration d'invalidité ou d'inopérabilité constitutionnelle*

[104] Je le dis en à côté, mais lorsqu'on y regarde de plus près, l'*obiter dictum* que l'on retrouve aux paragraphes 70 et 71 de l'arrêt *Windsor CSC* semble également questionner le caractère contraignant, tant à un niveau horizontal qu'interjuridictionnel d'un jugement déclaratoire, quel qu'il soit. Si cela vaut pour des parties impliquées dans un litige de droit privé, où les intérêts sont nécessairement limités, on peut se poser néanmoins la question lorsqu'il s'agit d'un litige de droit public où le défendeur est l'État lui-même représenté par le procureur général. Il y a l'autorité du précédent (*stare decisis*), mais il y a également l'autorité de la chose jugée (*res judicata*) entre les deux parties. Considérant que la présente Cour a compétence en la matière et pour les autres raisons indiquées plus haut, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu d'user de ma discrétion et de déférer la question à la Cour Supérieure du Québec.

[105] Le questionnement dans l'arrêt *Windsor CSC* fait d'ailleurs écho à certains commentaires dans l'arrêt *Strickland*, décidé un an plus tôt. Dans l'arrêt *Strickland*, les appelants avaient présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale en vue d'obtenir un jugement déclarant que les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfant*, DORS/97-175, étaient illégales, car elles n'étaient pas autorisées par le paragraphe 26.1(2) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl), ch. 3. Dans l'exercice de sa discrétion, la juge de première instance avait refusé d'examiner la question au mérite : les cours supérieures provinciales étaient mieux placées que la Cour fédérale pour décider, à l'occasion d'un litige de droit familial, si les directives fédérales étaient contraires à la *Loi sur le divorce*. En dernière analyse, la Cour suprême a rejeté la thèse des appelants voulant que le

[106] But beyond a number of practical considerations that are not relevant in this case, Cromwell J. noted in paragraph 53:

The appellants' position overlooks the fact that a ruling of the Federal Court on this issue would not be binding on any provincial superior court. Thus, regardless of what the Federal Court might decide, before the ruling could have any practical effect, the issue would have to be re-litigated in the superior courts, or, alternatively, litigated up to this Court. Even if there were a binding ruling that the *Guidelines* were unlawful, a proliferation of litigation would be inevitable. It would be for the provincial courts to decide the impact of the illegality of the *Guidelines* on particular support orders and that could only be done in the context of a multitude of individual cases. [My emphasis.]

[107] A cogent argument would have to answer the following question, if the roles were reversed and the same constitutional issue were decided by a provincial superior court: to what extent would a declaration of invalidity by a superior court (or provincial court of appeal) legally bind other provincial and statutory courts, including the Federal Court and the Federal Court of Appeal? To ask the question is to answer it. The answer is “no” if we consider the question from the standpoint of the doctrine of *stare decisis*. But this does not necessarily mean that the persuasive character of a ruling rendered in another jurisdiction will be set aside pursuant to the rules of judicial comity (Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2015) (Lange), at pages 499–500, referring to *Fording Coal Ltd. v. Vancouver Port Authority*, 2006 BCCA 204, 53 B.C.L.R. (4th) 278, at paragraphs 14–17, citing *Morguard Investment Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Toronto Auer Light Co. v. Colling* (1899), 31 O.R. 18 (Ch. D.)).

[108] If we now consider the verticality of the doctrine of *stare decisis*, in a unitary state, everyone knows his rank—as in a chain of command. Because, overall, while the doctrine of *stare decisis* provides some legal

recours subsidiaire consistant à s’adresser aux cours supérieures provinciales était inefficace et donnerait lieu à de multiples instances.

[106] Mais au-delà d’un certain nombre de considérations pratiques qui ne sont pas pertinentes dans le présent dossier, le juge Cromwell note au paragraphe 53 :

La thèse des appelants néglige le fait qu’aucune cour supérieure provinciale ne serait liée par une décision de la Cour fédérale sur cette question. Ainsi, peu importe la décision que pourrait rendre la Cour fédérale, la question devrait être soumise à nouveau aux cours supérieures avant que cette décision puisse avoir quelque effet pratique ou elle pourrait aussi aboutir à notre Cour. Même si la décision suivant laquelle les *Lignes directrices* sont illégales était contraignante, il y aurait inévitablement prolifération des instances. Il appartiendrait aux cours provinciales de décider de l’incidence que l’illégalité des *Lignes directrices* aurait sur certaines ordonnances alimentaires et elles ne pourraient le faire que dans le contexte d’une multitude d’affaires individuelles. [Je souligne.]

[107] Cohérence argumentaire oblige, si l’on inverse les rôles et que la même question constitutionnelle est décidée par une cour supérieure provinciale : dans quelle mesure une déclaration d’invalidité émanant d’une cour supérieure (ou d’une cour d’appel provinciale) peut-elle légalement lier les autres cours provinciales et statutaires, incluant la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale? Poser la question, c’est y répondre. La réponse c’est « non » si l’on envisage la question du point de vue de la doctrine du *stare decisis*. Mais ceci ne veut pas dire pour autant que le caractère persuasif du jugement d’une autre juridiction sera écarté suivant les règles de la courtoisie judiciaire (Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont. : LexisNexis, 2015) (Lange), aux pages 499–500, référant à l’arrêt *Fording Coal Ltd. v. Vancouver Port Authority*, 2006 BCCA 204, 53 B.C.L.R. (4th) 278, aux paragraphes 14–17, citant *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Toronto Auer Light Co. v. Colling* (1899), 31 O.R. 18 (Ch.D.)).

[108] Si l’on envisage maintenant l’autorité du précédent dans sa verticalité, dans un état unitaire, chacun connaît son rang — comme dans une chaîne de commandement. Car, à tout prendre, si la doctrine du *stare*

certainly while permitting the orderly development of the law in incremental steps (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at paragraph 44, citing *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paragraph 42)—it is more difficult to apply in the Canadian federation because of the limits of the jurisdictional or territorial competence of the Canadian courts. This is why we need a supreme court. But from a horizontal standpoint, as the Supreme Court of Canada pointed out in *Wolf v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 107, at page 109: “A provincial appellate court is not obliged, as a matter either of law or of practice, to follow a decision of the appellate court of another province unless it is persuaded that it should do so on its merits or for other independent reasons” (my emphasis). These comments were echoed after the Charter came into force in 1982 by the Court of Appeal of British Columbia in a criminal case where the accused based his appeal on a declaration of invalidity of a provision of the *Criminal Code* made by the Court of Appeal for Ontario (*R. v. Pete*, 1998 CanLII 6016, 104 B.C.A.C. 319, at paragraph 5). Similarly, it can be said that the Federal Court or the Federal Court of Appeal is not bound by the declaration of invalidity of provincial courts of appeal unless it is satisfied that it must follow that decision on the basis of its intrinsic value or other independent reasons.

[109] Ultimately, the (provincial or statutory) superior courts and the (provincial or statutory) intermediate courts do not have the final word with respect to the evolution of Canadian law (common law or civil law). The Supreme Court of Canada does. Regarding this point, as the Supreme Court pointed out in *Reference re Supreme Court*, at paragraph 85: “Drawing on the expertise of its judges from Canada’s two legal traditions, the Court ensured that the common law and the civil law would evolve side by side, while each maintained its distinctive character. The Court thus became central to the functioning of legal systems within each province and, more broadly, to the development of a unified and coherent Canadian legal system.” But as the Supreme Court itself explained, the role of the Court of

*decisis* confère un certain caractère de certitude juridique — tout en permettant l’évolution ordonnée et progressive du droit (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, au paragraphe 44, citant *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, au paragraphe 42) —, celle-ci s’applique plus difficilement dans la fédération canadienne à cause des limites de la compétence juridictionnelle ou territoriale des tribunaux canadiens. C’est pourquoi il faut une cour suprême. Mais d’un point de vue horizontal comme le soulignait la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Wolf c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 107, à la page 109 : « Une cour d’appel provinciale n’est pas obligée, ni en droit ni en pratique, de suivre une décision de la cour d’appel d’une autre province, sauf si elle est persuadée qu’elle doit le faire d’après sa valeur intrinsèque ou pour d’autres raisons indépendantes » (je souligne). Ces commentaires ont été repris après l’entrée en vigueur de la Charte en 1982 par la Cour d’appel de Colombie-Britannique dans une affaire criminelle où l’accusé fondait son appel sur la déclaration d’invalidité d’une disposition du *Code criminel* rendue par la Cour d’appel de l’Ontario (*R. v. Pete*, 1998 CanLII 6016, 104 B.C.A.C. 319, au paragraphe 5). De la même façon, on peut dire que la Cour fédérale ou la Cour fédérale d’appel ne sont pas liées par la déclaration d’invalidité des cours d’appel provinciales, sauf si elle est persuadée qu’elle doit le faire d’après sa valeur intrinsèque ou pour d’autres raisons indépendantes.

[109] En fin de compte, pour ce qui est de l’évolution du droit canadien (common law ou droit civil), le mot final n’appartient ni aux cours supérieures (provinciales ou statutaires), ni aux cours d’appel intermédiaires (provinciales ou statutaires), mais à la Cour suprême du Canada. À ce chapitre, comme le souligne la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Cour suprême*, au paragraphe 85 : « Grâce à l’expertise de ses juges issus des deux traditions juridiques du Canada, la Cour a veillé à ce que la common law et le droit civil évoluent côte à côte, tout en conservant leur caractère distinctif. La Cour est ainsi devenue essentielle au fonctionnement des systèmes juridiques dans chaque province et, plus généralement, au développement d’un système juridique canadien cohérent et unifié ». Mais comme la Cour

Canada was further enhanced as the 20th century unfolded following the abolition in 1975 of appeals as of right to the Court in civil cases (paragraph 86).

[110] But getting back to the present, we are not discussing the evolution of common law or civil law in this case. From a strictly practical point of view, what is essential in an administrative and constitutional matter such as the one before us is that the declaration of invalidity sought by a party can bind the Attorney General of Canada once the Federal Court decision has become final and all appeal mechanisms have been exhausted. In particular, this applicant is complaining about a breach of the Charter. As section 32 of the Charter dictates, the Charter applies to governments and legislatures: “Its purpose is to provide a measure of protection from the coercive power of the state and a mechanism of review to persons who find themselves unjustly burdened or affected by the actions of government” (*Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3 [at page 90]). Under subsection 24(1) of the Charter, in the event of a violation of section 7 of the Charter, the Federal Court also has jurisdiction to order appropriate remedies with regard to the review of the lawfulness of any decision made by the government or a federal board (*Singh*, at paragraphs 75–78 [pages 221–222]; *Operation Dismantle*, at paragraphs 28 and 69 [pages 450 and 474]; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at paragraph 34 [pages 598–599]).

[111] We should also revisit the concept of *lis inter partes*, which is essential to the application of *res judicata*, or even issue estoppel or abuse of process, since disputes must eventually come to an end. The Attorney General of Canada is party to this case. Pursuant to subsection 2(2) of the *Department of Justice Act*, R.S.C., 1985, c. J-2, the Minister is *ex officio* Her Majesty’s Attorney General of Canada, in that the Minister holds office during pleasure and has the management and direction of the Department. Furthermore, section 4 stipulates that the Minister is the official legal adviser of the Governor General and the legal member of the Queen’s

suprême l’explique elle-même, dans la dernière partie du 20<sup>e</sup> siècle, le rôle de la Cour a encore évolué suite à l’abolition en 1975 des appels de plein de droit en matière civile (paragraphe 86).

[110] Mais situons nous dans le présent encore une fois. On ne parle pas ici de l’évolution de la common law ou du droit civil. D’un point de vue strictement pratique, ce qui est primordial dans un dossier de nature administrative et constitutionnelle comme celui d’aujourd’hui, c’est que le jugement déclaratoire d’invalidité que recherche une partie puisse lier le procureur général du Canada, et ce, une fois que le jugement de la Cour fédérale sera devenu final et que tous les mécanismes d’appel auront été épuisés. En particulier, le présent demandeur reproche un manquement à la Charte. Or, comme l’édicte l’article 32 de la Charte, celle-ci s’applique aux gouvernements et aux législatures : « Son objet est d’offrir un moyen de protection contre le pouvoir coercitif de l’État ainsi qu’un mécanisme d’examen aux personnes qui s’estiment injustement accablées ou lésées par les actes du gouvernement » (*Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3 [à la page 90]). D’autre part, en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte, en cas de violation à l’article 7 de la Charte, la Cour fédérale a également compétence pour ordonner les réparations convenables à l’occasion de l’examen de la légalité de toute décision du gouvernement ou d’un office fédéral (*Singh*, aux paragraphes 75–78 [pages 221–222]; *Operation Dismantle*, aux paragraphes 28 et 69 [pages 450 et 474]; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, au paragraphe 34 [pages 598–599]).

[111] Aussi, revenons à la notion de *lis inter partes*, qui est essentielle à l’application de la chose jugée (*res judicata*), voire à la préclusion (*issue estoppel*) ou à l’abus de procédure, car les litiges doivent avoir une fin un jour. Le procureur général du Canada est partie au présent dossier. Selon le paragraphe 2(2) de la *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. (1985), ch. J-2, le ministre de la Justice est d’office procureur général de Sa Majesté au Canada, en ce qu’il occupe sa charge à titre amovible et assure la direction et la gestion du ministère. De surcroît, l’article 4 prévoit que le ministre de la Justice est le conseiller juridique officiel du gouverneur général et le juriste du

Privy Council for Canada and shall see that the administration of public affairs is in accordance with law and advise on the legislative Acts. Under subsection 4.1(1), the Minister shall examine whether the Bills and regulations are inconsistent with the purposes and provisions of the Charter. Finally, paragraph 5(1)(d) dictates that the Attorney General of Canada shall have the regulation and conduct of all litigation for or against the Crown or any department, in respect of any subject within the authority or jurisdiction of Canada. There is really nothing new in this legislative expression. The Attorney General of Canada and the Attorneys General of the provinces, collectively, are the descendants of the Attorney General of England (section 135 of the *Constitution Act, 1867*). An important aspect of the Attorney General of England's traditional constitutional role is to protect the public interest in the administration of justice. However, in Canada, the Attorney General is charged with duties that go beyond the management of prosecutions. Unlike England, the Attorney General is also the Minister of Justice and is generally responsible for drafting the legislation tabled by the government of the day (*Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at paragraphs 24–27; *Cosgrove v. Canadian Judicial Council*, 2007 FCA 103, [2007] 4 F.C.R. 714, at paragraphs 34–36— [application for leave to appeal to the] Supreme Court denied [2007] 3 S.C.R. x). This is another notable aspect of the constitutional evolution of Canadian institutions.

[112] It is safe to say that in constitutional cases, the effect of declarations of inoperability made by a court of law pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982* is not trivial (Sarna, at pages 151–153). It goes without saying that the issue of whether such a declaration should be suspended—in order not to create a legislative vacuum—is a consideration in the public interest which may be studied by the trial Judge after having heard the representations of the parties, including of course, those of the Attorney General. Eventually, depending on whether a judicial declaration has been made at first instance, a party may appeal to an intermediate court of

Conseil privé de Sa Majesté pour le Canada, notamment en veillant au respect de la loi dans l'administration des affaires publiques et donne son avis sur les mesures législatives. D'ailleurs, selon le paragraphe 4.1(1), le ministre de la Justice est chargé de vérifier si les projets de loi et de textes réglementaires sont incompatibles avec les fins et dispositions de la Charte. Enfin, l'alinéa 5(1)d dicte que le procureur général du Canada est chargé des intérêts de la Couronne et des ministères dans tout litige où ils sont parties et portant sur des matières de compétence fédérale. Il n'y a vraiment rien de nouveau dans cette expression législative. En effet, le procureur général du Canada et les procureurs généraux des provinces, collectivement, sont les descendants du procureur général d'Angleterre (article 135 de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Or, un aspect important du rôle constitutionnel traditionnel du procureur général d'Angleterre consiste à protéger l'intérêt public dans l'administration de la justice. Cependant, au Canada, les fonctions du procureur général vont au-delà de la gestion des poursuites. Contrairement à la situation en Angleterre, le procureur général est également ministre de la Justice et est généralement responsable de la rédaction des lois déposées par le gouvernement de l'heure (*Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, aux paragraphes 24–27; *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, 2007 CAF 103, [2007] 4 R.C.F. 714, aux paragraphes 34–36 — [demande d'autorisation d'] appel à la Cour suprême rejeté [2007] 3 R.C.S. x). C'est un autre aspect notable de l'évolution constitutionnelle des institutions canadiennes.

[112] On peut le dire sans se tromper. Dans les dossiers constitutionnels, les déclarations d'inopérabilité prononcées en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* par une cour de justice n'ont pas un effet anodin (Sarna, aux pages 151–153). Il va de soi que la question de la suspension ou non de telle déclaration — pour ne pas créer un vacuum législatif — est une considération d'intérêt public qui pourra être considérée par le juge de première instance après avoir entendu les représentations des parties, incluant bien entendu celles du procureur général. À terme, après qu'un jugement déclaratoire aura été ou non prononcé en première instance, une partie

appeal, and the constitutional question may ultimately be decided by the Supreme Court.

[113] Similarly, if the court of law considers, in exercising the remedial power set out in subsection 24(1) of the Charter — that a declaration, rather than a particular concrete remedy, is appropriate and just under the circumstances, it should not be assumed that such a judicial declaration will not have any meaningful effect from a practical standpoint. In *Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)*, 2015 SCC 21, [2015] 2 S.C.R. 139, the Supreme Court pointed out that judicial declarations are often made under section 23 of the Charter, the minority language education provision that guarantees minority language rights holders the right to have their children receive primary and secondary school instruction in English or French.

[114] At paragraph 65, Karakatsanis J. noted in this regard:

That said, there is a tradition in Canada of state actors taking *Charter* declarations seriously: see, e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 40–37. As this Court noted in *Doucet-Boudreau*, “[t]he assumption underlying this choice of remedy is that governments will comply with the declaration promptly and fully” (para. 62). Indeed, this represents one reason why courts often choose to issue declarations in the context of s. 23 (M. Doucet, “L’article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*” (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 421, at pp. 462–63). [My emphasis.]

[115] At the risk of repeating myself, the Attorney General of Canada was validly constituted as the respondent in this application for judicial review and judicial declaration—which alleges that subsections 140(1) and (2) of the CCRA are inconsistent with the constitutional right guaranteed in section 7 of the Charter. In this case, the Government of Canada will be bound by this Court’s ruling, once the decision has become final and all appeal mechanisms have been exhausted. I am

pourra faire appel devant une cour d’appel intermédiaire, et la question constitutionnelle pourra être tranchée en dernier ressort par la Cour suprême.

[113] De la même manière, si la cour de justice estime, dans l’exercice du pouvoir de réparation prévu au paragraphe 24(1) de la Charte — qu’une déclaration, plutôt qu’une réparation concrète particulière, est convenable et juste eu égard aux circonstances, il ne faudrait pas penser que pareille déclaration judiciaire n’aura aucun effet utile d’un point de vue pratique. Dans l’arrêt *Association des parents de l’école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, [2015] 2 R.C.S. 139, la Cour suprême rappelle que des jugements déclaratoires sont souvent rendus dans le contexte de l’article 23 de la Charte, soit la disposition relative à l’instruction dans la langue de la minorité qui garantit aux titulaires de droits linguistiques minoritaires le droit de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, en français ou en anglais.

[114] Au paragraphe 65, la juge Karakatsanis note à ce sujet :

Cela dit, la tradition au Canada veut que les représentants de l’État prennent au sérieux les jugements déclaratoires fondés sur la *Charte* : voir, p. ex., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), p. 40-37. Comme l’a fait remarquer la Cour dans l’arrêt *Doucet-Boudreau*, « [e]n choisissant ce type de réparation, on tient pour acquis que le gouvernement en question se conformera rapidement et entièrement au jugement rendu » (par. 62). C’est d’ailleurs une des raisons pour lesquelles les tribunaux choisissent souvent de rendre des jugements déclaratoires dans le contexte de l’art. 23 (M. Doucet, « L’article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 421, p. 462-463). [Je souligne.]

[115] Au risque de me répéter, le procureur général du Canada a été validement constitué à titre de défendeur dans la présente demande de contrôle judiciaire et de jugement déclaratoire — laquelle fait état d’une prétendue incompatibilité des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC au droit constitutionnel garanti à l’article 7 de la Charte. En l’espèce, le gouvernement du Canada sera lié par le jugement de la présente Cour, une fois que celui-ci sera final et que les mécanismes d’appel

therefore satisfied that any declaratory relief in this case may have a meaningful effect. If a party is dissatisfied, it can still appeal to the Federal Court of Appeal or even to the Supreme Court.

[116] Consequently, it would not be in the best interests of justice to ask the applicant to have the Superior Court of Québec address this point in order to resolve the constitutional question now before the Federal Court. Considering the costs already incurred by the parties and that this Court is equally well placed to settle the question involving the CCRA, this is not a case where the Court should exercise its discretion to stay these proceedings pursuant to section 50 of the *Federal Courts Act*.

#### VI. Merits of the parties' arguments on the constitutional question

[117] It is now a matter of determining whether subsections 140(1) and (2) of the CCRA violate section 7 of the Charter, which states that everyone has the “right to life, liberty and security of the person” and the right not to be deprived thereof except “in accordance with the principles of fundamental justice.”

##### A. *Issue*

[118] To a large extent, the Charter argument and the administrative law argument meet without merging. On the one hand, if the statutory provisions at issue are inconsistent with section 7 and cannot be justified under section 1 of the Charter, the Court may provide declaratory relief under section 52 of the *Constitution Act, 1982*. On the other hand, if the legislative discretion to hold a hearing is not in itself inconsistent with section 7 of the Charter, and it is rather the Board's use of this discretion that is problematic, the Court may prescribe a remedy that it considers appropriate and just, under subsection 24(1) of the Charter, which may include granting declaratory relief under section 18 of the *Federal Courts Act*.

auront été épuisés. Je suis donc satisfait que tout jugement déclaratoire dans ce dossier pourra avoir un effet utile. Si une partie est insatisfaite, elle pourra toujours faire appel devant la Cour d'appel fédérale, voire devant la Cour suprême.

[116] En conséquence, il serait contraire aux meilleurs intérêts de la justice que d'inviter le demandeur à s'adresser à ce point-ci à la Cour supérieure du Québec pour faire trancher la question constitutionnelle dont est aujourd'hui légalement saisie la Cour fédérale. Considérant les frais déjà engagés par les parties et que la présente Cour est tout aussi bien placée pour trancher la question au niveau de la LSCMLC, il ne s'agit pas d'un dossier où la Cour devrait utiliser sa discrétion pour suspendre la présente instance en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

#### VI. Mérite des arguments des parties concernant la question constitutionnelle

[117] Il s'agit maintenant de déterminer si les paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC violent l'article 7 de la Charte, qui garantit à chacun le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne », et qui précise qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'« en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

##### A. *Problématique*

[118] Dans une large mesure, l'argument de la Charte et l'argument de droit administratif du demandeur se rejoignent, sans se confondre cependant. D'une part, si les dispositions législatives en cause sont incompatibles avec l'article 7 et ne peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la Charte, la Cour peut rendre un jugement déclaratoire, en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. D'autre part, si la discrétion législative de tenir une audience n'est pas en soi contraire à l'article 7 de la Charte, et que c'est plutôt son exercice par la Commission qui est problématique, la Cour peut prescrire la réparation qu'elle estime convenable et juste, en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte, ce qui peut inclure une déclaration comme le permet l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[119] In general, the onus is on the applicant to prove two things: first, that he has suffered or may suffer prejudice to his right to life, liberty and security of person; and, second, that the breach violated or did not conform to the principles of fundamental justice. If the claimant succeeds, the government bears the burden of justifying the deprivation under section 1, which provides that the rights guaranteed by the Charter are subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 12).

#### B. *Positions of the parties*

[120] At the risk of repeating myself, here is a brief summary of the positions of the parties. The applicant argues that subsection 140 (2) of the CCRA, which gives the Board discretion to hold a hearing, must be declared invalid or inoperative in the case of long-term offenders subject to an LTSO. The respondent counters that the discretion granted under subsection 140(2) of the CCRA is not the problem. Rather, the problem lies with the Board's duty, derived from the principles of fundamental justice, to exercise that power in a manner consistent with section 7 of the Charter.

[121] As indicated above, the outcome of the dispute depends on the discretion to hold a hearing under subsection 140(2) of the CCRA. The constitutional argument was formally raised by the applicant before the Board, but the Board preferred not to address it in the contested decision. We should keep in mind here that in addition to the judgments rendered by the Superior Court of Québec and the Appeal Court of Quebec in *Canada (Procureur général) v. Way*, 2015 QCCA 1576 (CanLII) (*Way CA*), confirming [*sub nom. Way c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*] 2014 QCCS 4193 (*Way Sup Ct*), counsel for the applicant cited in her written submissions of June 5, 2016, in support of her requisition for hearing before the Board, various decisions of the Supreme Court of Canada and the provincial superior or appellate courts (*Gamble* [cited above]; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and*

[119] De manière générale, le demandeur a le fardeau de prouver deux éléments : premièrement, qu'il a subi ou qu'il pourrait subir une atteinte à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; et, deuxièmement, que cette atteinte ne respecte pas ou ne respecterait pas les principes de justice fondamentale. Si le demandeur réussit à faire cette preuve, le gouvernement a le fardeau de justifier l'atteinte en application de l'article premier, selon lequel les droits garantis par la Charte ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 12).

#### B. *Position des parties*

[120] Au risque de me répéter, résumons succinctement la thèse des deux parties. Le demandeur soumet que le paragraphe 140(2) de la LSCMLC, qui accorde discrétion à la Commission de tenir une audience, doit être déclaré invalide ou inopérant dans le cas des délinquants à contrôler soumis à une OSLD. Le défendeur rétorque que ce n'est pas l'existence de la discrétion prévue au paragraphe 140(2) de la LSCMLC qui pose problème, mais plutôt l'obligation de la Commission, découlant des principes de justice fondamentale, d'exercer ce pouvoir de manière compatible à l'article 7 de la Charte.

[121] Tel qu'indiqué précédemment, l'issue du litige repose sur la discrétion de tenir ou non une audience en vertu du paragraphe 140(2) de la LSCMLC. L'argument constitutionnel a été formellement soulevé par le demandeur devant la Commission, mais celle-ci a préféré ne pas en traiter dans la décision contestée. Rappelons ici qu'en plus des jugements rendus par la Cour supérieure du Québec et la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Way*, 2015 QCCA 1576 (CanLII) (*Way CA*), confirmant [*sub nom. Way c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*] 2014 QCCS 4193 (*Way CS*), la procureure du demandeur avait invoqué dans ses représentations écrites du 5 juin 2016, à l'appui de sa demande d'audience devant la Commission, divers arrêts de la Cour suprême du Canada et des cours supérieures ou d'appel provinciales (*Gamble* [précité]; *Baker c. Canada (Ministre de*



*Immigration*), [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*), at paragraphs 21–28; *R. v. Gatza*, 2016 ABPC 37 (CanLII) (*Gatza*); *R. v. Bourdon*, 2012 ONCA 256 (CanLII), 110 O.R. (3d) 168 (*Bourdon*); *Regina v. Cadeddu*; *Regina v. Nunery* (1982), 40 O.R. (2d) 128 (H.C.J.) (*Cadeddu*); *Illes v. Kent Institution*, 2001 BCSC 1465, 160 C.C.C. (3d) 307; *R. v. Swan* (1983), 35 C.R. (3d) 135 (B.C.S.C.) (*Swan*)), and a recent Federal Court decision (*Gallone*) which confirmed the right to an oral hearing in such a case. None of these decisions were considered by the Board in the decision under review.

[122] Relying on the case law cited above and the reasoning of the Superior Court and the Court of Appeal of Quebec in *Way*, the applicant argues that the same finding of invalidity or inoperability of subsections 140(1) and (2) of the CCRA is required in the case of long-term offenders whose LTSO has been suspended by the Service and whose case has been referred to the Board under section 135.1 of the CCRA. A hearing must be held, unless the offender waives this right in writing or fails to attend the hearing.

[123] The respondent counters these arguments by stating that the declaration of invalidity made in *Way* does not apply in this case, because the reasoning of the Superior Court and the Court of Appeal of Quebec does not support the applicant's arguments. The respondent notes that an in-person post-suspension hearing was never automatically granted by law to the offender whose LTSO was suspended under section 135.1 of the CCRA. Also, there are major differences between the suspension of an LTSO and the suspension, cancellation, termination or revocation of parole or statutory release by the Board.

[124] The applicant replies that the respondent's narrow interpretation of subsections 140(1) and (2) of the CCRA is inconsistent with the fundamental right to be heard, and submits that in all cases where an LTSO is

*la Citoyenneté et de l'Immigration*), [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*), aux paragraphes 21–28; *R. v. Gatza*, 2016 ABPC 37 (CanLII) (*Gatza*); *R. v. Bourdon*, 2012 ONCA 256 (CanLII), 110 O.R. (3d) 168 (*Bourdon*); *Regina v. Cadeddu*; *Regina v. Nunery* (1982), 40 O.R. (2d) 128 (H.C.J.) (*Cadeddu*); *Illes v. Kent Institution*, 2001 BCSC 1465, 160 C.C.C. (3d) 307; *R. v. Swan* (1983), 35 C.R. (3d) 135 (B.C.S.C.) (*Swan*)), ainsi qu'une décision récente de la Cour fédérale (*Gallone*) venant confirmer, en pareil cas, le droit à une audience orale. Aucune de ces décisions n'a été considérée par la Commission dans la décision sous étude.

[122] S'appuyant sur la jurisprudence citée plus haut et reprenant à son compte le raisonnement de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Way*, le demandeur soumet que la même conclusion d'invalidité ou d'inopérabilité des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC s'impose dans le cas des délinquants à contrôler dont l'OSLD a été suspendue par le Service et dont le dossier a été référé à la Commission en vertu de l'article 135.1 de la LSCMLC. Une audience doit être obligatoirement tenue, à moins que le délinquant renonce à ce droit par écrit ou fasse défaut de se présenter à l'audience.

[123] Le défendeur répond à ces arguments en précisant que la déclaration d'invalidité prononcée dans l'arrêt *Way* ne s'applique pas en l'espèce, tandis que le raisonnement de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec n'appuie pas les prétentions du demandeur. Le défendeur souligne que la tenue d'une audience post-suspension en personne n'a jamais été accordée automatiquement par la loi au délinquant dont l'OSLD est suspendue en vertu de l'article 135.1 de la LSCMLC. De plus, il existe des différences majeures entre la suspension d'une OSLD, d'une part, et la suspension, l'annulation, la cessation ou la révocation de la libération conditionnelle ou d'office par la Commission, d'autre part.

[124] Le demandeur réplique que la lecture restrictive que fait le défendeur des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC va à l'encontre du droit fondamental d'être entendu, et soumet que, dans tous les cas de

suspended, the long-term offender's residual liberty is in fact restricted. Also, everything in the case law indicating that it is important that the prisoner be able to submit his own version of the facts to the Board suggests that any type of *ex parte* hearing is very suspect (*Swan; Cadeddu; Conroy and The Queen (Re)* (1983), 42 O.R. (2d) 342 (H.C.J.); *R. v. Lowe* (1983), 149 D.L.R. (3d) 732 (B.C.S.C.)).

*C. Legal framework governing long-term supervision orders*

[125] This has already been explained. Actions taken by the Service and decisions made by the Board with respect to supervision of long-term offenders fall within the authority of the Parliament of Canada. The applicable guidelines are found in the *Criminal Code* and the CCRA. An overview follows.

[126] First, section 753.1 of the *Criminal Code* allows a judge, at the time of sentencing, to declare a person a "long-term offender" (offender). At the expiration of the sentence, the offender is then subject to an LTSO for a period that does not exceed 10 years. It is important to note that the purpose of any such conditional release is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by making appropriate decisions as to the timing and conditions of release that will best facilitate the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens (section 100 of the CCRA).

[127] On the other hand, it is up to the Board to establish the specific conditions of the LTSO. These conditions remain valid for the period that the Board specifies (subsection 134.1(3) of the CCRA). This notwithstanding, the general conditions set out in subsection 161(1) of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620 (Regulations), are applicable, with necessary modifications, to the offender supervised by an LTSO (subsection 134.1(1) of the CCRA).

suspension d'une OSLD, la liberté résiduaire du délinquant à contrôler est effectivement restreinte. De plus, tout ce qui a été dit dans la jurisprudence au sujet de l'importance pour le détenu de pouvoir présenter à la Commission sa propre version des faits rend très suspecte toute forme d'audience *ex parte* (*Swan; Cadeddu; Conroy and The Queen (Re)* (1983), 42 O.R. (2d) 342 (H.C.J.); *R. v. Lowe* (1983), 149 D.L.R. (3d) 732 (C.S.C.-B.)).

*C. Cadre juridique régissant les ordonnances de surveillance de longue durée*

[125] Nous l'avons déjà expliqué. Les actions que peut poser le Service ou les décisions que peut rendre la Commission en matière de surveillance d'un délinquant à contrôler relèvent de la compétence du Parlement du Canada. Les règles applicables se retrouvent soit au *Code criminel*, soit dans la LSCMLC. En voici un aperçu général.

[126] En premier lieu, l'article 753.1 du *Code criminel* permet à un juge, lors de l'imposition d'une peine, de déclarer une personne « délinquant à contrôler » (délinquant). Le délinquant sera alors soumis à une OSLD ne pouvant excéder 10 ans suite à l'expiration de sa peine d'emprisonnement. Car, faut-il le rappeler, la mise en liberté sous condition vise à contribuer au maintien d'une société juste, paisible et sûre en favorisant, par la prise de décisions appropriées quant au moment et aux conditions de leur mise en liberté, la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en tant que citoyens respectueux des lois (article 100 de la LSCMLC).

[127] D'un autre côté, il incombe à la Commission de fixer les conditions particulières de l'OSLD. Les conditions imposées par la Commission sont valables pendant la période qu'elle fixe (paragraphe 134.1(3) de la LSCMLC). Cela dit, les conditions générales prévues par le paragraphe 161(1) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620 (Règlement), s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, au délinquant surveillé aux termes d'une OSLD (paragraphe 134.1(1) de la LSCMLC).

[128] The Board may, at any time during the supervision period, vary or remove any such conditions (subsection 134.1(4) of the CCRA). Additionally, an offender who is required to be supervised, a member of the Board or, on approval of the Board, the offender's parole supervisor, may apply to a superior court of criminal jurisdiction for an order reducing the period of long-term supervision or terminating it on the ground that the offender no longer presents a substantial risk of reoffending and thereby being a danger to the community. The onus of proving that ground is on the applicant (subsection 753.2(3) of the *Criminal Code*).

[129] Administrative and penal mechanisms are in place to limit or otherwise control the residual liberty of the offender supervised by an LTSO with a view to ensuring the offender complies with the conditions of the LTSO.

[130] First, subsection 134.2(1) of the CCRA provides that an offender supervised by an LTSO shall comply with any instructions given by a member of the Board or a person designated, by name or by position, by the Chairperson of the Board or by the Commissioner, or given by the offender's parole supervisor, respecting any conditions of long-term supervision in order to prevent a breach of any condition or to protect society. Meanwhile, subsection 753.3(1) of the *Criminal Code* provides that an offender who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with long-term supervision is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding 10 years.

[131] Second, when an offender fails to comply with a condition of an LTSO, the Service may suspend the community supervision and authorize the recommitment of the offender to custody for a period not exceeding 90 days (subsections 135.1(1) to (4) of the CCRA). In this circumstance, the Correctional Service Canada Commissioner's Directive No. 715-2 (Post-Release Decision Process) concerning the post-release decision process [Directive] provides that the Service shall review the case. The LTSO is suspended only when an offender's risk is assessed as unmanageable in the community. If applicable, a warrant of suspension of conditional

[128] Les conditions d'une OSLD peuvent être modifiées ou annulées par la Commission au cours de la période de surveillance (paragraphe 134.1(4) de la LSCMLC). De surcroît, le délinquant soumis à une surveillance de longue durée peut — tout comme un membre de la Commission ou, avec l'approbation de celle-ci, son surveillant de liberté conditionnelle — demander à la cour supérieure de juridiction criminelle de réduire la période de surveillance ou d'y mettre fin pour le motif qu'il ne présente plus un risque élevé de récidive et, de ce fait, n'est plus une menace pour la collectivité, le fardeau de la preuve incombant au demandeur (paragraphe 753.2(3) du *Code criminel*).

[129] Aux fins d'assurer le respect par le délinquant des conditions de l'OSLD, des mécanismes administratifs et criminels viennent encadrer, voire limiter, la liberté résiduelle du délinquant surveillé aux termes d'une OSLD.

[130] Premièrement, le paragraphe 134.2(1) de la LSCMLC prévoit que le délinquant qui est surveillé aux termes d'une OSLD doit observer les consignes que lui donne son surveillant de liberté conditionnelle, un membre de la Commission ou la personne que le président ou le commissaire désigne nommément ou par indication de son poste en vue de prévenir la violation des conditions imposées ou de protéger la société. Or, le paragraphe 753.3(1) du *Code criminel* prévoit que le délinquant qui, sans excuse raisonnable, omet ou refuse de se conformer à la surveillance de longue durée à laquelle il est soumis est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de 10 ans.

[131] Deuxièmement, en cas d'inobservation d'une condition découlant de l'OSLD, la surveillance d'un délinquant dans la communauté peut faire l'objet d'une suspension par le Service et le délinquant peut être réincarcéré dans un pénitencier pour une période maximale de 90 jours (paragraphe 135.1(1) à (4) de la LSCMLC). En pareil cas, la Directive du Service correctionnel du Canada concernant le processus décisionnel post libératoire (Directive) prévoit que le Service procède à une évaluation du dossier. L'OSLD ne sera suspendue que lorsque le risque que présente le délinquant est considéré comme impossible à gérer dans

release is issued. A post-suspension interview is then conducted to advise the offender of the details of the suspension and provide him/her an opportunity to explain his/her conduct.

[132] Third, if the Service does not cancel the suspension, the offender's case may be referred to the Board for review (subsection 135.1(5) of the CCRA). Where an officer of the Service finds that the suspension should be continued, the officer forwards to the Board an "Assessment for Decision" and shares any non-confidential information from the assessment with the offender. The offender may make written representations and request a meeting in person with the Board. However, as explained below, the decision to hold a hearing is discretionary in this case (subsections 140(1) and (2) of the CCRA).

[133] The Board shall, on the referral to it of the case, review the case and, before the end of the maximum period of 90 days, may: (1) cancel the suspension, if the Board is satisfied that, in view of the offender's behaviour while being supervised, resumption would not constitute a substantial risk by reason of the offender re-offending before the expiration of the period; (2) where the Board is satisfied that no appropriate program of supervision can be established that would adequately protect society from the risk of the offender reoffending, and that it appears that a breach has occurred, recommend that an information be laid charging the offender with an offence under section 753.3 of the *Criminal Code* (subsection 135.1(6) of the CCRA).

[134] If the Board recommends that an information be laid, the Service shall make the recommendation to the Attorney General who has jurisdiction in the place in which the breach of the condition occurred—in other words, the provincial Crown (subsection 135.1(7) of the CCRA). The presumption of innocence applies to this step (paragraph 11(d) of the Charter), while the person charged has a right not to be denied reasonable bail without just cause (paragraph 11(e) of the Charter). An offender that does not pose a risk may consequently request conditional release pending the hearing of his/her case.

la collectivité. Le cas échéant, un mandat de suspension de la mise en liberté sera émis. S'en suivra entrevue post-suspension afin d'informer le délinquant des motifs de la suspension et de lui donner l'opportunité d'expliquer sa conduite.

[132] Troisièmement, si le Service n'annule pas la suspension, le dossier du délinquant pourra être renvoyé pour examen devant la Commission (paragraphe 135.1(5) de la LSCMLC). Lorsque l'agent du Service juge que la suspension doit être maintenue, il transmet à la Commission une « Évaluation en vue d'une décision » dont les éléments non confidentiels sont communiqués au délinquant. Ce dernier peut faire des représentations écrites et demander d'être rencontré en personne par la Commission. Toutefois, tel qu'il sera expliqué plus loin, la tenue d'une audience est discrétionnaire dans un tel cas (paragraphe 140(1) et (2) de la LSCMLC).

[133] Une fois saisie du dossier, la Commission examine le cas et, avant l'expiration de la période maximale de 90 jours, elle peut : 1) soit annuler la suspension si elle est d'avis, compte tenu de la conduite du délinquant durant la période de surveillance, que le risque de récidive avant l'expiration de cette période n'est pas élevé; 2) soit recommander le dépôt d'une dénonciation imputant au délinquant l'infraction visée à l'article 753.3 du *Code criminel*, si elle est d'avis qu'aucun programme de surveillance ne peut adéquatement protéger la société contre le risque de récidive et que, selon toute apparence, les conditions de la surveillance n'ont pas été observées (paragraphe 135.1(6) de la LSCMLC).

[134] Dans le cas où la Commission recommande de prendre une poursuite criminelle, la recommandation est acheminée par le Service au procureur général du lieu où l'inobservation des conditions de surveillance a été constatée — en d'autres termes, à la Couronne provinciale (paragraphe 135.1(7) de la LSCMLC). La présomption d'innocence s'applique à cette étape (alinéa 11d) de la Charte, alors que l'inculpé a le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une liberté assortie d'un cautionnement raisonnable (alinéa 11e) de la Charte). Le délinquant pourra donc demander d'être

[135] If the offender is found guilty of an offence referred to in section 753.3 of the *Criminal Code*, then the judge is responsible for determining, among the entire range of sentencing options, the sentence proportional to both the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. The breach of an LTSO is not governed by a separate sentencing code or system. Time spent in preventive detention following indictment of the offender is taken into account although not necessarily time elapsed during the LTSO suspension period (maximum 90 days).

*D. Hearing before the Board: Mandatory or discretionary?*

[136] Section 140 of the CCRA describes the cases in which a hearing before the Board is mandatory or discretionary. The text of section 140 is cited above (paragraph 4).

[137] Subsection 140(1) of the CCRA stipulates that a hearing is mandatory in the cases listed in paragraphs (a) to (e) of subsection (1). However, according to subsection 140(2) of the CCRA, a hearing is at the Board's discretion in other cases, which includes a post-suspension hearing following the suspension of an LTSO (section 135.1 of the CCRA).

[138] The specific cases in which a hearing is mandatory are set out by the Quebec Court of Appeal in *Way CA*, in paragraphs 41 to 48. I am taking the liberty of reproducing this list from *Way CA* while disregarding the footnotes.

[139] Under paragraph [140(1)](a), the Board shall hold a hearing for the first review for day parole of the parties in question. In cases where the offender served a sentence of less than two years, the Board is not required to hold a hearing.

libéré sous condition dans l'attente de son procès s'il ne représente pas un risque.

[135] Si le délinquant est trouvé coupable de l'infraction visée à l'article 753.3 du *Code criminel*, il incombera au juge de déterminer, parmi toutes les sanctions possibles, celle qui est proportionnelle à la fois à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. La violation d'une OSLD n'est pas régie par un code ou système distinct de détermination de la peine. Le temps passé en détention préventive après la mise en accusation du délinquant sera pris en compte, mais pas nécessairement le temps s'étant écoulé durant la période de suspension de l'OSLD (maximum de 90 jours).

*D. Audience devant la Commission : obligatoire ou discrétionnaire?*

[136] C'est l'article 140 de la LSCMLC qui précise dans quel cas une audience devant la Commission est obligatoire ou discrétionnaire. Le texte de l'article 140 a été reproduit plus haut (paragraphe 4).

[137] Le paragraphe 140(1) de la LSCMLC prévoit que la tenue d'une audience est obligatoire dans les cas mentionnés aux alinéas a) à e) du paragraphe (1). Par contre, selon le paragraphe 140(2) de la LSCMLC, une audience est laissée à la discrétion de la Commission dans les autres cas — ce qui inclut la tenue d'une audience post-suspension suivant la suspension d'une OSLD (article 135.1 de la LSCMLC).

[138] Les cas spécifiques où une audience est obligatoire sont recensés par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Way CA*, aux paragraphes 41 à 48. Aussi, je me permets d'en reprendre l'énumération, tout en ignorant les notes en bas de page du jugement *Way CA*.

[139] En vertu de l'alinéa [140(1)]a), la Commission doit tenir une audience à l'occasion du premier examen du cas qui suit la demande de semi-liberté des intéressés. Dans le cas d'une peine d'emprisonnement de moins de deux ans, la Commission n'a pas l'obligation de tenir une audience.

[140] Under paragraph [140(1)](b), the Board shall hold a hearing when reviewing the case of every offender who is serving a sentence of two years or more and who is not within the jurisdiction of a provincial parole board for the purpose of deciding whether to grant full parole. It shall also hold a hearing in relation to further review subsequent to a decision not to grant full parole or day parole or where a review was not conducted because the offender advised the Board that they do not wish to be considered for full parole. This further review is conducted within two years of the decision. The Board also holds a hearing when conducting another review concerning the cancellation or termination of parole. This further review is also conducted within two years of the cancellation or termination.

[141] Under paragraph [140(1)](c), the Board shall hold a hearing when reviewing the case of an offender “who is serving a sentence of two years or more that includes a sentence imposed for an offence set out in Schedule I or II or an offence set out in Schedule I or II that is punishable under section 130 of the *National Defence Act*.” Sections 129, 130 and 131 of the CCRA appear under the “Detention during Period of Statutory Release” heading.

[142] Under paragraph [140(1)](d), the Board shall hold a hearing for “a review following a cancellation of parole”. It is to be noted that in 2012, paragraph 140(1)(d) of the CCRA was amended by section 527 of the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19 (2012 amendments). These legislative changes came into force on December 1, 2012 (see SI/2012-88). Previously, paragraph 140(1)(d) of the CCRA provided that the Board was to hold a hearing for a review following “suspension, cancellation, termination or revocation of parole or following a suspension, termination or revocation of statutory release.”

[143] Under paragraph [140(1)](e) and under the Regulations, the Board shall hold a hearing where an offender applies for an unescorted temporary absence if the Board has not yet granted a first unescorted temporary

[140] Selon l’alinéa [140(1)]b), la Commission doit tenir une audience lorsqu’elle examine le dossier de délinquants qui purgent une peine d’emprisonnement de deux ans ou plus et qui ne relèvent pas d’une commission provinciale pour décider s’il y a lieu d’accorder la libération conditionnelle totale. Elle doit également tenir une audience dans le cas d’un réexamen à la suite du refus d’une libération conditionnelle totale ou du refus d’une semi-liberté ou lorsqu’il n’y a pas eu d’examen en raison de l’avis d’un délinquant qu’il ne souhaite pas bénéficier de la libération conditionnelle totale. Ce réexamen se tient dans les deux ans de la décision. La Commission tient aussi une audience lors d’un réexamen en cas d’annulation ou de cessation de la libération conditionnelle. Ce réexamen se tient également dans les deux ans de la date d’annulation ou de cessation.

[141] En vertu de l’alinéa [140(1)]c), la Commission doit tenir une audience lorsqu’elle examine ou réexamine le dossier d’un délinquant « dont la peine d’emprisonnement d’au moins deux ans comprend une peine infligée pour une infraction visée à l’annexe I ou II ou mentionnée à l’une ou l’autre de celles-ci et qui est punissable en vertu de l’article 130 de la *Loi sur la défense nationale* ». Les articles 129, 130 et 131 de la LSCMLC sont dans la section « Maintien en incarcération au cours de la période prévue pour la libération d’office ».

[142] En vertu de l’alinéa [140(1)]d), la Commission doit tenir une audience dans « les examens qui suivent l’annulation de la libération conditionnelle ». Rappelons qu’en 2012, l’alinéa 140(1)d) de la LSCMLC a été modifié par l’article 527 de la *Loi sur l’emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19 (amendements de 2012). Ces modifications législatives sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2012 (voir TR/2012-88). Auparavant, l’alinéa 140(1)d) de la LSCMLC prévoyait que la Commission devait tenir une audience pour tous les examens suivants : « la suspension, l’annulation, la cessation ou la révocation de la libération conditionnelle ou d’office ».

[143] En vertu de l’alinéa [140(1)]e) et du Règlement, la Commission doit tenir une audience lorsqu’un délinquant demande une permission de sortir sans surveillance, alors que la Commission ne lui a jamais accordé

absence or a first day parole and where the offender is serving, in a penitentiary, a sentence of life imprisonment imposed as a minimum punishment or commuted from a sentence of death, or a sentence of detention for an indeterminate period (subsection 164(1) of the Regulations). The Board shall also hold a hearing in cases where an offender applies for an escorted temporary absence on certain specific grounds if the Board has not yet granted a first unescorted temporary absence and the offender is serving a sentence of life imprisonment as a minimum punishment or commuted from a sentence of death (subsection 164(2) of the Regulations).

[144] Lastly, neither the Act nor the Regulations define the terms “cancellation,” “termination” or “revocation.” Cancellation may be said to take place where authorization for release is withdrawn before it takes effect (for example, subsection 124(3) of the CCRA). Termination and revocation occur following release. Termination occurs when “the undue risk to society is due to circumstances beyond the offender’s control” (subsection 135(7) of the CCRA), while revocation occurs in all other cases.

#### E. Declaration of invalidity in Way

[145] On August 26, 2014, the Superior Court of Québec granted an application for *habeas corpus* and *mandamus* in aid and declaratory relief submitted by two offenders whose day parole or full parole had been revoked by the Board without calling the offenders to an oral hearing (*Way Sup Ct*).

[146] In the opinion of the Superior Court, the 2012 amendments represent a significant departure from a longstanding tradition of recognizing and protecting the right of offenders to be heard before major decisions are made concerning their potential re-release. In fact, the Superior Court concludes that the legislative changes of 2012 resulted in deprivation of the two

de première sortie sans surveillance ou de première mise en semi-liberté et que le délinquant purge, dans un pénitencier, une peine d’emprisonnement à perpétuité infligée comme peine minimale ou à la suite de commutation d’une peine de mort ou une peine d’emprisonnement d’une durée indéterminée (paragraphe 164(1) du Règlement). La Commission doit également tenir une audience dans le cas d’un délinquant qui demande une permission de sortir sous surveillance pour certaines raisons précises, alors que la Commission ne lui a pas agréé une première sortie sous surveillance et que le délinquant purge une peine d’emprisonnement à perpétuité infligée comme peine minimale ou à la suite de commutation d’une peine de mort (paragraphe 164(2) du Règlement).

[144] Enfin, ni la loi ni le règlement ne définissent les termes « annulation », « cessation » ou « révocation ». On peut penser qu’il y a annulation lorsque l’autorisation de mise en liberté du délinquant est retirée avant que celle-ci ne débute (par exemple, le paragraphe 124(3) de la LSCMLC). La cessation et la révocation ont lieu après la mise en liberté. La cessation a lieu lorsque « le risque pour la société dépend de facteurs qui ne sont pas imputables au délinquant » (paragraphe 135(7) de la LSCMLC), tandis qu’il y a révocation dans le cas contraire.

#### E. Déclaration d’invalidité prononcée dans l’affaire Way

[145] Le 26 août 2014, la Cour supérieure du Québec a accueilli la requête en *habeas corpus* avec *mandamus* auxiliaire et jugement déclaratoire auxiliaire présentée par deux délinquants dont la semi-liberté ou la libération conditionnelle totale avaient été révoquées par la Commission sans que ceux-ci n’aient été convoqués à une audience orale (*Way CS*).

[146] De l’avis de la Cour supérieure, les amendements de 2012 écartent de manière significative une longue tradition où l’on a reconnu et protégé le droit du délinquant de se faire entendre avant qu’une décision importante soit prise quant à sa remise en liberté ou non. De fait, la Cour supérieure conclut que les modifications législatives de 2012 ont entraîné une privation

offenders' residual liberty, contrary to principles of fundamental justice. Under these circumstances, detention of the two offenders was illegal. Section 527 of the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act* and new paragraph 140(1)(d) of the CCRA were consequently declared inoperative on the grounds that these provisions violate section 7 of the Charter and cannot be saved pursuant to section 1.

[147] On October 1, 2015, the judgment in *Way Sup Ct* was affirmed by the Court of Appeal of Quebec (*Way CA*). The Court of Appeal noted that [TRANSLATION] “in the implementation of the parole system, every decision has significant impact on an offender’s life”, while [TRANSLATION] “revocation can have a number of serious consequences, notably a longer period of imprisonment and the loss of employment”: *Way [CA]*, at paragraph 64, citing a comment from Laskin J., dissenting, in *Mitchell v. R.*, [1976] 2 S.C.R. 570 (*Mitchell*), at page 584, affirmed by the Supreme Court in *Singh*, at pages 209–210.

[148] Now, although flexibility must be shown when it comes to analyzing procedural fairness with respect to the parole process (*Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75 (*Mooring*), at paragraphs 25–26), the Court of Appeal of Quebec also notes, at paragraph 72:

[TRANSLATION] [...] it is difficult not to observe that the amendment set out in section 527 of the [*Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*] creates an arbitrary situation. Apart from the financial savings sought by Parliament, there is no rational basis for making a different procedure applicable to decisions having similar impact on different offenders. Moreover, it is unfair to allow a hearing for an offender whose parole is cancelled before it has begun and to let the [Board] decide without limitation as to this benefit, while an offender’s parole is suspended or revoked after the offender has earned this benefit.

[149] Ultimately, the Court of Appeal of Quebec concludes that there was no analytical error in the Superior Court’s reasoning, whether in relation to the violation

de la liberté résiduelle des deux délinquants, contrairement aux principes de justice fondamentale. Dans ces circonstances, la détention des deux délinquants était illégale. En conséquence, l’article 527 de la *Loi sur l’emploi, la croissance et la prospérité durable* et le nouvel alinéa 140(1)d de la LSCMLC ont été déclarés inopérants au motif que ces dispositions portent atteinte à l’article 7 de la Charte et ne peuvent être sauvegardées en vertu de l’article premier.

[147] Le 1<sup>er</sup> octobre 2015, le jugement *Way CS* a été confirmé par la Cour d’appel du Québec (*Way CA*). La Cour d’appel note que « [d]ans le cadre de la mise en œuvre de libérations conditionnelles, chaque décision a un impact important sur la vie du détenu », alors qu’« [u]ne révocation peut occasionner certaines conséquences graves, notamment une période d’emprisonnement plus longue ainsi que la perte d’un emploi » : *Way [CA]*, au paragraphe 64, citant un commentaire du juge Laskin, dissident, dans l’arrêt *Mitchell c. R.*, [1976] 2 R.C.S. 570 (*Mitchell*), à la page 584 et que la Cour suprême a confirmé dans l’arrêt *Singh* aux pages 209–210.

[148] Or, bien qu’il faut faire preuve de souplesse à l’occasion d’une analyse relative à l’équité procédurale en matière de libérations conditionnelles (*Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75 (*Mooring*), aux paragraphes 25–26), la Cour d’appel du Québec note par ailleurs, au paragraphe 72 :

[...] il est difficile de ne pas constater que l’amendement mis de l’avant par l’article 527 de la [*Loi sur l’emploi, la croissance et la prospérité durable*] crée une situation arbitraire. Hormis les économies d’argent recherchées par le Parlement, il n’y a aucun fondement rationnel à ce qu’une procédure différente soit appliquée à des décisions qui ont un impact similaire sur différents détenus. Il est de plus injuste de permettre une audience à un détenu qui voit sa semi-liberté annulée, alors qu’elle n’a pas pris vie, et laisser la [Commission] décider de ce bénéfice, sans contrainte, alors que la semi-liberté d’un détenu est suspendue ou révoquée après qu’il se sera mérité un tel bénéfice.

[149] Au final, la Cour d’appel du Québec conclut qu’il n’y a aucune erreur d’analyse dans le raisonnement de la Cour supérieure, que ce soit au niveau de l’atteinte à



of section 7 of the Charter or its justification pursuant to section 1.

[150] On April 21, 2016, the Supreme Court granted leave to appeal [[2016] 1 S.C.R. xvi] the decision in *Way CA*. On June 16, 2016, it formulated two constitutional questions concerning the violation of section 7 of the Charter and justification of any such violation pursuant to section 1. On September 7, 2016, however, the Attorney General of Canada withdrew its appeal and the case was closed.

[151] On March 27, 2017, at the hearing for the present application for judicial review and declaratory relief, counsel for the respondent indicated that the Board is complying henceforth, across Canada, with the declaration of invalidity in *Way Sup Ct* despite the fact that the provisions declared inoperative by the Superior Court of Québec (section 527 of the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act* and paragraph 140(1)(d) of the *CCRA*) had not been officially repealed by Parliament. As a consequence, in practice, the Board automatically holds a hearing in all cases involving the suspension, cancellation, termination or revocation of an offender's parole or statutory release. However, it does not do so in cases referred to it by the Service following the suspension of an LTSO, when the decision as to a post-suspension hearing is made on a case-by-case basis.

[152] This Court is not bound by provincial judgments. Notwithstanding this, it examined the persuasive character of the judgments rendered in Quebec in *Way* to determine whether similar reasoning could be applied to the suspension of an LTSO. Although the 2012 amendments to section 140 of the *CCRA* were declared unconstitutional, in my humble opinion, there are significant reasons for distinguishing the *Way* case from the case at hand.

[153] First, in the case of long-term offenders, community supervision is based on the sentence handed down by a court of criminal jurisdiction, not a decision of the Board. The Board can in no way vary of its own motion the sentence passed.

l'article 7 de la Charte, ou de sa justification en vertu de l'article premier.

[150] Le 21 avril 2016, la Cour suprême a accordé l'autorisation [[2016] 1 R.C.S. xvi] d'en appeler du jugement *Way CA*. Le 16 juin 2016, elle a formulé deux questions constitutionnelles touchant à la violation de l'article 7 de la Charte et à la justification de toute atteinte en vertu de l'article premier. Toutefois, le 7 septembre 2016, le procureur général du Canada s'est désisté de son appel et le dossier a été fermé.

[151] Le 27 mars 2017, lors de l'audition de la présente demande de contrôle judiciaire et de jugement déclaratoire, le procureur du défendeur a indiqué que, dans l'ensemble du territoire du Canada, la Commission se conforme dorénavant au jugement déclaratoire d'invalidité dans la décision *Way CS*, et ce, bien que les dispositions déclarées inopérantes par la Cour supérieure du Québec (article 527 de la *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable* et alinéa 140(1)d) de la *LSCMLC*) n'aient pas été formellement abrogées par le Parlement. En pratique, la Commission tient donc automatiquement une audience dans tous les cas de suspension, d'annulation, de cessation ou révocation de la libération conditionnelle ou d'office d'un délinquant. Mais ce n'est pas le cas dans les dossiers qui lui sont référés par le Service à la suite de la suspension d'une OSLD : la tenue d'une audience post-suspension se décide au cas par cas.

[152] La présente Cour n'est pas liée par des jugements provinciaux. Il n'empêche, celle-ci a examiné le caractère persuasif des jugements ayant été rendus au Québec dans l'affaire *Way* pour voir si le même raisonnement pouvait s'appliquer à la suspension d'une OSLD. Bien que les modifications de 2012 à l'article 140 de la *LSCMLC* aient été déclarées inconstitutionnelles, à mon humble avis, il existe des raisons sérieuses pour distinguer l'affaire *Way* du présent dossier.

[153] Premièrement, dans le cas des délinquants à contrôler, la surveillance en communauté découle de la sentence ayant été rendue par une cour de juridiction criminelle et non d'une décision de la Commission. Cette dernière ne peut d'aucune manière modifier de son propre chef la sentence rendue.

[154] Second, whereas parole is, among other factors, granted to an offender for good behaviour during detention, the LTSO is a consequence of the offender's behaviour based on the seriousness of his or her crimes or on the offender's repetitive behaviour (section 753.1 of the *Criminal Code*). Additionally, the procedure applicable to the violation of a condition of an LTSO illustrates the primary objective, this being to protect society from the danger posed by putting the offender back into the community. The LTSO is initially suspended by the Service, which obtains a warrant of recommitment. After meeting in person with the offender, the Service makes a decision as to the continuation or cancellation of the suspension. If the Service opts to continue the suspension, the case is referred to the Board. The Board must render a decision within the statutory time limit of 90 days, after which suspension of the LTSO cannot be continued and the offender must be released (unless, of course, the offender is charged in the meantime and the Attorney General opposes the offender's release).

[155] Third, the material evidence in the file of this Court—which appears to be either absent or not considered in *Way*—does not lead me to conclude that any major issues of credibility remain or are determining factors in the decision of the Board under section 135.1 of the CCRA. As such, pursuant to section 9.1 of the Manual, when making a determination on whether to cancel the suspension or recommend that an information be laid pursuant to subsection 135.1(6) of the CCRA, Board members assess all relevant information, including:

- a. the offender's progress towards meeting the objectives of the correctional plan, including addressing the risk factors and needs areas;
- b. information that the offender has demonstrated behaviour that may present a substantial risk to the community by failing to comply with one or more conditions (including time unlawfully at large and since re-incarceration);

[154] Deuxièmement, si la liberté conditionnelle est, entre autre, octroyée au délinquant pour sa bonne conduite lors de sa détention, l'OSLD est, quant à elle, une conséquence du comportement du délinquant dépendamment de la gravité de ses crimes ou encore de la répétition de ceux-ci (article 753.1 du *Code criminel*). Aussi, la procédure instaurée suite à la violation d'une condition prévue à l'OSLD illustre l'objectif premier qui est de protéger la société du danger que peut représenter le délinquant s'il demeure dans la communauté. En effet, la suspension de l'OSLD est effectuée au départ par le Service qui a obtenu un mandat de réincarcération. Après avoir rencontré en personne le délinquant, le Service prend la décision de maintenir la suspension ou de l'annuler. Si le Service maintient la suspension, le dossier est alors référé à la Commission. La décision de la Commission doit être rendue à l'intérieur du délai statutaire de 90 jours, au-delà duquel la suspension de l'OSLD ne peut se poursuivre et le délinquant doit être libéré (à moins bien entendu que le délinquant ait été accusé entretemps et que le procureur général se soit opposé à sa libération).

[155] Troisièmement, la preuve matérielle au dossier de la présente Cour — laquelle semble absente ou ne pas avoir été considérée dans l'affaire *Way* — ne me permet pas de conclure que des questions importantes de crédibilité soient toujours en cause ou déterminantes dans la décision que prend la Commission en vertu de l'article 135.1 de la LSCMLC. Ainsi, selon le paragraphe 9.1 du Manuel, lorsque les commissaires doivent déterminer s'il y a lieu d'annuler la suspension ou de recommander le dépôt d'une dénonciation en vertu du paragraphe 135.1(6) de la LSCMLC, ils évaluent toutes les informations pertinentes, dont celles-ci :

- a. les progrès accomplis par le délinquant dans la réalisation des objectifs de son plan correctionnel, notamment les efforts qu'il a déployés pour atténuer les facteurs de risque et ses besoins;
- b. les informations indiquant que le délinquant a eu un comportement pouvant présenter un risque élevé pour la collectivité en ne respectant pas une ou plusieurs conditions (y compris durant le temps où il a été illégalement en liberté et depuis sa réincarcération);

- |   |   |
|---|---|
| <p>c. reliable and persuasive information that a breach of condition has occurred;</p> <p>d. whether the offender understood the full implications of the condition, or whether an explanation for failing to comply with the condition could be argued;</p> <p>e. any documented occurrences of drug use, positive urinalysis results or failures or refusals to provide a sample; and</p> <p>f. history and circumstances of breaches, suspensions or revocations during this or previous periods of conditional release or long-term supervision and any alternative interventions attempted to manage the risk.</p> | <p>c. les informations, sûres et convaincantes montrant que les conditions ont été violées;</p> <p>d. la question de savoir si le délinquant a compris toute la portée de la condition, ou si une raison justifiant le non-respect de la condition peut être invoquée;</p> <p>e. tout document dans lequel sont rapportés la consommation de drogues, les résultats positifs d'analyses d'urine ou tout défaut ou refus de fournir un échantillon;</p> <p>f. l'historique et les circonstances des manquements, des suspensions ou des révocations qui se sont produits durant la présente ou une précédente période de liberté sous condition ou de surveillance de longue durée, et de toute autre intervention qui visait à contrôler le risque.</p> |
|---|---|

[156] Fourth, a recommendation to lay a charge pursuant to section 753.3 of the *Criminal Code* does not bind the Attorney General. More importantly, the offender is entitled to the presumption of innocence. They will have an oral hearing with a judge and may argue all means of defence to have the accusation dropped.

[156] Quatrièmement, s'agissant de la recommandation de porter une accusation en vertu de l'article 753.3 du *Code criminel*, celle-ci ne lie pas le procureur général. Mais plus important encore, le délinquant jouit de la présomption d'innocence. Il sera entendu en audience orale par un juge et il pourra faire valoir tous les moyens de défense pour faire rejeter cette accusation.

[157] Fifth, the 2012 amendments in no way altered the situation of long-term offenders. The illogical nature of these changes was a determining factor in *Way* in terms of questioning the different treatment of offenders already on parole. In this case, the post-suspension hearings were always at the discretion of the Board when a case was referred to it following the suspension of an LTSO.

[157] Cinquièmement, les amendements de 2012 n'ont en rien changé à la situation des délinquants à contrôler. Le caractère non logique de ces modifications était un facteur déterminant dans *Way* pour questionner le traitement différent de délinquants jouissant d'une libération conditionnelle. En l'espèce, les audiences post-suspension ont toujours été à la discrétion de la Commission lorsqu'un dossier lui est référé à la suite de la suspension d'une OSLD.

[158] In addition, although this Court considered the conclusions and reasoning of the Superior Court of Quebec and the Court of Appeal in *Way*, it must draw its own conclusions concerning the constitutionality of the discretion provided by subsection 140(2) of the CCRA with respect to a post-suspension review concerning a long-term offender whose LTSO has been suspended by the Service.

[158] Aussi, bien que la présente Cour ait considéré les conclusions et le raisonnement de la Cour supérieure du Québec et de la Cour d'appel dans [l'affaire] *Way*, elle doit parvenir à ses propres conclusions concernant la constitutionnalité de la discrétion que confère le paragraphe 140(2) de la LSCMLC dans le cas d'un examen post-suspension visant un délinquant à contrôler dont l'OSLD a été suspendue par le Service.

*F. Deprivation of offender's residual liberty*

[159] To summarize from the start: first, the applicant claims that the suspension of an LTSO by the Service and ensuing recommitment to custody both represent significant restrictions on the residual liberty of the offender under community supervision (*Gallone*, at paragraph 17; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595 [cited above]; *Illes v. Kent Institution*, 2001 BCSC 1465 [cited above]). According to the applicant, the right to residual liberty is more important in the context of an LTSO than the right of an offender on day parole or on full parole. This is because an offender under community supervision has finished serving their sentence, unlike an offender on parole. The applicant cites further the importance of the principle of reintegration into society supporting the long-term supervision system.

[160] I generally agree with the applicant. When an LTSO is suspended, the offender's residual liberty is indeed restricted for a period of up to 90 days. The respondent submits that recommitment of a long-term offender to custody is expressly permitted under section 135.1 of the CCRA. Now, the Board's exercise of discretion as to holding a hearing, as provided in subsection 140(2) of the CCRA, does not restrict the offender's residual liberty in any way. In any case, the deprivation of an individual's liberty must be sufficiently serious to justify protection under the Charter (*Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143 [cited above], at page 151). In the present case, any deprivation of the offender's liberty beyond the statutory period of 90 days is not attributable to the Board's recommendation, at least, not significantly enough to claim violation of section 7 of the Charter (*Huynh v. Canada*, [1996] 2 F.C. 976 (C.A.)).

[161] The respondent's argument is not convincing. It is not my role to decide whether the restriction of a long-term offender's residual liberty is greater or lesser

*F. Atteinte à la liberté résiduaire du délinquant*

[159] Reprenons donc l'exercice depuis le début. Dans un premier temps, le demandeur prétend que la suspension par le Service d'une OSLD, et la réincarcération dans un pénitencier qui en découle, représentent toutes deux des restrictions importantes à la liberté résiduelle dont jouit le délinquant qui fait l'objet d'une surveillance en communauté (*Gallone*, au paragraphe 17; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595 [précité]; *Illes v. Kent Institution*, 2001 BCSC 1465 [précité]). Selon le demandeur, dans le contexte d'une OSLD, le droit à la liberté résiduelle est plus important que celui dont jouit le délinquant en semi-liberté ou en liberté conditionnelle totale. En effet, le délinquant en surveillance dans la communauté a terminé de purger sa peine contrairement au délinquant jouissant d'une libération conditionnelle. Le demandeur rappelle d'ailleurs l'importance du principe de réinsertion sociale qui supporte le système de surveillance longue durée.

[160] Je suis généralement d'accord avec le demandeur. Dans le cas de la suspension d'une OSLD, il y a effectivement une restriction à la liberté résiduaire du délinquant durant une période pouvant aller jusqu'à 90 jours. Le défendeur répond que la réincarcération du délinquant à contrôler est expressément autorisée par l'article 135.1 de la LSCMLC. Or, le pouvoir discrétionnaire de la Commission de tenir une audience, prévu au paragraphe 140(2) de la LSCMLC, ne restreint d'aucune manière la liberté résiduaire du délinquant. De toute façon, il faut que la privation à la liberté d'un individu soit suffisamment grave pour justifier la protection de la Charte (*Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143 [précité], à la page 151). En l'espèce, toute privation de liberté du délinquant au-delà de la période statutaire de 90 jours n'est pas attribuable à la recommandation de la Commission, du moins d'une façon assez significative pour y voir une atteinte à l'article 7 de la Charte (*Huynh c. Canada*, [1996] 2 C.F. 976 (C.A.)).

[161] L'argumentation du défendeur n'est pas convaincante. Je n'ai pas à décider si la restriction à la liberté résiduaire du délinquant à contrôler est plus sévère ou

than that resulting from the suspension of parole. As noted by the Supreme Court of Canada in *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, the LTSO represents a form of conditional release governed by the CCRA, and its purpose is consequently to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society, facilitating the rehabilitation and reintegration of offenders (at paragraph 47). In this regard, the Court notes at paragraph 48:

Reading the *Criminal Code*, the *CCRA* and the applicable jurisprudence together, we can therefore identify two specific objectives of long-term supervision as a form of conditional release: (1) protecting the public from the risk of reoffence, and (2) rehabilitating the offender and reintegrating him or her into the community. The latter objective may properly be described as the ultimate purpose of an LTSO, as indicated by section 100 of the *CCRA*, through it is inextricably entwined with the former. [My emphasis.]

[162] The mechanisms of the CCRA in relation to community supervision of a long-term offender constitute a whole. The various steps leading to deprivation of an offender's residual liberty cannot be artificially isolated. Suspension of an LTSO, recommitment to custody and even the subsequent indictment of the offender must be considered overall from the viewpoint of their practical effects on the offender. With respect to the first phase of the review required under section 7 of the Charter, the issue is not whether the existence of discretion as to holding a hearing goes against the principles of fundamental justice but instead whether the individual's right to liberty is engaged. Such is the case in this instance when considering the adverse application of the legislative mechanisms in question. One day the offender is released under community supervision; the next, following allegations of violation of the LTSO, the Service issues a warrant and the offender is recommitted to custody for a period of up to 90 days.

[163] In the present case, even if the Board can ultimately only make a recommendation to prosecute to the Attorney General under paragraph 135.1(6)(c) of the

moins importante que celle découlant de la suspension d'une libération conditionnelle. Ainsi que l'a noté la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, l'OSLD représente une forme de mise en liberté sous condition régie par la LSCMLC et a donc pour objet de contribuer au maintien d'une société juste, paisible et sûre, favorisant la réadaptation et la réinsertion des délinquants à contrôler (au paragraphe 47). À ce chapitre, la Cour note au paragraphe 48 :

L'examen simultané du *Code criminel*, de la *LSCMLC* et de la jurisprudence permet d'identifier deux objectifs particuliers de la surveillance de longue durée, comme forme de libération conditionnelle : (1) la protection du public contre le risque de récidive et (2) la réadaptation et la réinsertion sociale du délinquant. Le second objectif peut être décrit à juste titre comme l'objectif ultime d'une OS LD, comme l'indique l'art. 100 de la *LSCMLC*, bien qu'il soit inextricablement lié au premier. [Je souligne.]

[162] Les mécanismes de la LSCMLC relatifs à la surveillance en communauté du délinquant à contrôler forment un tout. On ne peut artificiellement segmenter chacune des étapes menant à la privation de la liberté résiduelle du délinquant. La suspension de l'OSLD, la réincarcération, voir à la mise en accusation subséquente du délinquant, doivent être globalement considérées du point de vue de leurs effets pratiques sur le délinquant. Au niveau de la première étape de l'examen requis par l'article 7 de la Charte, la question n'est pas de savoir si l'existence d'une discrétion de tenir ou non une audition est contraire aux principes de justice fondamentale, mais de déterminer si le droit à la liberté de l'individu est engagé. C'est le cas en l'espèce, lorsqu'on considère l'application préjudicielle des mécanismes législatifs en cause. Un jour le délinquant est en liberté surveillée dans la communauté; le jour suivant, à la suite d'allégations de violation de l'OSLD, un mandat est émis par le Service, et le délinquant est réincarcéré dans un pénitencier pour une période pouvant aller jusqu'à 90 jours.

[163] En l'occurrence, même si la Commission ne peut ultimement que faire une recommandation de poursuite au procureur général en vertu de l'alinéa 135.1(6)c)

CCRA, it remains responsible for deciding whether suspension of the LTSO by the Service is justified to begin with. The applicant is not stating here that his recommitment to custody is in itself illegal but that the offender has a right to an oral hearing to explain his conduct. If the Board does decide within the 90-day time limit not to suspend the LTSO, then the offender will be released again. Now, paragraph 135.1(6)(a) of the CCRA provides that a suspension may be cancelled if the Board finds, in view of the offender's conduct during the supervision period, that there is not a high risk of reoffending before expiration of this period. The Board may also vary the conditions of an LTSO. Further, I am not convinced that the maximum recommitment to custody of 90 days specified in section 135.1 of the Act should be separated from the application of subsection 140(2) of the Act concerning the holding of a hearing.

[164] Having determined that the offender's right to liberty is engaged by application of the mechanisms provided in section 135.1 of the CCRA, it is now appropriate to determine whether the discretionary nature of the power granted under subsection 140(2) of the CCRA as to holding a hearing goes against principles of fundamental justice; first, however, we must identify which principles of fundamental justice are potentially applicable to the case under consideration.

*G. Variable content of obligation to act fairly*

[165] The two parties agree that the Board is required to comply with principles of fundamental justice. However, they have adopted diverging positions on the question as to whether an oral hearing before the Board is necessary in all cases involving suspension of an LTSO referred to the Board by the Service.

[166] The analysis grid proposed by the Supreme Court in *Baker* for establishing the scope of the obligation to act fairly is well known and not subject to challenge. The first factor is the nature of the decision being made, or the closeness of the administrative process to the

de la LSCMLC, il n'en demeure pas moins qu'elle est appelée à décider, en premier lieu, si la suspension de l'OSLD par le Service est justifiée. Le demandeur ne dit pas ici que sa réincarcération est en soi illégale, mais que le délinquant a droit à une audience orale pour expliquer sa conduite. Si la Commission décide de ne pas suspendre l'OSLD, et ce, avant la fin du délai de 90 jours, le délinquant sera effectivement remis en liberté. Or, l'alinéa 135.1(6)a de la LSCMLC l'autorise à annuler la suspension si elle est d'avis compte tenu de la conduite du délinquant durant la période de surveillance, que le risque de récidive avant l'expiration de cette période n'est pas élevé. La Commission peut également modifier les conditions d'une OSLD. Aussi, je ne suis pas convaincu que la réincarcération maximale de 90 jours prévue à l'article 135.1 de la Loi devrait être séparée de l'application du paragraphe 140(2) de la Loi concernant la tenue d'une audience.

[164] Ayant déterminé que le droit à la liberté du délinquant est engagé par l'application des mécanismes prévus à l'article 135.1 de la LSCMLC, il y a maintenant lieu de déterminer si le caractère discrétionnaire du pouvoir accordé par le paragraphe 140(2) de la LSCMLC de tenir une audience va à l'encontre des principes de justice fondamentale, mais dans un premier temps, il faut définir quels sont les principes de justice fondamentale qui sont susceptibles de s'appliquer au cas sous étude.

*G. Contenu variable de l'obligation d'agir de façon équitable*

[165] Les deux parties sont d'accord pour dire que la Commission doit respecter les principes de justice fondamentale. Toutefois, elles prennent des positions divergentes sur la question de savoir si ceux-ci exigent une audience orale devant la Commission dans tous les cas de suspension d'une OSLD lorsque le dossier lui est référé par le Service.

[166] La grille d'analyse proposée par la Cour suprême dans l'arrêt *Baker* pour établir la portée de l'obligation d'agir de façon équitable est bien connue et ne fait pas l'objet de contestation. Le premier facteur est la nature de la décision recherchée, soit la mesure dans laquelle

judicial process in the process provided for, the function of the decision-making body and the determinations that must be made to reach a decision (*Baker*, at paragraph 23). The second factor is the nature of the statutory scheme, or the role of the particular decision within the statutory scheme including, for example, the appeal procedure or whether further requests can be submitted (*Baker*, at paragraph 24). The third factor is the importance of the decision to the individuals affected, or its impact on those persons and the scope of the repercussions of the decision (*Baker*, at paragraph 25). The fourth factor is the legitimate expectations concerning the procedure required or its outcome (*Baker*, at paragraph 26). The fifth factor is the choices of procedure made by the agency itself, considering the agency's expertise and the extent to which the statute leaves to the decision-maker the ability to choose its own procedures (*Baker*, at paragraph 27).

[167] In two recent instances, *Gallone* and *Laferrière FC*, the Federal Court contributed significantly toward developing the administrative law and the content of the rules of procedural fairness. When an offender under an LTSO exhibits cognitive (psychiatric) problems, or when the reliable and convincing nature of the information examined by the Board cannot be evaluated by simple review of the case, an oral hearing should generally be held.

[168] We will begin with the *Gallone* case. Meticulously reviewing each of the five factors mentioned in the *Baker* judgment in light of the plan at issue and the impact of the Board's decision on the residual liberty of the offender whose LTSO had been suspended, Judge Tremblay-Lamer notes in paragraphs 16, 17 and 19:

In this case, it is true that PBC acts in neither a judicial nor a quasi-judicial manner (*Mooring v Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 SCR 75 at paras 25-26) and that subsection 140(2) of the Act provides the PBC with the discretion [to] decide whether to hold a hearing. However, greater procedural protections are required as there is no appeals process for persons subject

le processus administratif se rapproche d'un processus judiciaire dans le processus prévu, la fonction du décideur et la démarche à suivre pour parvenir à la décision (*Baker*, au paragraphe 23). Le deuxième facteur est celui de la nature du régime législatif, soit le rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif, incluant, par exemple, les procédures d'appel ou les possibilités de présenter d'autres demandes (*Baker*, au paragraphe 24). Le troisième facteur est celui de l'importance de la décision pour les personnes visées, soit l'impact sur la vie des personnes et l'étendue des répercussions de la décision (*Baker*, au paragraphe 25). Le quatrième facteur est celui des attentes légitimes quant à la procédure à suivre ou au résultat (*Baker*, au paragraphe 26). Le cinquième facteur est celui des choix de procédures que l'organisme fait lui-même, en considérant l'expertise de l'organisme et ce que la loi prévoit quant à la possibilité du décideur de choisir ses propres procédures (*Baker*, au paragraphe 27).

[167] Dans deux instances récentes, *Gallone* et *Laferrière CF*, la Cour fédérale a apporté une contribution significative au niveau de l'élaboration du droit administratif et du contenu des règles d'équité procédurale applicables. Lorsqu'un délinquant qui fait l'objet d'une OSLD présente des problèmes cognitifs (psychiatriques), ou lorsque le caractère sûr et convaincant des renseignements examinés par la Commission ne peut être évalué au moyen d'une simple étude du dossier, une audience orale devrait généralement être tenue.

[168] Commençons par l'affaire *Gallone*. Examinant de manière minutieuse chacun des cinq facteurs mentionnés dans l'arrêt *Baker* à la lumière du régime en cause et de l'impact de la décision de la Commission sur la liberté résiduelle de la délinquante dont l'OSLD avait été suspendue, la juge Tremblay-Lamer note aux paragraphes 16, 17 et 19 :

Dans le cas présent, il est vrai que la CLCC n'agit pas de façon judiciaire ou quasi judiciaire (*Mooring c Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 RCS 75 aux paras 25-26) et que le paragraphe 140(2) de la Loi donne à la CLCC la discrétion de tenir une audience ou non. Cependant, les protections procédurales sont plus importantes puisqu'il n'y a aucune

to a long-term supervision order and the decision is final (sections 99.1 and 147 of the Act).

The most significant criterion in this case is the importance of the decision to the person affected. The Supreme Court in *Baker*, wrote “[t]he more important the decision is to the lives of those affected and the greater its impact on that person or those persons, the more stringent the procedural protections that will be mandated” (at para 25). In this case, not only was the applicant incarcerated following the suspension of an LTSO, the PBC also recommended that a charge be filed under section 753.3 of the *Criminal Code*. The suspension of the long-term supervision and ensuing incarceration amount to a curtailment of the applicant’s residual liberty. That decision constitutes a significant factor affecting the content of the duty of procedural fairness owed the applicant by the PBC. It is an important factor that the PBC must take into account in deciding whether to hear *viva voce* testimony.

...

In addition, where the assessment of physical or mental capacities may have an impact on the type of conditions to be imposed, a hearing would be appropriate. Here, the Correctional Service’s community mental health team, as well as the staff member supervising her, raised concerns about the applicant’s cognitive abilities and intellectual limitations. Meeting with the applicant would have certainly allowed for an assessment of the grounds of the staff’s concerns, in addition to hearing the applicant’s explanations regarding the events leading up to the suspension, a decision which significantly restricted her residual liberty.

[169] By applying the analytical framework to the specific facts of the case, Judge Tremblay-Lamer determined that an oral hearing would be necessary. We can thus read in paragraphs 20 to 22:

To be sure, the nature of the duty of procedural fairness is flexible and depends on the circumstances. A hearing will not be required in every case. However, the factors set out in *Baker* should not remain in the abstract. They must be examined in each case in order to ensure that administrative decisions made are adapted to the type of decision and institutional context.

procédure d’appel pour les personnes soumises à une ordonnance de surveillance de longue durée et que la décision a un caractère final (articles 99.1 et 147 de la Loi).

Le critère le plus significatif en l’espèce est l’importance de la décision pour la personne visée. La Cour suprême dans *Baker*, affirmait « [p]lus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses » (au para 25). En l’espèce, non seulement la demanderesse a-t-elle été incarcérée suite à la suspension d’une OSLD, mais la CLCC a également recommandé le dépôt d’une accusation en vertu de l’article 753.3 du *Code criminel*. La suspension de la surveillance de longue durée et l’incarcération qui en découle représentent une restriction à la liberté résiduelle de la demanderesse. Cette décision a une incidence significative sur la nature de l’obligation d’équité procédurale due à la demanderesse par la CLCC. Elle représente un facteur important dont doit tenir compte la CLCC dans sa décision d’entendre *viva voce* un individu.

[...]

De plus, lorsque l’évaluation des capacités physiques ou mentales peut avoir une incidence sur le type de conditions à imposer, une audience serait appropriée. Ici, l’équipe en soin de santé mentale en communauté du Service correctionnel, ainsi que l’intervenante responsable, ont soulevé des préoccupations quant aux capacités cognitives et aux limites intellectuelles de la demanderesse. Rencontrer la demanderesse aurait certainement permis d’évaluer le bien-fondé des préoccupations des intervenants, en plus d’entendre les explications de la demanderesse quant aux événements ayant mené à la suspension, une décision qui restreignait de façon significative sa liberté résiduelle.

[169] En appliquant le cadre d’analyse aux faits particuliers de l’affaire, la juge Tremblay-Lamer a conclu qu’une audition orale s’avérait nécessaire. On peut ainsi lire aux paragraphes 20 à 22 :

Bien sûr, la nature de l’obligation d’équité procédurale est souple et varie selon les circonstances. Une audience ne sera pas requise dans tous les cas. Cependant, les facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker* ne doivent pas demeurer dans l’abstrait. Ils doivent être étudiés dans chaque cas afin de garantir que les décisions administratives prises sont adaptées au type de décision et au contexte institutionnel.



In this case, the duty of procedural fairness was particularly onerous given that, as the applicant pointed out, she was subject to highly restrictive constraints during her re-admissions (in a maximum security penitentiary, in solitary confinement 23 hours a day, with nothing in her cell but the clothes on her back).

In short, I am of the view that in the circumstances of this case, in particular the questions surrounding the applicant's capacities, the recommendations of the case management team and parole supervisor that the suspension be cancelled, and the significant impact to the applicant of the decision, not only not to cancel the suspension, but to recommend a criminal charge, the PBC should have held an in-person hearing. The submissions made by the applicant's counsel and by her case management team showed that the applicant may have been suffering from a psychiatric or psychological problem, which could obviously have an effect on the decision of the PBC and on the conditions to be imposed. In such circumstances, the PBC lacked sufficient, reliable and convincing information to base its decision on the record.

[170] This Court also learned of a second decision that Judge Tremblay-Lamer rendered on the same subject: *Laferrière FC*. In the latter case, the offender contested the legality of a Board decision that modified the conditions to which the applicant had been subjected within the framework of an LTSO. This decision had been made on the record despite the request for a hearing. After evaluating the file, the Board accepted the parole supervisor's recommendation that two of the conditions be lifted: the obligation to be treated by a psychiatrist and the prohibition to enter within a perimeter of 500 metres of his spouse's home or any other location where she might be. However, the Board kept the other conditions in force.

[171] Distinguishing this latter situation from *Gallone*, Judge Tremblay-Lamer decided that the written representations were an adequate substitute for an oral hearing. Moreover, the Board has no obligation to hold a hearing at regular intervals. Thus, paragraphs 10 and 11 of *Laferrière FC* state:

En l'espèce, l'obligation d'équité procédurale était particulièrement onéreuse puisque, comme le souligne la demanderesse, elle a des limitations hautement restrictives lors de ses réincarcérations (dans un pénitencier à sécurité maximale, en isolation 23 heures par jour, avec rien dans sa cellule sauf ses propres vêtements).

En résumé, je suis d'avis que dans les circonstances de l'affaire, notamment le questionnement quant aux capacités de la demanderesse, les recommandations de l'équipe de gestion de cas et du surveillant de libération conditionnelle que la suspension soit annulée, et l'impact important sur la demanderesse de la décision, non seulement de ne pas annuler la suspension, mais de recommander une dénonciation criminelle, la CLCC devait tenir une audience en personne. Les soumissions de la procureure de la demanderesse et de son équipe de gestion de cas démontraient que la demanderesse pourrait souffrir d'un problème psychiatrique ou psychologique, ce qui pouvait évidemment avoir un effet sur la décision de la CLCC et les conditions à imposer. Dans de telles circonstances, la CLCC n'avait pas les renseignements sûrs, certains et suffisants pour procéder sur dossier.

[170] La présente Cour a également pris connaissance d'une seconde décision rendue sur le même sujet par la juge Tremblay-Lamer : *Laferrière CF*. Dans cette dernière affaire, le délinquant contestait la légalité d'une décision de la Commission modifiant les conditions auxquelles le demandeur était assujéti dans le cadre d'une OSLD. Cette décision avait été rendue sur dossier malgré la demande d'audience. Après évaluation du dossier, la Commission a accepté la recommandation du surveillant de libération conditionnelle que deux des conditions soient enlevées, soit l'obligation de suivre un traitement psychiatrique et l'interdiction de pénétrer dans un périmètre de 500 mètres du domicile de sa conjointe ou de l'endroit où elle se trouve. Toutefois, la Commission a maintenu les autres conditions en vigueur.

[171] Distinguant cette dernière situation de l'affaire *Gallone*, la juge Tremblay-Lamer a décidé que les observations écrites étaient un substitut adéquat à une audition orale. De plus, il n'y avait aucune obligation pour la Commission de tenir une audience à des intervalles réguliers. Ainsi, on peut lire aux paragraphes 10 et 11 de *Laferrière CF* :

... In accordance with the factors set out in *Baker*, this is not a situation where the PBC had to hold a hearing to respect procedural fairness. This was a review of the applicant's parole conditions the outcome of which does not have as great an impact as a detention order or the suspension of parole (see *Arlène Gallone c Le procureur général du Canada*, 2015 CF 608). As noted by the Supreme Court in *Baker*, "[t]he more important the decision is to the lives of those affected and the greater its impact on that person or those persons, the more stringent the procedural protections that will be mandated" (at para 25). In the matter at bar, the written representations were an adequate substitute for a hearing since no particular reason or no serious issue of credibility was raised by the applicant, either of which could have shed a different light on the PBC's decision.

Moreover, the applicant had no legitimate expectation that the PBC hold a hearing, and because the holding of a hearing is discretionary, the PBC was not obliged to hold a hearing at regular intervals. Also, the absence of reasons for the refusal to hold a hearing is not fatal to the decision in the particular circumstances of this case since the applicant did not raise any specific reason why a hearing should have been held and the PBC had all the required information before it. In accordance with *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61 and *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, the Court may consider that the PBC could have given the fact that there was nothing to justify the holding of a hearing as a reason for its refusal. Consequently, the PBC did not breach procedural fairness by not holding a hearing.

[172] As we can see, the scope of the obligation to act fairly has variable content. In terms of section 135.1 of CCRA, although the Board made only a recommendation that is in no way binding on the Attorney General, it remains true that offenders cannot appeal Board decisions to the Court of Appeal. The lack of a right to appeal favours a decisional process carried out with greater respect for principles of procedural fairness. Consequently, a hearing may or may not be necessary, everything depending on the specific circumstances of the file. Considering the legal clarifications made by the Court in 2015 in the *Gallone* and *Laferrrière FC*

[...] Conformément aux critères de l'arrêt *Baker*, il ne s'agit pas d'une situation où la CLCC devait tenir une audience pour respecter l'équité procédurale. Il s'agissait d'un examen des conditions de libération conditionnelle du demandeur dont le résultat n'a pas des répercussions aussi grandes qu'une ordonnance de maintien en incarcération ou d'un examen d'une suspension de la libération conditionnelle (voir *Arlène Gallone c Le procureur général du Canada*, 2015 CF 608). Comme le soulignait la Cour suprême dans *Baker*, « [p]lus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses » (au para 25). Dans le présent dossier, les observations écrites étaient un substitut adéquat à une audition puisqu'aucun motif particulier ni aucune question importante de crédibilité n'était soulevé par le demandeur, lesquels auraient pu entraîner un éclairage différent sur la décision de la CLCC.

De plus, le demandeur n'avait aucune attente légitime que la CLCC tienne une audience et, comme il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire, il n'y a aucune obligation pour la CLCC de tenir une audience à des intervalles réguliers. Également, l'absence de motifs du refus de tenir une audience ne fait pas échec à la décision dans les circonstances particulières du présent cas puisque le demandeur n'avait soulevé aucun motif précis pourquoi une audience aurait dû être tenue, et la CLCC disposait de toute l'information nécessaire au dossier. Conformément aux affaires *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61 et *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, la Cour peut considérer que la CLCC aurait pu donner comme motif de refus le fait que rien ne justifiait la tenue d'une audience en l'espèce. Conséquemment, la CLCC n'a pas manqué à l'équité procédurale en ne tenant pas d'audience.

[172] Comme on peut le voir, la portée de l'obligation d'agir équitablement a un contenu variable. S'agissant de l'article 135.1 de la LSCMC, bien que la Commission ne fasse que rendre une recommandation qui ne lie en rien le procureur général, il n'en demeure pas moins que les délinquants ne peuvent faire appel des décisions de la Commission à la section d'appel. L'absence d'un droit d'appel milite donc en faveur d'un processus décisionnel s'effectuant dans un plus grand respect des principes d'équité procédurale. Conséquemment, la tenue d'une audience peut ou non être nécessaire, tout dépendant des circonstances particulières du dossier. Vu les

judgments, I am satisfied that before refusing to meet with the offender in person at a post-suspension hearing, the Board must first make sure that the reliable and convincing nature of the file's information allows an informed decision to be made. The question is whether an oral hearing should be convened in all cases, or whether, depending on the file's specific facts, written representations would suffice.

H. *The discretion specified in subsection 140(2) of CCRA is not in itself incompatible with procedural fairness.*

[173] In *Mooring*, the Supreme Court confirmed that in evaluating the risk to society, the Board must nevertheless review all the reliable and available information. The Supreme Court concluded that the Board does not play a quasi-judicial role. Far from settling a specific debate between two opposing parties, the Board performs more investigative functions. It is not required to apply the classical rules of evidence or to hear any *viva voce* "testimony" nor does it have the power to summon witnesses. The Board also acts on the information provided by the offenders and by the Service. In addition, the presumption of innocence does not apply before the Board (*Mooring*, at paragraphs 25–26). The Board's recommendation, without being binding upon the Attorney General, may indirectly lead to the extension of confinement, given that the Attorney General may file criminal charges and prevent the offender from being released. As well, the sentence imposed for a charge under subsection 753.3(1) of the *Criminal Code* does not take into consideration the three months spent in detention under the LTSO suspension (*Gatza*, at paragraph 46; *Bourdon*, at paragraph 17).

[174] That being said, section 140 of CCRA does not automatically grant the right to an oral hearing in cases of an LTSO suspension and has never previously granted one. Be that as it may, administratively speaking, the Board's discretion is not absolute. Indeed, its practise is

éclaircissements juridiques apportés par la Cour en 2015 dans les jugements *Gallone* et *Laferrière CF*, je suis satisfait qu'avant de refuser de rencontrer en personne le délinquant dans une audience post-suspension, la Commission doit d'abord s'assurer que le caractère sûr et convaincant des renseignements au dossier lui permet de rendre une décision éclairée. La question est de savoir si une audience orale devrait être convoquée dans tous les cas, ou si, dépendant des faits particuliers du dossier, des représentations écrites seraient suffisantes.

H. *La discrétion prévue au paragraphe 140(2) de la LSCMLC n'est pas en soi incompatible avec l'équité procédurale*

[173] Dans l'arrêt *Mooring*, la Cour suprême a confirmé que dans l'évaluation du risque pour la société, la Commission doit néanmoins examiner tous les renseignements qui sont sûrs et disponibles. La Cour suprême a conclu que la Commission n'exerce pas un rôle quasi judiciaire. Loin de trancher un débat précis entre deux parties opposées, la Commission exerce davantage des fonctions d'enquête. Elle n'est d'ailleurs pas tenue d'appliquer les règles de preuve classiques, n'entend aucun « témoignage » *viva voce* et n'a pas le pouvoir d'assigner des témoins. La Commission agit également sur la foi des renseignements fournis par les délinquants et par le Service. De plus, la présomption d'innocence ne s'applique pas devant la Commission (*Mooring*, aux paragraphes 25–26). La recommandation de la Commission, sans lier le procureur général, peut indirectement entraîner la prolongation de l'incarcération étant donné que le procureur général peut déposer des accusations criminelles et s'opposer à ce que le délinquant ne soit relâché. D'ailleurs, la peine imposée pour une accusation sous le paragraphe 753.3(1) du *Code criminel* ne tient pas compte des trois mois passés en détention sous le coup de la suspension de l'OSLD (*Gatza*, au paragraphe 46; *Bourdon*, au paragraphe 17).

[174] Cela dit, l'article 140 de la LSCMLC n'accorde pas automatiquement un droit à l'audience orale dans les cas de suspension d'OSLD et n'en a jamais accordé un antérieurement. Il n'empêche que, administrativement parlant, la discrétion de la Commission n'est pas

regulated by the Manual. The Manual provides instructions that the Board members cannot ignore when an offender requests an oral hearing. Thus in cases where a hearing is not required by CCRA or policy, Board members may, in any case, choose to conduct a review by way of a hearing, pursuant to subsection 140(2) of CCRA, where they believe, under the specific circumstances of the case, that a hearing is required to clarify relevant aspects of the case. The reasons for holding a discretionary hearing are recorded in the reasons for the Board's decision. In cases where the offender or a person acting in his name has requested a review by way of a hearing, the reasons for which holding a hearing was accepted or refused are also recorded (Manual, chapter 11.1, section 6). Incidentally, it can be said that providing reasons is the proper way to ensure the transparency and intelligibility of the Board's decision.

[175] Moreover, the Manual provides a number of concrete examples in which an in-person hearing might be necessary. This may include, in particular, situations in which the reliability and persuasiveness of the information being considered cannot be assessed on a file review, when there is incomplete or discordant information on file, of relevance to the review, that could be clarified at a hearing or when the information on file indicates that the offender has difficulties (cognitive, mental health, physical or other) that prevent him from communicating effectively in writing (Manual, chapter 11.1, section 6). Although the Manual is not mandatory in nature, the examples found in the Manual lead the offender to legitimately expect that he will meet with the Board in person in this type of case—which of course includes cases in which the offender's credibility is questioned.

[176] The principles of fundamental justice do not require that an individual benefit from the most favourable procedure; instead they require that the procedure be fair (*Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC

absolue. De fait, son exercice est encadré par le Manuel. Celui-ci fournit des consignes que les commissaires ne peuvent pas feindre d'ignorer lorsqu'une demande d'audience orale est faite par un délinquant. Ainsi, dans les cas où la LSCMLC ou les politiques n'exigent pas la tenue d'une audience, les commissaires peuvent, en tout état de cause, décider d'effectuer un examen par voie d'audience, en vertu du paragraphe 140(2) de la LSCMLC, s'ils estiment, dans les circonstances particulières du cas, qu'il faut tenir une audience pour clarifier des aspects pertinents du cas. Les raisons de la tenue d'une audience discrétionnaire sont consignées dans les motifs de la décision de la Commission. Dans les cas où le délinquant ou une personne agissant en son nom a demandé un examen par voie d'audience, les raisons pour lesquelles on a accepté ou refusé de tenir une audience sont également consignées (Manuel, chapitre 11.1, article 6). Au passage, on peut dire que la fourniture de motifs est propre à assurer la transparence et l'intelligibilité de la décision de la Commission.

[175] De plus, le Manuel fournit un certain nombre d'exemples concrets où une audience en personne peut s'avérer nécessaire. Cela peut comprendre, notamment, les situations où le caractère sûr et convaincant des renseignements examinés ne peut être évalué au moyen d'une étude du dossier, que le dossier comprend des renseignements incomplets ou discordants qui sont pertinents à l'examen du cas ou qui pourraient être clarifiés ou encore lorsque les renseignements au dossier indiquent que le délinquant présente des problèmes (cognitifs, de santé mentale, physiques ou autres) qui l'empêchent de communiquer efficacement par l'écrit (Manuel, chapitre 11.1, article 6). Bien que le Manuel n'ait pas un caractère obligatoire, les exemples que l'on retrouve dans le Manuel créent une expectation légitime chez le délinquant qu'il sera rencontré en personne par la Commission dans ce genre de cas — ce qui inclut bien entendu les cas où la crédibilité du délinquant est soulevée.

[176] Les principes de justice fondamentale n'exigent pas qu'un individu bénéficie de la procédure la plus favorable, mais requièrent que la procédure soit équitable (*Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002

75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 46, referring to *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at page 362). Contrary to the applicant's claim, section 7 of the Charter does not automatically and systemically require an oral hearing, even if the rights guaranteed by this provision are at issue (*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 121–122). In addition, I am satisfied that the current administrative mechanisms include genuine guarantees with respect to principles of procedural fairness.

[177] Insofar as subsection 140(2) of CCRA does not legally prohibit a hearing, when this can prove necessary in the specific circumstances of the case being reviewed, the existence of such a discretionary power is neutral and does not conflict with the principles of fundamental justice guaranteed by section 7 of the Charter.

## VII. Conclusion

[178] In conclusion, although the residual liberty of a long-term offender is limited after an LTSO suspension, section 7 of the Charter does not oblige the Board to hold a post-suspension hearing in all cases where the Service has referred the file to it. Subsections 140(1) and (2) of the CCRA do not prevent the Board from holding a post-suspension hearing in cases where it is asked to exercise the powers set out in section 135.1 of CCRA. The discretion conferred by subsection 140(2) may be applied in a manner that respects the rights guaranteed by the Charter, particularly when a question of credibility is a determining factor in the file. Insofar as the source of the problem reported by the applicant is not to be found in the legislation itself, but in the Board's refusal to use its discretion in a manner compatible with the principles of fundamental justice, there is no reason to declare the legislation's provisions invalid (*Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paragraphs 77, 130–139). It is enough to state that the Board must, in all respects, comply with the principles of fundamental justice and hold an in-person hearing in cases that have been discussed earlier.

CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 46, référant à *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la page 362). Contrairement à ce que prétend le demandeur, l'article 7 de la Charte n'exige pas automatiquement et systématiquement la tenue d'une audience orale, et ce, même si les droits garantis par cette disposition sont en jeu (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 121–122). Aussi, je suis satisfait que les mécanismes administratifs actuels comportent des garanties véritables au niveau du respect des principes d'équité procédurale.

[177] Dans la mesure où le paragraphe 140(2) de la LSCMLC n'empêche pas légalement la tenue d'une audience, lorsque cela peut s'avérer nécessaire dans les circonstances particulières du cas sous étude, l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire est neutre et n'est pas incompatible avec les principes de justice fondamentale qui sont garantis par l'article 7 de la Charte.

## VII. Conclusion

[178] En conclusion, bien que la liberté résiduaire d'un délinquant à contrôler soit restreinte à la suite de la suspension d'une OSLD, l'article 7 de la Charte n'oblige pas la Commission à tenir une audience post-suspension dans tous les cas où le dossier lui est référé par le Service. Les paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC n'empêchent pas la Commission de tenir une audience post-suspension dans le cas où elle est appelée à exercer les pouvoirs prévus à l'article 135.1 de la LSCMLC. La discrétion conférée par le paragraphe 140(2) peut être appliquée d'une manière qui respecte les droits garantis par la Charte, notamment lorsqu'une question de crédibilité est déterminante dans le dossier. Dans la mesure où la source du problème que dénonce le demandeur ne réside pas dans la loi elle-même, mais dans le refus de la Commission d'exercer sa discrétion de manière compatible avec les principes de justice fondamentale, il ne convient pas de déclarer les dispositions de la loi invalides (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, aux paragraphes 77, 130–139). Il suffit de déclarer que la Commission doit, à tous égards, se conformer aux principes de justice fondamentale et

[179] For these reasons, the applicant has a right to a declaratory judgment, which is mentioned in the next paragraph.

[180] In terms of exercising the jurisdiction set out in section 135.1 of CCRA, the long-term offender's residual liberty is limited through the suspension of an LTSO. The Board must act fairly before upholding the LTSO suspension and recommending that a charge referring to section 753.3 of the *Criminal Code* be laid by the Attorney General. The principles of fundamental justice oblige the Board, before it refuses to hold an in-person, post-suspension meeting with the offender, to ensure that the reliable and convincing nature of information in the file enables it to make an informed decision. When the file contains incomplete or contradictory information that is relevant to the case review or that could be clarified by the offender, a post-suspension hearing must be held. This is also the case when the offender has difficulties (cognitive, mental health, physical or other) that prevent him from communicating effectively in writing or when a question of credibility is a determining factor in the file. Any refusal to hold an oral hearing must be given in writing. Consequently, the legislative discretion to hold a post-suspension hearing does not violate section 7 of the Charter. Subsections 140(1) and (2) of CCRA are not constitutionally invalid or inoperative in the case of long-term offenders whose file is referred to the Board following the suspension of an LTSO.

[181] The Court otherwise refuses the other compensation or statements sought by the applicant, without costs.

Judgment in file T-1159-16

Ruling on the merit of this application for judicial review and declaratory judgment;

tenir une audience en personne dans les cas qui ont été discutés plus tôt.

[179] Pour ces motifs, le demandeur a droit au jugement déclaratoire qui est mentionné au prochain paragraphe.

[180] S'agissant de l'exercice de la compétence prévue à l'article 135.1 de la LSCMLC, la liberté résiduelle du délinquant à contrôler est restreinte par la suspension d'une OSLD. La Commission doit agir avec équité avant de maintenir la suspension de l'OSLD et de recommander qu'une accusation imputant l'infraction à l'article 753.3 du *Code criminel* soit portée par le procureur général. Les principes de justice fondamentale obligent la Commission, avant de refuser de rencontrer en personne le délinquant dans une audience post-suspension, à s'assurer que le caractère sûr et convaincant des renseignements au dossier lui permet de rendre une décision éclairée. Lorsque le dossier contient des renseignements incomplets ou discordants qui sont pertinents à l'examen du cas ou qui pourraient être clarifiés par le délinquant, une audience post-suspension doit être tenue. C'est également le cas lorsque le délinquant présente des problèmes (cognitifs, de santé mentale, physiques ou autres) qui l'empêchent de communiquer efficacement par écrit ou encore lorsqu'une question de crédibilité est déterminante dans le dossier. Tout refus de tenir une audience orale doit être motivé par écrit. En conséquence, la discrétion législative de tenir une audience post-suspension ne viole pas l'article 7 de la Charte. Les paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC ne sont pas invalides ou inopérants constitutionnellement dans le cas des délinquants à contrôler dont le dossier est référé à la Commission à la suite de la suspension d'une OSLD.

[181] La Cour refuse autrement les autres réparations ou déclarations recherchées par la demanderesse. Le tout sans frais.

Jugement au dossier T-1159-16

Statuant sur le mérite de la présente demande de contrôle judiciaire et de jugement déclaratoire;

## THE COURT ADJUDGES AND DECLARES:

In terms of exercising the jurisdiction set out in section 135.1 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (CCRA), the long-term offender's residual liberty is limited by the suspension of a long-term supervision order (LTSO). The Parole Board of Canada must act fairly before upholding the LTSO suspension and recommending that a charge referring to section 753.3 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, be laid by the Attorney General. The principles of fundamental justice oblige the Board, before it refuses to hold an in-person, post-suspension meeting with the offender, to ensure that the reliable and convincing nature of information in the file enables it to make an informed decision. When the file contains incomplete or contradictory information that is relevant to the case review or that could be clarified by the offender, a post-suspension hearing must be held. This is also the case when the offender has difficulties (cognitive, mental health, physical or other) that prevent him from communicating effectively in writing or when a question of credibility is a determining factor in the file. Any refusal to hold an oral hearing must be given in writing. The legislative discretion to hold a post-suspension hearing does not violate section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Consequently, subsections 140(1) and (2) of CCRA are not constitutionally invalid or inoperative in the case of long-term offenders whose file is referred to the Board following the suspension of an LTSO.

The Court refuses otherwise the other compensation or statements sought by the applicant;

WITHOUT costs.

## LA COUR ADJUGE ET DÉCLARE :

S'agissant de l'exercice de la compétence prévue à l'article 135.1 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (LSCMLC), la liberté résiduelle du délinquant à contrôler est restreinte par la suspension d'une ordonnance de surveillance de longue durée (OSLD). La Commission des libérations conditionnelles du Canada doit agir avec équité avant de maintenir la suspension de l'OSLD et de recommander qu'une accusation imputant l'infraction à l'article 753.3 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 soit portée par le procureur général. Les principes de justice fondamentale obligent la Commission, avant de refuser de rencontrer en personne le délinquant dans une audience post-suspension, à s'assurer que le caractère sûr et convaincant des renseignements au dossier lui permet de rendre une décision éclairée. Lorsque le dossier contient des renseignements incomplets ou discordants qui sont pertinents à l'examen du cas ou qui pourraient être clarifiés par le délinquant, une audience post-suspension doit être tenue. C'est également le cas lorsque le délinquant présente des problèmes (cognitifs, de santé mentale, physiques ou autres) qui l'empêchent de communiquer efficacement par écrit ou encore lorsqu'une question de crédibilité est déterminante dans le dossier. Tout refus de tenir une audience orale doit être motivé par écrit. La discrétion législative de tenir une audience post-suspension ne viole pas l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En conséquence, les paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC ne sont pas invalides ou inopérants constitutionnellement dans le cas des délinquants à contrôler dont le dossier est référé à la Commission à la suite de la suspension d'une OSLD.

La Cour refuse autrement les autres réparations ou déclarations recherchées par le demandeur;

Le tout sans frais.