

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Frederick Anderson** *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Attorney General of New Brunswick,  
Attorney General of British Columbia,  
David Asper Centre for Constitutional  
Rights and Aboriginal Legal Services of  
Toronto Inc.** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. ANDERSON**

**2014 SCC 41**

File No.: 35246.

2014: March 19; 2014: June 6.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR**

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Criminal law — Sentencing — Aboriginal offenders — Mandatory minimum sentence — Accused convicted of impaired driving for fifth time — Crown prosecutor seeking mandatory minimum sentence — Whether s. 7 of the Charter requires the Crown to consider Aboriginal status of accused when seeking minimum sentence for impaired driving — Whether consideration of Aboriginal status is a principle of fundamental justice — Whether decision to seek mandatory minimum sentence is a matter of core prosecutorial discretion — Standard of review for Crown decision making — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253(1)(b), 255(1)(a)(iii), 727(1).*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Frederick Anderson** *Intimé*

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada,  
procureur général de l'Ontario,  
procureur général du Nouveau-Brunswick,  
procureur général de la Colombie-  
Britannique, David Asper Centre for  
Constitutional Rights et Aboriginal Legal  
Services of Toronto Inc.** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. ANDERSON**

**2014 CSC 41**

N° du greffe : 35246.

2014 : 19 mars; 2014 : 6 juin.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-  
NEUVE-ET-LABRADOR**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants autochtones — Peine minimale obligatoire — Accusé reconnu coupable une cinquième fois de conduite avec facultés affaiblies — Demande d'une peine minimale obligatoire par le procureur du ministère public — Lorsque le ministère public demande une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies, l'art. 7 de la Charte exige-t-il qu'il prenne en considération le statut d'Autochtone d'un accusé? — La prise en considération du statut d'Autochtone est-elle un principe de justice fondamentale? — La décision de demander une peine minimale obligatoire relève-t-elle du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites? — Norme de contrôle applicable aux décisions du ministère public — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253(1)(b), 255(1)(a)(iii), 727(1).*

The accused was convicted of impaired driving. The offence of impaired driving carries with it a minimum sentence of 30 days' imprisonment for a second offence and 120 days' imprisonment for a subsequent offence. These mandatory minimum sentences apply only if the Crown notifies the accused of its intention to seek a greater punishment prior to any plea. Crown counsel served a Notice of intent to seek greater punishment by reason of the accused's four previous impaired driving convictions. The trial judge held that Crown counsel breached s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by tendering the Notice without considering the accused's Aboriginal status. The accused was sentenced to a 90-day intermittent sentence. The Court of Appeal dismissed an appeal from sentence.

*Held:* The appeal should be allowed and a term of imprisonment of 120 days should be substituted, with service of the remainder of the sentence stayed in accordance with the concession of the Crown.

This appeal raises two issues: (1) whether s. 7 of the *Charter* requires the Crown to consider an accused's Aboriginal status when making decisions that limit the sentencing options available to a judge — here, the decision to seek a mandatory minimum sentence for impaired driving; and (2) whether the decision to tender the Notice is a matter of “core” prosecutorial discretion, and if so, the standard by which it may be reviewed.

#### *No constitutional obligation*

Crown prosecutors are not constitutionally required to consider the Aboriginal status of an accused when deciding whether or not to seek a mandatory minimum sentence for impaired driving for two reasons.

First, while it is a principle of fundamental justice that a sentence be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender, the duty to impose a proportionate sentence rests upon judges, *not* Crown prosecutors. The proportionality principle requires judges to consider systemic and background factors, including Aboriginal status, which may bear on the culpability of the offender. There is no basis in law to support equating the distinct roles of the judge and the prosecutor in the sentencing process.

L'accusé a été reconnu coupable de conduite avec facultés affaiblies. Une peine minimale de 30 jours d'emprisonnement est infligée pour une deuxième infraction, et pour une infraction subséquente la peine minimale est de 120 jours d'emprisonnement. Ces peines minimales obligatoires ne sont infligées que si le ministère public avise l'accusé, avant tout plaider, de son intention de demander une peine plus sévère. Le procureur du ministère public a signifié un avis de son intention de demander une peine plus sévère puisque l'accusé avait déjà été reconnu coupable de conduite avec facultés affaiblies à quatre reprises. Le juge du procès a estimé qu'en signifiant l'avis à l'accusé sans prendre en considération son statut d'Autochtone, le procureur du ministère public avait contrevenu à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'accusé a été condamné à une peine discontinue de 90 jours d'emprisonnement. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté contre la peine.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et une peine d'emprisonnement de 120 jours est substituée à la peine infligée, avec sursis de ce qui reste à courir de la peine conformément à la concession du ministère public.

Le pourvoi soulève deux questions. (1) L'art. 7 de la *Charte* oblige-t-il le ministère public à prendre en considération le statut d'Autochtone d'un accusé lorsqu'il prend des décisions qui limitent l'éventail des peines que peut infliger un juge — en l'espèce, la décision de demander une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies? (2) La décision de produire l'avis relève-t-elle du pouvoir discrétionnaire « essentiel » en matière de poursuites et, dans l'affirmative, quelle est la norme selon laquelle elle peut être révisée?

#### *Aucune obligation constitutionnelle*

Les procureurs du ministère public ne sont pas tenus par la Constitution de prendre en considération le statut d'Autochtone d'un accusé lorsqu'ils décident s'il y a lieu de demander une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies, et ce, pour deux raisons.

Premièrement, même si, selon le principe de justice fondamentale, une peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant, le devoir d'infliger une peine proportionnée incombe aux juges et *non* aux procureurs du ministère public. Le principe de la proportionnalité exige du juge qu'il prenne en considération les facteurs systémiques ou historiques, y compris le statut d'Autochtone, qui peuvent influencer sur la culpabilité du délinquant. Aucun principe de droit ne permet d'assimiler les rôles distincts du juge et du procureur dans le processus de détermination de la peine.

Second, the principle of fundamental justice that the accused asks this Court to recognize does not meet the test which governs principles of fundamental justice. A principle of fundamental justice must be a legal principle, enjoy consensus that the rule or principle is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate, and be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person. The principle advanced by the accused does not meet the second requirement as it is contrary to a long-standing and deeply-rooted approach to the division of responsibility between the Crown prosecutor and the courts. It would greatly expand the scope of judicial review of discretionary decisions made by prosecutors and put at risk the adversarial nature of our criminal justice system by inviting judicial oversight of the numerous decisions that Crown prosecutors make on a daily basis.

#### *Prosecutorial discretion*

Decisions by Crown prosecutors are either exercises of prosecutorial discretion or tactics and conduct before the court. Subsequent to this Court's decision in *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, confusion has arisen as to what is meant by "prosecutorial discretion" and the law has become cloudy. In particular, the use of the word "core" in *Krieger* has led to a narrow definition of prosecutorial discretion. The present appeal provides an opportunity for clarification.

"Prosecutorial discretion" is an expansive term. It covers all decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it. Prosecutorial discretion is entitled to considerable deference. It must not be subjected to routine second-guessing by the courts. Judicial non-interference is a matter of principle based on the doctrine of separation of powers. In contrast, tactics and conduct before the court are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes. Deference is not owed to counsel who behave inappropriately in the courtroom, but a high degree of deference is accorded to the tactical decisions of counsel. Abuse of process is not a

Deuxièmement, le principe de justice fondamentale que l'accusé demande à notre Cour de reconnaître ne respecte pas le critère qui régit les principes de justice fondamentale. Un principe de justice fondamentale doit satisfaire aux conditions suivantes : il doit s'agir d'un principe juridique; il doit exister un consensus sur le fait que cette règle ou ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et il doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Le principe que propose l'accusé ne satisfait pas à la deuxième condition puisqu'il est contraire à une approche reconnue depuis longtemps et fortement enracinée en ce qui concerne le partage de la responsabilité entre le procureur du ministère public et les tribunaux. Ce principe élargirait considérablement la portée du contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires des poursuivants et mettrait en danger le caractère accusatoire de notre système de justice pénale en ouvrant la porte à la surveillance judiciaire des nombreuses décisions que prennent quotidiennement les procureurs du ministère public.

#### *Pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites*

Les décisions des procureurs du ministère public visent soit l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, soit la stratégie ou la conduite devant le tribunal. Après l'arrêt de notre Cour dans *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, il y a eu une certaine confusion quant au sens à donner à l'expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » et le droit est devenu nébuleux à cet égard. En particulier, l'emploi de l'expression « au cœur de » dans *Krieger* a donné lieu à une définition étroite du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Le présent pourvoi nous donne l'occasion de le clarifier.

L'expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » est une expression large. Elle renvoie à toutes les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci. Le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites justifie une grande déférence. Il ne doit pas être susceptible d'une remise en cause systématique par les tribunaux. Par principe, compte tenu du partage des pouvoirs, les tribunaux n'interviennent pas dans le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Par contre, la stratégie et la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal sont assujetties à la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure. La

precondition for judicial intervention in relation to a party's tactics and conduct before the court.

Prosecutorial discretion is reviewable for abuse of process. The abuse of process doctrine is available where there is evidence that the Crown's conduct is egregious and seriously compromises trial fairness or the integrity of the justice system. The burden of proof lies on the accused to establish, on a balance of probabilities, a proper evidentiary foundation to proceed with an abuse of process claim, before requiring the Crown to provide reasons justifying its decision.

Tendering the Notice was a matter of prosecutorial discretion. In the complete absence of any evidence to support it, the accused's abuse of process argument must fail.

#### Cases Cited

**Applied:** *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; **explained:** *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. Gill*, 2012 ONCA 607, 112 O.R. (3d) 423; **distinguished:** *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *United States of America v. Leonard*, 2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496, leave to appeal refused, [2013] 1 S.C.R. v; **referred to:** *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] 1 S.C.R. 688; *R. v. Auclair*, 2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83.

déférence ne s'impose pas envers les avocats qui se comportent de façon inopportune dans la salle d'audience, mais notre système fait preuve d'une grande retenue envers les décisions tactiques des avocats. L'abus de procédure n'est pas une condition préalable à l'intervention du juge relativement à la stratégie ou à la conduite d'une partie devant le tribunal.

Le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est susceptible de contrôle judiciaire s'il y a eu abus de procédure. La règle de l'abus de procédure s'applique en présence d'éléments de preuve démontrant que la conduite du ministère public est inacceptable et compromet sérieusement l'équité du procès ou l'intégrité du système de justice. Avant que le ministère public soit tenu de justifier sa décision, il incombe à l'accusé d'établir, par prépondérance des probabilités, l'existence d'une preuve suffisante qu'une allégation relative à l'abus de procédure peut être examinée.

La production de l'avis relevait du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. En l'absence totale de preuve pour l'étayer, l'argument de l'accusé fondé sur l'abus de procédure doit être rejeté.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; **arrêts expliqués :** *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. Gill*, 2012 ONCA 607, 112 O.R. (3d) 423; **distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *United States of America c. Leonard*, 2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496, autorisation d'appel refusée, [2013] 1 R.C.S. v; **arrêts mentionnés :** *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] 1 R.C.S. 688; *R. c. Auclair*, 2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 15(1).  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, ss. 5, 6.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 92, 94, 95, 151, 152, 253(1), 255, 267(b), 271, 344, 718.1, 718.2, 727(1).  
*Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1)(a).

**Authors Cited**

Code, Michael. “Judicial Review of Prosecutorial Decisions: A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 863.  
 Frater, Robert J. *Prosecutorial Misconduct*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2009.  
 Vanek, David. “Prosecutorial Discretion” (1988), 30 *Crim. L.Q.* 219.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Green C.J.N.L. and Welsh and Rowe J.J.A.), 2013 NLCA 2, 331 Nfld. & P.E.I.R. 308, 1027 A.P.R. 308, 41 M.V.R. (6th) 194, 275 C.R.R. (2d) 127, 295 C.C.C. (3d) 262, [2013] 4 C.N.L.R. 209, [2013] N.J. No. 13 (QL), 2013 CarswellNfld 11, affirming a sentencing decision of English Prov. Ct. J., 2011 NLPC 1709A00569. Appeal allowed.

*Iain R. W. Hollett*, for the appellant.

*Derek Hogan and Darlene Neville*, for the respondent.

*David Schermbrucker and Carole Sheppard*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

*Philip Perlmutter and Lorna Bolton*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Kathryn A. Gregory and Cameron Gunn, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*Joyce DeWitt-Van Oosten, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 15(1).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 92, 94, 95, 151, 152, 253(1), 255, 267b), 271, 344, 718.1, 718.2, 727(1).  
*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 5, 6.  
*Loi sur l’extradition*, L.C. 1999, ch. 18, art. 44(1)a).

**Doctrine et autres documents cités**

Code, Michael. « Judicial Review of Prosecutorial Decisions : A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 863.  
 Frater, Robert J. *Prosecutorial Misconduct*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2009.  
 Vanek, David. « Prosecutorial Discretion » (1988), 30 *Crim. L.Q.* 219.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador (le juge en chef Green et les juges Welsh et Rowe), 2013 NLCA 2, 331 Nfld. & P.E.I.R. 308, 1027 A.P.R. 308, 41 M.V.R. (6th) 194, 275 C.R.R. (2d) 127, 295 C.C.C. (3d) 262, [2013] 4 C.N.L.R. 209, [2013] N.J. No. 13 (QL), 2013 CarswellNfld 11, qui a confirmé une décision du juge English de la Cour provinciale relative à la détermination de la peine, 2011 NLPC 1709A00569. Pourvoi accueilli.

*Iain R. W. Hollett*, pour l’appelante.

*Derek Hogan et Darlene Neville*, pour l’intimé.

*David Schermbrucker et Carole Sheppard*, pour l’intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada.

*Philip Perlmutter et Lorna Bolton*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Kathryn A. Gregory et Cameron Gunn, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Joyce DeWitt-Van Oosten, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Kent Roach and Cheryl Milne*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Jonathan Rudin and Emily Hill*, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

### I. Introduction

[1] This appeal raises the following question: Are Crown prosecutors constitutionally required to consider the Aboriginal status of an accused when deciding whether or not to seek a mandatory minimum sentence for impaired driving? The answer, in my view, must be no. There is no principle of fundamental justice that supports the existence of such a constitutional obligation. Absent such an obligation, the prosecutor’s decision is a matter of prosecutorial discretion which is reviewable by the courts only for abuse of process.

[2] The present appeal involves a scheme of escalating, mandatory minimum sentences for impaired driving convictions. These mandatory minimums are set out in s. 255 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Code*”). Section 727(1) of the *Code* states that the mandatory minimums set out in s. 255 are applicable only if the Crown, in advance of any plea, notifies the accused of its intention to seek a greater punishment by reason of previous convictions (the “Notice”) and tenders proof at the sentencing hearing that the Notice was served. It is the Crown’s discretionary decision to tender the Notice at the sentencing hearing that is the subject of the current debate.

[3] The respondent, Mr. Anderson, submits that the Crown is constitutionally obligated under s. 7

*Kent Roach et Cheryl Milne*, pour l’intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Jonathan Rudin et Emily Hill*, pour l’intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

### I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève la question suivante : les procureurs du ministère public sont-ils tenus par la Constitution de prendre en considération le statut d’Autochtone d’un accusé lorsqu’ils décident s’il y a lieu de demander une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies? À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative. Aucun principe de justice fondamentale n’appuie l’existence d’une telle obligation constitutionnelle. En l’absence d’une telle obligation, la décision du poursuivant est une question de pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et les tribunaux ne peuvent contrôler cette décision que s’il y a eu abus de procédure.

[2] Le pourvoi dont nous sommes saisis a pour objet un régime de peines minimales obligatoires de sévérité croissante pour les infractions de conduite avec facultés affaiblies. Ces peines minimales obligatoires sont prévues à l’art. 255 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *Code* »). Selon le par. 727(1) du *Code*, les peines minimales obligatoires prévues à l’art. 255 ne sont infligées que si le ministère public avise l’accusé, avant tout plaidoyer, de son intention de demander une peine plus sévère du fait de condamnations antérieures (l’« avis ») et présente, à l’audience de détermination de la peine, une preuve de la signification de l’avis. En l’espèce, le débat porte sur la décision discrétionnaire du ministère public de produire l’avis à l’audience de détermination de la peine.

[3] L’intimé, M. Anderson, plaide que le ministère public a l’obligation constitutionnelle, aux

of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to consider the accused's Aboriginal status in deciding whether or not to tender the Notice. According to Mr. Anderson, for sentencing purposes, consideration of Aboriginal status is a principle of fundamental justice. It follows that the Crown must consider it when making decisions that limit the sentencing options available to a judge.

[4] The Crown denies the existence of any such obligation. The Crown submits that the decision to tender the Notice is a matter of prosecutorial discretion. As such, it can only be reviewed for abuse of process. The Crown further submits that if mandatory minimum sentences within a statutory scheme prevent a judge from imposing a fit and just sentence that accords with the fundamental principle of proportionality, it is the scheme that should be challenged, not the exercise of prosecutorial discretion that has triggered it.

[5] For the reasons that follow, I conclude that Crown prosecutors are under no constitutional duty to consider the accused's Aboriginal status when tendering the Notice. As a matter of prosecutorial discretion, the decision is only reviewable for abuse of process.

## II. Background

[6] Mr. Anderson was charged with the offence of driving with more than 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood contrary to s. 253(1)(b) of the *Code*. Before pleading guilty, he was served with a Notice. He later learned that the Crown intended to prove the Notice at the sentencing hearing. As this was Mr. Anderson's fifth impaired driving-related conviction, tendering the Notice meant that he would be subject to a mandatory minimum sentence of not less than 120 days' imprisonment under s. 255(1)(a)(iii) of the *Code*.

termes de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de prendre en considération le statut d'Autochtone de l'accusé lorsqu'il décide de produire ou non l'avis. Selon M. Anderson, pour les besoins de la détermination de la peine, la prise en considération du statut d'Autochtone est un principe de justice fondamentale. Il s'ensuit que le ministère public doit prendre en considération ce statut lorsqu'il prend des décisions qui limitent l'éventail des peines que peut infliger un juge.

[4] Le ministère public nie l'existence d'une telle obligation. Il plaide que la décision de produire l'avis relève du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. En conséquence, la décision ne peut être révisée que s'il y a eu abus de procédure. Le ministère public plaide en outre que si les peines minimales obligatoires prévues dans un régime législatif empêchent un juge d'infliger une peine appropriée et juste qui soit conforme au principe fondamental de proportionnalité, il y a lieu de contester le régime en tant que tel et non l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites qui l'a fait entrer en jeu.

[5] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la Constitution n'oblige aucunement les procureurs du ministère public à prendre en considération le statut d'Autochtone lorsqu'ils produisent l'avis. S'agissant d'une question de pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite, la décision ne peut être révisée que pour abus de procédure.

## II. Contexte

[6] Monsieur Anderson a été accusé de conduite avec une alcoolémie supérieure à 80 milligrammes par 100 millilitres de sang, une infraction prévue à l'al. 253(1)b) du *Code*. Avant de plaider coupable, il s'est vu signifier un avis. Il a appris par la suite que le ministère public entendait faire la preuve de l'avis à l'audience de détermination de la peine. Puisqu'il s'agissait pour M. Anderson d'une cinquième condamnation pour conduite avec facultés affaiblies, la production de l'avis signifiait qu'il allait être passible, aux termes du sous-al. 255(1)a)(iii) du *Code*, d'une peine minimale obligatoire d'au moins 120 jours d'emprisonnement.

A. *Provincial Court of Newfoundland and Labrador, 2011 NLPC 1709A00569*

[7] Prior to the sentencing hearing, Mr. Anderson filed a *Charter* application in which he argued that ss. 255(1) and 727(1) of the *Code* violate s. 7 of the *Charter* because “the combined effect of the [provisions] is to transfer what is a judicial function to the prosecutor, namely, the setting of the floor or minimum sentence in a given case” (motion judgment, at para. 21). He also argued that the statutory scheme violated s. 15(1) of the *Charter* because it deprived an Aboriginal person of the opportunity to argue for a non-custodial sentence in an appropriate case.

[8] The trial judge, English Prov. Ct. J., accepted Mr. Anderson’s *Charter* arguments and concluded that the infringements of ss. 7 and 15(1) were not saved by s. 1 of the *Charter*. In order to ensure compliance with s. 7 of the *Charter*, he held that the Crown must in all cases, including those involving non-Aboriginal offenders, provide justification for relying on the Notice. As for the violation of s. 15(1), he declared the statutory scheme to be of no force and effect as it applied to Aboriginal offenders. Having determined that he was not bound by the minimums set out in s. 255(1), the trial judge sentenced Mr. Anderson to a 90-day intermittent sentence followed by two years’ probation. A five-year driving prohibition was also imposed.

B. *Newfoundland and Labrador Court of Appeal, 2013 NLCA 2, 331 Nfld. & P.E.I.R. 308*

[9] The Newfoundland and Labrador Court of Appeal rejected the Crown’s appeal. All members of the court held that where the Crown tenders the Notice at the sentencing hearing without considering the accused’s Aboriginal status, this renders the sentencing hearing fundamentally unfair, leading to a s. 7 *Charter* breach. According to the court, there would

A. *Cour provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador, 2011 NLPC 1709A00569*

[7] Avant l’audience de détermination de la peine, M. Anderson a déposé une requête fondée sur la *Charte* dans laquelle il a plaidé que les par. 255(1) et 727(1) du *Code* violent l’art. 7 de la *Charte* parce que [TRADUCTION] « [les dispositions] ont pour effet conjugué de transférer au poursuivant une fonction judiciaire, à savoir l’établissement d’une peine minimale dans une affaire donnée » (jugement sur la requête, par. 21). Il a également plaidé que le régime législatif violait le par. 15(1) de la *Charte* parce qu’il privait un Autochtone de la possibilité de plaider en faveur d’une sanction autre que l’incarcération dans un cas approprié.

[8] En première instance, le juge English de la Cour provinciale a accueilli les arguments fondés sur la *Charte* soulevés par M. Anderson et a conclu que les atteintes à l’art. 7 et au par. 15(1) ne pouvaient se justifier au sens de l’article premier de la *Charte*. Le juge a statué que, pour assurer la conformité à l’art. 7 de la *Charte*, le ministère public devait dans tous les cas, y compris ceux mettant en cause des délinquants non autochtones, justifier pourquoi il s’appuyait sur l’avis. Pour ce qui est de la violation du par. 15(1), il a déclaré que le régime législatif était inopérant à l’égard des délinquants autochtones. Ayant jugé qu’il n’était pas lié par les peines minimales énoncées au par. 255(1), le juge du procès a condamné M. Anderson à une peine discontinue de 90 jours d’emprisonnement, suivie de deux ans de probation. Une interdiction de conduire durant cinq ans a également été imposée.

B. *Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador, 2013 NLCA 2, 331 Nfld. & P.E.I.R. 308*

[9] La Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador a rejeté l’appel du ministère public. À l’unanimité, la cour a statué que la production de l’avis par le ministère public à l’audience de détermination de la peine, sans que soit pris en considération le statut d’Autochtone de l’accusé, rendait l’audience de détermination de la peine fondamentalement injuste, entraînant une

be no breach of s. 7 if the Crown's policy statement<sup>1</sup> regarding the decision to tender the Notice included a *specific* direction to consider the offender's Aboriginal status. The absence of such a direction, and the lack of explanation on the part of the Crown for its decision to tender the Notice in this case, led the court to conclude that s. 7 of the *Charter* had been breached.

[10] The court split on how the Crown's decision to tender the Notice should be characterized. Welsh J.A. considered it to be a matter of "core" prosecutorial discretion; Green C.J.N.L. and Rowe J.A. maintained that it was "outside a core prosecutorial function": para. 49 (emphasis deleted). In the end, this difference of opinion did not affect the result and the Crown's appeal was dismissed.

### III. Relevant Statutory Provisions

[11] Section 253(1) of the *Code* sets out the offence of impaired driving:

**253.** (1) [Operation while impaired] Every one commits an offence who operates a motor vehicle or vessel or operates or assists in the operation of an aircraft or of railway equipment or has the care or control of a motor vehicle, vessel, aircraft or railway equipment, whether it is in motion or not,

(a) while the person's ability to operate the vehicle, vessel, aircraft or railway equipment is impaired by alcohol or a drug; or

<sup>1</sup> Crown policy statements are designed to assist Crown prosecutors in the performance of their functions. In this case, there was a Crown policy statement pertaining to the decision of whether or not to tender the Notice. The policy statement stated that "service of the notice should be considered in all cases, in light of all circumstances of the offence and the background and circumstances of the offender" (Court of Appeal decision, at para. 19 (emphasis deleted)). The policy statement did not specifically reference Aboriginal status.

violation de l'art. 7 de la *Charte*. Selon la cour, il n'y aurait aucune violation de l'art. 7 si l'énoncé de politique du ministère public<sup>1</sup> relatif à la décision de produire l'avis renfermait une directive *particulière* indiquant que le statut d'Autochtone du délinquant doit être pris en considération. L'absence d'une telle directive et le fait que le ministère public n'avait pas expliqué sa décision de produire l'avis en l'espèce ont amené la cour à conclure à une violation de l'art. 7 de la *Charte*.

[10] La cour était partagée quant à la manière de qualifier la décision de produire l'avis. Le juge Welsh estimait qu'il s'agissait d'un pouvoir discrétionnaire « essentiel » du poursuivant; selon le juge en chef Green et le juge Rowe, cette décision [TRADUCTION] « ne relevait pas d'une fonction essentielle du poursuivant » : par. 49 (soulignement omis). En définitive, cette divergence de vues n'a pas eu d'incidence sur l'issue de l'affaire et l'appel du ministère public a été rejeté.

### III. Dispositions législatives applicables

[11] Le paragraphe 253(1) du *Code* énonce l'infraction de conduite avec facultés affaiblies :

**253.** (1) [Capacité de conduite affaiblie] Commet une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, dans les cas suivants :

a) lorsque sa capacité de conduire ce véhicule, ce bateau, cet aéronef ou ce matériel ferroviaire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue;

<sup>1</sup> Les énoncés de politique visent à aider les procureurs du ministère public dans l'exercice de leurs fonctions. En l'espèce, un énoncé de politique du ministère public traitait de la décision de produire ou non l'avis. L'énoncé de politique prévoyait que [TRADUCTION] « la signification de l'avis doit être prise en considération dans tous les cas, à la lumière de toutes les circonstances de l'infraction et des antécédents et de la situation du délinquant » (motifs de la Cour d'appel, par. 19 (soulignement omis)). L'énoncé de politique ne mentionnait pas particulièrement le statut d'Autochtone.

(b) having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person's blood exceeds eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood.

[12] Section 255 of the *Code* sets out the escalating mandatory minimum penalties for impaired driving. For the purposes of this appeal, the relevant portion of s. 255 is the following:

**255.** (1) [Punishment] Every one who commits an offence under section 253 or 254 is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable,

(a) whether the offence is prosecuted by indictment or punishable on summary conviction, to the following minimum punishment, namely,

(i) for a first offence, to a fine of not less than \$1,000,

(ii) for a second offence, to imprisonment for not less than 30 days, and

(iii) for each subsequent offence, to imprisonment for not less than 120 days;

[13] Section 727(1) of the *Code* sets out the requirement to give notice to the accused of the Crown's intention to seek the mandatory minimum punishment:

**727.** (1) [Previous conviction] Subject to subsections (3) and (4), where an offender is convicted of an offence for which a greater punishment may be imposed by reason of previous convictions, no greater punishment shall be imposed on the offender by reason thereof unless the prosecutor satisfies the court that the offender, before making a plea, was notified that a greater punishment would be sought by reason thereof.

[14] Section 718.2(e) of the *Code* states:

**718.2** [Other sentencing principles] A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

b) lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang.

[12] L'article 255 du *Code* prévoit les peines minimales obligatoires de sévérité croissante dans les cas de conduite avec facultés affaiblies. Pour les besoins du présent pourvoi, la partie pertinente de l'art. 255 est la suivante :

**255.** (1) [Peine] Quiconque commet une infraction prévue à l'article 253 ou 254 est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou par mise en accusation et est passible :

a) que l'infraction soit poursuivie par mise en accusation ou par procédure sommaire, des peines minimales suivantes :

(i) pour la première infraction, une amende minimale de mille dollars,

(ii) pour la seconde infraction, un emprisonnement minimal de trente jours,

(iii) pour chaque infraction subséquente, un emprisonnement minimal de cent vingt jours;

[13] Le paragraphe 727(1) du *Code* énonce l'obligation d'aviser l'accusé de l'intention du ministère public de demander la peine minimale obligatoire :

**727.** (1) [Condamnations antérieures] Sous réserve des paragraphes (3) et (4), lorsque le délinquant est déclaré coupable d'une infraction pour laquelle une peine plus sévère peut être infligée du fait de condamnations antérieures, aucune peine plus sévère ne peut lui être infligée de ce fait à moins que le poursuivant ne convainque le tribunal que le délinquant, avant d'enregistrer son plaidoyer, a reçu avis qu'une peine plus sévère serait demandée de ce fait.

[14] L'alinéa 718.2(e) du *Code* dispose :

**718.2** [Principes de détermination de la peine] Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

[15] Lastly, s. 7 of the *Charter* states:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

#### IV. Issues

[16] This appeal raises two issues: (1) whether s. 7 of the *Charter* requires the Crown to consider an accused's Aboriginal status when making decisions that limit the sentencing options available to a judge — here, the decision to seek a mandatory minimum sentence for impaired driving; and (2) whether the decision to tender the Notice is a matter of “core” prosecutorial discretion, and if so, the standard by which it may be reviewed.

[17] Before analyzing these two issues, a brief explanation of how they are connected is warranted. The respondent argues that all state actors (including Crown prosecutors) must consider Aboriginal status where a decision affects the liberty interest of an Aboriginal person. He maintains that this is a principle of fundamental justice. If this argument is accepted, it matters not whether the decision is one of prosecutorial discretion. The principle of fundamental justice — perhaps more aptly described as a constitutional duty — would apply regardless. As will be discussed in greater detail, prosecutorial discretion provides no answer to the breach of a constitutional duty. If, on the other hand, the respondent's argument is rejected, the distinction between prosecutorial discretion and tactics and conduct before the Court becomes important, as the categorization affects the standard of review to be applied to the decision.

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

[15] Enfin, l'art. 7 de la *Charte* est libellé ainsi :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

#### IV. Questions en litige

[16] Le présent pourvoi soulève deux questions. (1) L'art. 7 de la *Charte* oblige-t-il le ministère public à prendre en considération le statut d'Autochtone d'un accusé lorsqu'il prend des décisions qui limitent l'éventail des peines que peut infliger un juge — en l'espèce, la décision de demander une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies? (2) La décision de produire l'avis relève-t-elle du pouvoir discrétionnaire « essentiel » en matière de poursuites et, dans l'affirmative, quelle est la norme selon laquelle elle peut être révisée?

[17] Il convient d'expliquer brièvement le lien qui unit ces deux questions avant de les analyser. L'intimé soutient que tous les représentants de l'État (y compris les procureurs du ministère public) doivent prendre en considération le statut d'Autochtone lorsqu'une décision porte atteinte à la liberté d'un Autochtone. Il s'agit selon lui d'un principe de justice fondamentale. Si cet argument est retenu, il n'importe pas que la décision relève du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Le principe de justice fondamentale — qu'il convient peut-être mieux de qualifier d'obligation constitutionnelle — s'appliquerait en tout état de cause. Comme nous le verrons plus en détail, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites n'est pas la solution au manquement à une obligation constitutionnelle. Si, par contre, l'argument de l'intimé est rejeté, la distinction entre, d'une part, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et, d'autre part, la stratégie et la conduite devant la cour, revêt de l'importance car la qualification influe sur la norme de contrôle applicable à la décision.

## V. Analysis

- A. *Does Section 7 of the Charter Require the Crown to Consider an Accused's Aboriginal Status When Making Decisions That Limit the Sentencing Options Available to a Judge?*

[18] Mr. Anderson submits that consideration of Aboriginal status in sentencing is a principle of fundamental justice that applies to all state actors, including Crown prosecutors. It follows that Crown prosecutors are constitutionally required to consider an accused's Aboriginal status when making a discretionary decision that limits the sentencing options available to a judge, including the decision to tender the Notice. In support of this argument, Mr. Anderson relies on s. 718.2(e) of the *Code*, as well as this Court's decisions in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, and *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433.

[19] The Crown submits that Mr. Anderson's argument stretches s. 718.2(e) of the *Code* beyond its intended purpose. According to the Crown, a statutory direction to sentencing judges cannot be transformed into a constitutional obligation on the Crown to take Aboriginal status into account when making a discretionary decision that limits a judge's sentencing options.

[20] In my view, there are two reasons why Mr. Anderson's argument must fail. First, it conflates the role of the prosecutor and the sentencing judge by imposing on prosecutors a duty that applies only to judges — the duty to impose a proportionate sentence. Second, the principle of fundamental justice that Mr. Anderson seeks does not meet the test that governs such principles, set out in *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3.

## V. Analyse

- A. *L'article 7 de la Charte oblige-t-il le ministère public à prendre en considération le statut d'Autochtone d'un accusé lorsqu'il prend des décisions qui limitent l'éventail des peines que peut infliger un juge?*

[18] Monsieur Anderson plaide que la prise en considération du statut d'Autochtone dans la détermination de la peine est un principe de justice fondamentale qui s'applique à tous les représentants de l'État, y compris les procureurs du ministère public. Il s'ensuit que les procureurs du ministère public sont tenus par la Constitution de prendre en considération le statut d'Autochtone d'un accusé lorsqu'ils prennent une décision discrétionnaire qui limite l'éventail des peines que peut infliger un juge, y compris la décision de produire l'avis. Au soutien de cet argument, M. Anderson invoque l'al. 718.2e) du *Code*, ainsi que les décisions de notre Cour dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, et *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433.

[19] Le ministère public plaide que l'argument de M. Anderson étend la portée de l'al. 718.2e) du *Code* au-delà des fins qu'il est censé servir. Selon le ministère public, une directive législative adressée aux juges chargés de la détermination de la peine ne saurait être transformée en une obligation constitutionnelle imposée au ministère public de prendre en considération le statut d'Autochtone lorsqu'il prend une décision discrétionnaire qui limite l'éventail des peines que peut infliger un juge.

[20] À mon avis, l'argument de M. Anderson doit être rejeté pour deux raisons. Premièrement, cet argument confond le rôle du poursuivant et celui du juge chargé de déterminer la peine car il impose au poursuivant un devoir qui n'appartient qu'au juge — le devoir d'infliger une peine proportionnée. Deuxièmement, le principe de justice fondamentale que M. Anderson cherche à faire reconnaître ne satisfait pas au critère énoncé dans *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, qui régit les principes de ce genre.

(1) Imposing a Proportionate Sentence Is the Judge's Responsibility

[21] As LeBel J., for the majority of this Court, stated in *Ipeelee*, “[p]roportionality is the *sine qua non* of a just sanction” and a principle of fundamental justice: paras. 36-37. Proportionality means that the sentence must be “proportionate to both the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender” (*Ipeelee*, at para. 39 (emphasis deleted); see also s. 718.1 of the *Code*). “[S]ystemic and background factors [which include Aboriginal status] may bear on the culpability of the offender, [that is, the degree of responsibility of the offender,] to the extent that they shed light on his or her level of moral blameworthiness”: *Ipeelee*, at para. 73.

[22] The fundamental principle of proportionality has been codified. Section 718.1 of the *Code* states that “[a] sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.” Section 718.2 of the *Code* lists numerous factors that sentencing judges must consider when crafting a fair and just sentence that accords with the fundamental principle of proportionality. Aboriginal status is one of these factors and is found in s. 718.2(e).

[23] In *Gladue*, this Court discussed s. 718.2(e) of the *Code* at length, noting that it was enacted to ameliorate the serious problem of overrepresentation of Aboriginal people in Canadian prisons and to encourage a restorative approach to sentencing: para. 93. The Court explained that “sentencing judges should pay particular attention to the circumstances of aboriginal offenders because those circumstances are unique, and different from those of non-aboriginal offenders” (*Gladue*, at para. 37 (emphasis deleted)). The Court held that, pursuant to s. 718.2(e), a judge must consider: “(A) The unique systemic or background factors which may have played a part in bringing the particular aboriginal offender before the courts; and (B) [t]he types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender

(1) Il appartient au juge d’infliger une peine proportionnée

[21] Comme l’a indiqué le juge LeBel au nom des juges majoritaires de notre Cour dans *Ipeelee*, « [l]a proportionnalité représente la condition *sine qua non* d’une sanction juste » et un principe de justice fondamentale : par. 36-37. La proportionnalité signifie que la peine doit être « proportionnelle à la fois à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant » (*Ipeelee*, par. 39 (italiques omis); voir également l’art. 718.1 du *Code*). « [L]es facteurs systémiques et historiques [notamment le statut d’Autochtone] peuvent influencer sur la culpabilité du délinquant, [c’est-à-dire le degré de responsabilité du délinquant] dans la mesure où ils mettent en lumière son degré de culpabilité morale » : *Ipeelee*, par. 73.

[22] Le principe fondamental de la proportionnalité a été codifié. L’article 718.1 du *Code* prévoit que « [l]a peine est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. » L’article 718.2 du *Code* énumère les nombreux facteurs que doivent prendre en considération les juges chargés de la détermination de la peine pour que celle-ci soit juste et équitable, en accord avec le principe fondamental de la proportionnalité. Le statut d’Autochtone constitue l’un de ces facteurs et il est mentionné à l’al. 718.2(e).

[23] Dans l’arrêt *Gladue*, notre Cour a examiné en détail l’al. 718.2(e) du *Code*, notant qu’il a été édicté pour remédier au grave problème de la surreprésentation des Autochtones dans les prisons canadiennes et encourager les juges à aborder la détermination de la peine selon une approche correctrice : par. 93. La Cour a expliqué que « les juges devraient porter une attention particulière aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones parce que ces circonstances sont particulières, et différentes de celles dans lesquelles se trouvent les non-autochtones » (*Gladue*, par. 37 (soulignement omis)). La Cour a estimé que, aux termes de l’al. 718.2(e), un juge doit prendre en considération « (A) les facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être une des raisons pour lesquelles le délinquant autochtone se retrouve devant les tribunaux, [et] (B)

because of his or her particular aboriginal heritage or connection”: *Gladue*, at para. 66.

[24] Section 718.2(e) was also central to the discussion in *Ipeelee*. In that case, the Court noted that the *Gladue* principles bear on the ultimate question of what is a fit and proper sentence and assist the judge in crafting a sentence that accords with the fundamental principle of proportionality. The failure of a sentencing judge to consider the unique circumstances of Aboriginal offenders thus breaches both the judge’s statutory obligations, under ss. 718.1 and 718.2 of the *Code*, and the principle of fundamental justice that sentences be proportionate: *Ipeelee*, at para. 87.

[25] Importantly, both *Gladue* and *Ipeelee* speak to the sentencing obligations of *judges* to craft a proportionate sentence for Aboriginal offenders. They make no mention of prosecutorial discretion and do not support Mr. Anderson’s argument that *prosecutors* must consider Aboriginal status when making a decision that limits the sentencing options available to a judge. Mr. Anderson’s argument in effect equates the duty of the judge and the prosecutor, but there is no basis in law to support equating their distinct roles in the sentencing process. It is *the judge’s* responsibility to impose sentence; likewise, it is *the judge’s* responsibility, within the applicable legal parameters, to craft a proportionate sentence. If a mandatory minimum regime requires a judge to impose a disproportionate sentence, the regime should be challenged.

[26] In so concluding, I have not ignored *United States of America v. Leonard*, 2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496, leave to appeal refused, [2013] 1 S.C.R. v, a case upon which Mr. Anderson relies. In *Leonard*, the United States sought the extradition

les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l’égard du délinquant en raison de son héritage ou ses attaches autochtones » : *Gladue*, par. 66.

[24] L’alinéa 718.2e) est également au cœur de l’analyse dans *Ipeelee*. Dans cet arrêt, la Cour a fait remarquer que les principes énoncés dans *Gladue* se rapportent à la question ultime de savoir en quoi consiste une peine juste et appropriée et aident le juge à établir une peine conforme au principe fondamental de la proportionnalité. L’omission du juge chargé de déterminer la peine de tenir compte des circonstances particulières propres aux délinquants autochtones viole donc à la fois les obligations légales qui incombent au juge aux termes des art. 718.1 et 718.2 du *Code*, et le principe de justice fondamentale suivant lequel les peines doivent être proportionnées : *Ipeelee*, par. 87.

[25] Fait important, il est question, dans *Gladue* et *Ipeelee*, des obligations qui incombent aux *juges* chargés de la détermination de la peine d’établir une peine proportionnée à l’égard des délinquants autochtones. Dans ces arrêts, il n’est nullement fait mention du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et ces arrêts n’étayaient pas l’argument de M. Anderson selon lequel les *poursuivants* doivent prendre en considération le statut d’Autochtone lorsqu’ils prennent une décision qui limite l’éventail des peines que peut infliger un juge. L’argument de M. Anderson assimile le devoir du juge à celui du poursuivant, mais aucun principe de droit ne permet d’assimiler leurs rôles distincts dans le processus de détermination de la peine. Il appartient *au juge* d’infliger la peine; il *lui* appartient également d’établir une peine proportionnée, sans s’écarter des paramètres juridiques applicables. Si un régime de peine minimale obligatoire oblige un juge à infliger une peine disproportionnée, il y aurait lieu de contester le régime.

[26] Je ne suis pas arrivé à cette conclusion sans tenir compte de l’arrêt *United States of America c. Leonard*, 2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496, autorisation d’appel refusée, [2013] 1 R.C.S. v, un arrêt invoqué par M. Anderson. Dans cette affaire, les

of two Aboriginal Canadians. Sharpe J.A. held that in deciding whether or not to surrender the accused, the Minister of Justice was required to consider their Aboriginal status, noting that

the *Gladue* factors are not limited to criminal sentencing but . . . should be considered by all “decision-makers who have the power to influence the treatment of aboriginal offenders in the justice system” (*Gladue*, at para. 65) whenever an Aboriginal person’s liberty is at stake in criminal and related proceedings. That category includes extradition. [para. 85]

[27] Mr. Anderson submits that, like the Minister of Justice in *Leonard*, Crown prosecutors should be required to consider Aboriginal status as they are “decision-makers” who “have the power to influence the treatment of aboriginal offenders in the justice system” (*Gladue*, at para. 65). With respect, I cannot agree. The excerpt from *Leonard* upon which Mr. Anderson relies should not be taken out of context. Pursuant to s. 44(1)(a) of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, the Minister of Justice must refuse to surrender an individual if “the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances”. As Sharpe J.A. notes, determining whether the surrender would be unjust or oppressive requires the Minister of Justice to compare the likely sentence that would be imposed in a foreign state *with the likely sentence that would be imposed in Canada* — a task which is impossible to do without reference to the *Gladue* principles. As Sharpe J.A. explained, the proper exercise of the Minister’s discretion in this context

requires an assessment of the likely result if the case were prosecuted domestically and a comparison of that result to the likely outcome in the foreign state if the individual sought were surrender[ed]. In the case of an Aboriginal offender, I fail to see how that assessment and comparison could be accomplished without reference to the *Gladue* principles. [para. 87]

États-Unis demandaient l’extradition de deux Canadiens autochtones. Le juge Sharpe a conclu qu’avant de décider d’extrader ou non les accusés, le ministre de la Justice était tenu de prendre en considération leur statut d’Autochtone, et il a fait remarquer que

[TRADUCTION] les facteurs énoncés dans l’arrêt *Gladue* ne se limitent pas à la détermination de la peine en matière pénale mais doivent être pris en considération par tous « les décideurs qui ont le pouvoir d’influer sur le traitement des délinquants autochtones dans le système de justice » (*Gladue*, par. 65) chaque fois que la liberté d’un Autochtone est en jeu dans un procès criminel et des instances connexes, notamment une procédure d’extradition. [par. 85]

[27] M. Anderson prétend que, tout comme le ministre de la Justice dans *Leonard*, les procureurs du ministère public devraient être tenus de prendre en considération le statut d’Autochtone parce que ce sont des « décideurs qui ont le pouvoir d’influer sur le traitement des délinquants autochtones dans le système de justice » (*Gladue*, par. 65). En toute déférence, je ne saurais être d’accord. L’extrait de *Leonard* sur lequel s’appuie M. Anderson ne doit pas être pris hors contexte. Aux termes de l’al. 44(1)a) de la *Loi sur l’extradition*, L.C. 1999, ch. 18, le ministre de la Justice doit refuser d’extrader une personne si « l’extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances ». Comme le fait remarquer le juge Sharpe, le fait de décider si l’extradition serait injuste ou tyrannique oblige le ministre de la Justice à comparer la peine qui serait vraisemblablement infligée dans un autre pays *et la peine qui serait vraisemblablement imposée au Canada*, une tâche qu’il est impossible d’accomplir sans se reporter aux principes établis dans *Gladue*. Comme l’a expliqué le juge Sharpe, l’exercice légitime du pouvoir discrétionnaire du ministre dans ce contexte

[TRADUCTION] requiert la détermination du résultat que donneraient vraisemblablement des poursuites intentées au pays et la comparaison de ce résultat avec l’issue probable dans le pays étranger si la personne recherchée était extradée. Dans le cas d’un délinquant autochtone, je ne vois pas comment l’on peut faire cette détermination et cette comparaison sans se reporter aux principes établis dans *Gladue*. [par. 87]

[28] It follows, in my view, that *Leonard* does not support the much broader application of *Gladue* that Mr. Anderson seeks.

(2) The R. v. D.B. Test Is Not Satisfied

[29] There is a further reason why Mr. Anderson's s. 7 argument must fail. The principle of fundamental justice that Mr. Anderson asks this Court to recognize — that Crown prosecutors must consider the Aboriginal status of the accused prior to making decisions that limit a judge's sentencing options — does not meet the test which governs principles of fundamental justice. As Abella J. observed for the majority in *D.B.*, at para. 46, a principle of fundamental justice must (1) be a legal principle, (2) enjoy consensus that the rule or principle is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate, and (3) be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person. See also *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 8.

[30] The principle contended for by Mr. Anderson does not meet the second requirement that it enjoy consensus as a principle that is fundamental to the way in which the legal system ought to fairly operate. In fact, the principle is contrary to a long-standing and deeply rooted approach to the division of responsibility between the Crown prosecutor and the courts.

[31] We must begin by acknowledging that the principle advanced by Mr. Anderson would enormously expand the scope of judicial review of discretionary decisions made by prosecutors. In doing so, it puts at risk the adversarial nature of our criminal justice system by hobbling Crown prosecutors in the performance of their work and by inviting

[28] Par conséquent, je suis d'avis que l'arrêt *Leonard* n'étaye pas l'application beaucoup plus large de l'arrêt *Gladue* que M. Anderson cherche à obtenir.

(2) Le critère de l'arrêt R. c. D.B. n'est pas respecté

[29] Une autre raison explique pourquoi l'argument avancé par M. Anderson sur le fondement de l'art. 7 doit être rejeté. Le principe de justice fondamentale que M. Anderson demande à notre Cour de reconnaître — à savoir que les procureurs du ministère public doivent prendre en considération le statut d'Autochtone de l'accusé avant de prendre des décisions qui limitent l'éventail des peines que peut infliger un juge — ne respecte pas le critère qui régit les principes de justice fondamentale. Comme la juge Abella l'a fait remarquer au nom des juges majoritaires dans *D.B.*, par. 46, un principe de justice fondamentale doit satisfaire aux conditions suivantes : (1) il doit s'agir d'un principe juridique; (2) il doit exister un consensus sur le fait que cette règle ou ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice; (3) il doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Voir aussi *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 8.

[30] Le principe que propose M. Anderson ne satisfait pas à la deuxième condition selon laquelle il doit exister un consensus sur le fait que ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice. En fait, le principe proposé est contraire à une approche reconnue depuis longtemps et fortement enracinée en ce qui concerne le partage de la responsabilité entre le procureur du ministère public et les tribunaux.

[31] Il faut d'abord reconnaître que le principe que propose M. Anderson élargirait énormément la portée du contrôle judiciaire des décisions des poursuivants. Ce faisant, il met en danger le caractère accusatoire de notre système de justice pénale en entravant les procureurs du ministère public dans l'exécution de leur travail et en ouvrant la porte

judicial oversight of the numerous decisions that Crown prosecutors make on a daily basis. As the Crown has pointed out, the situations where Crown decisions have the potential to limit the sentencing judge's options and therefore the judge's ability to take s. 718.2(e) into account are many: A.F., at para. 145. These decisions include: proceeding with charges that attract a mandatory minimum sentence when other related offences have no mandatory minimum sentence (e.g. s. 95 as opposed to s. 92 or s. 94 of the *Code*); proceeding by indictment rather than summary conviction when different mandatory minimum sentences are required (e.g. ss. 151, 152 and 271 of the *Code*); and proceeding by indictment rather than by summary conviction when that decision precludes the possibility of a conditional sentence (e.g. s. 267(b) of the *Code*). Moreover, there are several provisions of the *Code* and the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, where a mandatory minimum is triggered by the Crown's decision to prove a particular aggravating factor — such as evidence of a firearm used in the commission of the offence (e.g. s. 344 of the *Code*; ss. 5 and 6 of the *Controlled Drugs and Substances Act*). As with the other examples provided, the decision to prove the aggravating factor limits the sentencing judge's options.

[32] Apart from the sheer volume of decisions that would be opened up for review, the Crown's decision to seek the mandatory minimum penalty — as we shall see — is a matter of prosecutorial discretion. There has been a long-standing and deeply engrained reluctance to permit routine judicial review of the exercise of that discretion. As affirmed in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 411, the Court “has already recognized that the existence of prosecutorial discretion does not offend the principles of fundamental justice”. And, as L'Heureux-Dubé J., for the majority of this Court,

à la surveillance judiciaire des nombreuses décisions que prennent quotidiennement les procureurs du ministère public. Comme l'a fait remarquer le ministère public, les situations où les décisions du ministère public peuvent limiter l'éventail des sanctions que peut infliger le juge chargé de la détermination de la peine — et donc sa faculté de prendre en compte l'al. 718.2e) — sont nombreuses : m.a., par. 145. C'est le cas notamment des décisions suivantes : porter des accusations qui entraînent une peine minimale obligatoire alors que d'autres infractions connexes n'entraînent aucune peine minimale obligatoire (p. ex., invoquer l'art. 95 plutôt que les art. 92 ou 94 du *Code*); intenter une poursuite par voie de mise en accusation plutôt que par procédure sommaire lorsque des peines minimales obligatoires sont prescrites (p. ex. les infractions prévues aux art. 151, 152 et 271 du *Code*); intenter une poursuite par voie de mise en accusation, plutôt que par procédure sommaire, lorsque cette décision exclut la possibilité d'une condamnation avec sursis (p. ex. l'infraction prévue à l'al. 267b) du *Code*). En outre, plusieurs dispositions du *Code* et de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, entraînent l'application d'une peine minimale obligatoire lorsque le ministère public décide de faire la preuve d'une circonstance aggravante — c'est le cas de la preuve qu'une arme à feu a été utilisée dans la perpétration de l'infraction (p. ex. l'art. 344 du *Code*; les art. 5 et 6 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*). À l'instar des autres exemples susmentionnés, la décision de faire la preuve de la circonstance aggravante limite l'éventail des peines que peut infliger le juge.

[32] Indépendamment du nombre considérable de décisions qui donneraient ouverture au contrôle judiciaire, la décision du ministère public de demander une peine minimale obligatoire — comme nous le verrons — est une question qui relève du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Il existe depuis longtemps une réticence fortement enracinée à permettre le contrôle judiciaire automatique de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Comme elle l'a affirmé dans *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, p. 411, la Cour « a déjà reconnu que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite ne porte pas atteinte

noted in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, “the Crown cannot function as a prosecutor before the court while also serving under its general supervision. The court, in turn, cannot both supervise the exercise of prosecutorial discretion and act as an impartial arbitrator of the case presented to it” (p. 627). The imposition of a sweeping duty that opens up for routine judicial review all of the aforementioned decisions is contrary to our constitutional traditions. It cannot be a principle that is considered fundamental to the way in which our legal system ought fairly to operate.

[33] In sum, the principle of fundamental justice sought by Mr. Anderson must be rejected.

B. *Is the Crown’s Decision to Tender the Notice Against an Aboriginal Offender Reviewable?*

[34] Having concluded that the Crown is not under a constitutional obligation to consider the accused’s Aboriginal status when making a decision that limits the sentencing options available to a judge, the next question is whether the Crown’s decision to tender the Notice is reviewable in some other way, and if so, under what standard.

Review of Crown Decision Making

[35] There are two distinct avenues for judicial review of Crown decision making. The analysis will differ depending on which of the following is at issue: (1) exercises of prosecutorial discretion; or (2) tactics and conduct before the court.

[36] All Crown decision making is reviewable for abuse of process. However, as I will explain, exercises of prosecutorial discretion are *only* reviewable for abuse of process. In contrast, tactics and conduct before the court are subject to a wider range of review. The court may exercise its inherent

aux principes de justice fondamentale ». Et comme la juge L’Heureux-Dubé l’a fait remarquer au nom des juges majoritaires de la Cour dans *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, « le ministère public ne peut fonctionner à titre de poursuivant devant le tribunal tout en étant également assujéti à sa surveillance générale. Pour sa part, le tribunal ne peut à la fois superviser l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite et agir à titre d’arbitre impartial de l’affaire qui lui est soumise » (p. 627). L’imposition d’une obligation très générale qui donne ouverture à la révision automatique de toutes les décisions susmentionnées va à l’encontre de nos traditions constitutionnelles. Il ne peut s’agir là d’un principe considéré comme essentiel au bon fonctionnement de notre système de justice.

[33] En résumé, le principe de justice fondamentale que fait valoir M. Anderson doit être rejeté.

B. *La décision du ministère public de produire l’avis à l’égard d’un délinquant autochtone peut-elle être révisée?*

[34] Ayant conclu que la Constitution n’oblige pas le ministère public à prendre en considération le statut d’Autochtone de l’accusé lorsqu’il prend une décision qui limite l’éventail des peines que peut infliger un juge, il s’agit maintenant de déterminer si la décision du ministère public de produire l’avis peut être révisée d’une autre façon et, dans l’affirmative, selon quelle norme.

Contrôle des décisions du ministère public

[35] Le contrôle judiciaire des décisions du ministère public peut se faire suivant deux voies distinctes. L’analyse différera selon qu’il s’agit de contrôler (1) l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, ou (2) la stratégie ou la conduite devant le tribunal.

[36] Toutes les décisions du ministère public sont susceptibles de révision s’il y a eu abus de procédure. Toutefois, ainsi que je vais l’expliquer, l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites peut être révisé en cas d’abus de procédure *seulement*. Par contre, la stratégie ou la

jurisdiction to control its own processes even in the absence of abuse of process.

(a) *Prosecutorial Discretion*

[37] This Court has repeatedly affirmed that prosecutorial discretion is a necessary part of a properly functioning criminal justice system: *Beare*, at p. 410; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749, at pp. 758-62; *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113, at para. 19. In *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339, at para. 47, the fundamental importance of prosecutorial discretion was said to lie, “not in protecting the interests of individual Crown attorneys, but in advancing the public interest by enabling prosecutors to make discretionary decisions in fulfilment of their professional obligations without fear of judicial or political interference, thus fulfilling their quasi-judicial role as ‘ministers of justice’”. More recently, in *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609, at para. 27, this Court observed that “[n]ot only does prosecutorial discretion accord with the principles of fundamental justice — it constitutes an indispensable device for the effective enforcement of the criminal law”.

[38] Unfortunately, subsequent to this Court’s decision in *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, confusion has arisen as to what is meant by “prosecutorial discretion” and the law has become cloudy. The present appeal provides an opportunity for clarification.

[39] In *Krieger*, this Court provided the following description of prosecutorial discretion:

“Prosecutorial discretion” is a term of art. It does not simply refer to any discretionary decision made by a Crown prosecutor. Prosecutorial discretion refers to

conduite devant le tribunal peut être l’objet d’un contrôle plus large. La cour peut exercer sa compétence inhérente en vue de faire respecter sa propre procédure, même en l’absence d’abus de procédure.

a) *Le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites*

[37] Notre Cour a affirmé à maintes reprises que le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est un élément essentiel au bon fonctionnement de la justice criminelle : *Beare*, p. 410; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749, p. 758-762; *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, par. 19. Dans *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339, par. 47, notre Cour a estimé que l’importance fondamentale du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites « tient à la défense de l’intérêt public, et non à la protection des droits individuels des procureurs de la Couronne, car elle permet à ces derniers de prendre des décisions discrétionnaires dans l’exécution de leurs obligations professionnelles sans craindre d’ingérence judiciaire ou politique et de s’acquitter ainsi de leur rôle quasi judiciaire de [TRADUCTION] “représentants de la justice” ». Plus récemment, dans *Sriskandarajah c. États-Unis d’Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609, par. 27, la Cour a fait remarquer que « [l]e pouvoir discrétionnaire du poursuivant est non seulement conforme aux principes de justice fondamentale, mais il représente un mécanisme essentiel d’application efficace du droit criminel ».

[38] Malheureusement, après l’arrêt de notre Cour dans *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, il y a eu une certaine confusion quant au sens à donner à l’expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » et le droit est devenu nébuleux à cet égard. Le présent pourvoi nous donne l’occasion de le clarifier.

[39] Dans *Krieger*, notre Cour a décrit de la façon suivante le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites :

L’expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » est une expression technique. Elle ne désigne pas simplement la décision discrétionnaire d’un procureur

the use of those powers that constitute the core of the Attorney General's office and which are protected from the influence of improper political and other vitiating factors by the principle of independence. [para. 43]

[40] The Court went on to provide the following examples of prosecutorial discretion: whether to bring the prosecution of a charge laid by police; whether to enter a stay of proceedings in either a private or public prosecution; whether to accept a guilty plea to a lesser charge; whether to withdraw from criminal proceedings altogether; and whether to take control of a private prosecution (para. 46). The Court continued:

Significantly, what is common to the various elements of prosecutorial discretion is that they involve the ultimate decisions as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and what the prosecution ought to be for. Put differently, prosecutorial discretion refers to decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it. Decisions that do not go to the nature and extent of the prosecution, i.e., the decisions that govern a Crown prosecutor's tactics or conduct before the court, do not fall within the scope of prosecutorial discretion. Rather, such decisions are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum. [Emphasis added; emphasis in original deleted; para. 47.]

[41] Since *Krieger*, courts have struggled with the distinction between prosecutorial discretion, and tactics and conduct. The use of the word "core" in *Krieger* has led to a narrow definition of prosecutorial discretion, notwithstanding the expansive language used in *Krieger* to define the term, namely: ". . . decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it" (para. 47). Difficulty in defining the term has also led to confusion regarding the standard of review by which particular Crown decisions are to be assessed.

du ministère public, mais vise l'exercice des pouvoirs qui sont au cœur de la charge de procureur général et que le principe de l'indépendance protège contre l'influence de considérations politiques inappropriées et d'autres vices. [par. 43]

[40] La Cour donne ensuite les exemples suivants du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites : intenter ou non des poursuites relativement à une accusation portée par la police; ordonner un arrêt des procédures dans le cadre de poursuites privées ou publiques; accepter un plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation moins grave; se retirer complètement de procédures criminelles; prendre en charge des poursuites privées (par. 46). La Cour ajoute ce qui suit :

Fait important, le point commun entre les divers éléments du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est le fait qu'ils comportent la prise d'une décision finale quant à savoir s'il y a lieu d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin, d'une part, et quant à l'objet des poursuites, d'autre part. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites vise les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci. Les décisions qui ne portent pas sur la nature et l'étendue des poursuites, c'est-à-dire celles qui ont trait à la stratégie ou à la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal, ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ces décisions relèvent plutôt de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui. [Je souligne; soulignements dans l'original omis; par. 47.]

[41] Depuis l'arrêt *Krieger*, la distinction entre le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, d'une part, et la stratégie et la conduite, d'autre part, a donné du fil à retordre aux tribunaux. L'emploi de l'expression « au cœur de » dans *Krieger* a donné lieu à une définition étroite du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, malgré la formulation libérale employée dans *Krieger* pour définir l'expression, à savoir : « . . . les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci » (par. 47). La difficulté à définir l'expression a également semé la confusion quant à la norme de contrôle applicable à l'appréciation de décisions données du ministère public.

[42] The current appeal presents a good illustration of both problems. As noted earlier, the Newfoundland and Labrador Court of Appeal split on the issue of how to characterize the Crown’s decision to tender the Notice. Welsh J.A. held that it was a matter of “core” prosecutorial discretion, whereas Green C.J.N.L. and Rowe J.A. (following *R. v. Gill*, 2012 ONCA 607, 112 O.R. (3d) 423, at paras. 54-56), considered it to be a tactical decision and thus “outside [the] core” (para. 49).

[43] The court also diverged on the applicable standard of review. Welsh J.A. held that the distinction between core decisions and decisions falling outside the core was of no consequence as both types of decisions were reviewable on the same standard — the standard articulated in *Gill*, in which the Ontario Court of Appeal held that the decision to tender the Notice was reviewable if it (1) undermined the integrity of the administration of justice; (2) operated in a manner that rendered the sentencing proceedings fundamentally unfair; (3) was arbitrary; or (4) resulted in a limit on the accused’s liberty that was grossly disproportionate to the state interest in pursuing a particular course of action (*Gill*, at para. 59). Green C.J.N.L. and Rowe J.A. disagreed. In their view, tactical decisions (decisions “outside the core”) were reviewable according to the *Gill* standard, whereas “core” prosecutorial discretion was reviewable solely for abuse of process. The diverging views present in this case, and in many others, demonstrate the unsatisfactory state of the law.

[44] In an effort to clarify, I think we should start by recognizing that the term “prosecutorial discretion” is an expansive term that covers all “decisions regarding the nature and extent of the

[42] Le présent pourvoi illustre bien les deux problèmes. Rappelons que la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador était partagée quant à la manière de qualifier la décision du ministère public de produire l’avis. La juge Welsh a statué que la décision en cause relevait du pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] « essentiel » en matière de poursuites, alors que le juge en chef Green et le juge Rowe (s’appuyant sur l’arrêt *R. c. Gill*, 2012 ONCA 607, 112 O.R. (3d) 423, par. 54-56), ont estimé qu’il s’agissait d’une décision stratégique qui [TRADUCTION] « ne relevait donc pas de ce pouvoir essentiel » (par. 49).

[43] La cour était également divisée quant à la norme de contrôle applicable. La juge Welsh a statué que la distinction entre les décisions essentielles et celles qui ne l’étaient pas n’avait pas de conséquences, puisque, dans les deux cas, les décisions pouvaient être révisées selon la même norme de contrôle — la norme énoncée dans *Gill*, où la Cour d’appel de l’Ontario a statué que la décision de produire l’avis pouvait être révisée si l’une des conditions suivantes était remplie : (1) la décision a porté atteinte à l’intégrité de l’administration de la justice; (2) elle a eu pour effet de rendre la procédure de détermination de la peine fondamentalement inéquitable; (3) elle était arbitraire; (4) elle a donné lieu à une restriction de la liberté de l’accusé qui était exagérément disproportionnée à l’intérêt qu’a l’État à prendre une mesure donnée (*Gill*, par. 59). Le juge en chef Green et le juge Rowe n’étaient pas de cet avis. Selon eux, les décisions stratégiques (les décisions « non essentielles ») pouvaient être révisées selon la norme énoncée dans *Gill*, alors que le pouvoir discrétionnaire « essentiel » en matière de poursuites n’était susceptible de révision que s’il y avait eu abus de procédure. Les points de vue divergents en l’espèce, et dans beaucoup d’autres affaires, montrent bien que la règle de droit en la matière laisse à désirer.

[44] En vue de clarifier la règle, je crois que nous devons d’abord reconnaître que l’expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » est une expression large qui renvoie à toutes « les

prosecution and the Attorney General's participation in it" (*Krieger*, at para. 47). As this Court has repeatedly noted, "[p]rosecutorial discretion refers to the discretion exercised by the Attorney-General in matters within his authority in relation to the prosecution of criminal offences" (*Krieger*, at para. 44, citing *Power*, at p. 622, quoting D. Vanek, "Prosecutorial Discretion" (1988), 30 *Crim. L.Q.* 219, at p. 219 (emphasis added)). While it is likely impossible to create an exhaustive list of the decisions that fall within the nature and extent of a prosecution, further examples to those in *Krieger* include: the decision to repudiate a plea agreement (as in *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566); the decision to pursue a dangerous offender application; the decision to prefer a direct indictment; the decision to charge multiple offences; the decision to negotiate a plea; the decision to proceed summarily or by indictment; and the decision to initiate an appeal. All pertain to the nature and extent of the prosecution. As can be seen, many stem from the provisions of the *Code* itself, including the decision in this case to tender the Notice.

[45] In sum, prosecutorial discretion applies to a wide range of prosecutorial decision making. That said, care must be taken to distinguish matters of prosecutorial discretion from constitutional obligations. The distinction between prosecutorial discretion and the constitutional obligations of the Crown was made in *Krieger*, where the prosecutor's duty to disclose relevant evidence to the accused was at issue:

In *Stinchcombe*, *supra*, the Court held that the Crown has an obligation to disclose all relevant information to the defence. While the Crown Attorney retains the discretion not to disclose irrelevant information, disclosure of relevant evidence is not, therefore, a matter of

décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci » (*Krieger*, par. 47). Comme notre Cour l'a fait remarquer à maintes reprises, « [l]e pouvoir discrétionnaire [en matière de poursuites] renvoie à la discrétion exercée par le procureur général dans les affaires qui relèvent de sa compétence relativement à la poursuite d'infractions criminelles » (*Krieger*, par. 44, citant *Power*, p. 622, citant D. Vanek, « Prosecutorial Discretion » (1988), 30 *Crim. L.Q.* 219, p. 219 (je souligne)). Bien qu'il soit sans doute impossible de dresser une liste exhaustive des décisions qui relèvent de la nature et de l'étendue des poursuites, nous pouvons ajouter, outre ceux donnés dans *Krieger*, les exemples suivants : la décision de répudier une entente sur le plaidoyer (comme dans *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566); la décision d'introduire une demande de déclaration de délinquant dangereux; la décision de procéder par voie de mise en accusation directe; la décision de porter des accusations alléguant la perpétration de plusieurs infractions; la décision de négocier sur un plaidoyer; la décision de procéder par voie sommaire ou par voie de mise en accusation; la décision d'interjeter appel. Toutes ces décisions ont trait à la nature et à l'étendue des poursuites. Comme on peut le voir, plusieurs découlent de dispositions du *Code* même, y compris la décision en l'espèce de produire l'avis.

[45] En résumé, l'expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » renvoie à un vaste éventail de décisions que peut prendre un poursuivant. Cela dit, il faut prendre soin de faire la distinction entre les questions qui relèvent de ce pouvoir et les obligations constitutionnelles. La distinction entre le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et les obligations constitutionnelles du ministère public a été faite dans *Krieger*, où était en cause l'obligation du poursuivant de communiquer la preuve pertinente à l'accusé :

Dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, notre Cour a conclu que le ministère public est tenu de communiquer à la défense tous les renseignements pertinents. Par conséquent, bien que le procureur du ministère public conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer

prosecutorial discretion but, rather, is a prosecutorial duty. [Emphasis added; para. 54.]

Manifestly, the Crown possesses no discretion to breach the *Charter* rights of an accused. In other words, prosecutorial discretion provides no shield to a Crown prosecutor who has failed to fulfill his or her constitutional obligations such as the duty to provide proper disclosure to the defence.

(i) The Standard of Review for Prosecutorial Discretion

[46] The many decisions that Crown prosecutors are called upon to make in the exercise of their prosecutorial discretion must not be subjected to routine second-guessing by the courts. The courts have long recognized that decisions involving prosecutorial discretion are unlike other decisions made by the executive: see M. Code, “Judicial Review of Prosecutorial Decisions: A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 863, at p. 867. Judicial non-interference with prosecutorial discretion has been referred to as a “matter of principle based on the doctrine of separation of powers as well as a matter of policy founded on the efficiency of the system of criminal justice” which also recognizes that prosecutorial discretion is “especially ill-suited to judicial review”: *Power*, at p. 623. In *Krieger*, the Court discussed the separation of powers doctrine as a basis for judicial deference to prosecutorial discretion:

In our theory of government, it is the sovereign who holds the power to prosecute his or her subjects. A decision of the Attorney General, or of his or her agents, within the authority delegated to him or her by the sovereign is not subject to interference by other arms of government. An exercise of prosecutorial discretion will, therefore, be treated with deference by the courts and by other members of the executive . . . . [para. 45]

des renseignements non pertinents, la communication d’éléments de preuve pertinents est affaire non pas de pouvoir discrétionnaire mais plutôt d’obligation de sa part. [Je souligne; par. 54.]

Manifestement, le ministère public n’a pas le pouvoir discrétionnaire de porter atteinte aux droits que la *Charte* garantit à un accusé. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ne protège aucunement le procureur du ministère public qui ne s’est pas acquitté de ses obligations constitutionnelles, par exemple celle de communiquer adéquatement la preuve à la défense.

(i) La norme de contrôle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites

[46] Les nombreuses décisions que sont appelés à prendre les procureurs du ministère public dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ne doivent pas être susceptibles d’une remise en cause systématique par les tribunaux. Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que les décisions prises dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites sont différentes de celles prises par l’exécutif : voir M. Code, « Judicial Review of Prosecutorial Decisions : A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 863, p. 867. Si les tribunaux n’interviennent pas dans le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, c’est « par principe, compte tenu du partage des pouvoirs, de l’efficacité du système de justice criminelle », et parce qu’ils reconnaissent que ce pouvoir discrétionnaire « se prête particulièrement mal au contrôle judiciaire » : *Power*, p. 623. Dans *Krieger*, la Cour a examiné la théorie du partage des pouvoirs en tant que fondement de la retenue dont les tribunaux font preuve à l’égard du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites :

Dans notre système gouvernemental, c’est le souverain qui a le pouvoir de poursuivre ses sujets. Les autres organes du gouvernement ne peuvent pas modifier une décision que le procureur général ou l’un de ses mandataires a prise dans l’exercice du pouvoir que le souverain lui a délégué. Par conséquent, les tribunaux [et] les autres membres de l’exécutif [. . .] font preuve de retenue à l’égard de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. [par. 45]

[47] The Court also noted the more practical problems associated with regular review of prosecutorial discretion:

The quasi-judicial function of the Attorney General cannot be subjected to interference from parties who are not as competent to consider the various factors involved in making a decision to prosecute. To subject such decisions to political interference, or to judicial supervision, could erode the integrity of our system of prosecution. [para. 32]

[48] Manifestly, prosecutorial discretion is entitled to considerable deference. It is not, however, immune from all judicial oversight. This Court has repeatedly affirmed that prosecutorial discretion is reviewable for abuse of process: *Krieger*, at para. 32; *Nixon*, at para. 31; *Miazga*, at para. 46.

[49] The jurisprudence pertaining to the review of prosecutorial discretion has employed a range of terminology to describe the type of prosecutorial conduct that constitutes abuse of process. In *Krieger*, this Court used the term “flagrant impropriety” (para. 49). In *Nixon*, the Court held that the abuse of process doctrine is available where there is evidence that the Crown’s decision “undermines the integrity of the judicial process” or “results in trial unfairness” (para. 64). The Court also referred to “improper motive[s]” and “bad faith” in its discussion (para. 68).

[50] Regardless of the precise language used, the key point is this: abuse of process refers to Crown conduct that is egregious and seriously compromises trial fairness and/or the integrity of the justice system. Crown decisions motivated by prejudice against Aboriginal persons would certainly meet this standard.

[51] In sum, prosecutorial discretion is reviewable solely for abuse of process. The *Gill* test applied by the Newfoundland and Labrador Court of Appeal was developed at a time when courts were struggling with the post-*Krieger* “core” versus “outside the

[47] Notre Cour a aussi souligné les problèmes pratiques particuliers liés à la révision systématique du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites :

La fonction quasi judiciaire du procureur général ne saurait faire l’objet d’une ingérence de la part de parties qui ne sont pas aussi compétentes que lui pour analyser les divers facteurs à l’origine de la décision de poursuivre. Assujettir ce genre de décisions à une ingérence politique ou à la supervision des tribunaux pourrait miner l’intégrité de notre système de poursuites. [par. 32]

[48] Manifestement, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites justifie une grande déférence. Toutefois, il n’est pas à l’abri de toute surveillance judiciaire. Notre Cour a affirmé à maintes reprises que le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est susceptible de contrôle judiciaire s’il y a eu abus de procédure : *Krieger*, par. 32; *Nixon*, par. 31; *Miazga*, par. 46.

[49] Dans la jurisprudence portant sur le contrôle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, le type de comportement de la poursuite qui constitue un abus de procédure a été décrit de diverses façons. Dans *Krieger*, notre Cour a employé l’expression « conduite répréhensible flagrante » (par. 49). Dans *Nixon*, la Cour a estimé que la règle de l’abus de procédure s’applique en présence d’éléments de preuve démontrant que la décision du ministère public « min[e] l’intégrité du processus judiciaire » ou « rend le procès inéquitable » (par. 64). La Cour a également fait état, dans son analyse, de « motif illégitime » et de « mauvaise foi » (par. 68).

[50] Indépendamment des termes employés, l’abus de procédure s’entend essentiellement d’une conduite du ministère public qui est inacceptable et qui compromet sérieusement l’équité du procès ou l’intégrité du système de justice. Les décisions du ministère public motivées par des préjugés à l’égard des Autochtones répondraient certainement à ce critère.

[51] En résumé, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est susceptible de contrôle judiciaire seulement s’il y a eu abus de procédure. Le critère énoncé dans *Gill* qu’a appliqué la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador a été élaboré à

core” dichotomy. To the extent the *Gill* test suggests that conduct falling short of abuse of process may form a basis for reviewing prosecutorial discretion, respectfully, it should not be followed.

(ii) The Threshold Evidentiary Burden

[52] The burden of proof for establishing abuse of process lies on the claimant, who must prove it on a balance of probabilities: *Cook*, at para. 62; *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 69, *per* L’Heureux-Dubé J.; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, at para. 19. However, given the unique nature of prosecutorial discretion — specifically, the fact that the Crown will typically (if not always) be the only party who will know *why* a particular decision was made — this Court in *Nixon* recognized that where prosecutorial discretion is challenged, the Crown may be required to provide reasons justifying its decision where the claimant establishes a proper evidentiary foundation: para. 60.

[53] In *Nixon*, this Court noted the following reasons as to why there must be a “proper evidentiary foundation” before the abuse of process claim should proceed:

. . . mandating a preliminary determination on the utility of a *Charter*-based inquiry is not new: *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343. Similar thresholds are also imposed in other areas of the criminal law, they are not an anomaly. Threshold requirements may be imposed for pragmatic reasons alone. As this Court observed in *Pires* (at para. 35):

For our justice system to operate, trial judges must have some ability to control the course of proceedings before them. One such mechanism is the power to decline to embark upon an evidentiary hearing at the request of one of the parties when that party is unable

une époque où, après l’arrêt *Krieger*, la distinction entre ce qui relève du pouvoir discrétionnaire « essentiel » et ce qui relève du pouvoir « non essentiel » n’allait pas de soi pour les tribunaux. Avec égards, il n’y a pas lieu de retenir le critère énoncé dans *Gill* dans la mesure où il laisse entendre qu’une conduite qui ne va pas jusqu’à l’abus de procédure peut justifier le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

(ii) Le fardeau initial de preuve

[52] Il incombe au demandeur de prouver par prépondérance des probabilités qu’il y a eu abus de procédure : *Cook*, par. 62; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 69, la juge L’Heureux-Dubé; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 19. Toutefois, en raison de la nature unique du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites — notamment le fait que le ministère public sera habituellement (voire toujours) la seule partie qui saura *pourquoi* une décision donnée a été prise — notre Cour a reconnu dans *Nixon* que lorsque le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est contesté, le ministère public peut être tenu de justifier sa décision lorsque le demandeur établit l’existence d’une preuve suffisante : par. 60.

[53] Dans *Nixon*, notre Cour énonce les raisons suivantes pour lesquelles il doit exister « une preuve suffisante » avant que l’allégation relative à l’abus de procédure puisse être examinée :

. . . l’imposition aux tribunaux d’une exigence selon laquelle ils doivent d’abord se prononcer quant à l’utilité de la tenue d’une enquête fondée sur la *Charte* n’a rien de nouveau : *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343. Il faut également satisfaire à des critères préliminaires semblables dans d’autres domaines du droit criminel; ils ne constituent pas une anomalie. Des conditions préliminaires peuvent être imposées uniquement pour des raisons pragmatiques. Comme la Cour l’a fait remarquer dans *Pires* (par. 35) :

Pour que notre système de justice fonctionne, les juges qui président les procès doivent être en mesure de veiller au bon déroulement des instances. L’un des mécanismes leur permettant d’y arriver est le pouvoir de refuser de procéder à une audition de la preuve

to show a reasonable likelihood that the hearing can assist in determining the issues before the court.

Quite apart from any such pragmatic considerations, there is good reason to impose a threshold burden on the applicant who alleges that an act of prosecutorial discretion constitutes an abuse of process. Given that such decisions are generally beyond the reach of the court, it is not sufficient to launch an inquiry for an applicant to make a bare allegation of abuse of process. [Emphasis added; paras. 61-62.]

[54] *Nixon* involved the Crown's repudiation of a plea agreement. The Court held that the repudiation of a plea agreement was "a rare and exceptional event" that met the evidentiary threshold and justified an inquiry into the propriety of the Crown's decision: *Nixon*, at para. 63. Indeed, the evidence in *Nixon* was that only two other plea agreements had been repudiated in Alberta's history. As a result, the Court held that

to the extent that the Crown is the only party who is privy to the information, the evidentiary burden shifts to the Crown to enlighten the court on the circumstances and reasons behind its decision to renege from the agreement. That is, the Crown must explain why and how it made the decision not to honour the plea agreement. The ultimate burden of proving abuse of process remains on the applicant and, as discussed earlier, the test is a stringent one. However, if the Crown provides little or no explanation to the court, this factor should weigh heavily in favour of the applicant in successfully making out an abuse of process claim. [para. 63]

[55] Requiring the claimant to establish a proper evidentiary foundation before embarking on an inquiry into the reasons behind the exercise of prosecutorial discretion respects the presumption that prosecutorial discretion is exercised in good faith: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 95. It also accords with this Court's statement in *Sriskandarajah*, at para. 27, that "prosecutorial

lorsque la partie qui en fait la demande est incapable de démontrer qu'il est raisonnablement probable que cette audience aidera à résoudre les questions soulevées au tribunal.

Hormis de telles considérations pragmatiques, il existe de bonnes raisons d'imposer un fardeau initial au demandeur qui prétend qu'un acte résultant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites constitue un abus de procédure. Comme de telles décisions échappent généralement à la compétence du tribunal, il ne suffit pas d'entreprendre un examen pour qu'un demandeur puisse faire une simple allégation d'abus de procédure. [Je souligne; par. 61-62.]

[54] L'arrêt *Nixon* portait sur la répudiation d'une entente sur le plaidoyer par le ministère public. Notre Cour a affirmé que la répudiation d'une entente sur le plaidoyer est « un événement rare et exceptionnel » qui répond au critère préliminaire de preuve et justifie un examen de bien-fondé de la décision du ministère public : *Nixon*, par. 63. En fait, il ressortait de la preuve dans *Nixon* que seulement deux autres ententes sur le plaidoyer avaient déjà été répudiées en Alberta. En conséquence, la Cour a affirmé ce qui suit :

. . . dans la mesure où la Couronne est la seule partie au courant de l'information, c'est à elle qu'il incombe d'exposer au tribunal les circonstances et les motifs qui sous-tendent sa décision de répudier l'entente. En d'autres termes, la Couronne doit expliquer au tribunal pourquoi et comment elle est parvenue à la décision de ne pas respecter l'entente qu'elle avait pourtant conclue. En bout de ligne, c'est au demandeur qu'il revient d'établir qu'il y a eu abus de procédure et, comme il a déjà été discuté, il doit satisfaire à un critère rigoureux. Cependant, le peu, voire l'absence d'explications de la Couronne, le cas échéant, constitue un facteur qui milite fortement en faveur de la thèse du demandeur qui cherche à établir qu'il y a eu abus de procédure. [par. 63]

[55] Le fait d'obliger le demandeur à établir l'existence d'une preuve suffisante avant que la cour entreprenne l'examen des motifs qui sous-tendent l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites respecte la présomption selon laquelle ce pouvoir est exercé de bonne foi : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 95. Notre Cour a confirmé cette approche dans *Sriskandarajah*,

authorities are not bound to provide reasons for their decisions, absent evidence of bad faith or improper motives” (emphasis added).

[56] Finally, I note that the content of a Crown policy or guideline may be relevant when a court is considering a challenge to the exercise of prosecutorial discretion. Policy statements or guidelines are capable of informing the debate as to whether a Crown prosecutor’s conduct was appropriate in the particular circumstances. See R. J. Frater, *Prosecutorial Misconduct* (2009), at p. 259. For example, a decision by a Crown prosecutor that appears to contravene a Crown policy or guideline may provide some evidence that assists the claimant in establishing the threshold evidentiary foundation. However, as the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada submits, Crown policies and guidelines do not have the force of law, and cannot themselves be subjected to *Charter* scrutiny in the abstract: see *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, at para. 45 (discussing police practices manuals).

(b) *Tactics and Conduct Before the Court*

[57] The second category in the framework for review of Crown activity was referred to in *Krieger* as “tactics or conduct before the court”: para. 47. As stated in *Krieger*, “such decisions are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum” (para. 47).

[58] Superior courts possess inherent jurisdiction to ensure that the machinery of the court functions in an orderly and effective manner: *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 18; *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 26. Similarly, in order to function as courts of law, statutory courts have implicit powers that

par. 27, où elle a dit que « sauf preuve de sa mauvaise foi ou du caractère inapproprié de ce qui l’a animé, le poursuivant n’est pas tenu de motiver sa décision » (je souligne).

[56] Enfin, je note que la teneur d’une politique ou d’une ligne directrice du ministère public peut être pertinente lorsqu’une cour examine une contestation de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Les énoncés de politique ou les lignes directrices peuvent éclairer le débat sur la question de savoir si la conduite d’un procureur du ministère public était appropriée dans les circonstances particulières. Voir R. J. Frater, *Prosecutorial Misconduct* (2009), p. 259. Par exemple, la décision d’un procureur du ministère public qui semble contrevenir à une politique ou à une ligne directrice du ministère public peut fournir une preuve susceptible d’aider le demandeur à satisfaire le critère préliminaire de preuve. Toutefois, comme le souligne dans ses observations le directeur des poursuites pénales du Canada, intervenant, les politiques et les lignes directrices du ministère public n’ont pas force de loi et ne peuvent elles-mêmes faire l’objet, dans l’abstrait, d’un examen fondé sur la *Charte* : voir *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, par. 45 (traitant des guides de pratiques policières).

b) *Stratégie et conduite devant le tribunal*

[57] Selon l’arrêt *Krieger*, la deuxième catégorie de décisions du ministère public susceptibles de contrôle judiciaire a trait « à la stratégie ou à la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal » : par. 47. Comme la Cour l’affirme dans *Krieger*, « [c]es décisions relèvent [. . .] de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui » (par. 47).

[58] Une cour supérieure possède la compétence inhérente de veiller au bon fonctionnement des rouages de la cour : *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 18; *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 26. De même, afin d’exercer sa fonction judiciaire, un tribunal d’origine législative possède des pouvoirs inhérents qui découlent

derive from the court's authority to control its own process: *Cunningham*, at para.18. This jurisdiction includes the power to penalize counsel for ignoring rulings or orders, or for inappropriate behaviour such as tardiness, incivility, abusive cross-examination, improper opening or closing addresses or inappropriate attire. Sanctions may include orders to comply, adjournments, extensions of time, warnings, cost awards, dismissals, and contempt proceedings.

[59] While deference is not owed to counsel who are behaving inappropriately in the courtroom, our adversarial system *does* accord a high degree of deference to the tactical decisions of counsel. In other words, while courts may sanction the conduct of the *litigants*, they should generally refrain from interfering with the conduct of the *litigation* itself. In *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] 1 S.C.R. 688, at paras. 36-37, this Court explained why judges should be very cautious before interfering with tactical decisions:

In an adversarial system of criminal trials, trial judges must, barring exceptional circumstances, defer to the tactical decisions of counsel . . . [C]ounsel will generally be in a better position to assess the wisdom, in light of their overall trial strategy, of a particular tactical decision than is the trial judge. By contrast, trial judges are expected to be impartial arbiters of the dispute before them; the more a trial judge second-guesses or overrides the decisions of counsel, the greater is the risk that the trial judge will, in either appearance or reality, cease being a neutral arbiter and instead become an advocate for one party. . . .

The corollary of the preceding is that trial judges should seldom take it upon themselves, let alone be required, to second-guess the tactical decisions of counsel. Of course, trial judges are still required to “make sure that [the trial] remains fair and is conducted in accordance with the relevant laws and the principles of fundamental justice”: *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at para. 68.

du pouvoir de la cour de maîtriser sa propre procédure : *Cunningham*, par. 18. Cette compétence comprend le pouvoir de sanctionner les avocats qui font fi des décisions ou des ordonnances, ou qui affichent un comportement inacceptable, par exemple des retards, l'incivilité, le contre-interrogatoire abusif, un exposé introductif ou une plaidoirie finale inopportuns, ou une entorse au code vestimentaire. Les sanctions peuvent inclure l'ordonnance de se conformer, l'ajournement, la prorogation de délai, la mise en garde, la condamnation aux dépens, le rejet de demandes et les procédures d'outrage au tribunal.

[59] Bien que la déférence ne s'impose pas envers les avocats qui se comportent de façon inopportune dans la salle d'audience, notre système accusatoire fait *effectivement* preuve d'une grande retenue envers les décisions tactiques des avocats. Autrement dit, bien que les tribunaux puissent sanctionner la conduite des *parties au litige*, ils doivent généralement s'abstenir de s'immiscer dans la conduite du *litige* en tant que tel. Dans *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] 1 R.C.S. 688, par. 36-37, notre Cour explique pourquoi les juges doivent être très prudents avant de s'immiscer dans des décisions tactiques :

Dans un système de justice criminelle accusatoire, les juges instruisant les procès doivent, à moins de circonstances exceptionnelles, déférer aux décisions tactiques des avocats [. . .] [L]'avocat sera habituellement mieux placé que le juge du procès pour apprécier l'opportunité d'une décision tactique particulière en fonction de sa stratégie globale. Le juge du procès, lui, doit agir en arbitre impartial du litige dont il est saisi; plus un juge remet en question ou annule les décisions d'un avocat, plus il risque de s'écarter, en apparence ou dans les faits, de son rôle d'arbitre neutre et de devenir l'avocat de l'une des parties. . . .

Il en résulte que le juge du procès devrait rarement décider de son propre chef de remettre en question les décisions tactiques d'un avocat, et encore moins être tenu de le faire. Bien sûr, il doit toujours « s'assure[r] que le procès reste équitable et se déroule conformément aux lois pertinentes et aux principes de justice fondamentale » : *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 68.

[60] Crown counsel is entitled to have a trial strategy and to modify it as the trial unfolds, provided that the modification does not result in unfairness to the accused: *Jolivet*, at para. 21. Likewise, as this Court recently held in *R. v. Auclair*, 2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83, a judge may exceptionally override a Crown tactical decision in order to prevent a *Charter* violation.

[61] Finally, as with all Crown decision making, courtroom tactics or conduct may amount to abuse of process, but abuse of process is not a precondition for judicial intervention as it is for matters of prosecutorial discretion.

## VI. Conclusion

[62] Parliament has expressly conferred on the Crown the discretion to tender the Notice at the sentencing hearing through the governing provisions of the *Code*. This discretion is consistent with our constitutional traditions. As the Crown points out, tendering the Notice is not simply a decision as to what submissions will be made at a sentencing hearing (A.F., at para. 119). Tendering the Notice fundamentally alters the *extent* of prosecution — specifically, the extent of the jeopardy facing the accused. In this respect, the Crown’s decision to tender the Notice is analogous to the decision to proceed with charges that attract a mandatory minimum sentence when other related offences have no mandatory minimum sentence; the decision to proceed by indictment rather than summary conviction when different mandatory minimum sentences are involved; and the decision to proceed by indictment rather than by summary conviction when that decision precludes certain sentencing options.

[63] For these reasons, I conclude that tendering the Notice is a matter of prosecutorial discretion. As a result, it is reviewable only for abuse of process.

[60] Le procureur du ministère public a le droit d’avoir une stratégie de procès et de la modifier en cours de route, pourvu que la modification n’entraîne aucune iniquité pour l’accusé : *Jolivet*, par. 21. De même, comme notre Cour l’a affirmé récemment dans *R. c. Auclair*, 2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83, un juge peut exceptionnellement passer outre à une décision stratégique du ministère public afin d’empêcher une violation de la *Charte*.

[61] Enfin, comme pour toute prise de décision du ministère public, les stratégies ou la conduite dans la salle d’audience peuvent équivaloir à un abus de procédure, mais l’abus de procédure n’est pas une condition préalable à l’intervention du juge comme c’est le cas pour les décisions qui relèvent du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

## VI. Conclusion

[62] Dans les dispositions applicables du *Code*, le législateur a expressément conféré au ministère public le pouvoir discrétionnaire de produire l’avis à l’audience de détermination de la peine. Ce pouvoir discrétionnaire est conforme à nos traditions constitutionnelles. Comme le souligne le ministère public, la production de l’avis n’est pas simplement une décision quant aux observations qui seront faites à l’audience de détermination de la peine (m.a., par. 119). La production de l’avis modifie fondamentalement l’*étendue* de la poursuite — particulièrement l’*étendue* du risque auquel l’accusé est exposé. À cet égard, la décision du ministère public de produire l’avis est analogue à la décision de porter des accusations qui entraînent une peine minimale obligatoire alors que d’autres infractions connexes n’entraînent aucune peine minimale obligatoire, à la décision d’intenter une poursuite par mise en accusation, plutôt que par procédure sommaire, lorsque diverses peines minimales obligatoires sont prescrites, et à la décision d’intenter une poursuite par mise en accusation plutôt que par procédure sommaire, lorsque cette décision exclut la possibilité d’infliger certaines peines.

[63] Pour ces motifs, je conclus que la production de l’avis relève du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Par conséquent, elle n’est susceptible

In the complete absence of any evidence to support it, Mr. Anderson's abuse of process argument must fail.

[64] As a final matter, I note that the s. 15(1) *Charter* challenge to the constitutionality of the statutory scheme was not pursued before this Court. These reasons should not be taken as endorsing the trial judge's analysis or conclusion with respect to that issue.

[65] Accordingly, I would allow the appeal. The order of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal is set aside and a term of imprisonment of 120 days is substituted, with service of the remainder of the sentence stayed in accordance with the concession of the Crown.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.*

*Solicitor for the respondent: Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.*

*Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

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

*Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Legal Clinic, Toronto.*

de contrôle judiciaire que s'il y a eu abus de procédure. En l'absence totale de preuve pour l'étayer, l'argument fondé sur l'abus de procédure invoqué par M. Anderson doit être rejeté.

[64] Enfin, je note que la contestation de la constitutionnalité du régime législatif sur le fondement du par. 15(1) de la *Charte* n'a pas été avancée devant notre Cour. Les présents motifs ne signifient pas que j'accepte l'analyse ou la conclusion du juge de première instance à l'égard de cette question.

[65] Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi. L'ordonnance de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador est annulée et une peine d'emprisonnement de 120 jours est substituée à la peine infligée, avec sursis de ce qui reste à courir de la peine conformément à la concession du ministère public.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.*

*Procureur de l'intimé : Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.*

*Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Université de Toronto, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Legal Clinic, Toronto.*