

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Harjit Singh Shoker *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and Criminal
Lawyers' Association (Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SHOKER

Neutral citation: 2006 SCC 44.

File No.: 30779.

2006: February 14; 2006: October 13.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel,
Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Probation — Accused convicted of entering a dwelling house with intent to commit sexual assault and sentenced to incarceration followed by two years of probation subject to conditions — Probation order requires accused to abstain from consumption and possession of alcohol and non-prescription narcotics and to provide bodily substances on demand by probation officer or peace officer to monitor compliance with abstention condition — Whether sentencing judge had jurisdiction under Criminal Code to authorize search and seizure of bodily substances as part of probation order — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 732.1(3)(c), 732.1(3)(h).

The accused was convicted of breaking and entering a dwelling house with intent to commit sexual assault. A psychological pre-sentencing report revealed that accused blamed his drug use for his behaviour and recommended requiring the accused to submit to random urinalysis to manage his risk in the community. The accused was sentenced to imprisonment followed by probation. The probation order required that he abstain

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Harjit Singh Shoker *Intimé*

et

**Procureur général du Canada et Criminal
Lawyers' Association (Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. SHOKER

Référence neutre : 2006 CSC 44.

N° du greffe : 30779.

2006 : 14 février; 2006 : 13 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron.

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Probation — Accusé déclaré coupable d'introduction dans une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre une agression sexuelle et condamné à une peine d'emprisonnement suivie d'une période de probation de deux ans assortie de certaines conditions — Ordonnance de probation intimant à l'accusé de s'abstenir de consommer et de posséder de l'alcool et des narcotiques non vendus sur ordonnance et de fournir, à la demande d'un agent de probation ou d'un agent de la paix, des échantillons de substances corporelles permettant de vérifier si la condition interdisant la consommation et la possession de ces substances est respectée — Le Code criminel habilite-t-il un juge chargé de la détermination de la peine à autoriser le prélèvement de substances corporelles dans le cadre d'une ordonnance de probation? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 732.1(3)(c), 732.1(3)(h).

L'accusé est déclaré coupable d'introduction par effraction dans une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre une agression sexuelle. Un rapport psychologique prédécisionnel révèle que l'accusé attribue son comportement à sa consommation de drogue, et recommande de l'obliger à se soumettre à des analyses d'urine au hasard afin de gérer le risque qu'il présente pour la société. L'accusé est condamné à une

absolutely from the consumption and possession of alcohol and non-prescription narcotics and, to determine compliance with the abstention condition, that he submit to urinalysis, blood tests or breathalyzer tests upon the demand of a peace officer or probation officer. The order also stated that any positive reading would be a breach of the abstention condition. A majority of the Court of Appeal held that ss. 732.1(3)(c) and 732.1(3)(h) of the *Criminal Code* grant a sentencing judge statutory authority to include a monitoring condition in a probation order but that compelling the accused to provide bodily samples, in the absence of a governing regulatory or statutory framework, is contrary to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal also held that the sentencing judge had no jurisdiction to predetermine that a positive reading was a breach of probation.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella and Charron JJ.: The majority of the Court of Appeal was correct to delete that part of the probation order compelling the accused to provide bodily samples and stating that any positive reading will be a breach of probation. Although a condition requiring abstention from consumption and possession of alcohol and non-prescription narcotics is authorized under the *Criminal Code*, and was reasonable in the accused's circumstances, the sentencing judge had no authority under ss. 732.1(3)(c) and 732.1(3)(h) of the *Code* to authorize a search and seizure of bodily substances as part of a probation order. Nor did he have jurisdiction to predetermine that any positive reading would constitute a breach of probation. [3] [17] [26]

Section 732.1(3)(c), which allows an abstention condition, defines a criminal offence, but enforcement powers are not implicit from the simple creation of an offence. While the power to demand bodily samples and the resulting analyses would undoubtedly assist in the enforcement of a s. 732.1(3)(c) abstention condition, it cannot be implied on that basis. Under s. 732.1(3)(h), a court is given a broad power to craft other reasonable conditions for the purpose of protecting society and for facilitating the accused's reintegration into the

peine d'emprisonnement suivie d'une période de probation. L'ordonnance de probation lui intime de s'abstenir totalement de consommer et de posséder de l'alcool et des narcotiques non vendus sur ordonnance et de se soumettre, à la demande d'un agent de la paix ou d'un agent de probation, à des analyses de sang, d'urine et d'haleine permettant de vérifier si la condition interdisant la consommation et la possession de ces substances est respectée. L'ordonnance précise également que tout résultat d'analyse positif constituera une violation de cette condition. Les juges majoritaires de la Cour d'appel concluent que les al. 732.1(3)c) et h) du *Code criminel* habilite le juge chargé de la détermination de la peine à inclure une condition en matière de surveillance dans une ordonnance de probation, mais que, en l'absence de cadre réglementaire ou législatif, obliger l'accusé à fournir des échantillons de substances corporelles va à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel statue également que le juge chargé de la détermination de la peine n'avait pas compétence pour décider d'avance qu'un résultat d'analyse positif constituerait une violation de l'ordonnance de probation.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Abella et Charron : Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison de supprimer la partie de l'ordonnance de probation obligeant l'accusé à fournir des échantillons de substances corporelles et précisant que tout résultat d'analyse positif constituera une violation de l'ordonnance de probation. Bien qu'une condition intimant de s'abstenir de consommer et de posséder de l'alcool et des narcotiques non vendus sur ordonnance soit autorisée par le *Code criminel* et qu'elle fût raisonnable compte tenu de la situation de l'accusé, les al. 732.1(3)c) et h) du *Code* n'habilitaient pas le juge chargé de la détermination de la peine à autoriser le prélèvement de substances corporelles dans le cadre d'une ordonnance de probation. Ce juge n'avait pas non plus compétence pour décider d'avance que tout résultat d'analyse positif constituerait une violation de l'ordonnance de probation. [3] [17] [26]

L'alinéa 732.1(3)c), qui permet d'imposer une condition interdisant la consommation de certaines substances, définit une infraction criminelle, mais les pouvoirs d'exécution ne découlent pas de la simple création d'une infraction. Même s'il ne fait aucun doute que le pouvoir de demander des échantillons de substances corporelles et les analyses qui en découleraient aideraient à exécuter une condition interdisant la consommation de certaines substances, imposée en vertu de l'al. 732.1(3)c), cela n'est pas suffisant pour conclure que ce pouvoir

community. However, s. 732.1(3)(h) is not unlimited and must be read in context. The conditions set out in s. 732.1(3) can assist in delineating the scope of this residual provision. These listed conditions relate to conduct, or abstention from conduct, the fulfilment of which has no incriminating consequence for the probationer. When a condition may pose a risk, such as participating in a treatment program, the consent of the probationer is required. Conditions compelling bodily samples to facilitate the gathering of evidence for enforcement purposes do not simply monitor the probationer's behaviour and, as such, are of a different kind and, because of their potential effect, absent the probationer's consent to such conditions, raise constitutional concerns. The seizure of bodily samples must be subject to stringent standards and safeguards to meet constitutional requirements. Where Parliament authorizes the collection of bodily samples, it uses clear language and sets out standards and safeguards for collecting these samples. Parliament has not provided a scheme under s. 732.1(3) for collecting bodily samples and such a scheme cannot be judicially enacted. [20-25]

Per Bastarache and LeBel JJ.: Under well-established rules of statutory interpretation, s. 732.1(3)(h) of the *Criminal Code* grants authority to include monitoring procedures in probation orders, including the condition imposed on the accused that he provide bodily samples. Section 732.1(3)(h) must be read in the context of probation and sentencing. A probation order addresses the imperatives of the protection of society and the rehabilitation of the accused. Sentencing judges are required to devise terms that are reasonable in the sense that they complement these objectives and the terms set out in s. 732.1(3). The residual clause allows judges to frame conditions to fit the distinct situation of each accused. So long as a reasonable condition can be connected with the categories of terms contemplated by the *Code*, it is grounded in an implied, but solid, statutory authority. Although the *Code* provides for conditions concerning alcohol and drug use, it is silent about monitoring these conditions. This Court has acknowledged implied statutory powers when the need for them flows from the substantive provisions of a law, and the need for a monitoring mechanism may arise from the

existe implicitement. L'alinéa 732.1(3)(h) confère au tribunal un vaste pouvoir de concevoir d'autres conditions raisonnables destinées à protéger la société et à faciliter la réinsertion sociale de l'accusé. Cependant, l'al. 732.1(3)(h) n'a pas une portée illimitée et doit être interprété dans son contexte. Les conditions énumérées au par. 732.1(3) peuvent aider à circonscrire la portée de cette disposition résiduelle. Le respect de ces conditions, qui ont trait à un comportement ou à une abstention d'adopter un comportement, n'a aucune conséquence incriminante pour le probationnaire. Une condition susceptible de présenter un risque, comme celle intimant de participer à un programme de traitement, ne peut être imposée qu'avec le consentement du probationnaire. Du fait qu'elles ne permettent pas simplement de surveiller le comportement du probationnaire, les conditions obligeant à fournir des échantillons de substances corporelles dans le but de faciliter l'obtention d'éléments de preuve aux fins d'exécution sont différentes et soulèvent, à cause de leur effet potentiel, des questions d'ordre constitutionnel dans le cas où le probationnaire n'y a pas consenti. Le prélèvement d'échantillons de substances corporelles doit être assujéti à des normes et à des garanties rigoureuses qui permettent de satisfaire aux exigences de la Constitution. Dans les cas où le législateur autorise le prélèvement d'échantillons de substances corporelles, il le dit clairement et il établit des normes et des garanties applicables au prélèvement de ces échantillons. Le législateur n'a prescrit aucun régime de prélèvement d'échantillons de substances corporelles au par. 732.1(3) et il n'appartient pas à un tribunal d'édicter un tel régime. [20-25]

Les juges Bastarache et LeBel : Des règles d'interprétation législative bien établies veulent que l'al. 732.1(3)(h) du *Code criminel* permette d'inclure des modes de surveillance dans une ordonnance de probation, y compris la condition obligeant l'accusé à fournir des échantillons de substances corporelles. L'alinéa 732.1(3)(h) doit être interprété dans le contexte de la probation et de la détermination de la peine. Une ordonnance de probation donne suite aux impératifs de protection de la société et de réhabilitation de l'accusé. Le juge chargé de la détermination de la peine doit concevoir des conditions raisonnables en ce sens qu'elles doivent compléter ces objectifs et les conditions énoncées au par. 732.1(3). La clause résiduelle permet aux juges de formuler des conditions adaptées à la situation particulière de chaque accusé. Dans la mesure où une condition raisonnable peut être reliée aux catégories prévues par le *Code*, elle doit être considérée comme étant implicitement, mais indéniablement, autorisée par la loi. Bien qu'il prescrive des conditions relatives à la consommation d'alcool et de drogues, le *Code* est muet en ce qui concerne la surveillance de l'exécution de ces conditions. Notre

nature of the obligations imposed on an accused in a probation order. To hold otherwise would cast doubt on a number of useful monitoring methods used to ensure that the goals of probation are met. However, any condition of a probation order requiring monitoring of an accused is open to review under s. 8 of the *Charter*. In this case, the monitoring condition does not meet the requirements of s. 8. Compelling blood tests absent a statutory framework governing such tests is not consistent with the *Charter* and random drug testing at a probation officer's discretion could become highly arbitrary. [30-37] [42-43]

The part of the order stating that a positive test will be a breach of probation is contrary to criminal law principles that require guilt to be proved in the usual manner. [41]

Cases Cited

By Charron J.

Referred to: *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Kootenay* (2000), 150 C.C.C. (3d) 311; *R. v. Traverse* (2006), 205 C.C.C. (3d) 33; *R. v. Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287; *R. v. Caja* (1977), 36 C.C.C. (2d) 401; *R. v. Lavender* (1981), 59 C.C.C. (2d) 551; *R. v. L.* (1986), 50 C.R. (3d) 398; *R. v. McLeod* (1993), 81 C.C.C. (3d) 83; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

By LeBel J.

Referred to: *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Carlson* (1996), 141 Sask. R. 168; *R. v. Curtis* (1996), 144 Sask. R. 156; *R. v. McLeod* (1992), 109 Sask. R. 8; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.
Correctional Institution Regulation, Alta. Reg. 205/2001, ss. 48.1, 48.2.
Correctional Institutions Regulation, Man. Reg. 227/92, ss. 28, 29, 29.1, 31(1).

Cour a reconnu l'existence de pouvoirs légaux implicites dans les cas où leur nécessité découle des dispositions substantielles d'une loi, et la nécessité d'un mécanisme de surveillance peut découler de la nature des obligations que l'ordonnance de probation impose à l'accusé. Conclure autrement jetterait le doute sur un certain nombre de modes de surveillance utiles pour assurer la réalisation des objectifs de la probation. Toutefois, toute condition d'une ordonnance de probation prescrivant la surveillance d'un accusé peut faire l'objet d'une révision fondée sur l'art. 8 de la *Charte*. En l'espèce, la condition en matière de surveillance ne respecte pas les exigences de l'art. 8. Obliger à se soumettre à des analyses sanguines en l'absence de cadre législatif régissant le prélèvement des échantillons de sang n'est pas conforme à la *Charte*, et les tests de dépistage de drogue faits au hasard, à la discrétion de l'agent de probation, risqueraient de devenir très arbitraires. [30-37] [42-43]

La partie de l'ordonnance prévoyant qu'un test positif constituera une violation de l'ordonnance de probation contrevient aux principes du droit criminel qui exigent que la culpabilité soit établie de la manière habituelle. [41]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêts mentionnés : *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Kootenay* (2000), 150 C.C.C. (3d) 311; *R. c. Traverse* (2006), 205 C.C.C. (3d) 33; *R. c. Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287; *R. c. Caja* (1977), 36 C.C.C. (2d) 401; *R. c. Lavender* (1981), 59 C.C.C. (2d) 551; *R. c. L.* (1986), 50 C.R. (3d) 398; *R. c. McLeod* (1993), 81 C.C.C. (3d) 83; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Carlson* (1996), 141 Sask. R. 168; *R. c. Curtis* (1996), 144 Sask. R. 156; *R. c. McLeod* (1992), 109 Sask. R. 8; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253 à 261, 487.04 à 487.091, 718 à 718.2, 731, 732.1(2), (3), 733.1, 742.3(2)f).

- Correctional Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-26.1, s. 17(g).
- Correctional Services Act*, S.M. 1998, c. 47, C.C.S.M. c. C230, s. 16.
- Correctional Services Act*, S.S. 1993, c. C-39.1, s. 56(1).
- Correctional Services Administration, Discipline and Security Regulations, 2003*, R.R.S., c. C-39.1, Reg. 3, s. 40(1).
- Correctional Services Regulation*, Man. Reg. 128/99, ss. 41 to 45.
- Corrections Accountability Act, 2000*, S.O. 2000, c. 40, s. 57.9(1) to (3).
- Corrections Act*, R.S.A. 2000, c. C-29, ss. 14.1, 14.2.
- Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 54 to 57.
- Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, ss. 60 to 72.
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253 to 261, 487.04 to 487.091, 718 to 718.2, 731, 732.1(2), (3), 733.1, 742.3(2)(f).
- P.E.I. Reg. EC616/92, ss. 10, 11.
- Correctional Institution Regulation*, Alta. Reg. 205/2001, art. 48.1, 48.2.
- Correctional Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-26.1, art. 17g).
- Correctional Services Act*, S.S. 1993, ch. C-39.1, art. 56(1).
- Correctional Services Administration, Discipline and Security Regulations, 2003*, R.R.S., ch. C-39.1, Reg. 3, art. 40(1).
- Corrections Act*, R.S.A. 2000, ch. C-29, art. 14.1, 14.2.
- Loi de 2000 sur la responsabilisation en matière de services correctionnels*, L.O. 2000, ch. 40, art. 57.9(1) à (3).
- Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 54 à 57.
- Loi sur les services correctionnels*, L.M. 1998, ch. 47, C.P.L.M. ch. C230, art. 16.
- P.E.I. Reg. EC616/92, ss. 10, 11.
- Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 60 à 72.
- Règlement sur les établissements de correction*, Règl. du Man. 227/92, art. 28, 29, 29.1, 31(1).
- Règlement sur les services correctionnels*, Règl. du Man. 128/99, art. 41 à 45.

Authors Cited

- Beaulac, Stéphane, and Pierre-André Côté. “Driedger’s ‘Modern Principle’ at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization” (2006), 40 *R.J.T.* 131.
- Ferris, Thomas Wayne. *Sentencing: Practical Approaches*. Markham, Ont.: Butterworths, 2005.
- Manson, Allan, Patrick Healy and Gary Trotter. *Sentencing and Penal Policy in Canada: Cases, Materials, and Commentary*. Toronto: Emond Montgomery, 2000.
- Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 6th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2004.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Hall and Levine J.J.A.) (2004), 206 B.C.A.C. 266, 338 W.A.C. 266, 192 C.C.C. (3d) 176, 26 C.R. (6th) 97, 126 C.R.R. (2d) 149, [2004] B.C.J. No. 2626 (QL), 2004 BCCA 643, deleting part of a probation order. Appeal dismissed.

Wendy L. Rubin and Susan J. Brown, for the appellant.

Garth Barriere and Dana Kripp, for the respondent.

Doctrine citée

- Beaulac, Stéphane, and Pierre-André Côté. « Driedger’s “Modern Principle” at the Supreme Court of Canada : Interpretation, Justification, Legitimization » (2006), 40 *R.J.T.* 131.
- Ferris, Thomas Wayne. *Sentencing : Practical Approaches*. Markham, Ont. : Butterworths, 2005.
- Manson, Allan, Patrick Healy and Gary Trotter. *Sentencing and Penal Policy in Canada : Cases, Materials, and Commentary*. Toronto : Emond Montgomery, 2000.
- Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 6th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2004.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Hall et Levine) (2004), 206 B.C.A.C. 266, 338 W.A.C. 266, 192 C.C.C. (3d) 176, 26 C.R. (6th) 97, 126 C.R.R. (2d) 149, [2004] B.C.J. No. 2626 (QL), 2004 BCCA 643, qui a supprimé une partie d’une ordonnance de probation. Pourvoi rejeté.

Wendy L. Rubin et Susan J. Brown, pour l’appelante.

Garth Barriere et Dana Kripp, pour l’intimé.

Kenneth J. Yule, Q.C., and David Schermbrucker,
for the intervener the Attorney General of Canada.

James Stribopoulos and Sarah Loosemore, for
the intervener the Criminal Lawyers' Association
(Ontario).

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie,
Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

¹ This appeal raises the question whether a sentencing judge may require a probationer to provide, on demand by the probation officer, samples of breath, urine or blood for analysis to determine compliance with an abstention term of the probation order. In allowing the appeal against sentence, the British Columbia Court of Appeal held that the enforcement term violates s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* due to the absence of legislative or regulatory standards or safeguards that would adequately protect the probationer's privacy interest. Levine J.A., in writing for the majority, deleted the enforcement term, holding that it was up to Parliament and not the courts to fill this "gap in . . . legislation" ((2004), 206 B.C.A.C. 266, 2004 BCCA 643, at para. 60). Hall J.A., in partial dissent, would have deleted the requirement to provide blood samples but would have read in adequate safeguards to ensure the constitutionality of the rest of the condition.

² The Crown appeals to this Court and seeks to reinstate the enforcement condition. At issue is whether ss. 732.1(3)(c) and 732.1(3)(h) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, authorize the enforcement condition and, if permissible, whether the condition must be predicated by reasonable and probable grounds to suspect a violation of an abstention condition.

Kenneth J. Yule, c.r., et David Schermbrucker,
pour l'intervenant le procureur général du Canada.

James Stribopoulos et Sarah Loosemore, pour
l'intervenante Criminal Lawyers' Association
(Ontario).

Version française du jugement de la juge en
chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Abella et
Charron rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le juge chargé de la détermination de la peine peut exiger qu'un probationnaire fournisse, à la demande de l'agent de probation, des échantillons d'haleine, d'urine ou de sang qui seront analysés pour déterminer s'il respecte une condition de l'ordonnance de probation qui lui interdit de consommer certaines substances. En accueillant l'appel interjeté contre la peine, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la modalité d'exécution en cause enfreint l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en raison de l'absence de normes ou garanties législatives ou réglementaires qui protégeraient adéquatement le droit à la vie privée du probationnaire. S'exprimant au nom des juges majoritaires, la juge Levine a supprimé cette modalité d'exécution, concluant qu'il appartenait au législateur, et non aux tribunaux, de combler ce [TRADUCTION] « vide législatif » ((2004), 206 B.C.A.C. 266, 2004 BCCA 643, par. 60). Le juge Hall, dissident en partie, aurait supprimé l'obligation de fournir des échantillons de sang, mais il aurait ajouté des garanties suffisantes pour assurer la constitutionnalité des autres éléments de la condition.

Le ministère public se pourvoit devant notre Cour et sollicite le rétablissement de la modalité d'exécution. La question est de savoir si les al. 732.1(3)(c) et (h) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, permettent d'établir cette modalité d'exécution et, dans l'affirmative, si celle-ci doit être fondée sur des motifs raisonnables et probables de soupçonner qu'il y a eu violation d'une condition interdisant la consommation et la possession de certaines substances.

For the reasons that follow, I would dismiss the appeal. A sentencing judge has a broad jurisdiction in determining appropriate conditions of probation. However, there is no authority under the *Criminal Code* to authorize a search and seizure of bodily substances as part of a probation order. In light of the fact that the impugned condition must be quashed for lack of jurisdiction, it is neither necessary nor advisable for this Court to answer the constitutional question. It is Parliament's role to determine appropriate standards and safeguards governing the collection of bodily samples for enforcement purposes.

2. The Facts and Proceedings Below

Shortly after midnight on September 7, 2003, the complainant was awakened when a naked stranger was getting in her bed. The intruder, Harjit Singh Shoker, followed her when she fled to the kitchen to phone the police but he did not attempt to leave. On arrest, he told the police that he had been using a narcotic the previous day. Mr. Shoker did not testify at trial. He was convicted of breaking and entering a dwelling-house with intent to commit sexual assault.

A psychological assessment report prepared by Dr. Whittemore for sentencing revealed that Mr. Shoker blamed his drug use for his behaviour, stating that he had been on speed at the time of the offence. The report described a history of substance abuse, starting with alcohol as a teenager and later drugs including heroin, speed, cocaine and marijuana. The report also referred to a similar incident that had occurred a few months earlier in respect of which Mr. Shoker had been charged and awaiting trial at the time of this offence. Mr. Shoker told Dr. Whittemore that he was under the influence of alcohol at the time of this previous incident and thought he was at a friend's apartment. He was acquitted on that charge. Mr. Shoker did not feel that he needed treatment as he had not used drugs for the three months he had been in custody since his arrest. Describing Mr. Shoker's behaviour

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Le juge chargé de la détermination de la peine est investi d'une vaste compétence pour imposer des conditions de probation appropriées. Cependant, le *Code criminel* ne confère aucun pouvoir d'autoriser le prélèvement de substances corporelles dans le cadre d'une ordonnance de probation. Comme la condition contestée doit être annulée pour cause d'absence de compétence, il n'est ni nécessaire ni souhaitable que notre Cour réponde à la question constitutionnelle. Il appartient au législateur d'établir les normes et garanties qui doivent régir le prélèvement d'échantillons de substances corporelles effectué aux fins d'exécution.

2. Les faits et les décisions des juridictions inférieures

Peu après minuit le 7 septembre 2003, la plaignante s'est réveillée au moment où un inconnu nu se glissait dans son lit. L'intrus, Harjit Singh Shoker, l'a suivie lorsqu'elle s'est enfuie vers la cuisine pour appeler la police, mais il n'a pas tenté de partir. Lors de son arrestation, il a dit à la police avoir consommé un narcotique la veille. M. Shoker n'a pas témoigné lors de son procès. Il a été déclaré coupable d'introduction par effraction dans une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre une agression sexuelle.

Selon le rapport d'évaluation psychologique que le D^r Whittemore a rédigé aux fins de détermination de la peine, M. Shoker attribuait son comportement à sa consommation de drogue, affirmant avoir été sous l'effet de l'amphétamine au moment de l'infraction. Le rapport faisait état d'antécédents de consommation abusives de substances psychoactives, à commencer par l'alcool, durant son adolescence, jusqu'aux drogues telles l'héroïne, l'amphétamine, la cocaïne et la marijuana. Il mentionnait également un épisode similaire survenu quelques mois plus tôt, pour lequel M. Shoker avait été inculpé et attendait de subir son procès au moment où l'infraction reprochée en l'espèce a été commise. M. Shoker a déclaré au D^r Whittemore qu'il était en état d'ébriété lors de l'épisode antérieur et qu'il se croyait alors dans l'appartement d'une amie. Il a été acquitté relativement à cette accusation. Il estimait

3

4

5

as disturbing, Dr. Whittemore suggested that the court might consider imposing a condition requiring him to submit to random urinalysis to assist in managing his risk in the community.

6

The trial judge sentenced Mr. Shoker to 20 months' incarceration to be followed by a two-year period of probation subject to a number of conditions. The Crown did not ask that the order of probation include any condition for treatment or testing of bodily substances and the offender did not consent to those conditions. The following two conditions were later challenged by Mr. Shoker on his appeal before the British Columbia Court of Appeal:

CONDITION 7: You shall attend for such treatment and counselling as directed by the Probation Officer and successfully complete any such programs to which you are referred.

. . .

CONDITION 9: Abstain absolutely from the consumption and possession of alcohol and non prescription narcotics and to submit to a urinalysis, blood test or breathalyzer test upon the demand/request of a Peace Officer or Probation Officer to determine compliance with this condition. Any positive reading will be a breach of this condition.

7

The Court of Appeal deleted the reference to "treatment" in Condition 7 because a treatment condition can only be imposed under s. 732.1(3)(g) of the *Criminal Code* with the consent of the offender. In addition, as the majority of the court noted, there is no program in British Columbia for curative treatment in relation to the consumption of alcohol or drugs as described in para. (g.1). Condition 7 was amended accordingly and it is no longer in issue before this Court. The court also

qu'il n'avait pas à suivre un traitement étant donné qu'il n'avait consommé aucune drogue pendant les trois mois passés en détention depuis son arrestation. Qualifiant de troublant le comportement de M. Shoker, le D^r Whittemore a indiqué que la cour pourrait songer à lui imposer une condition qui l'obligerait à se soumettre à des analyses d'urine au hasard afin d'aider à gérer le risque qu'il présente pour la société.

Le juge du procès a condamné M. Shoker à une peine d'emprisonnement de 20 mois, suivie d'une période de probation de deux ans assortie d'un certain nombre de conditions. Le ministère public n'a pas demandé que l'ordonnance de probation comporte une condition prescrivant un traitement ou des analyses de substances corporelles et le délinquant n'a pas consenti à ces conditions. M. Shoker a, par la suite, contesté les deux conditions suivantes lors de son appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique :

[TRADUCTION]

CONDITION n° 7 : Vous devrez suivre le traitement et participer aux séances de counseling prescrits par l'agent de probation et réussir tous les programmes qui vous seront recommandés.

. . .

CONDITION n° 9 : Vous devrez vous abstenir totalement de consommer et de posséder de l'alcool et des narcotiques non vendus sur ordonnance et vous soumettre, à la demande d'un agent de la paix ou d'un agent de probation, à des analyses de sang, d'urine et d'haleine permettant de vérifier si la présente condition est respectée. Tout résultat positif constituera une violation de la présente condition.

La Cour d'appel a supprimé la mention de « traitement » dans la condition n° 7 parce qu'une condition prescrivant un traitement ne peut être imposée qu'en vertu de l'al. 732.1(3)(g) du *Code criminel* et avec le consentement du délinquant. De plus, comme les juges majoritaires l'ont souligné, il n'existe en Colombie-Britannique aucun programme de traitement curatif pour abus d'alcool ou de drogue, comme celui décrit à l'al. g.1). La condition n° 7 a été modifiée en conséquence et n'est

deleted the last sentence of Condition 9 for lack of jurisdiction — the sentencing judge could not pre-determine that any positive reading would constitute a breach of probation as he had purported to do. The question of any breach would have to form the basis of a new charge against Mr. Shoker and be determined by a court in the usual way.

Fresh evidence admitted before the Court of Appeal revealed that funding for urinalysis testing had been discontinued as of March 31, 2003, and the service was no longer available in British Columbia. Hence the question of urinalysis testing for this offender was effectively moot. However, the court considered whether at law an offender can be required under the terms of a probation order to submit to a demand for a sample of bodily substances, including breath, urine and blood. Levine J.A., Finch C.J.B.C. concurring, was of the view that the authority for imposing such a condition could be found in s. 732.1(3)(c) of the *Criminal Code* with s. 732.1(3)(h) supporting this interpretation. Despite this finding, Levine J.A., in writing for the majority, held that the requirement to provide bodily samples, in the absence of a regulatory or statutory framework governing how the samples will be taken and tested, violates s. 8 of the *Charter* and that the defect cannot be cured by judicial fiat. Hence, that part of Condition 9 following the words “non prescription narcotics” was deleted. I read the majority’s reasons as effectively holding that there is no statutory authority to require a probationer to provide bodily samples on demand.

Hall J.A., in partial dissent, was of the view that the authority to impose the condition could not be found under s. 732.1(3)(h) because “Parliament has spoken in a specific manner about alcohol and drugs in s. 732.1(3)(c)” (para. 70). In his view, the power flowed rather from s. 732.1(3)(c) itself as “a reasonable methodology to ensure that such an

plus en cause devant notre Cour. La cour a également supprimé la dernière phrase de la condition n° 9 pour cause d’absence de compétence — le juge chargé de la détermination de la peine ne pouvait pas, comme il avait voulu le faire, décider d’avance que tout résultat d’analyse positif constituerait une violation de l’ordonnance de probation. La question de la violation devrait constituer le fondement d’une nouvelle accusation contre M. Shoker et être tranchée par un tribunal de la manière habituelle.

De nouveaux éléments de preuve admis en Cour d’appel ont révélé que le financement des analyses d’urine avait été interrompu dès le 31 mars 2003 et que ce service n’était plus offert en Colombie-Britannique. Partant, la question des analyses d’urine relativement au délinquant en cause était, en fait, théorique. La cour s’est toutefois demandé si, sur le plan juridique, une ordonnance de probation peut obliger un délinquant à se conformer à une demande d’échantillons de substances corporelles, notamment d’haleine, d’urine et de sang. La juge Levine, avec l’appui du juge en chef Finch, estimait que le pouvoir d’imposer une telle condition se dégageait de l’al. 732.1(3)(c) du *Code criminel* et que l’al. 732.1(3)(h) appuyait cette interprétation. Malgré cette conclusion, la juge Levine, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a décidé que, en l’absence de cadre réglementaire ou législatif régissant la façon de prélever et d’analyser des échantillons de substances corporelles, l’obligation de fournir ces échantillons viole l’art. 8 de la *Charte* et qu’il ne peut être remédié à cette lacune au moyen d’une décision judiciaire. Ainsi, la partie de la condition n° 9 qui suit les termes [TRADUCTION] « narcotiques non vendus sur ordonnance » a été supprimée. Je considère que les motifs majoritaires précisent, en fait, qu’il n’existe aucun pouvoir légal d’obliger un probationnaire à fournir des échantillons de substances corporelles sur demande.

Le juge Hall, dissident en partie, était d’avis que l’al. 732.1(3)(h) ne pouvait pas conférer le pouvoir d’imposer la condition puisque [TRADUCTION] « le législateur a traité expressément de l’alcool et des drogues à l’al. 732.1(3)(c) » (par. 70). À son avis, ce pouvoir découlait plutôt de l’al. 732.1(3)(c) lui-même en tant que « moyen raisonnable d’assurer

order is effective” (para. 70). Hall J.A. departed from the majority on the question whether the condition could be amended to conform with the *Charter*. He would have deleted the requirement to provide blood samples and would have amended Condition 9 to require that urine or breath samples be provided upon demand based on reasonable and probable grounds to suspect a violation of the abstention condition.

3. Analysis

3.1 *Relevant Statutory Provisions*

10 Probation is a form of sentence that can be imposed only in circumstances described in s. 731 of the *Criminal Code*:

731. (1) Where a person is convicted of an offence, a court may, having regard to the age and character of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission,

(a) if no minimum punishment is prescribed by law, suspend the passing of sentence and direct that the offender be released on the conditions prescribed in a probation order; or

(b) in addition to fining or sentencing the offender to imprisonment for a term not exceeding two years, direct that the offender comply with the conditions prescribed in a probation order.

(2) A court may also make a probation order where it discharges an accused under subsection 730(1).

Probation has traditionally been viewed as a rehabilitative sentencing tool: *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, at paras. 31-33. The probationer remains free to live in the community but certain restraints on his freedom are imposed for the purpose of facilitating his rehabilitation and protecting society. An offender who is bound by a probation order and who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with that order is guilty of an offence under s. 733.1 punishable by up to two years’ imprisonment.

l’efficacité d’une telle ordonnance » (par. 70). Le juge Hall ne partageait pas l’opinion des juges majoritaires quant à la possibilité de modifier la condition pour la rendre conforme à la *Charte*. Il aurait supprimé l’obligation de fournir des échantillons de sang et aurait modifié la condition n° 9 de manière à exiger que des échantillons d’urine ou d’haleine soient fournis sur demande, lorsqu’il y a des motifs raisonnables et probables de soupçonner qu’il y a eu violation de la condition interdisant la consommation et la possession de certaines substances.

3. Analyse

3.1 *Dispositions législatives pertinentes*

La probation est une forme de peine qui ne peut être infligée que dans les cas prévus à l’art. 731 du *Code criminel* :

731. (1) Lorsqu’une personne est déclarée coupable d’une infraction, le tribunal peut, vu l’âge et la réputation du délinquant, la nature de l’infraction et les circonstances dans lesquelles elle a été commise :

a) dans le cas d’une infraction autre qu’une infraction pour laquelle une peine minimale est prévue par la loi, surseoir au prononcé de la peine et ordonner que le délinquant soit libéré selon les conditions prévues dans une ordonnance de probation;

b) en plus d’infliger une amende au délinquant ou de le condamner à un emprisonnement maximal de deux ans, ordonner que le délinquant se conforme aux conditions prévues dans une ordonnance de probation.

(2) Le tribunal peut aussi rendre une ordonnance de probation qui s’applique à l’accusé absous aux termes du paragraphe 730(1).

La probation a traditionnellement été considérée comme une mesure de réinsertion sociale du délinquant : *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, par. 31-33. Le probationnaire reste libre de vivre au sein de la collectivité, mais sa liberté est assujettie à certaines restrictions destinées à faciliter sa réadaptation et à assurer la protection de la société. Le délinquant visé par une ordonnance de probation qui, sans excuse raisonnable, omet ou refuse de s’y conformer est, aux termes de l’art. 733.1, coupable d’une infraction punissable d’un emprisonnement maximal de deux ans.

All probation orders must contain at a minimum three conditions as prescribed under s. 732.1(2):

- (a) keep the peace and be of good behaviour;
- (b) appear before the court when required to do so by the court; and
- (c) notify the court or the probation officer in advance of any change of name or address, and promptly notify the court or the probation officer of any change of employment or occupation.

Additional optional conditions may be imposed pursuant to s. 732.1(3). Only ss. 732.1(3)(c) and 732.1(3)(h) are at issue on this appeal. However, it is important that they be read in the context of the entire provision. Section 732.1(3) reads as follows:

732.1 . . .

(3) The court may prescribe, as additional conditions of a probation order, that the offender do one or more of the following:

- (a) report to a probation officer
 - (i) within two working days, or such longer period as the court directs, after the making of the probation order, and
 - (ii) thereafter, when required by the probation officer and in the manner directed by the probation officer;
- (b) remain within the jurisdiction of the court unless written permission to go outside that jurisdiction is obtained from the court or the probation officer;
- (c) abstain from
 - (i) the consumption of alcohol or other intoxicating substances, or
 - (ii) the consumption of drugs except in accordance with a medical prescription;
- (d) abstain from owning, possessing or carrying a weapon;
- (e) provide for the support or care of dependants;
- (f) perform up to 240 hours of community service over a period not exceeding eighteen months;

Toutes les ordonnances de probation doivent comporter au moins trois conditions prévues au par. 732.1(2), soit celles intimant

- a) de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite;
- b) de répondre aux convocations du tribunal;
- c) de prévenir le tribunal ou l'agent de probation de ses changements d'adresse ou de nom et de les aviser rapidement de ses changements d'emploi ou d'occupation.

Des conditions facultatives supplémentaires peuvent être imposées conformément au par. 732.1(3). Seuls les al. 732.1(3)(c) et h) sont en cause dans le présent pourvoi. Il importe toutefois de les interpréter en fonction de l'ensemble de la disposition. Le paragraphe 732.1(3) est ainsi libellé :

732.1 . . .

(3) Le tribunal peut assortir l'ordonnance de probation de l'une ou de plusieurs des conditions suivantes, intimant au délinquant :

- a) de se présenter à l'agent de probation :
 - (i) dans les deux jours ouvrables suivant l'ordonnance, ou dans le délai plus long fixé par le tribunal,
 - (ii) par la suite, selon les modalités de temps et de forme fixées par l'agent de probation;
- b) de rester dans le ressort du tribunal, sauf permission écrite d'en sortir donnée par le tribunal ou par l'agent de probation;
- c) de s'abstenir de consommer :
 - (i) de l'alcool ou d'autres substances toxiques,
 - (ii) des drogues, sauf sur ordonnance médicale;
- d) de s'abstenir d'être propriétaire, possesseur ou porteur d'une arme;
- e) de prendre soin des personnes à sa charge et de subvenir à leurs besoins;
- f) d'accomplir au plus deux cent quarante heures de service communautaire au cours d'une période maximale de dix-huit mois;

11

12

(g) if the offender agrees, and subject to the program director's acceptance of the offender, participate actively in a treatment program approved by the province;

(g.1) where the lieutenant governor in council of the province in which the probation order is made has established a program for curative treatment in relation to the consumption of alcohol or drugs, attend at a treatment facility, designated by the lieutenant governor in council of the province, for assessment and curative treatment in relation to the consumption by the offender of alcohol or drugs that is recommended pursuant to the program;

(g.2) where the lieutenant governor in council of the province in which the probation order is made has established a program governing the use of an alcohol ignition interlock device by an offender and if the offender agrees to participate in the program, comply with the program; and

(h) comply with such other reasonable conditions as the court considers desirable, subject to any regulations made under subsection 738(2) [s. 738(2) relates to restitution orders], for protecting society and for facilitating the offender's successful reintegration into the community.

g) si le délinquant y consent et le directeur du programme l'accepte, de participer activement à un programme de traitement approuvé par la province;

g.1) si le lieutenant-gouverneur en conseil de la province où doit être rendue l'ordonnance de probation a institué un programme de traitement curatif pour abus d'alcool ou de drogue, de subir, à l'établissement de traitement désigné par celui-ci, l'évaluation et la cure de désintoxication pour abus d'alcool ou de drogue qui sont recommandées dans le cadre de ce programme;

g.2) si le lieutenant-gouverneur en conseil de la province où est rendue l'ordonnance de probation a institué un programme visant l'utilisation par le délinquant d'un antidémarrreur avec éthylomètre et s'il accepte de participer au programme, de se conformer aux modalités du programme;

h) d'observer telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables, sous réserve des règlements d'application du paragraphe 738(2), pour assurer la protection de la société et faciliter la réinsertion sociale du délinquant.

13

Before discussing the issue that arises in this case, I wish to make a few general comments about the power to impose optional conditions under s. 732.1(3). The residual power under s. 732.1(3)(h) speaks of "other reasonable conditions" imposed "for protecting society and for facilitating the offender's successful reintegration into the community". Such language is instructive, not only in respect of conditions crafted under this residual power, but in respect of the optional conditions listed under s. 732.1(3): before a condition can be imposed, it must be "reasonable" in the circumstances and must be ordered for the purpose of protecting society and facilitating the particular offender's successful reintegration into the community. Reasonable conditions will generally be linked to the particular offence but need not be. What is required is a nexus between the offender, the protection of the community and his reintegration into the community. See, for example, *R. v. Kootenay* (2000), 150 C.C.C. (3d) 311 (Alta. C.A.), and *R. v. Traverse* (2006), 205 C.C.C. (3d) 33 (Man. C.A.), where appellate courts have upheld conditions

Avant d'aborder la question qui se pose en l'espèce, je tiens à formuler quelques observations générales au sujet du pouvoir d'imposer des conditions facultatives en vertu du par. 732.1(3). Le pouvoir résiduel prévu à l'al. 732.1(3)(h) fait état d'« autres conditions raisonnables » destinées à « assurer la protection de la société et [à] faciliter la réinsertion sociale du délinquant ». Un tel libellé est intéressant non seulement en ce qui concerne les conditions conçues en vertu de ce pouvoir résiduel, mais également en ce qui a trait aux conditions facultatives énumérées au par. 732.1(3) : la condition imposée doit être « raisonnable » dans les circonstances et viser à assurer la protection de la société et à faciliter la réinsertion sociale du délinquant en question. Les conditions raisonnables sont généralement, mais pas nécessairement, liées à l'infraction en cause. Il doit y avoir un lien entre le délinquant, la protection de la société et la réinsertion sociale de ce délinquant. Voir, par exemple, les arrêts *R. c. Kootenay* (2000), 150 C.C.C. (3d) 311 (C.A. Alb.), et *R. c. Traverse* (2006), 205 C.C.C. (3d) 33 (C.A. Man.), où des cours d'appel ont confirmé la validité

requiring abstinence from alcohol or drugs even though these played no part in the commission of the offence for which the offender was sentenced. On the other hand, conditions of probation imposed to punish rather than rehabilitate the offender have been struck out: *R. v. Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287 (Ont. C.A.); *R. v. Caja* (1977), 36 C.C.C. (2d) 401 (Ont. C.A.); *R. v. Lavender* (1981), 59 C.C.C. (2d) 551 (B.C.C.A.); *R. v. L.* (1986), 50 C.R. (3d) 398 (Alta. C.A.). In contrast, punitive conditions may be imposed pursuant to s. 742.3(2)(f) as part of a conditional sentence: *Proulx*, at para. 34.

The residual power to craft individualized conditions of probation is very broad. It constitutes an important sentencing tool. The purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code* make it clear that sentencing is an individualized process that must take into account both the circumstances of the offence and of the offender. It would be impossible for Parliament to spell out every possible condition of probation that can meet these sentence objectives. The sentencing judge is well placed to craft conditions that are tailored to the particular offender to assist in his rehabilitation and protect society. However, the residual power to impose individualized conditions is not unlimited. The sentencing judge cannot impose conditions that would contravene federal or provincial legislation or the *Charter*. Further, inasmuch as the wording of the residual provision can inform the sentencing judge's exercise of discretion in imposing one of the listed optional conditions as I have described, the listed conditions in turn can assist in interpreting the scope of "other reasonable conditions" that can be crafted under s. 732.1(3)(h). As we shall see, none of the listed conditions is aimed at facilitating the investigation of suspected breaches of probation. I will come back to this point later.

de conditions prescrivant l'abstention de consommer de l'alcool ou des drogues, même si ces substances n'avaient joué aucun rôle dans la perpétration de l'infraction pour laquelle le délinquant avait été condamné. Par ailleurs, des conditions de probation imposées pour punir le délinquant, plutôt que pour le réadapter, ont été annulées : *R. c. Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287 (C.A. Ont.); *R. c. Caja* (1977), 36 C.C.C. (2d) 401 (C.A. Ont.); *R. c. Lavender* (1981), 59 C.C.C. (2d) 551 (C.A.C.-B.); *R. c. L.* (1986), 50 C.R. (3d) 398 (C.A. Alb.). Par contre, une ordonnance de sursis à l'emprisonnement peut être assortie de conditions à caractère punitif, selon l'al. 742.3(2)f) : *Proulx*, par. 34.

Le pouvoir résiduel de concevoir des conditions de probation individualisées est très large. Il constitue un important outil de détermination de la peine. L'objectif et les principes de la détermination de la peine, énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel*, indiquent clairement qu'il s'agit d'un processus individualisé qui doit tenir compte à la fois des circonstances de l'infraction et de la situation du délinquant. Il serait impossible au législateur d'énoncer toutes les conditions de probation qui peuvent satisfaire à ces objectifs de la peine. Le juge chargé de la détermination de la peine est bien placé pour concevoir des conditions adaptées au délinquant particulier, qui l'aideront dans sa réadaptation et contribueront à protéger la société. Cependant, le pouvoir résiduel d'imposer des conditions individualisées n'est pas illimité. Le juge chargé de la détermination de la peine ne peut pas imposer des conditions qui contreviendraient à une loi provinciale ou fédérale ou encore à la *Charte*. En outre, dans la mesure où le libellé de la disposition résiduelle peut guider le juge chargé de la détermination de la peine dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'imposer l'une des conditions facultatives énumérées que j'ai décrites, les conditions énumérées peuvent à leur tour aider à interpréter la portée des « autres conditions raisonnables » qui peuvent être conçues en vertu de l'al. 732.1(3)h). Comme nous le verrons, aucune des conditions énumérées ne vise à faciliter les enquêtes sur de présumées violations d'une ordonnance de probation. Je reviendrai sur cette question plus loin.

15 The underlying purpose for imposing conditions of probation also serves to define the role of the probation officer. The intervenor the Attorney General of Canada aptly describes the probation officer's functions in its factum (at para. 21):

It is in the nature of a probation officer's duties to act as an officer of the court, to assist the probationer in his rehabilitation, and to monitor compliance with the conditions of probation imposed by the sentencing court. The supervising probation officer simultaneously performs two distinct functions, rehabilitation and enforcement. The twin goals of probation — rehabilitation of the offender and protection of society — require and justify supervision in order to ensure that the probationer in fact observes his conditions. This supervised control is a restraint on the probationer's freedom.

The supervisory function of the probation officer in ensuring compliance with the conditions and the manner in which this function must be performed becomes of central importance in this case when we consider the full implications of enforcing an abstinence order by requiring bodily samples. The determinative question is whether the supervisory power to demand samples of bodily substances for enforcement purposes may be conferred upon the probation officer by the court as a discretionary exercise of discretion or whether it must be authorized by statute.

3.2 *The Impugned Condition*

16 For ease of reference, I repeat the terms of Condition 9:

CONDITION 9: Abstain absolutely from the consumption and possession of alcohol and non prescription narcotics and to submit to a urinalysis, blood test or breathalyzer test upon the demand/request of a Peace Officer or Probation Officer to determine compliance with this condition. Any positive reading will be a breach of this condition. [Emphasis added.]

17 As indicated earlier, the sentencing judge did not have the jurisdiction to predetermine that any positive reading would constitute a breach of

L'objectif fondamental de l'imposition de conditions de probation sert aussi à définir le rôle de l'agent de probation. L'intervenant le procureur général du Canada a décrit avec justesse les fonctions de l'agent de probation dans son mémoire (par. 21) :

[TRADUCTION] Il est du ressort de l'agent de probation d'agir à titre d'auxiliaire de justice, d'aider le probationnaire dans sa réadaptation et de veiller à ce que les conditions de probation imposées par le tribunal qui a déterminé la peine soient respectées. L'agent de probation qui agit comme superviseur cumule deux fonctions distinctes, celles de réadaptation et d'exécution. Le double objectif de la probation — la réadaptation du délinquant et la protection de la société — commande et justifie une supervision destinée à assurer que le probationnaire respecte effectivement les conditions qui lui ont été imposées. Ce contrôle supervisé restreint la liberté du probationnaire.

En l'espèce, la fonction de supervision que l'agent de probation exerce pour assurer le respect des conditions et la façon dont il doit exercer cette fonction revêtent une importance cruciale lorsqu'on examine toutes les répercussions de l'exécution d'une ordonnance d'abstinence au moyen d'une demande d'échantillons de substances corporelles. La question déterminante est celle de savoir si la cour peut, à sa discrétion, investir l'agent de probation d'un pouvoir de supervision lui permettant de demander des échantillons de substances corporelles aux fins d'exécution, ou si cela doit être autorisé par la loi.

3.2 *La condition contestée*

Pour en faciliter la consultation, je reproduis de nouveau la condition n° 9 :

[TRADUCTION]

CONDITION n° 9 : Vous devrez vous abstenir totalement de consommer et de posséder de l'alcool et des narcotiques non vendus sur ordonnance et vous soumettre, à la demande d'un agent de la paix ou d'un agent de probation, à des analyses de sang, d'urine et d'haleine permettant de vérifier si la présente condition est respectée. Tout résultat positif constituera une violation de la présente condition. [Je souligne.]

Comme nous l'avons vu, le juge chargé de la détermination de la peine n'avait pas compétence pour décider d'avance que tout résultat d'analyse

probation. Therefore, the last sentence of Condition 9 was properly deleted by the Court of Appeal. The first part of the condition is also not in issue. The abstention condition is expressly authorized under s. 732.1(3)(c) and, given Mr. Shoker's particular circumstances, it is entirely reasonable to impose this condition to facilitate his rehabilitation and to protect society. The prohibition against the possession of alcohol and non-prescription drugs, imposed pursuant to the s. 732.1(3)(h) residual power, is also not in dispute. What remains at issue is the requirement that bodily samples be provided on demand.

The impugned condition is challenged essentially on *Charter* grounds. In reviewing a sentencing judge's exercise of discretion on *Charter* grounds, an appellate court should first consider whether the sentencing judge acted within his statutory jurisdiction. If a sentence is illegal on the basis that it is unauthorized under the governing legislation, it must be struck down and the constitutional issue does not arise. I will therefore consider whether the requirement to provide bodily samples as a condition of probation falls within the scope of s. 732.1.

3.3 *Requiring Bodily Samples and Section 732.1 of the Criminal Code*

The Crown submits that s. 732.1(3)(c) abstention conditions are highly desirable for the rehabilitation of the offender and the protection of the public and that the sentencing objectives of such abstention terms can only be achieved if there is also an effective mechanism to enforce them. Therefore, the Crown argues that ss. 732.1(3)(c) and 732.1(3)(h), read together, authorize the imposition of random sampling of an offender's bodily substances to ensure compliance with the

positif constituerait une violation de l'ordonnance de probation. Par conséquent, la dernière phrase de la condition n° 9 a été supprimée à juste titre par la Cour d'appel. La première partie de la condition n'est pas non plus en cause. La condition interdisant la consommation de certaines substances est expressément autorisée par l'al. 732.1(3)(c) et, compte tenu de la situation particulière de M. Shoker, il est parfaitement raisonnable d'imposer cette condition pour faciliter sa réadaptation et protéger la société. L'interdiction de la possession d'alcool et de drogues non vendues sur ordonnance, imposée conformément au pouvoir résiduel prévu à l'al. 732.1(3)(h), n'est pas contestée non plus. Ce qui reste en cause est la question de l'obligation de fournir des échantillons de substances corporelles sur demande.

La contestation de la condition litigieuse repose essentiellement sur la *Charte*. En examinant, pour des motifs liés à la *Charte*, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire du juge chargé de la détermination de la peine, une cour d'appel doit d'abord se demander si le juge a agi conformément à la compétence que lui confère la loi. Si une peine est illégale du fait qu'elle n'est pas autorisée par la loi applicable, elle doit être annulée et la question constitutionnelle ne se pose pas. Je vais donc examiner la question de savoir si l'obligation de fournir des échantillons de substances corporelles, comme condition de probation, est visée par l'art. 732.1.

3.3 *La demande d'échantillons de substances corporelles et l'art. 732.1 du Code criminel*

Le ministère public soutient que les conditions interdisant de consommer certaines substances, prévues à l'al. 732.1(3)(c), sont très souhaitables aux fins de réadaptation du délinquant et de protection du public. Il ajoute que seule l'existence d'un moyen efficace d'assurer le respect de ces conditions peut permettre d'atteindre les objectifs qu'elles visent en matière de détermination de la peine. Par conséquent, le ministère public fait valoir que les al. 732.1(3)(c) et (h),

18

19

abstention condition. Mr. Shoker argues that the power to impose enforcement terms to the abstention condition neither flows implicitly from s. 732.1(3)(c) nor does it fall within the scope of s. 732.1(3)(h) “reasonable conditions”. If Parliament had intended to authorize the seizure of bodily samples, he argues, it would have expressly so stated as it has done in other existing legislative schemes.

interprétés conjointement, permettent d’imposer le prélèvement au hasard d’échantillons de substances corporelles d’un délinquant afin d’assurer le respect de la condition lui interdisant de consommer certaines substances. M. Shoker prétend que le pouvoir d’assortir cette condition de modalités d’exécution ne découle pas implicitement de l’al. 732.1(3)c) et n’est pas visé non plus par les « conditions raisonnables » mentionnées à l’al. 732.1(3)h). Si, affirme-t-il, le législateur avait voulu autoriser le prélèvement de substances corporelles, il l’aurait précisé, comme il l’a fait dans d’autres régimes législatifs existants.

20

I will deal firstly with s. 732.1(3)(c). With respect to Hall J.A.’s opinion to the contrary, the jurisdiction to impose enforcement terms cannot simply flow from the power to impose an abstention condition. The effect of including a s. 732.1(3)(c) abstention condition in a probation order is to define a criminal offence, the commission of which is punishable under s. 733.1. Enforcement powers are not implicit from the simple creation of an offence. For example, it cannot reasonably be contended that the prohibition against impaired driving under s. 253 implicitly includes the enforcement scheme for demanding bodily samples contained in ss. 254 to 258. Yet, in essence, that is the argument here. The Crown submits that the enforcement scheme should be implied as necessary to give effect to a s. 732.1(3)(c) abstention condition. I do not accept this argument. Breach of probation is a criminal offence under the *Criminal Code* and, as such, it is subject to the usual investigatory techniques and manner of proof as any other offence. Hence, the probationer who is found consuming alcohol with his friends in a drinking establishment can be prosecuted based on the evidence of witnesses to the event. Likewise, the probationer who exhibits signs of alcohol or drug impairment can be prosecuted and the offence can be proven by testimonial evidence much in the same way as an offence for impaired driving. The power to demand bodily samples and the resulting analyses would undoubtedly assist in the enforcement

Je vais commencer par examiner l’al. 732.1(3)c). Avec respect pour l’opinion contraire exprimée par le juge Hall, la compétence pour imposer des modalités d’exécution ne peut pas simplement découler du pouvoir d’imposer une condition interdisant la consommation de certaines substances. L’inclusion, dans une ordonnance de probation, d’une condition interdisant la consommation de certaines substances, prévue à l’al. 732.1(3)c), a pour effet de définir une infraction criminelle punissable en vertu de l’art. 733.1. Les pouvoirs d’exécution ne découlent pas de la simple création d’une infraction. Par exemple, on ne peut pas raisonnablement prétendre que l’interdiction de la conduite avec facultés affaiblies prévue à l’art. 253 inclut implicitement le régime d’exécution consistant à demander des échantillons de substances corporelles prévu aux art. 254 à 258. Pourtant, tel est essentiellement l’argument avancé en l’espèce. Le ministère public fait valoir que le régime d’exécution devrait être implicite dans la mesure où il est nécessaire pour donner effet à une condition interdisant la consommation de certaines substances, prévue à l’al. 732.1(3)c). Je ne retiens pas cet argument. La violation d’une ordonnance de probation est une infraction criminelle prévue par le *Code criminel* et, à ce titre, elle est sujette aux techniques d’enquête et au mode de preuve qui sont habituellement utilisés pour n’importe quelle autre infraction. Partant, le probationnaire surpris en train de consommer de l’alcool avec ses amis dans un débit de boissons peut être poursuivi sur la foi du témoignage de ceux qui l’ont vu faire. De

of a s. 732.1(3)(c) condition, but it cannot on that basis simply be implied.

The authority to impose enforcement terms, if any, must be found rather in the residual clause. As indicated earlier, s. 732.1(3)(h) gives the sentencing judge a broad power to craft other reasonable conditions designed to protect society and facilitate the offender's successful reintegration into the community. Hall J.A. was of the view that the authority could not be found under s. 732.1(3)(h) because Parliament has specifically addressed alcohol and drugs in s. 732.1(3)(c). The fact that Parliament has specifically addressed alcohol and drugs under s. 732.1(3)(c) — and also in ss. 732.1(3)(g.1) and 732.1(3)(g.2) — is certainly a relevant factor but, in my respectful view, it does not preclude the imposition of “other” alcohol and drug-related “reasonable conditions” under the residual clause. Any number of additional conditions aimed at ensuring that the probationer comply with the abstention condition can be imposed. Indeed, the prescription against the possession of alcohol and drug found in Condition 9 is one example. Similarly, a sentencing judge could prescribe that the offender not enter any premises where alcohol is sold or served; that he not associate with his favourite drinking buddies; or that he obey a curfew. All these conditions could be imposed to ensure better compliance with the abstention condition and thereby facilitate the offender's rehabilitation and protect society. Absent peculiar circumstances, it could not seriously be contended that any such condition would be unreasonable. LeBel J., in his concurring reasons, expressed concerns that a narrow interpretation of the residual clause would cast doubt on a number of useful monitoring methods,

même, le probationnaire qui montre des signes de facultés affaiblies en raison de la consommation d'alcool ou de drogue peut être poursuivi et l'infraction peut être prouvée au moyen d'une preuve testimoniale à peu près de la même façon qu'une infraction de conduite avec facultés affaiblies. Il ne fait aucun doute que le pouvoir de demander des échantillons de substances corporelles et les analyses qui en découleraient aideraient à exécuter une condition imposée en vertu de l'al. 732.1(3)c), mais cela n'est pas suffisant pour tout simplement conclure que ce pouvoir existe implicitement.

Le pouvoir d'imposer des modalités d'exécution, s'il existe, doit plutôt se dégager de la clause résiduelle. Comme nous l'avons vu, l'al. 732.1(3)h) attribue au juge chargé de la détermination de la peine un vaste pouvoir de concevoir d'autres conditions raisonnables destinées à protéger la société et à faciliter la réinsertion sociale du délinquant. Le juge Hall estimait que ce pouvoir ne pouvait pas se dégager de l'al. 732.1(3)h) étant donné que le législateur a abordé expressément la question de l'alcool et des drogues à l'al. 732.1(3)c). Le fait que le législateur a traité expressément de ces substances à l'al. 732.1(3)c) — ainsi qu'aux al. 732.1(3)(g.1) et (g.2) — est certainement pertinent, mais j'estime, en toute déférence, que cela n'empêche pas d'imposer, en application de la clause résiduelle, d'« autres conditions raisonnables » liées à l'alcool et aux drogues. Il est possible d'imposer toute une série de conditions supplémentaires destinées à assurer le respect, par le probationnaire, de la condition interdisant la consommation et la possession de certaines substances. En fait, l'interdiction d'être en possession d'alcool et de drogues énoncée à la condition n° 9 en est un exemple. De même, un juge chargé de la détermination de la peine pourrait interdire au délinquant de fréquenter les copains avec qui il aime prendre un verre ou tout endroit où de l'alcool est vendu ou servi, ou encore lui imposer un couvre-feu. Toutes ces conditions pourraient être imposées pour assurer un meilleur respect de la condition interdisant la consommation et la possession d'alcool et ainsi faciliter la réadaptation du délinquant et protéger la société. En l'absence de circonstances particulières, on ne saurait sérieusement prétendre

more particularly the use of electronic monitoring. The legality of electronic monitoring under s. 732.1(3)(h) is not before us and, hence, this Court is not deciding this issue. We are concerned here only with the compelled seizure of bodily samples as an enforcement mechanism. It is also noteworthy that in each case referred to by LeBel J., the probationer's consent was required for participation in the Saskatchewan electronic monitoring program. Further, the Saskatchewan Court of Appeal in *R. v. McLeod* (1993), 81 C.C.C. (3d) 83, at p. 99, also made it clear that "the constitutionality of this form of sanction was not argued or considered during argument".

qu'une telle condition serait déraisonnable. Dans ses motifs concordants, le juge LeBel, a dit craindre qu'une interprétation restrictive de la clause résiduelle jette le doute sur un certain nombre de modes de surveillance utiles, plus particulièrement la surveillance électronique. Nous ne sommes pas saisis de la question de la légalité de la surveillance électronique au regard de l'al. 732.1(3)(h) et, partant, notre Cour ne se prononce pas sur ce point. En l'espèce, nous nous intéressons uniquement au prélèvement forcé d'échantillons de substances corporelles en tant que mécanisme d'exécution. Il vaut également la peine de noter que, dans chacun des cas mentionnés par le juge LeBel, il fallait que le probationnaire consente à participer au programme de surveillance électronique de la Saskatchewan. De plus, dans l'arrêt *R. c. McLeod* (1993), 81 C.C.C. (3d) 83, p. 99, la Cour d'appel de la Saskatchewan a aussi indiqué clairement que [TRADUCTION] « la constitutionnalité de cette forme de sanction n'a pas été débattue ou examinée au cours des plaidoiries ».

22

On the face of it, s. 732.1(3)(h) therefore appears wide enough to permit enforcement terms such as the one imposed in this case since, it is argued, submitting to testing would also ensure better compliance with the abstention condition. However, the residual provision must be read in context. Since it provides for "other" reasonable conditions, the listed conditions under ss. 732.1(3)(a) to 732.1(3)(g.2) can assist in delineating the scope of the residual provision. It is noteworthy that the fulfilment of any of the listed conditions can have no incriminating consequence for the probationer. In addition, when the condition may pose a risk, such as participating in a treatment program, the consent of the offender is required before the condition can be imposed. Section 732.1(3)(h) speaks of "other reasonable conditions". It is reasonable to infer that additional conditions imposed under the residual power would be of the same kind as the listed conditions. However, conditions intended to facilitate the gathering of evidence for enforcement purposes do not simply monitor the probationer's behaviour and, as such, are of a different kind and, because of their potential effect, absent the probationer's consent to such conditions, raise

À première vue, l'al. 732.1(3)(h) semble donc avoir une portée assez large pour permettre des conditions d'exécution comme celle imposée en l'espèce étant donné, soutient-on, que les tests de dépistage assureraient également un meilleur respect de la condition interdisant la consommation de certaines substances. Toutefois, la disposition résiduelle doit être interprétée dans son contexte. Comme cette disposition prévoit la possibilité d'imposer d'« autres » conditions raisonnables, les conditions énumérées aux al. 732.1(3)(a) à g.2) peuvent aider à en circonscrire la portée. Il vaut la peine de noter que le respect de l'une ou l'autre des conditions énumérées ne peut avoir aucune conséquence incriminante pour le probationnaire. En outre, une condition susceptible de présenter un risque, comme celle intimant de participer à un programme de traitement, ne peut être imposée qu'avec le consentement du délinquant. L'alinéa 732.1(3)(h) parle d'« autres conditions raisonnables ». On peut raisonnablement inférer que des conditions supplémentaires imposées en vertu du pouvoir résiduel seraient du même genre que celles qui sont énumérées. Toutefois, du fait qu'elles ne permettent pas simplement de surveiller le comportement du probationnaire, les conditions

constitutional concerns. For example, could Mr. Shoker be compelled, as a condition of his probation, to make his home available for inspection on demand to better monitor the prescription against the possession of alcohol or drugs? Such a condition in effect would subject him to a different standard than that provided by Parliament for the issuance of a search warrant. In my view, it could not reasonably be argued that the sentencing judge would have the jurisdiction to override this scheme under the authority of the open-ended language of s. 732.1(3)(h). It would be up to Parliament, if it saw fit, to enact any such scheme.

The sentencing judge's jurisdiction can be no greater in respect of the seizure of bodily samples. The seizure of bodily samples is highly intrusive and, as this Court has often reaffirmed, it is subject to stringent standards and safeguards to meet constitutional requirements. Significantly, in *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145, this Court held that where there is no statutory authorization for the seizure of bodily samples, consent must be obtained if the seizure is to be lawful. In *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, Cory J., speaking for the majority, held that the seizure of bodily samples such as hair, buccal swabs and dental impressions, was not authorized by the common law power to search incident to arrest. The principle was again reaffirmed in *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83. Again here, it is my view that such statutory authorization cannot be read in the general language of s. 732.1(3)(h). In the various circumstances where Parliament has chosen to authorize the collection of bodily samples, it has not only used clear language; it has also included in the legislation, or through regulations, a number of standards and safeguards: see for example, the collection of DNA samples for investigative purposes or, on conviction, for inclusion in the DNA databank (ss. 487.04 to 487.091 of the *Criminal Code*); the collection of breath and blood samples during the

destinées à faciliter l'obtention d'éléments de preuve aux fins d'exécution sont différentes et soulèvent, à cause de leur effet potentiel, des questions d'ordre constitutionnel dans le cas où le probationnaire n'y a pas consenti. Par exemple, M. Shoker pourrait-il se voir imposer, comme condition de sa probation, l'obligation de donner accès sur demande à sa résidence pour qu'on puisse y effectuer des inspections permettant de mieux veiller à ce que l'interdiction d'être en possession d'alcool ou de drogues soit respectée? Une telle condition aurait pour effet de l'assujettir à une norme différente de celle que le législateur prescrit pour la délivrance d'un mandat de perquisition. À mon avis, on ne saurait raisonnablement soutenir que le libellé non limitatif de l'al. 732.1(3)(h) habiliterait le juge chargé de la détermination de la peine à passer outre à ce régime. Il appartiendrait au législateur d'édicter un tel régime s'il jugeait à propos de le faire.

La compétence du juge chargé de la détermination de la peine ne peut pas être plus grande en matière de prélèvement d'échantillons de substances corporelles. Le prélèvement d'échantillons de substances corporelles est une mesure très envahissante et, comme notre Cour l'a souvent confirmé, il est assujéti à des normes et à des garanties rigoureuses qui permettent de satisfaire aux exigences de la Constitution. Fait révélateur, dans l'arrêt *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145, la Cour a conclu que, en l'absence d'autorisation légale de prélever des échantillons de substances corporelles, la légalité du prélèvement est subordonnée au consentement de la personne visée. Dans l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, le juge Cory a conclu, au nom des juges majoritaires, que le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne permettait pas de prélever des échantillons de substances corporelles, comme des cheveux et des poils, d'effectuer des prélèvements dans la bouche et de prendre des empreintes dentaires. Ce principe a été confirmé de nouveau dans l'arrêt *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83. Là encore, j'estime qu'on ne peut pas considérer que le libellé général de l'al. 732.1(3)(h) accorde une telle autorisation. Dans les différents cas où le législateur a choisi d'autoriser le prélèvement d'échantillons de

investigation of impaired driving offences (ss. 253 to 261 of the *Criminal Code*); and the collection of urine samples from federal inmates and parolees (ss. 54 to 57 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, and ss. 60 to 72 of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620).

substances corporelles, il ne l'a pas seulement dit clairement, mais il a également établi, dans la loi ou par voie de règlement, un certain nombre de normes et de garanties : voir, par exemple, le prélèvement d'échantillons d'ADN pour les besoins d'une enquête ou, à la suite d'une déclaration de culpabilité, aux fins d'inclusion dans la banque de données génétiques (art. 487.04 à 487.091 du *Code criminel*), le prélèvement d'échantillons d'haleine et de sang au cours d'une enquête relative à une infraction de conduite avec facultés affaiblies (art. 253 à 261 du *Code criminel*), ainsi que le prélèvement d'échantillons d'urine d'un détenu qui se trouve dans un pénitencier fédéral ou à l'extérieur d'un tel pénitencier à la suite d'une libération conditionnelle (art. 54 à 57 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, et art. 60 à 72 du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620).

24

A number of provincial legislatures have also enacted legislation and regulations governing the seizure of bodily samples from inmates of provincial institutions: see, for example, Alberta, *Corrections Act*, R.S.A. 2000, c. C-29, ss. 14.1 and 14.2, and *Correctional Institution Regulation*, Alta. Reg. 205/2001, ss. 48.1 and 48.2; Saskatchewan, *The Correctional Services Act*, S.S. 1993, c. C-39.1, s. 56(1), and *The Correctional Services Administration, Discipline and Security Regulations, 2003*, R.R.S., c. C-39.1, Reg. 3, s. 40(1); Manitoba, *Correctional Services Act*, S.M. 1998, c. 47, C.C.S.M. c. C230, s. 16, *Correctional Institutions Regulation*, Man. Reg. 227/92, ss. 28, 29, 29.1 and 31(1), and *Correctional Services Regulation*, Man. Reg. 128/99, ss. 41 to 45; Prince Edward Island, *Correctional Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-26.1, s. 17(g), and P.E.I. Reg. EC616/92, ss. 10 and 11; Ontario, *Corrections Accountability Act, 2000*, S.O. 2000, c. 40, s. 57.9(1) to (3). The Ontario legislation, unlike other provinces, applies to probationers as well as to provincial inmates.

Un certain nombre de législatures provinciales ont également édicté des lois et des règlements régissant le prélèvement d'échantillons de substances corporelles de détenus incarcérés dans un établissement provincial : voir, par exemple, Alberta, *Corrections Act*, R.S.A. 2000, ch. C-29, art. 14.1 et 14.2, et *Correctional Institution Regulation*, Alta. Reg. 205/2001, art. 48.1 et 48.2; Saskatchewan, *The Correctional Services Act*, S.S. 1993, ch. C-39.1, par. 56(1), et *The Correctional Services Administration, Discipline and Security Regulations, 2003*, R.R.S., ch. C-39.1, Reg. 3, par. 40(1); Manitoba, *Loi sur les services correctionnels*, L.M. 1998, ch. 47, C.P.L.M. ch. C230, art. 16, *Règlement sur les établissements de correction*, Règl. du Man. 227/92, art. 28, 29, 29.1 et par. 31(1), et *Règlement sur les services correctionnels*, Règl. du Man. 128/99, art. 41 à 45; Île-du-Prince-Édouard, *Correctional Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-26.1, al. 17g), et P.E.I. Reg. EC616/92, art. 10 et 11; Ontario, *Loi de 2000 sur la responsabilisation en matière de services correctionnels*, L.O. 2000, ch. 40, par. 57.9(1) à (3). La loi ontarienne, contrairement à celles des autres provinces, s'applique tant aux probationnaires qu'aux détenus incarcérés dans un établissement provincial.

The establishment of these standards and safeguards cannot be left to the discretion of the sentencing judge in individual cases. There is no question that a probationer has a lowered expectation of privacy. However, it is up to Parliament, not the courts, to balance the probationers' *Charter* rights as against society's interest in effectively monitoring their conduct. Since the purpose of s. 8 is preventative, the following principle in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169, is particularly apposite here:

While the courts are guardians of the Constitution and of individuals' rights under it, it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's requirements. It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional.

In this case, the Crown argues that reasonable and probable grounds are not required for the search and seizure of bodily substances from probationers and that the seizure of blood samples is also reasonable. Hall J.A. disagreed. He would have deleted the requirement to provide blood samples as too intrusive and conditioned the requirement to provide urine and breath samples upon the establishment of reasonable and probable grounds. Those are precisely the kinds of policy decisions for Parliament to make having regard to the limitations contained in the *Charter*. Parliament has specifically addressed the issue of alcohol and intoxicating substances in ss. 732.1(3)(c), 732.1(3)(g.1) and 732.1(3)(g.2) but it has not provided for a scheme for the collection of bodily samples as it has done in respect of parolees. Such a scheme cannot be judicially enacted on the ground that the court may find it desirable in an individual case. In addition to the constitutional concerns raised by the collection of bodily samples, the establishment of such a scheme requires the expenditure of resources and usually the cooperation of the provinces. This reality is exemplified in this case where the funding for urinalysis has been discontinued in British Columbia rendering the

L'établissement de ces normes et garanties ne saurait être laissé, dans chaque cas, au choix du juge chargé de la détermination de la peine. Il est indubitable qu'un probationnaire a des attentes moins grandes en matière de vie privée. Cependant, il appartient au législateur, et non aux tribunaux, d'établir un équilibre entre les droits que la *Charte* garantit aux probationnaires et l'intérêt qu'a la société à assurer une surveillance efficace de leur conduite. Comme l'art. 8 remplit une fonction préventive, le principe suivant énoncé dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 169, est particulièrement pertinent en l'espèce :

Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives.

Dans la présente affaire, le ministère public fait valoir que l'existence de motifs raisonnables et probables n'est pas requise pour prélever des échantillons de substances corporelles de probationnaires et que le prélèvement d'échantillons de sang est également raisonnable. Le juge Hall de la Cour d'appel n'était pas de cet avis. Il aurait supprimé l'exigence de fournir des échantillons de sang pour le motif qu'elle constitue une mesure trop envahissante et il aurait assujéti l'exigence de fournir des échantillons d'urine et d'haleine à la preuve de l'existence de motifs raisonnables et probables. C'est précisément le genre de décision de politique générale que le législateur doit prendre tenu des restrictions prévues dans la *Charte*. Le législateur a abordé expressément la question de l'alcool et des substances toxiques aux al. 732.1(3)(c), g.1) et g.2), mais il n'a prescrit aucun régime de prélèvement d'échantillons de substances corporelles comme il l'a fait pour les personnes en liberté conditionnelle. Il n'appartient pas à un tribunal d'édicter un tel régime parce qu'il peut juger souhaitable de le faire dans un cas particulier. Outre les questions d'ordre constitutionnel soulevées par le prélèvement d'échantillons de substances corporelles, l'établissement d'un tel régime commande l'utilisation de ressources et habituellement, la collaboration des

probation condition moot. This is yet another reason why the matter is one for Parliament.

26 For these reasons, I would conclude that there is no statutory authority for requiring Mr. Shoker to submit bodily samples. In the absence of a legislative scheme authorizing the seizure of bodily samples, the enforcement of abstention conditions must be done in accordance with existing investigatory tools. The majority of the Court of Appeal was therefore correct in deleting that part of Condition 9 following the words “non prescription narcotics”. I would dismiss the appeal.

The reasons of Bastarache and LeBel JJ. were delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

27 I have read the reasons of my colleague Charron J. Although I agree with her that the appeal should be dismissed, I reach this result on a different basis. In my opinion, there is statutory authority for the kind of order made by the sentencing judge. But the terms of the order were open to review under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As they did not meet the requirements of s. 8, the appeal should fail.

28 I need not return to the facts of this appeal, which were fully reviewed by Charron J. I will focus on the two legal issues raised by the case at bar. I will begin by considering whether statutory authority for the order can be found in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Then, I will turn to the issue of whether the discretion delegated to the sentencing judge was exercised in conformity with the *Charter*.

provinces. Cela se reflète dans la présente affaire où la Colombie-Britannique a cessé de financer les analyses d’urine, de sorte que la condition de probation est désormais théorique. Voilà une raison de plus pour laquelle cette question doit relever du législateur.

Pour ces motifs, je suis d’avis de conclure qu’il n’existe aucun pouvoir légal de contraindre M. Shoker à fournir des échantillons de substances corporelles. En l’absence d’un régime législatif autorisant le prélèvement d’échantillons de substances corporelles, l’exécution des conditions interdisant la consommation de certaines substances doit se faire d’une manière conforme aux outils d’enquête existants. Par conséquent, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont eu raison de supprimer la partie de la condition n° 9 qui suivait les termes « narcotiques non vendus sur ordonnance ». Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Bastarache et LeBel rendus par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

J’ai pris connaissance des motifs de ma collègue la juge Charron. Je partage son opinion selon laquelle il y a lieu de rejeter le pourvoi, mais à l’issue d’un raisonnement différent. Selon moi, la loi permet de prononcer une ordonnance comme celle rendue par le juge chargé de la détermination de la peine. Cependant, les conditions de l’ordonnance pouvaient faire l’objet d’une révision fondée sur l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Puisqu’elles ne respectaient pas les exigences de l’art. 8, le pourvoi doit être rejeté.

Je n’entends pas revenir sur les faits, que la juge Charron a examinés en détail. Je me concentrerai sur les deux questions de droit que soulève la présente affaire. J’examinerai d’abord si le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, permet de rendre l’ordonnance en cause. Ensuite, je verrai si le pouvoir discrétionnaire délégué au juge chargé de la détermination de la peine a été exercé d’une manière conforme à la *Charte*.

II. Statutory Basis for the Order

This case is, first and foremost, one raising a problem of statutory interpretation. Once more, the courts are trying to ascertain the intention of Parliament using, I assume, the modern approach of purposive interpretation (see S. Beaulac and P.-A. Côté, “Driedger’s ‘Modern Principle’ at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization” (2006), 40 *R.J.T.* 131). In this context, I readily concede that a purely textual reading of the relevant provisions of the *Criminal Code* (ss. 732.1(3)(c) and 732.1(3)(h)) would not resolve the issue. Nowhere do these provisions grant the sentencing judge, in so many words, the discretion to impose on the accused, in a probation order, an obligation to give samples of bodily substances. The *Criminal Code* expressly lists a number of mandatory and optional conditions, which are reviewed by my colleague in her reasons. Section 732.1(3)(c) authorizes the prohibition of the consumption of drugs or alcohol, but says nothing about monitoring the interdiction. Then, s. 732.1(3)(h), which plays the role of a basket or residual clause, refers merely to “such other reasonable conditions as the court considers desirable . . . for protecting society and for facilitating the offender’s successful reintegration into the community”. These words do not by themselves clearly grant a discretion. Read in context, however, they do.

To determine whether statutory authority for the order exists, the court must consider the context, namely probation and sentencing. A probation order is framed in a situation in which the court must address, in an individualized manner, the imperatives of the protection of society and rehabilitation of the accused. The sentencing judge is required to address the circumstances of the case and to devise terms that are reasonable in their context. The focus of the analysis remains the reasonableness of the conditions themselves. They are reasonable, and thus authorized by the statute, if they complement terms provided for in the *Code*

II. Fondement législatif de l’ordonnance

La présente affaire soulève d’abord et avant tout un problème d’interprétation législative. Une fois de plus, les tribunaux essaient de déterminer l’intention du législateur à l’aide, je suppose, de la méthode moderne d’interprétation téléologique (voir S. Beaulac et P.-A. Côté, « Driedger’s “Modern Principle” at the Supreme Court of Canada : Interpretation, Justification, Legitimization » (2006), 40 *R.J.T.* 131). Dans ce contexte, je reconnais volontiers qu’une interprétation purement textuelle des dispositions pertinentes du *Code criminel* (al. 732.1(3)c) et 732.1(3)h)) ne permettrait pas de régler la question en litige. Nulle part ces dispositions ne confèrent-elles explicitement au juge chargé de la détermination de la peine le pouvoir discrétionnaire d’imposer à l’accusé, dans une ordonnance de probation, l’obligation de fournir des échantillons de substances corporelles. Le *Code criminel* énumère expressément un certain nombre de conditions obligatoires et facultatives que ma collègue examine dans ses motifs. L’alinéa 732.1(3)c) permet d’interdire la consommation de drogues ou d’alcool, mais il demeure silencieux au sujet de la surveillance de l’interdiction. Ensuite, l’al. 732.1(3)h), qui sert de clause « fourre-tout » ou résiduelle, mentionne simplement « telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables [. . .] pour assurer la protection de la société et faciliter la réinsertion sociale du délinquant ». Pris isolément, ces mots ne confèrent pas clairement un pouvoir discrétionnaire. Cependant, ils le font si on les interprète dans leur contexte.

Pour déterminer si la loi permet de rendre l’ordonnance en cause, le tribunal doit examiner le contexte, qui est celui de la probation et de la détermination de la peine. Une ordonnance de probation est rédigée dans des circonstances où le tribunal doit donner suite, d’une manière individualisée, aux impératifs de protection de la société et de réhabilitation de l’accusé. Le juge chargé de la détermination de la peine doit examiner les circonstances de l’affaire et concevoir des conditions raisonnables dans leur contexte. L’analyse doit être axée sur le caractère raisonnable des conditions elles-mêmes. Des conditions sont raisonnables, et donc autorisées

and address the objectives of the protection of society and the reintegration of the accused into the community.

31 In a legal and factual environment such as this, the *Code* cannot provide for everything. Parliament has wisely delegated to sentencing judges a reasonable discretion to frame terms that will allow them to address the particular situation of each accused. A reasonable condition that can be connected with the categories of terms contemplated by the *Code* is grounded in an implied, but solid, statutory authority. The condition may then face a second level of scrutiny under the *Charter*, but it would not lie outside the jurisdiction of the sentencing judge.

32 The *Criminal Code* provides for conditions concerning alcohol and drug use. Prohibitions or restrictions on their use appear to have become almost standard terms of many probation orders. Nevertheless, the *Code* remains vague, even silent, about the monitoring of these conditions, although, according to well-known textbooks on sentencing, probation orders often incorporate monitoring procedures (C. C. Ruby, *Sentencing* (6th ed. 2004), at para. 10.57; A. Manson, P. Healy and G. Trotter, *Sentencing and Penal Policy in Canada* (2000), at p. 280).

33 The residual clause in s. 732.1(3)(h) appears to have been designed to address the difficulties faced by trial judges in framing orders that fit the distinct situations of individual accused and that must be made effective. It is there to fill in gaps, allowing the sentencing judge to flesh out the terms of the probation order by adding reasonable conditions. Conditions will be reasonable if they address the situation of the accused and meet the standards of s. 8 of the *Charter*.

34 The residual clause was not adopted for the purpose of collecting evidence for future prosecution.

par la loi, si elles complètent celles prévues dans le *Code* et répondent aux objectifs de protection de la société et de réinsertion sociale de l'accusé.

Dans un contexte juridique et factuel comme celui qui nous occupe, le *Code* ne saurait tout prévoir. Le législateur a eu la sagesse de déléguer aux juges chargés de la détermination de la peine un pouvoir discrétionnaire raisonnable de concevoir des conditions adaptées à la situation particulière de chaque accusé. Une condition raisonnable qui peut être reliée aux catégories prévues par le *Code* doit être considérée comme étant implicitement, mais indéniablement, autorisée par la loi. Cette condition peut ensuite faire l'objet d'un deuxième examen cette fois fondé sur la *Charte*, mais elle n'excéderait pas la compétence du juge chargé de la détermination de la peine.

Le *Code criminel* prescrit des conditions relatives à la consommation d'alcool et de drogues. Les interdictions ou les restrictions concernant la consommation de ces substances semblent presque devenues la norme dans maintes ordonnances de probation. Néanmoins, le *Code* reste vague, voire muet, à l'égard de la surveillance de l'exécution de ces conditions, quoique, selon des ouvrages de doctrine bien connus en matière de détermination de la peine, les ordonnances de probation sont souvent assorties de modes de surveillance (C. C. Ruby, *Sentencing* (6^e éd. 2004), par. 10.57; A. Manson, P. Healy et G. Trotter, *Sentencing and Penal Policy in Canada* (2000), p. 280).

La clause résiduelle qui figure à l'al. 732.1(3)(h) semble avoir pour objet d'aplanir les difficultés auxquelles se heurtent les juges du procès lorsqu'ils sont appelés à formuler des ordonnances à la fois efficaces et adaptées à la situation particulière de chaque accusé. Elle vise à combler des lacunes en permettant au juge chargé de la détermination de la peine d'étoffer l'ordonnance de probation par l'ajout de conditions raisonnables. Des conditions seront alors raisonnables si elles tiennent compte de la situation de l'accusé et si elles respectent les normes de l'art. 8 de la *Charte*.

La clause résiduelle ne vise pas à permettre l'obtention d'éléments de preuve destinés à être utilisés

It exists to make sure that the terms of probation orders are effective and can be implemented in a practical way. The fact that the *Criminal Code* contains no specific monitoring provisions simply reflects the generally individualized nature of the sentencing process and of probation orders.

The need for a monitoring mechanism may result from the nature of the obligations imposed on the accused by the probation order. Absent a monitoring procedure in such circumstances, it might rightly be said that Parliament spoke for nothing. To deny the existence of implied statutory powers in the present case does not comport with the approach of this Court, which has not hesitated to acknowledge the existence of such powers when the need for them flows from the nature of the substantive provisions of a law. For example, in one *Charter* case, which concerned public schools and their students, the Court found implied authority for conducting reasonable searches of students in the statutory obligations of schools and teachers to maintain order and discipline (*R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, at para. 51, *per* Cory J.):

If it is to be reasonable the search must be conducted reasonably and must be authorized by a statutory provision which is itself reasonable. There is no specific authorization to search provided in the *Education Act*, R.S.N.S. 1989, [c. 136,] or its regulations. Nonetheless, the responsibility placed upon teachers, and principals to maintain proper order and discipline in the school and to attend to the health and comfort of students by necessary implication authorizes searches of students. See s. 54(b) and Regulation 3(7) and (9). Teachers must be able to search students if they are to fulfil the statutory duties imposed upon them. It is reasonable, if not essential to provide teachers and principals with this authorization to search. It is now necessary to consider the circumstances in which the search itself may be considered to be reasonable.

With respect for those who hold other views, under very well-established rules of statutory interpretation, the *Criminal Code* grants the sentencing

dans des poursuites ultérieures. Elle a pour objet d'assurer que les conditions des ordonnances de probation soient efficaces et puissent être exécutées concrètement. L'absence dans le *Code criminel* de dispositions précises en matière de surveillance reflète simplement la nature généralement individualisée du processus de détermination de la peine et des ordonnances de probation.

La nécessité d'un mécanisme de surveillance peut découler de la nature des obligations que l'ordonnance de probation impose à l'accusé. Si aucun mode de surveillance n'était prévu dans ces cas, on pourrait affirmer à juste titre que le législateur a parlé pour ne rien dire. Nier l'existence de pouvoirs légaux implicites ne respecte pas l'opinion de notre Cour, qui n'a pas hésité à reconnaître l'existence de tels pouvoirs dans les cas où leur nécessité tient à la nature des dispositions substantielles d'une loi. Par exemple, dans une affaire liée à la *Charte*, à propos des rapports entre les écoles publiques et leurs élèves, la Cour a conclu que les obligations légales des écoles et des enseignants de maintenir l'ordre et la discipline permettaient implicitement de soumettre les élèves à des fouilles raisonnables (*R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, par. 51, le juge Cory) :

Pour être raisonnable, la fouille doit être effectuée de manière raisonnable et être autorisée par une disposition législative qui est elle-même raisonnable. On ne trouve aucune autorisation particulière de procéder à des fouilles dans l'*Education Act*, R.S.N.S. 1989, [ch. 136,] ou dans son règlement d'application. Cependant, la responsabilité qui incombe aux enseignants et aux directeurs de maintenir l'ordre et la discipline dans l'école et de veiller à la santé et au bien-être des élèves autorise, par déduction nécessaire, les fouilles d'élèves. Voir l'al. 54b) de la Loi et les par. 3(7) et (9) du Règlement. Les enseignants doivent pouvoir fouiller les élèves pour être en mesure de s'acquitter des responsabilités que leur impose la loi. Il est raisonnable, voire essentiel, de donner cette autorisation de fouiller aux enseignants et aux directeurs. Il faut maintenant examiner les circonstances dans lesquelles la fouille elle-même peut être jugée raisonnable.

En toute déférence pour les tenants d'autres points de vue, des règles d'interprétation législative très bien établies veulent que le *Code criminel*

judge the authority to include monitoring procedures in probation orders. To hold otherwise might well cause unforeseen and undesirable effects, as the inflexibility of such an interpretative approach would likely require Parliament to attempt to foresee a wide range of individual situations and to address them in minute detail. A drafting technique such as this would hardly be consistent with the canons of sound legal drafting, even if it were feasible.

37

Moreover, a narrow interpretation of the residual clause would cast doubt on a number of useful monitoring methods, which sentencing judges appear to be resorting to with increasing frequency. For example, it might prevent the use of electronic monitoring, which allows probation officers or public authorities to make sure that conditions relating to house arrest or curfews are complied with. I note that a number of judges have found such conditions to be valid:

The conclusion is that section 732.1(3)(h) allows orders which restrict a defendant's lifestyle, such as curfews, orders that he or she not frequent specified places, or associate with specified persons, or orders that a defendant be confined on electronic monitoring.

The terms of probation can control the defendant's lifestyle. For example, a defendant might be . . . ordered to wear an electronic monitoring device . . .

Thus, curfews, house arrest (with or without electronic monitoring), bed checks . . . etc., can all be appropriate "other conditions". It does not matter whether one sees them as rehabilitative measures, control measures, or punishment. What counts is not the label but an intent that the condition should further public protection or the acceptance of the defendant in the community, and some reasonable grounds for belief that it will

habilite le juge chargé de la détermination de la peine à inclure des modes de surveillance dans une ordonnance de probation. Conclure différemment pourrait bien entraîner des effets inattendus et peu souhaitables, parce que la rigidité d'une telle méthode d'interprétation forcerait vraisemblablement le législateur à tenter de prévoir une vaste gamme de situations particulières et à en traiter de manière très détaillée. Même s'il était possible de l'utiliser, cette technique de rédaction ne serait guère compatible avec les règles fondamentales d'une bonne rédaction législative.

De plus, une interprétation restrictive de la clause résiduelle jetterait le doute sur un certain nombre de modes de surveillance utiles auxquels semblent recourir de plus en plus les juges chargés de la détermination de la peine. Elle pourrait notamment empêcher le recours à la surveillance électronique qui permet aux agents de probation ou aux autorités publiques de s'assurer que les conditions prescrivant la détention à domicile ou un couvre-feu sont respectées. D'ailleurs, je constate qu'un certain nombre de juges ont conclu à la validité de ces conditions :

[TRADUCTION] Il faut conclure que l'al. 732.1(3)(h) permet de rendre des ordonnances qui restreignent le mode de vie d'un défendeur par l'imposition d'un couvre-feu notamment, qui lui intiment de ne pas fréquenter certains endroits ou certaines personnes ou qui le placent sous surveillance électronique.

Les conditions de probation peuvent régir le mode de vie du défendeur. Par exemple, un défendeur pourrait se voir [. . .] ordonner de porter un dispositif de surveillance électronique . . .

Ainsi, les couvre-feux, les détentions à domicile (avec ou sans surveillance électronique), les contrôles de présence à domicile [. . .] etc., peuvent tous constituer « d'autres conditions » appropriées. Il importe peu que ces conditions soient perçues comme des mesures de réadaptation, des modes de contrôle ou des sanctions. Ce qui compte est non pas la façon de désigner une condition mais plutôt l'intention que cette condition

have a tendency to effect those purposes. [Emphasis added.]

(T. W. Ferris, *Sentencing: Practical Approaches* (2005), at pp. 79, 116 and 216-17)

Ferris reports that the courts in the following cases held that electronic monitoring is lawful under s. 732.1(3)(h) : *R. v. Carlson* (1996), 141 Sask. R. 168 (C.A.); *R. v. Curtis* (1996), 144 Sask. R. 156 (C.A.); *R. v. McLeod* (1992), 109 Sask. R. 8 (C.A.).

The range of possible conditions is broad. The purpose of such conditions is often to control aspects of the lifestyle of an accused to ensure that the goals of probation — protection of society and reintegration into the community — are achieved.

We should not assume that such a discretion would be abused by sentencing judges or exercised in an unconstitutional manner in the absence of a detailed statutory framework. In another context — a case concerning an exercise of discretion by an administrative authority — this Court asserted that it should not rely on assumptions of prospective breaches of the *Charter*:

I do not think there is any constitutional rule that requires Parliament to deal with Customs' treatment of constitutionally protected expressive material by legislation (as the appellants contend) rather than by way of regulation (as Parliament contemplated in s. 164(1)(j)) or even by ministerial directive or departmental practice. Parliament is entitled to proceed on the basis that its enactments "will be applied constitutionally" by the public service.

[I]t is in the nature of government work that the power of the state is exercised and the *Charter* rights of the citizen may therefore be engaged. While there is evidence of actual abuse here, there is the potential for

contribue à protéger le public ou à faciliter la réinsertion sociale du défendeur, ainsi que l'existence de motifs raisonnables de croire qu'elle contribuera à l'atteinte de ces objectifs. [Je souligne.]

(T. W. Ferris, *Sentencing : Practical Approaches* (2005), p. 79, 116 et 216-217)

Ferris indique que, dans les affaires suivantes, les tribunaux ont statué que l'al. 732.1(3)h) autorise la surveillance électronique : *R. c. Carlson* (1996), 141 Sask. R. 168 (C.A.); *R. c. Curtis* (1996), 144 Sask. R. 156 (C.A.); *R. c. McLeod* (1992), 109 Sask. R. 8 (C.A.).

Il existe un large éventail de conditions possibles. Ces conditions visent souvent à régir certains aspects du mode de vie d'un accusé de manière à assurer la réalisation des objectifs de la probation, à savoir la protection de la société et la réinsertion sociale de l'accusé.

Nous ne devrions pas supposer qu'en l'absence d'un cadre législatif détaillé les juges chargés de la détermination de la peine abuseraient d'un tel pouvoir discrétionnaire ou qu'ils l'exerceraient d'une manière non conforme à la Constitution. Dans un autre contexte où il était question de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par une autorité administrative, notre Cour a souligné qu'elle ne devrait pas s'appuyer sur des présomptions de violation éventuelle de la *Charte* :

Je ne crois pas qu'il y ait quelque règle constitutionnelle obligeant le Parlement à prescrire au moyen d'une loi (comme le prétendent les appelants) plutôt que d'un règlement (comme l'a prévu le Parlement à l'al. 164(1)j)) ou même d'une directive ministérielle ou d'une pratique institutionnelle, la façon dont les Douanes doivent traiter le matériel expressif protégé par la Constitution. Le Parlement a le droit d'agir en tenant pour acquis que les textes de loi qu'il adopte « s[eront] appliqué[s] [...] d'une manière conforme à la Constitution » par les fonctionnaires.

[I] est normal, de par la nature des activités de l'État, que celui-ci soit appelé à exercer son pouvoir et que les droits garantis au citoyen par la *Charte* puissent en conséquence être touchés. Quoiqu'il y ait preuve d'abus

38

39

abuse in many areas, and a rule requiring Parliament to enact in each case special procedures for the protection of Charter rights would be unnecessarily rigid. [Underlining added.]

(Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice), [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, at paras. 71 and 137)

40 Any challenge in the instant case should have related to the reasonableness of the order under s. 8 of the *Charter*. The authority to impose the monitoring conditions exists. It remains to be seen whether the conditions meet the standards of the *Charter* (see Ruby, at para. 10.63).

41 Before I move on to some brief comments on the application of s. 8 in the context of the case at bar, I must add that I agree with Charron J. that the part of the order that would, in essence, turn a positive test into a breach of the conditions set out in the order is contrary to the principles of criminal law. Guilt must be proved in the usual manner, that is, beyond a reasonable doubt, and the accused is entitled to the protection of the law of criminal evidence and criminal procedure.

III. Application of Section 8

42 Section 8 raises difficulties in respect of parts of the order. I agree that the part compelling the accused to undergo blood tests would be far too intrusive and would breach s. 8 absent a statutory framework consistent with the standards of the *Charter*.

43 Although it may very well be a more efficient way to monitor compliance, random drug testing at the probation officer's discretion could become highly arbitrary. Courts would have difficulty defining a proper framework to supplement the silence of the *Code*. This is a situation where Parliament would be in a better position to address the issue. Its solution would then be open to review by the courts under s. 8 and s. 1 of the *Charter*.

réel en l'espèce, il y a risque d'abus dans de nombreux domaines, et une règle qui obligerait le Parlement à édicter dans chaque cas des procédures spéciales pour protéger les droits garantis par la Charte serait inutilement rigide. [Je souligne.]

(Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice), [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 71 et 137)

En l'espèce, toute contestation aurait d  porter sur le caractère raisonnable de l'ordonnance au regard de l'art. 8 de la *Charte*. L'imposition des conditions en matière de surveillance est permise. Il reste à voir si ces conditions respectent les normes de la *Charte* (voir Ruby, par. 10.63).

Avant de commenter brièvement l'application de l'art. 8 dans le cadre du présent pourvoi, je dois ajouter que je conviens avec la juge Charron que la partie de l'ordonnance qui, pour l'essentiel, ferait d'un test positif une violation des conditions énoncées dans cette ordonnance, contrevient aux principes du droit criminel. La culpabilité doit être établie de la manière habituelle, c'est-à-dire hors de tout doute raisonnable, et l'accusé a droit à la protection des règles de preuve et de procédure en matière criminelle.

III. Application de l'art. 8

Certaines parties de l'ordonnance présentent des difficultés au regard de l'art. 8. Je suis d'accord pour dire que, en l'absence d'un cadre législatif conforme aux normes de la *Charte*, la partie qui oblige l'accusé à se soumettre à des analyses sanguines serait beaucoup trop envahissante et contreviendrait à l'art. 8.

Bien qu'ils puissent très bien représenter un moyen plus efficace de veiller au respect des conditions imposées, les tests de dépistage de drogue faits au hasard, à la discrétion de l'agent de probation, risqueraient de devenir très arbitraires. Les tribunaux auraient de la difficulté à définir un cadre approprié pour suppléer au silence du *Code*. Il s'agit d'un cas où le législateur serait mieux placé pour régler la question. La solution qu'il retiendrait pourrait ensuite faire l'objet d'un examen judiciaire fondé sur l'art. 8 et l'article premier de la *Charte*.

For these reasons, I agree with my colleague that the appeal should be dismissed.

Appeal dismissed.

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

Solicitor for the respondent: Garth Barriere, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Kapoor & Stribopoulos, Toronto.

Pour ces motifs, je partage l'opinion de ma collègue selon laquelle il y a lieu de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

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

Procureurs de l'intimé : Garth Barriere, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Kapoor & Stribopoulos, Toronto.