



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour suprême  
du Canada**

---

**Part 3, 2021 Vol. 1**

**3<sup>e</sup> cahier, 2021 Vol. 1**

**Cited as [2021] 1 S.C.R. 521-800**

**Renvoi [2021] 1 R.C.S. 521-800**

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

J. DAVID POWER

Acting Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire par intérim de la Cour suprême du Canada

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef  
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil  
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

MARYAM ARZANI  
ÉLOÏSE BENOIT  
AUDREY-ANNE BERGERON  
VALERIE DESJARLAIS  
ANNE DES ORMEAUX  
ANDRÉ GOLDENBERG

LEE ANN GORMAN  
LAUREN KOSHURBA  
KAREN LEVASSEUR  
EMILY K. MOREAU  
CRAIG MRACEK

IDA SMITH  
JACQUELINE STENCEL  
ANDREA SUURLAND  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
DIANE THERRIEN

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH  
STÉPHANIE-CLAUDE BOUCHARD

MARIE-CHRISTIANE BOUCHER  
JULIE BOULANGER

LAURENCE ENDALE  
AUDRA POIRIER  
MARIE RODRIGUE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

CATHERINE BALOGH  
ANTHONY DELISLE

MYRIAM DUMAIS-DESROSIERS  
CHARLOTTE LAFONTAINE-DESPRÉS

Administrative Support Officer / Agente au soutien administratif  
KATHERINE LAURIN

Administrative Assistants / Adjointes administratifs

SÉBASTIEN GAGNÉ

KATHIA SÉGUIN

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0J1, together with the old address.*

*Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada, K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.*



## CONTENTS

### **R. v. Ghotra ..... 521**

Criminal law — Abuse of process — Entrapment — Internet child luring — Accused starting conversation in internet chat room with undercover police officer posing as underage girl — Accused proposing that they meet for sex and later arrested at meeting place — Accused convicted of internet child luring at trial but applying for stay of proceedings based on entrapment — Trial judge concluding that officer did not provide opportunity to commit offence and dismissing application — Majority of Court of Appeal dismissing accused's appeal — Conviction upheld.

### **R. v. Sheikh ..... 523**

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Evidence — Assessment — Adverse witness — Accused convicted of one count of fraud over \$5,000 — Accused appealing on ground that verdict was unreasonable because it was based on insufficient circumstantial evidence, and on ground that fairness of trial was breached because his accomplice's testimony as Crown witness constituted propensity evidence — Majority of Court of Appeal holding that evidence did not establish commission of fraud beyond reasonable doubt and that Crown could not cross-examine accused's accomplice without seeking leave from trial judge to have recourse to s. 9 of Canada Evidence Act — Dissenting judge finding that verdict was not unreasonable and that accomplice's testimony was highly relevant and was not propensity evidence — Conviction restored — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 9.

### **R. v. Gul ..... 525**

Criminal law — Appeals — Application of curative proviso — Accused convicted of sexual assault and breaking and entering with intent to commit indictable offence — Court of Appeal holding that trial judge erred in characterizing prior event as similar fact evidence — Majority of Court of Appeal applying curative proviso — Convictions upheld — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

### **R. v. Ramos ..... 528**

Criminal law — Evidence — Assessment — Credibility — Sufficiency of reasons — Accused convicted at trial of

## SOMMAIRE

### **R. c. Ghotra ..... 521**

Droit criminel — Abus de procédure — Provocation policière — Leurre d'enfants par Internet — Accusé entamant dans un salon de clavardage sur Internet une conversation avec une policière prétendant être une mineure — Accusé proposant une rencontre à des fins sexuelles puis arrêté au lieu de la rencontre — Accusé déclaré coupable de leurre d'enfants par Internet lors de son procès mais demandant l'arrêt des procédures pour cause de provocation policière — Juge du procès concluant que la policière n'a pas fourni l'occasion de commettre l'infraction et rejetant la demande — Cour d'appel rejetant à la majorité l'appel de l'accusé — Déclaration de culpabilité confirmée.

### **R. c. Sheikh ..... 523**

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Preuve — Appréciation — Témoin opposé — Accusé déclaré coupable d'un chef d'accusation de fraude dépassant 5 000 \$ — Appel formé par l'accusé au motif que le verdict est déraisonnable puisqu'il s'appuie sur une preuve circonstancielle insuffisante, et au motif que l'équité du procès a été enfreinte parce que le témoignage de son complice en tant que témoin à charge constitue une preuve de propension — Arrêt majoritaire de la Cour d'appel portant que la preuve n'établit pas hors de tout doute raisonnable la perpétration d'une fraude, et que le ministère public ne pouvait pas contre-interroger le complice de l'accusé sans demander à la juge du procès l'autorisation de recourir à l'art. 9 de la Loi sur la preuve au Canada — Conclusion du juge dissident portant que le verdict n'est pas déraisonnable et que le témoignage du complice était hautement pertinent et n'était pas une preuve de propension — Déclaration de culpabilité rétablie — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 9.

### **R. c. Gul ..... 525**

Droit criminel — Appels — Application de la disposition réparatrice — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et d'introduction par effraction avec intention de commettre un acte criminel — Conclusion de la Cour d'appel portant que le juge du procès a commis une erreur en qualifiant un événement antérieur de preuve de faits similaires — Application par les juges majoritaires de la Cour d'appel de la disposition réparatrice — Déclarations de culpabilité confirmées — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

### **R. c. Ramos ..... 528**

Droit criminel — Preuve — Appréciation — Crédibilité — Caractère suffisant des motifs — Accusé déclaré coupable

*Continued on next page*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

sexual assault and sexual interference — Accused appealing convictions on basis that trial judge failed to give adequate reasons with respect to assessment of credibility of witnesses — Majority of Court of Appeal holding that trial judge's reasons were sufficiently articulate in explaining how credibility issues were resolved, that trial judge applied proper framework to assess credibility, and that trial judge did not misapprehend evidence — Convictions upheld.

### **R. v. Smith** ..... 530

Criminal law — Appeals — Misapprehension of evidence — Miscarriage of justice — Accused convicted of sexual assault — Majority of Court of Appeal ordering new trial on basis that trial judge committed errors in essential part of reasoning process and that her failure to recognize and specifically address certain inconsistencies constituted misapprehension of evidence — Dissenting judge concluding that trial judge did not misapprehend evidence and that conviction should be upheld — Conviction restored.

### **R. v. Desautel** ..... 533

Constitutional law — Aboriginal peoples — Aboriginal rights — Hunting — Citizen and resident of United States charged under provincial wildlife legislation with hunting in British Columbia without licence and while not being resident of province — Charges defended on basis of constitutionally-protected Aboriginal right to hunt in traditional territory of ancestors — Whether Aboriginal people located outside Canada can assert Aboriginal rights under Canadian Constitution — If so, whether provincial wildlife legislation of no force or effect by reason of Aboriginal right — Constitutional Act, 1982, s. 35(1).

### **Ontario (Attorney General) v. Clark** ..... 607

Crown law — Prosecutorial immunity — Misfeasance in public office — Police officers commencing misfeasance claim against Attorney General on basis of Crown prosecutors' failure in conduct of criminal trials to challenge accused's claims of assault by police officers during arrest — Officers alleging that they suffered reputational harm and seeking damages — Whether prosecutorial immunity precludes misfeasance claims by police officers

## SOMMAIRE (Suite)

au procès d'agression sexuelle et de contacts sexuels — Appel formé par l'accusé contre les déclarations de culpabilité parce que le juge du procès n'aurait pas exposé des motifs suffisants relativement à l'appréciation de la crédibilité des témoins — Conclusion majoritaire de la Cour d'appel portant que les motifs du juge du procès expliquaient de manière suffisamment explicite comment les questions de crédibilité avaient été tranchées, que le juge avait appliqué le bon cadre afin d'apprécier la crédibilité et qu'il n'avait pas interprété erronément la preuve — Déclarations de culpabilité confirmées.

### **R. c. Smith** ..... 530

Droit criminel — Appels — Interprétation erronée de la preuve — Erreur judiciaire — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Arrêt majoritaire de la Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès parce que la juge de première instance a commis des erreurs dans une partie essentielle de son raisonnement et parce que l'omission de cette dernière de relever certaines incohérences et d'en traiter expressément a constitué une interprétation erronée de la preuve — Motifs de la juge dissidente concluant que la juge du procès n'a pas interprété erronément la preuve et que la déclaration de culpabilité devrait être maintenue — Déclaration de culpabilité rétablie.

### **R. c. Desautel** ..... 533

Droit constitutionnel — Peuples autochtones — Droits ancestraux — Chasse — Citoyen et résident des États-Unis accusé en application de la loi provinciale sur la faune d'avoir chassé sans permis en Colombie-Britannique alors qu'il n'est pas résident de la province — Défense contre les accusations fondée sur son droit ancestral, protégé par la Constitution, de chasser sur le territoire traditionnel de ses ancêtres — Un peuple autochtone se trouvant à l'extérieur du Canada peut-il faire valoir des droits ancestraux en vertu de la Constitution canadienne? — Si oui, la loi provinciale sur la faune est-elle inopérante en raison du droit ancestral? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

### **Ontario (Procureur général) c. Clark** ..... 607

Droit de la Couronne — Immunité du poursuivant — Faute dans l'exercice d'une charge publique — Demande présentée par des policiers contre le procureur général pour faute dans l'exercice d'une charge publique et fondée sur l'omission de procureurs de la Couronne dans la conduite de procès criminels d'avoir contesté les allégations d'accusés qui ont soutenu avoir été agressés par les policiers durant leur arrestation — Allégations par les policiers de

*Continued on next page*

*Suite à la page suivante*

**CONTENTS** (Concluded)

against Crown prosecutors for decisions made in exercise of public duties — Whether claim should be struck.

**R. v. C.P. .... 679**

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Accused young person convicted of sexual assault by judge sitting alone — Accused appealing conviction on basis that verdict was unreasonable — Conviction affirmed by majority of Court of Appeal — Whether verdict unreasonable.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Right to equality — Young persons — Appeals to Supreme Court of Canada — Accused young person convicted of sexual assault — Majority of Court of Appeal affirming conviction but one judge dissenting — Young person filing appeal as of right to Supreme Court under s. 691(1)(a) of Criminal Code — Section 37(10) of Youth Criminal Justice Act stating that no appeal lies to Supreme Court unless young person is granted leave to appeal — Whether s. 37(10) of Youth Criminal Justice Act infringes young person's right to equality and right not to be deprived of liberty except in accordance with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15 — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 37(10).

**SOMMAIRE** (Fin)

préjudices à leur réputation et réclamation par ceux-ci de dommages-intérêts — L'immunité du poursuivant empêche-t-elle les policiers d'intenter un recours pour faute dans l'exercice d'une charge publique à l'encontre de procureurs de la Couronne pour des décisions prises par ceux-ci dans l'exercice de cette charge? — La demande devrait-elle être radiée?

**R. c. C.P. .... 679**

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Accusé adolescent déclaré coupable d'agression sexuelle par un juge siégeant seul — Déclaration de culpabilité portée en appel par l'accusé au motif que le verdict était déraisonnable — Déclaration de culpabilité confirmée par les juges majoritaires de la Cour d'appel — Le verdict était-il déraisonnable?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Droit à l'égalité — Adolescents — Appels à la Cour suprême du Canada — Accusé adolescent déclaré coupable d'agression sexuelle — Déclaration de culpabilité confirmée par les juges majoritaires de la Cour d'appel, mais dissidence exprimée par un juge — Appel de plein droit interjeté à la Cour suprême par l'adolescent en vertu de l'al. 691(1)a) du Code criminel — Suivant le par. 37(10) de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, un adolescent ne peut interjeter appel à la Cour suprême, sauf s'il a obtenu l'autorisation de le faire — Le paragraphe 37(10) de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents viole-t-il le droit de l'adolescent à l'égalité et son droit à ce qu'il ne soit porté atteinte à sa liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15 — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, c. 1, art. 37(10).

**Akash Ghotra** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,  
British Columbia Civil Liberties  
Association and  
Criminal Lawyers' Association of Ontario**  
*Intervenors*

**INDEXED AS: R. v. GHOTRA**

**2021 SCC 12**

File No.: 39215.

2021: April 13.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Abuse of process — Entrapment — Internet child luring — Accused starting conversation in internet chat room with undercover police officer posing as underage girl — Accused proposing that they meet for sex and later arrested at meeting place — Accused convicted of internet child luring at trial but applying for stay of proceedings based on entrapment — Trial judge concluding that officer did not provide opportunity to commit offence and dismissing application — Majority of Court of Appeal dismissing accused's appeal — Conviction upheld.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Hourigan, Miller and Nordheimer JJ.A.), 2020 ONCA 373, 388 C.C.C. (3d) 416, 455 D.L.R. (4th) 586, 464 C.R.R. (2d) 83, [2020] O.J. No. 2650 (QL), 2020 CarswellOnt 8060 (WL Can.), affirming the conviction entered by Durno J., [2016] O.J. No. 7161 (QL), and the dismissal of the application for a stay of proceedings, 2016 ONSC 5675, 342 C.C.C. (3d) 128, 33 C.R. (7th) 98, [2016] O.J.

**Akash Ghotra** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Association canadienne des libertés civiles,  
British Columbia Civil Liberties  
Association et  
Criminal Lawyers' Association of Ontario**  
*Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : R. c. GHOTRA**

**2021 CSC 12**

N° du greffe : 39215.

2021 : 13 avril.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Abus de procédure — Provocation policière — Leurre d'enfants par Internet — Accusé entamant dans un salon de clavardage sur Internet une conversation avec une policière prétendant être une mineure — Accusé proposant une rencontre à des fins sexuelles puis arrêté au lieu de la rencontre — Accusé déclaré coupable de leurre d'enfants par Internet lors de son procès mais demandant l'arrêt des procédures pour cause de provocation policière — Juge du procès concluant que la policière n'a pas fourni l'occasion de commettre l'infraction et rejetant la demande — Cour d'appel rejetant à la majorité l'appel de l'accusé — Déclaration de culpabilité confirmée.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Hourigan, Miller et Nordheimer), 2020 ONCA 373, 388 C.C.C. (3d) 416, 455 D.L.R. (4th) 586, 464 C.R.R. (2d) 83, [2020] O.J. No. 2650 (QL), 2020 CarswellOnt 8060 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité inscrite par le juge Durno, [2016] O.J. No. 7161 (QL), et le rejet de la demande d'arrêt des procédures, 2016 ONSC 5675, 342 C.C.C. (3d) 128, 33 C.R. (7th) 98, [2016]

No. 4761 (QL), 2016 CarswellOnt 14383 (WL Can.).  
Appeal dismissed.

*Alan D. Gold*, for the appellant.

*Katie Doherty*, for the respondent.

*Danielle Glatt*, for the intervener the Canadian  
Civil Liberties Association.

*Gerald Chan*, for the intervener the British  
Columbia Civil Liberties Association.

*Michael W. Lacy*, for the intervener the Criminal  
Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view to  
dismiss the appeal for the reasons of Justice Miller  
of the Ontario Court of Appeal.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Alan D. Gold Profes-  
sional Corporation, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil  
Liberties Association: Paliare Roland Rosenberg  
Rothstein, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia  
Civil Liberties Association: Stockwoods, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers'  
Association of Ontario: Brauti Thorning, Toronto.*

O.J. No. 4761 (QL), 2016 CarswellOnt 14383 (WL  
Can.). Pourvoi rejeté.

*Alan D. Gold*, pour l'appelant.

*Katie Doherty*, pour l'intimée.

*Danielle Glatt*, pour l'intervenante l'Association  
canadienne des libertés civiles.

*Gerald Chan*, pour l'intervenante British Colum-  
bia Civil Liberties Association.

*Michael W. Lacy*, pour l'intervenante Criminal  
Lawyers' Association of Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu  
oralement par

[1] LE JUGE EN CHEF — Nous sommes toutes et  
tous d'avis de rejeter l'appel, pour les motifs exposés  
par le juge Miller de la Cour d'appel de l'Ontario.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Alan D. Gold Profes-  
sional Corporation, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de  
l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association  
canadienne des libertés civiles : Paliare Roland  
Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia  
Civil Liberties Association : Stockwoods, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers'  
Association of Ontario : Brauti Thorning, Toronto.*



**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Abbas Sheikh** *Respondent***INDEXED AS: R. v. SHEIKH****2021 SCC 13**

File No.: 39372.

2021: April 16.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Rowe and Kasirer JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC**

*Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Evidence — Assessment — Adverse witness — Accused convicted of one count of fraud over \$5,000 — Accused appealing on ground that verdict was unreasonable because it was based on insufficient circumstantial evidence, and on ground that fairness of trial was breached because his accomplice's testimony as Crown witness constituted propensity evidence — Majority of Court of Appeal holding that evidence did not establish commission of fraud beyond reasonable doubt and that Crown could not cross-examine accused's accomplice without seeking leave from trial judge to have recourse to s. 9 of Canada Evidence Act — Dissenting judge finding that verdict was not unreasonable and that accomplice's testimony was highly relevant and was not propensity evidence — Conviction restored — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 9.*

**Statutes and Regulations Cited***Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 9.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bich, Vauclair and Schrager J.J.A.), 2020 QCCA 1266, 462 D.L.R. (4th) 675, [2020] AZ-51712402, [2020] J.Q. n° 6801 (QL), 2020 CarswellQue 17104 (WL Can.), setting aside the conviction entered by Beauchemin J., 2017 QCCQ 20841, [2017] AZ-51591017, [2017] J.Q. n° 24190 (QL), 2017 CarswellQue 13438 (WL Can.), and

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Abbas Sheikh** *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. SHEIKH****2021 CSC 13**

N° du greffe : 39372.

2021 : 16 avril.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté, Rowe et Kasirer.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Preuve — Appréciation — Témoin opposé — Accusé déclaré coupable d'un chef d'accusation de fraude dépassant 5 000 \$ — Appel formé par l'accusé au motif que le verdict est déraisonnable puisqu'il s'appuie sur une preuve circonstancielle insuffisante, et au motif que l'équité du procès a été enfreinte parce que le témoignage de son complice en tant que témoin à charge constitue une preuve de propension — Arrêt majoritaire de la Cour d'appel portant que la preuve n'établit pas hors de tout doute raisonnable la perpétration d'une fraude, et que le ministère public ne pouvait pas contre-interroger le complice de l'accusé sans demander à la juge du procès l'autorisation de recourir à l'art. 9 de la Loi sur la preuve au Canada — Conclusion du juge dissident portant que le verdict n'est pas déraisonnable et que le témoignage du complice était hautement pertinent et n'était pas une preuve de propension — Déclaration de culpabilité rétablie — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 9.*

**Lois et règlements cités***Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 9.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Bich, Vauclair et Schrager), 2020 QCCA 1266, 462 D.L.R. (4th) 675, [2020] AZ-51712402, [2020] J.Q. n° 6801 (QL), 2020 CarswellQue 10112 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité prononcée par la juge Beauchemin, 2017 QCCQ 20841, [2017] AZ-51591017, [2017] J.Q. n° 24190 (QL), 2017

entering an acquittal. Appeal allowed, Kasirer J. dissenting.

*Simon Lacoste*, for the appellant.

*Alexandre Tardif*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The Crown appeals as of right from a decision in which a majority of the judges of the Quebec Court of Appeal acquitted the respondent on charges of fraud against him.

[2] The Crown submits that the Court of Appeal erred in concluding that the verdict of guilty was unreasonable and that the trial was unfair because, in particular, of the Crown's failure to have recourse to s. 9 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, during the testimony of witness Vallières, and of an inadequate assessment of the circumstantial evidence.

[3] Essentially for the reasons of Schragger J.A., a majority of judges of this Court are not convinced that the Crown's failure to have recourse to s. 9 of the *Canada Evidence Act* made the trial unfair, and they agree with Schragger J.A. that the verdict was not unreasonable.

[4] Kasirer J., essentially for the reasons of the majority of the Court of Appeal, would have dismissed the appeal.

[5] For these reasons, the appeal is allowed and the verdict of guilty restored.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Longueuil.*

*Solicitors for the respondent: Tardif et associés, Sherbrooke.*

CarswellQue 13438 (WL Can.), et inscrit un acquittement. Pourvoi accueilli, le juge Kasirer est dissident.

*Simon Lacoste*, pour l'appelante.

*Alexandre Tardif*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE EN CHEF — Le ministère public se pourvoit de plein droit contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec dont la majorité des juges a acquitté l'intimé des accusations de fraude qui pèsent contre lui.

[2] Le ministère public soutient que la Cour d'appel a erré en concluant que le verdict de culpabilité était déraisonnable et que le procès était inéquitable, notamment en raison de l'omission par le ministère public de recourir à l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, lors du témoignage du témoin Vallières, et en raison d'une évaluation perfectible de la preuve circonstancielle.

[3] Essentiellement pour les motifs du juge Schragger, une majorité de juges de notre Cour ne sont pas convaincus que l'omission du ministère public de recourir à l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* a rendu le procès inéquitable, et, comme le juge Schragger, sont d'avis que le verdict n'est pas déraisonnable.

[4] Pour sa part, le juge Kasirer, essentiellement pour les motifs de la majorité de la Cour d'appel, aurait rejeté le pourvoi.

[5] Pour ces motifs, l'appel est accueilli et le verdict de culpabilité est rétabli.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Longueuil.*

*Procureurs de l'intimé : Tardif et associés, Sherbrooke.*

**Rafi Mohammad Gul** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent***INDEXED AS: R. v. GUL****2021 SCC 14**

File No.: 39414.

2021: April 19.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Brown, Rowe and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Appeals — Application of curative proviso — Accused convicted of sexual assault and breaking and entering with intent to commit indictable offence — Court of Appeal holding that trial judge erred in characterizing prior event as similar fact evidence — Majority of Court of Appeal applying curative proviso — Convictions upheld — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

**Cases Cited**

By Rowe J. (dissenting)

*R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.**Statutes and Regulations Cited***Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Savard C.J. and Schragger and Ruel J.J.A.), 2020 QCCA 1557, 405 C.C.C. (3d) 143, 460 D.L.R. (4th) 195, [2020] AZ-51724181, [2020] Q.J. No. 11528 (QL), 2020 CarswellQue 12281 (WL Can.), affirming the convictions of the accused for sexual assault and breaking and entering with intent to commit an indictable offence entered by Bélisle J.C.Q., 2018 QCCQ 7257, [2018] AZ-51535284, [2018] J.Q. n° 9504 (QL), 2018 CarswellQue 9145 (WL Can.). Appeal dismissed, Brown and Rowe JJ. dissenting.

**Rafi Mohammad Gul** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. GUL****2021 CSC 14**

N° du greffe : 39414.

2021 : 19 avril.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Brown, Rowe et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Appels — Application de la disposition réparatrice — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et d'introduction par effraction avec intention de commettre un acte criminel — Conclusion de la Cour d'appel portant que le juge du procès a commis une erreur en qualifiant un événement antérieur de preuve de faits similaires — Application par les juges majoritaires de la Cour d'appel de la disposition réparatrice — Déclarations de culpabilité confirmées — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

**Jurisprudence**

Citée par le juge Rowe (dissident)

*R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.**Lois et règlements cités***Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (la juge en chef Savard et les juges Schragger et Ruel), 2020 QCCA 1557, 405 C.C.C. (3d) 143, 460 D.L.R. (4th) 195, [2020] AZ-51724181, [2020] Q.J. No. 11528 (QL), 2020 CarswellQue 12281 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité pour agression sexuelle et pour introduction par effraction avec l'intention de commettre un acte criminel inscrites par le juge Bélisle, 2018 QCCQ 7257, [2018] AZ-51535284, [2018] J.Q. n° 9504 (QL), 2018 CarswellQue 9145 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Brown et Rowe sont dissidents.

*Jordan Trevick and Clara Daviault*, for the appellant.

*Frédérique Le Colletter*, for the respondent.

English version of the judgment of Wagner C.J. and Moldaver and Kasirer J.J. delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The appellant appeals as of right from a decision in which a majority of the Quebec Court of Appeal upheld a verdict of guilty entered by the trial judge.

[2] A majority of judges of this Court would, for the reasons of Savard C.J.Q. and Schragger J.A., and in particular for the reasons set out at para. 44 of the Court of Appeal’s decision, dismiss the appeal.

English version of the reasons of Brown and Rowe J.J. delivered orally by

[3] ROWE J. (dissenting) — The Crown acknowledges, and we agree with the Quebec Court of Appeal, that the trial judge erred in characterizing a prior event as [TRANSLATION] “probative evidence of past misconduct” (2018 QCCQ 7257, at para. 21 (CanLII)). However, unlike our colleagues, we are of the view that the curative proviso set out in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, cannot apply. At para. 21 of his reasons, the trial judge explained that the evidence in question was probative to [TRANSLATION] “demonstrate similarity of conduct, determine the credibility of the accused, establish the identity of the offender and enhance the credibility of the complainant, because her version is contradicted by that of the accused”. In our view, because the assessment of the credibility of the accused and of the complainant was central to the case, this is not a situation in which the Crown’s evidence was overwhelming and conviction was inevitable. As this Court held in *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, at para. 82, whether the evidence against an accused is overwhelming is a higher standard than the requirement that the Crown prove its case beyond a reasonable doubt.

*Jordan Trevick et Clara Daviault*, pour l’appelant.

*Frédérique Le Colletter*, pour l’intimée.

Le jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver et Kasirer a été rendu oralement par

[1] LE JUGE EN CHEF — L’appelant se pourvoit de plein droit contre un arrêt majoritaire de la Cour d’appel du Québec, qui a confirmé le verdict de culpabilité prononcé par le juge de première instance.

[2] Une majorité de juges de notre Cour, pour les motifs de la juge en chef Savard et du juge Schragger, et en particulier pour les motifs mentionnés au para. 44 de l’arrêt de la Cour d’appel, sont d’avis de rejeter le pourvoi.

Les motifs des juges Brown et Rowe ont été rendus oralement par

[3] LE JUGE ROWE (dissident) — Le ministère public reconnaît, et nous convenons avec la Cour d’appel du Québec, que le juge de première instance a commis une erreur en qualifiant un événement antérieur de « preuve probante d’inconduite antérieure indigne » (2018 QCCQ 7257, par. 21 (CanLII)). Cependant, contrairement à nos collègues, nous sommes d’avis que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, ne peut s’appliquer. Au par. 21 de son jugement, le juge de première instance a expliqué que cette preuve était probante afin de « démontrer la similitude du comportement, déterminer la crédibilité de l’accusé, établir l’identité de l’auteur de l’infraction et rehausser la crédibilité de la plaignante, car sa version est contredite par celle de l’accusé ». À notre avis, puisque l’évaluation de la crédibilité de l’accusé et de la plaignante était au cœur du dossier, il ne s’agit pas d’un cas où la preuve du ministère public est accablante et où une déclaration de culpabilité est inévitable. Comme notre Cour l’a reconnu dans l’arrêt *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, au par. 82, déterminer si la preuve contre un accusé est accablante est une norme plus élevée que celle voulant que le ministère public prouve ses allégations hors de tout doute raisonnable.

[4] For these reasons, we would therefore have allowed the appeal and ordered a new trial on the same charges.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Jordan Trevick, Montréal; Yves Ménard Avocats inc., Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Longueuil.*

[4] Pour ces motifs, nous aurions donc accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès pour les mêmes accusations.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Jordan Trevick, Montréal; Yves Ménard Avocats inc., Montréal.*

*Procureur de l'intimée : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Longueuil.*

**Erik Oswaldo Ramos** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. RAMOS**

**2021 SCC 15**

File No.: 39466.

2021: April 21.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Brown and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Evidence — Assessment — Credibility — Sufficiency of reasons — Accused convicted at trial of sexual assault and sexual interference — Accused appealing convictions on basis that trial judge failed to give adequate reasons with respect to assessment of credibility of witnesses — Majority of Court of Appeal holding that trial judge’s reasons were sufficiently articulate in explaining how credibility issues were resolved, that trial judge applied proper framework to assess credibility, and that trial judge did not misapprehend evidence — Convictions upheld.*

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Steel, Burnett and Mainella JJ.A.), 2020 MBCA 111, 457 D.L.R. (4th) 372, [2020] M.J. No. 266 (QL), 2020 CarswellMan 448 (WL Can.), affirming the convictions for sexual assault and sexual interference entered by Toews J., 2018 MBQB 89. Appeal dismissed.

*Evan Roitenberg and Laura Robinson*, for the appellant.

*Jonathan Avey and Craig Savage*, for the respondent.

**Erik Oswaldo Ramos** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. RAMOS**

**2021 CSC 15**

N° du greffe : 39466.

2021 : 21 avril.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Brown et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU MANITOBA

*Droit criminel — Preuve — Appréciation — Crédibilité — Caractère suffisant des motifs — Accusé déclaré coupable au procès d’agression sexuelle et de contacts sexuels — Appel formé par l’accusé contre les déclarations de culpabilité parce que le juge du procès n’aurait pas exposé des motifs suffisants relativement à l’appréciation de la crédibilité des témoins — Conclusion majoritaire de la Cour d’appel portant que les motifs du juge du procès expliquaient de manière suffisamment explicite comment les questions de crédibilité avaient été tranchées, que le juge avait appliqué le bon cadre afin d’apprécier la crédibilité et qu’il n’avait pas interprété erronément la preuve — Déclarations de culpabilité confirmées.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Manitoba (les juges Steel, Burnett et Mainella), 2020 MBCA 111, 457 D.L.R. (4th) 372, [2020] M.J. No. 266 (QL), 2020 CarswellMan 448 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité pour agression sexuelle et contacts sexuels inscrites par le juge Toews, 2018 MBQB 89. Pourvoi rejeté.

*Evan Roitenberg et Laura Robinson*, pour l’appelant.

*Jonathan Avey et Craig Savage*, pour l’intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu  
oralement par

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view, for the reasons of Justice Mainella of the Court of Appeal of Manitoba, to dismiss the appeal.

[1] LE JUGE EN CHEF — Nous sommes unanimement d’avis, pour les motifs exposés par le juge Mainella de la Cour d’appel du Manitoba, de rejeter le pourvoi.

*Judgment accordingly.*

*Jugement en conséquence.*

*Solicitors for the appellant: Gindin Wolson  
Simmonds Roitenberg, Winnipeg.*

*Procureurs de l’appelant : Gindin Wolson  
Simmonds Roitenberg, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: Manitoba Justice,  
Winnipeg.*

*Procureur de l’intimée : Justice Manitoba,  
Winnipeg.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Mark Anthony Smith** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. SMITH**

**2021 SCC 16**

File No.: 39401.

2021: April 22.

Present: Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Appeals — Misapprehension of evidence — Miscarriage of justice — Accused convicted of sexual assault — Majority of Court of Appeal ordering new trial on basis that trial judge committed errors in essential part of reasoning process and that her failure to recognize and specifically address certain inconsistencies constituted misapprehension of evidence — Dissenting judge concluding that trial judge did not misapprehend evidence and that conviction should be upheld — Conviction restored.*

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Saunders and Dickson JJ.A.), 2020 BCCA 271, 393 C.C.C. (3d) 581, 456 D.L.R. (4th) 553, [2020] B.C.J. No. 1582 (QL), 2020 CarswellBC 2493 (WL Can.), affirming the conviction for sexual assault entered by Gropper J., 2018 BCSC 1376, [2018] B.C.J. No. 7269 (QL), 2018 CarswellBC 4138 (WL Can.). Appeal allowed.

*Mila Shah* and *John R. W. Caldwell*, for the appellant.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Mark Anthony Smith** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. c. SMITH**

**2021 CSC 16**

N° du greffe : 39401.

2021 : 22 avril.

Présents : Les juges Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe et Kasirer.

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

*Droit criminel — Appels — Interprétation erronée de la preuve — Erreur judiciaire — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Arrêt majoritaire de la Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès parce que la juge de première instance a commis des erreurs dans une partie essentielle de son raisonnement et parce que l'omission de cette dernière de relever certaines incohérences et d'en traiter expressément a constitué une interprétation erronée de la preuve — Motifs de la juge dissidente concluant que la juge du procès n'a pas interprété erronément la preuve et que la déclaration de culpabilité devrait être maintenue — Déclaration de culpabilité rétablie.*

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Saunders et Dickson), 2020 BCCA 271, 393 C.C.C. (3d) 581, 456 D.L.R. (4th) 553, [2020] B.C.J. No. 1582 (QL), 2020 CarswellBC 2493 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée par la juge Gropper, 2018 BCSC 1376, [2018] B.C.J. No. 7269 (QL), 2018 CarswellBC 4138 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Mila Shah* et *John R. W. Caldwell*, pour l'appelante.



*Eric Purtzki and Garth Barriere*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] BROWN J. — We would allow the appeal, set aside the order for a new trial and restore the respondent’s conviction for sexual assault, substantially for the reasons of Dickson J.A. In particular, we agree with Dickson J.A. that the trial judge’s failure to deal properly with the prior inconsistent statements does not mean that she failed to consider or give effect to them (*R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 665). Further, and even if the trial judge did not consider the statements in assessing the complainant’s credibility and reliability, that error did not cause a miscarriage of justice.

[2] Determining whether a misapprehension of evidence has caused a miscarriage of justice requires that the appellate court assess the nature and extent of the error and its significance to the verdict (*R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at p. 221). It is a stringent standard, met only where the misapprehension could have affected the outcome (*R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732, at para. 7). While testimonial inconsistencies may be relevant when assessing a witness’s credibility and reliability, only some are of such significance that failing to consider them will meet this standard.

[3] In this case, we agree with Dickson J.A. that the inconsistencies — assuming they *are* inconsistencies — between the complainant’s statements to her friend shortly after the assault and her trial testimony are not significant. While it may have been preferable for the trial judge to address them, her failure to do so does not cast doubt on her assessment of the complainant’s credibility and reliability or the safety

*Eric Purtzki et Garth Barriere*, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE BROWN — Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’ordonnance intimant la tenue d’un nouveau procès et de rétablir la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l’intimé, essentiellement pour les motifs exposés par la juge d’appel Dickson. En particulier, nous convenons avec cette dernière que l’omission de la juge du procès de traiter adéquatement les déclarations antérieures incompatibles ne signifie pas qu’elle ne les a pas considérées ou ne leur a pas donné effet (*R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, p. 665). De plus, et ce, même si la juge du procès n’a pas considéré ces déclarations lorsqu’elle a apprécié la crédibilité et la fiabilité de la plaignante, cette erreur n’a pas entraîné d’erreur judiciaire.

[2] Afin de déterminer si une interprétation erronée de la preuve a entraîné une erreur judiciaire, le tribunal d’appel doit apprécier la nature et l’étendue de l’erreur, ainsi que son importance pour le verdict (*R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), p. 221). Il s’agit d’une norme stricte, à laquelle il est satisfait uniquement dans les cas où l’interprétation erronée a pu influencer sur l’issue de l’affaire (*R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732, par. 7). Bien qu’il puisse arriver que des incohérences dans un témoignage soient pertinentes dans l’appréciation de la crédibilité et la fiabilité d’un témoin, seulement certaines incohérences présentent une importance telle que l’omission de les considérer satisfera à cette norme.

[3] En l’espèce, nous convenons avec la juge Dickson que les incohérences — en supposant que ce *sont* des incohérences — entre les déclarations qu’a faites la plaignante à son amie peu de temps après l’agression et le témoignage qu’elle a donné au procès ne sont pas importantes. Bien qu’il ait été préférable que la juge du procès en traite, l’omission de le faire ne jette pas de doute sur son appréciation

of the conviction. Consequently, the threshold for a miscarriage of justice has not been met.

*Judgment accordingly.*

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

*Solicitors for the respondent: Melville Law Chambers, Vancouver.*

de la crédibilité et de la fiabilité de la plaignante ou sur le caractère sûr de la déclaration de culpabilité. Par conséquent, le seuil requis pour établir une erreur judiciaire n'est pas franchi.

*Jugement en conséquence.*

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

*Procureurs de l'intimé : Melville Law Chambers, Vancouver.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Richard Lee Desautel** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Quebec,  
Attorney General of New Brunswick,  
Attorney General of Saskatchewan,  
Attorney General of Alberta,  
Attorney General of the Yukon Territory,  
Peskotomuhkati Nation,  
Indigenous Bar Association in Canada,  
Whitecap Dakota First Nation,  
Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee),  
Cree Nation Government,  
Okanagan Nation Alliance,  
Mohawk Council of Kahnawà:ke,  
Assembly of First Nations,  
Métis National Council,  
Manitoba Metis Federation Inc.,  
Nuchatlaht First Nation,  
Congress of Aboriginal Peoples,  
Lummi Nation and  
Métis Nation British Columbia** *Intervenors*

**INDEXED AS: R. v. DESAUTEL**

**2021 SCC 17**

File No.: 38734.

2020: October 8; 2021: April 23.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and  
Kasirer JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Aboriginal peoples — Aboriginal rights — Hunting — Citizen and resident of United States charged under provincial wildlife legislation with hunting in British Columbia without licence and while not*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Richard Lee Desautel** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de l'Ontario,  
procureur général du Québec,  
procureur général du Nouveau-Brunswick,  
procureur général de la Saskatchewan,  
procureur général de l'Alberta,  
procureur général du Territoire du Yukon,  
Nation Peskotomuhkati,  
Indigenous Bar Association in Canada,  
Whitecap Dakota First Nation,  
Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee),  
Gouvernement de la nation crie,  
Okanagan Nation Alliance,  
Mohawk Council of Kahnawà:ke,  
Assemblée des Premières Nations,  
Ralliement national des Métis,  
Fédération Métisse du Manitoba,  
Première Nation Nuchatlaht,  
Congrès des peuples autochtones,  
Lummi Nation et  
Métis Nation British Columbia** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. DESAUTEL**

**2021 CSC 17**

N° du greffe : 38734.

2020 : 8 octobre; 2021 : 23 avril.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et  
Kasirer.

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

*Droit constitutionnel — Peuples autochtones — Droits ancestraux — Chasse — Citoyen et résident des États-Unis accusé en application de la loi provinciale sur la faune d'avoir chassé sans permis en Colombie-Britannique alors*

*being resident of province — Charges defended on basis of constitutionally-protected Aboriginal right to hunt in traditional territory of ancestors — Whether Aboriginal people located outside Canada can assert Aboriginal rights under Canadian Constitution — If so, whether provincial wildlife legislation of no force or effect by reason of Aboriginal right — Constitutional Act, 1982, s. 35(1).*

In October 2010, D, a citizen and resident of the United States of America, shot a cow-elk in British Columbia. He was charged with hunting without a licence contrary to s. 11(1) of British Columbia's *Wildlife Act* and hunting big game while not being a resident of the province contrary to s. 47(a) of the *Act*. D defended the charges on the basis that he had an Aboriginal right to hunt protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, as he is a member of the Lakes Tribe of the Colville Confederated Tribes based in the State of Washington, a successor group of the Sinixt people, and he shot the elk within the ancestral territory of the Sinixt in British Columbia.

At trial, it was accepted that the date of first contact between the Sinixt and Europeans was in 1811. At that time, the Sinixt were engaged in hunting, fishing, and gathering in their ancestral territory, which extended into what is now Washington State to the south, and into what is now British Columbia to the north. Until around 1870, the Sinixt continued their activities in the northern portion of their territory, located in Canada. In the course of time, a constellation of factors made the Sinixt people move to the United States. The trial judge did not find that the move was voluntary. Until 1930, members of the Lakes Tribe continued to hunt in British Columbia, despite living in Washington State. After 1930, despite periods in which no hunting took place, the Lakes Tribe continued to have a connection to the land where their ancestors hunted in British Columbia.

The trial judge held that D was a member of the Lakes Tribe, and that the rights of the Sinixt continued with the Lakes Tribe. She applied the test for Aboriginal rights set out in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and held that D was exercising an Aboriginal right to hunt for food, social and ceremonial purposes guaranteed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. D's Aboriginal right remained in existence and was protected by s. 35(1), despite the Lakes Tribe's departure from the Canadian part of their traditional territory and notwithstanding a period of dormancy in the exercise of the right. The trial judge

*qu'il n'est pas résident de la province — Défense contre les accusations fondée sur son droit ancestral, protégé par la Constitution, de chasser sur le territoire traditionnel de ses ancêtres — Un peuple autochtone se trouvant à l'extérieur du Canada peut-il faire valoir des droits ancestraux en vertu de la Constitution canadienne? — Si oui, la loi provinciale sur la faune est-elle inopérante en raison du droit ancestral? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).*

En octobre 2010, D, un citoyen et résident des États-Unis d'Amérique, a abattu un wapiti femelle en Colombie-Britannique. Il a été accusé d'avoir chassé sans permis, en contravention du par. 11(1) de la *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique, et d'avoir chassé le gros gibier sans être résident de la province, en contravention de l'al. 47(a) de cette loi. D s'est défendu en invoquant son droit ancestral de chasser, protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, puisqu'il est membre de la Lakes Tribe des Tribus confédérées de la réserve indienne de Colville, établie dans l'État de Washington, un groupe successeur du peuple Sinixt, et qu'il a abattu le wapiti sur le territoire ancestral des Sinixt en Colombie-Britannique.

Lors du procès, l'année 1811 a été retenue comme date du premier contact entre les Sinixt et les Européens. À cette époque, les Sinixt pratiquaient la chasse, la pêche et la cueillette sur leur territoire ancestral, qui s'étendait au sud dans ce qui est maintenant l'État de Washington, et au nord dans ce qui est maintenant la Colombie-Britannique. Jusqu'aux alentours de 1870, les Sinixt ont poursuivi leurs activités dans la partie nord de leur territoire, située au Canada. Au fil du temps, une myriade de facteurs a incité les Sinixt à se déplacer vers les États-Unis. La juge de première instance n'a pas conclu que leur déplacement était volontaire. Jusqu'en 1930, les membres de la Lakes Tribe ont continué à chasser en Colombie-Britannique, bien qu'ils vivaient dans l'État de Washington. À compter de 1930, malgré les périodes pendant lesquelles il n'y a pas eu de chasse, la Lakes Tribe a continué d'avoir un lien avec le territoire où ses ancêtres chassaient en Colombie-Britannique.

La juge de première instance a conclu que D était membre de la Lakes Tribe et que les droits des Sinixt continuaient à être exercés par la Lakes Tribe. Elle a appliqué le critère applicable aux droits ancestraux énoncé dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et a conclu que D exerçait un droit ancestral de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles garanti par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le droit ancestral de D a continué d'exister et il était protégé par le par. 35(1), malgré le départ de la Lakes Tribe de la partie canadienne de son territoire traditionnel et malgré une période d'inactivité

held that the right was infringed by the *Wildlife Act* and the infringement was not justified. D was acquitted. The Crown's two subsequent appeals were dismissed. It now appeals to the Court, raising, as a constitutional question, whether the relevant provisions of the *Wildlife Act* are of no force or effect with respect to D, by reason of an Aboriginal right within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

*Held* (Moldaver and Côté JJ. dissenting): The appeal should be dismissed and the constitutional question answered in the affirmative.

*Per* Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.: Persons who are not Canadian citizens and who do not reside in Canada can exercise an Aboriginal right that is protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. On a purposive interpretation of s. 35(1), the expression "aboriginal peoples of Canada" means the modern-day successors of Aboriginal societies that occupied Canadian territory at the time of European contact, and this may include Aboriginal groups that are now outside Canada. As D is a member of the Lakes Tribe, which is a modern successor of the Sinixt, and as D's claim satisfies the *Van der Peet* test for an Aboriginal right under s. 35(1), ss. 11(1) and 47(a) of the *Wildlife Act* are of no force or effect with respect to him.

In order to assert rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, an Aboriginal group must be part of the "aboriginal peoples of Canada". This is a threshold question, in the sense that if a group is not an Aboriginal people of Canada, there is no need to proceed to the test for Aboriginal rights set out in *Van der Peet*. Section 35(1) must be interpreted in a purposive way. A review of the jurisprudence shows that s. 35(1) serves to recognize the prior occupation of Canada by Aboriginal societies and to reconcile their contemporary existence with Crown sovereignty. These purposes are expressed in the doctrinal structure of Aboriginal law, which gives effect to rights and relationships that arise from the prior occupation of Canada by Aboriginal societies. Because the doctrine of Aboriginal rights arises from the simple fact of prior occupation, the Aboriginal peoples of Canada under s. 35(1) are the modern successors of those Aboriginal societies that occupied Canadian territory at the time of European contact, even if they are now outside Canada.

dans l'exercice de ce droit. Selon la juge de première instance, la *Wildlife Act* portait atteinte à ce droit, et cette atteinte n'était pas justifiée. D a été acquitté. Les deux appels subséquentement interjetés par la Couronne ont été rejetés. Cette dernière se pourvoit maintenant devant la Cour et soulève la question constitutionnelle de savoir si les dispositions pertinentes de la *Wildlife Act* sont inopérantes à l'égard de D, en raison d'un droit ancestral au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

*Arrêt* (les juges Moldaver et Côté sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté et la question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative.

*Le* juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer : Des personnes qui ne sont pas des citoyens canadiens et qui ne résident pas au Canada peuvent exercer un droit ancestral protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon une interprétation téléologique du par. 35(1), l'expression « peuples autochtones du Canada » s'entend des successeurs contemporains des sociétés autochtones qui occupaient le territoire canadien à l'époque du contact avec les Européens, et il peut s'agir de groupes autochtones qui se trouvent aujourd'hui à l'extérieur du Canada. Puisque D est membre de la Lakes Tribe, qui est un successeur contemporain des Sinixt, et que la revendication de D satisfait au critère de *Van der Peet* concernant l'existence d'un droit ancestral en vertu du par. 35(1), le par. 11(1) et l'al. 47(a) de la *Wildlife Act* sont inopérants à son égard.

Afin de faire valoir des droits protégés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un groupe autochtone doit faire partie des « peuples autochtones du Canada ». Il s'agit d'une question préliminaire, en ce sens que si un groupe n'est pas un peuple autochtone du Canada, il n'est pas nécessaire de passer au critère applicable aux droits ancestraux établi dans l'arrêt *Van der Peet*. Le par. 35(1) doit être interprété de manière téléologique. Un examen de la jurisprudence démontre que le par. 35(1) sert à reconnaître l'occupation antérieure du Canada par les sociétés autochtones, ainsi qu'à concilier leur existence contemporaine avec la souveraineté de la Couronne. Ces objectifs sont exprimés dans la structure théorique du droit des Autochtones, qui donne effet aux droits et aux relations qui découlent de l'occupation antérieure du Canada par les sociétés autochtones. Puisque la doctrine des droits ancestraux découle du simple fait de l'occupation antérieure, les peuples autochtones du Canada au sens du par. 35(1) sont les successeurs contemporains des sociétés autochtones qui ont occupé le territoire canadien au moment du contact avec les Européens, même s'ils se trouvent aujourd'hui à l'extérieur du Canada.

An interpretation of the expression “aboriginal peoples of Canada” in s. 35(1) that includes Aboriginal peoples who were here when the Europeans arrived and later moved or were forced to move elsewhere, or on whom international boundaries were imposed, reflects the purpose of reconciliation. By contrast, an interpretation that excludes Aboriginal peoples who were forced to move out of Canada would risk perpetuating the historical injustice suffered by Aboriginal peoples at the hands of Europeans. As well, it bears emphasis that s. 35(1) did not create Aboriginal rights. The practices, customs and traditions that underlie these rights existed before 1982. An interpretation of s. 35(1) that limits its scope to those Aboriginal peoples who were located in Canada in 1982 would fail to give effect to this point by treating s. 35(1) as the source of Aboriginal rights.

If the threshold question is met, the analysis then proceeds under *Van der Peet*. The *Van der Peet* test is the same for groups outside Canada as for groups within Canada. That Aboriginal rights must be grounded in the existence of a historic and present-day community, and that modern-day claimants must establish a connection with the pre-sovereignty group upon whose practices they rely, is so for Aboriginal groups inside or outside Canada. There is no additional requirement, for groups outside Canada, of recognition by a related Aboriginal collective residing in Canada. This requirement would place a higher burden on Aboriginal communities who seek to claim rights if the group moved, was forced to move, or was divided by the creation of an international border. It would risk defining Aboriginal rights in a manner that excludes some of those the provision was intended to protect. Moreover, it would raise myriad practical difficulties, such as which group within Canada has a say in the recognition of a claimant located outside Canada, where there are competing groups, which body can represent a collective residing in Canada, and what happens if there is no related modern collective residing in Canada.

Under the *Van der Peet* analysis, courts must characterize the right claimed in light of the pleadings and evidence; determine whether the claimant has proven that

Une interprétation de l’expression « peuples autochtones du Canada » au par. 35(1) qui englobe les peuples autochtones qui étaient ici à l’arrivée des Européens et qui se sont déplacés ou qui ont été forcés de se déplacer ailleurs, ou à qui des frontières internationales ont été imposées, reflète l’objectif de réconciliation. En revanche, une interprétation qui exclut les peuples autochtones qui ont été contraints de quitter le Canada risquerait de perpétuer l’injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des Européens. Il convient aussi de souligner que le par. 35(1) n’a pas créé les droits ancestraux. Les pratiques, coutumes et traditions qui sous-tendent ces droits existaient avant 1982. Une interprétation du par. 35(1) qui limiterait sa portée aux peuples autochtones qui se trouvaient au Canada en 1982 ne rendrait pas compte de ce fait, en considérant le par. 35(1) comme la source des droits ancestraux.

Si la question préliminaire reçoit une réponse affirmative, on procède alors à l’analyse établie dans l’arrêt *Van der Peet*. Cette analyse est la même, que le groupe concerné se trouve au Canada ou à l’extérieur du Canada. Le fait que les droits ancestraux doivent être fondés sur l’existence d’une communauté historique toujours vivante, et que les revendicateurs actuels doivent démontrer l’existence d’un lien avec le groupe antérieur à l’affirmation de la souveraineté dont ils invoquent les pratiques vaut tant pour les groupes se trouvant à l’intérieur du Canada que pour les groupes autochtones se trouvant à l’extérieur du Canada. Il n’y a aucune exigence supplémentaire, pour les groupes se trouvant à l’extérieur du Canada, de reconnaissance par une communauté autochtone apparentée résidant au Canada. Cette exigence imposerait un fardeau plus lourd aux communautés autochtones qui cherchent à revendiquer des droits si le groupe s’est déplacé, a été forcé de déménager ou a été divisé à cause de la création d’une frontière internationale. Cela risquerait de définir les droits ancestraux d’une manière qui exclut certains des droits que cette disposition vise à protéger. De plus, cette exigence occasionnerait une multitude de difficultés pratiques, telles que la question de savoir quel groupe au Canada a son mot à dire dans la reconnaissance d’un demandeur se trouvant à l’extérieur du Canada lorsqu’il existe des groupes concurrents, quel organisme peut représenter une communauté résidant au Canada, et quelles sont les conséquences de l’absence d’une communauté contemporaine apparentée résidant au Canada.

Selon la démarche de l’arrêt *Van der Peet*, les tribunaux doivent déterminer, à partir des actes de procédure et de la preuve, la nature exacte du droit ancestral revendiqué,

a relevant pre-contact practice, tradition or custom existed and was integral to the distinctive culture of the pre-contact society; and determine whether the claimed modern right is demonstrably connected to, and reasonably regarded as a continuation of, the pre-contact practice. Continuity plays a role both at the second and the third stages of the *Van der Peet* analysis. At the second stage, showing that a practice is integral to the claimant's culture today, and that it has continuity with pre-contact times, can count as proof that the practice was integral to the claimant's culture pre-contact. At the third stage, the question is whether the modern practice which is claimed to be an exercise of an Aboriginal right is connected to, and reasonably seen as a continuation of, the pre-contact practice. Continuity with the pre-contact practice is required in order for the claimed activity to fall within the scope of the right. However, an unbroken chain of continuity is not required; it is not unusual for the exercise of a right to lapse for a period of time. The assessment of continuity, both at the second and third stages, is a highly fact-specific exercise. The weighing of evidence in Aboriginal claims is generally the domain of the trial judge, who is best situated to assess the evidence, and is consequently accorded significant latitude in this regard.

In the present case, the threshold question is met. The trial judge found as a fact that the Sinixt occupied territory in what is now British Columbia at the time of European contact, and that the Lakes Tribe are a modern successor of the Sinixt. The migration of the Lakes Tribe from British Columbia to a different part of their traditional territory in Washington State did not cause the group to lose its identity or its status as a successor to the Sinixt. Accordingly, the Lakes Tribe is an Aboriginal people of Canada. Then, with respect to the *Van der Peet* test, the trial judge found, based on the evidence, that hunting for food, social and ceremonial purposes within the traditional territory of the Sinixt in British Columbia at the time of contact was integral to the distinctive culture of the Sinixt. The trial judge also found that the modern-day practice of hunting in this territory, as D did, is a continuation of this pre-contact practice. Setting aside the periods in which no hunting took place, there was no significant dissimilarity between

déterminer si le demandeur a établi l'existence de la pratique, tradition ou coutume précontact en question et le fait que cette pratique, tradition ou coutume faisait partie intégrante de la culture distinctive de la société avant son contact avec les Européens, et déterminer si le droit contemporain revendiqué est manifestement lié à la pratique précontact et raisonnablement considéré comme le prolongement de cette pratique. La continuité est pertinente tant à la deuxième qu'à la troisième étape de l'analyse retenue dans l'arrêt *Van der Peet*. À la deuxième étape, le fait de démontrer qu'une pratique fait partie intégrante de la culture actuelle du demandeur, et qu'elle s'inscrit dans la continuité de la culture antérieure au contact, peut être considéré comme une preuve que cette pratique faisait partie intégrante de la culture du demandeur avant le contact. À la troisième étape, il s'agit de déterminer si la pratique contemporaine dont on soutient qu'elle constitue l'exercice d'un droit ancestral est liée à une pratique antérieure au contact et peut raisonnablement être considérée comme s'inscrivant dans la continuité de celle-ci. La continuité avec la pratique antérieure au contact est nécessaire pour permettre à l'activité alléguée d'entrer dans le champ d'application du droit. Toutefois, le concept de continuité n'exige pas la preuve d'une continuité parfaite; il n'est pas exceptionnel qu'un droit cesse d'être exercé pendant un certain temps. L'examen de la continuité, tant à la deuxième qu'à la troisième étape, est un exercice hautement factuel. L'appréciation de la preuve présentée à l'appui de revendications autochtones relève généralement du juge de première instance, qui est le mieux placé pour apprécier la preuve et qui possède donc une grande latitude à cet égard.

En l'espèce, la question préliminaire reçoit une réponse affirmative. Le juge de première instance a conclu que les Sinixt avaient occupé un territoire dans ce qui est aujourd'hui la Colombie-Britannique au moment du contact avec les Européens, et que la Lakes Tribe est un successeur contemporain des Sinixt. La migration de la Lakes Tribe de la Colombie-Britannique vers une autre partie de son territoire traditionnel dans l'État de Washington n'a pas fait perdre au groupe son identité ou son statut de successeur des Sinixt. En conséquence, la Lakes Tribe est un peuple autochtone du Canada. En ce qui a trait au critère de *Van der Peet*, le juge de première instance a ensuite conclu, sur la base des éléments de preuve, que la chasse à des fins alimentaires, sociales et rituelles sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique au moment du contact faisait partie intégrante de la culture distinctive des Sinixt. Le juge de première instance a également conclu que la pratique contemporaine de la

the pre-contact practice and the modern one. As a result, D was exercising an Aboriginal right protected by s. 35(1).

*Per Côté J. (dissenting):* The appeal should be allowed and the constitutional question answered in the negative. The constitutional protection of Aboriginal rights contained in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, does not extend to an Aboriginal group located outside of Canada. And even if it did, D cannot establish that he was exercising an Aboriginal right to hunt in the Sinixt traditional territory in British Columbia, as the modern group's claim lacks continuity with the pre-contact group's practices. Accordingly, D's claim must fail and he should not be exempt from the *Wildlife Act* provisions under which he was charged. A verdict of guilty should be entered on both counts of hunting without a licence and hunting big game while not being a resident, and the matter should be remitted to the trial court for sentencing.

To be entitled to the protection of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, the modern-day successors of Aboriginal societies that occupied Canadian territory at the time of European contact cannot be located anywhere other than Canada. The majority's conclusion that the constitutional protection of Aboriginal rights in s. 35(1) extends to an Aboriginal group located outside of Canada is contrary to a purposive analysis of s. 35(1), having regard to its relevant linguistic, philosophic, and historical contexts. The framers' intent was to protect the rights of Aboriginal groups that are members of, and participants in, Canadian society.

First, a textual analysis of s. 35(1) reveals the significance of the drafters' choice to include the phrase "of Canada" rather than leaving the term "aboriginal peoples" without any qualifier. On the basis of the presumption against tautology, the words "of Canada" cannot be superfluous. In addition, similar limiting language is used repeatedly in the *Constitution Act, 1982*, as a geographical qualifier. Interpreting "aboriginal peoples of Canada" in a more expansive fashion would be incongruent with the presumption of consistent expression and contrary to the intention of the drafters. Second, the philosophic

chasse sur ce territoire, telle que l'a exercée D, s'inscrit dans la continuité de la pratique précontact. Mises à part les périodes pendant lesquelles il n'y a pas eu de chasse, il n'y a pas de grande différence entre la pratique précontact et la pratique contemporaine. Par conséquent, D exerçait un droit ancestral protégé par le par. 35(1).

*La juge Côté (dissidente) :* Il y a lieu d'accueillir le pourvoi et de répondre par la négative à la question constitutionnelle. La protection constitutionnelle des droits ancestraux prévue au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'étend pas à un groupe autochtone habitant à l'extérieur du Canada. Et même si c'était le cas, D ne peut démontrer qu'il exerçait un droit ancestral de chasse sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique, étant donné l'absence de continuité entre le droit revendiqué par le groupe contemporain et les pratiques du groupe qui existait avant le contact avec les Européens. Par conséquent, la revendication de D doit être rejetée et il ne devrait pas être soustrait à l'application des dispositions de la *Wildlife Act* en vertu desquelles il a été accusé. Il y a lieu d'inscrire un verdict de culpabilité pour les deux chefs d'accusation de chasse sans permis et de chasse du gros gibier alors que D n'était pas résident, et de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour qu'il détermine la peine.

Pour avoir droit à la protection du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les successeurs contemporains des sociétés autochtones qui occupaient le territoire canadien à l'époque du contact avec les Européens ne peuvent habiter nulle part ailleurs qu'au Canada. La conclusion des juges majoritaires portant que la protection constitutionnelle des droits ancestraux prévue au par. 35(1) s'étend à un groupe autochtone habitant à l'extérieur du Canada va à l'encontre d'une analyse téléologique du par. 35(1), eu égard aux contextes linguistique, philosophique et historique propres à cette disposition. L'intention des rédacteurs était de protéger les droits des groupes autochtones qui sont membres de la société canadienne et qui y participent.

Premièrement, une analyse textuelle du par. 35(1) révèle l'importance du choix qu'ont fait les rédacteurs d'inclure les mots « du Canada », plutôt que de ne pas qualifier l'expression « peuples autochtones ». Compte tenu de la présomption d'absence de tautologie, les mots « du Canada » ne peuvent être superflus. De plus, un libellé restrictif semblable, qui comporte une délimitation géographique, se trouve dans plusieurs dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Interpréter l'expression « peuples autochtones du Canada » de manière plus large serait en contradiction avec la présomption d'uniformité



context helps explain why residence or citizenship is not referenced in s. 35(1), but is assumed. By framing s. 35(1) as a provision granting special constitutional protection to one part of Canadian society, the Court has consistently understood it to import a residency or citizenship requirement. Section 35(1)'s purpose should be understood in relation to the interests it was meant to protect, that is, Aboriginal peoples as full participants with non-Aboriginal peoples in a shared Canadian sovereignty. The protections, therefore, do not and cannot apply to Aboriginal groups in other countries; it cannot be said that they fully participate with other Canadians in their collective governance, nor do they contribute to Canada's national diversity. Third, the historical record does not show that expanding the protections of s. 35(1) to non-Canadian Aboriginal groups was ever considered. The limited historical sources that provide guidance as to the meaning of the expression "aboriginal peoples of Canada" show an intention to limit the constitutional protection of Aboriginal rights to only those groups located within Canada.

The conclusion that the enactment of s. 35(1) did not constitutionalize Aboriginal rights held by collectives located outside of Canada is further bolstered by the deleterious consequences that would arise from the opposite conclusion. First, s. 35.1 of the *Constitution Act, 1982*, uses the phrase "aboriginal peoples of Canada" in setting out an obligation to invite representatives of these groups to constitutional conferences. It would be contrary to the organizing constitutional principle of democracy and inconsistent with the purpose of patriation to allow Aboriginal groups located outside of Canada to participate in Canadian democracy as required by s. 35.1. Second, a multitude of challenges would arise with respect to the Crown's duty to consult. The numbers of groups to consult and, where appropriate, accommodate, would dramatically increase, and it can be anticipated that in some cases accommodating the interests of s. 35(1) rights holders outside of Canada would run counter to accommodating the interests of s. 35(1) rights holders within Canada. Third, finding that Aboriginal groups outside of Canada are "aboriginal peoples of Canada" raises the possibility that these groups may, in principle, hold constitutionally protected Aboriginal title to Canadian lands. It would be a remarkable proposition that a foreign group could hold constitutionally protected title to Canadian territory. The

d'expression et irait à l'encontre de l'intention des rédacteurs. Deuxièmement, le contexte philosophique aide à expliquer pourquoi les notions de résidence et de citoyenneté ne sont pas mentionnées au par. 35(1), mais plutôt tenues pour acquises. En considérant que le par. 35(1) accorde une protection constitutionnelle spéciale à un segment de la société canadienne, la Cour a toujours interprété cette disposition comme comportant une condition de résidence ou de citoyenneté. L'objectif du par. 35(1) doit être interprété en fonction des intérêts qu'il vise à protéger, soit les peuples autochtones en tant que participants à part entière, avec les non-Autochtones, à une souveraineté canadienne partagée. Ainsi, les protections ne s'appliquent pas et ne peuvent s'appliquer aux groupes autochtones d'autres pays; on ne saurait affirmer que ces groupes participent pleinement avec les autres Canadiens à leur gouvernance collective ni qu'ils contribuent à la diversité nationale du Canada. Troisièmement, les sources historiques ne démontrent pas qu'il ait été question à quelque moment que ce soit d'étendre les protections du par. 35(1) aux groupes autochtones étrangers. Les quelques sources qui donnent des indications sur le sens de l'expression « peuples autochtones du Canada » montrent une intention de limiter la protection constitutionnelle des droits ancestraux aux groupes habitant au Canada.

La conclusion selon laquelle l'édiction du par. 35(1) n'a pas eu pour effet de constitutionnaliser les droits ancestraux des collectivités situées à l'extérieur du Canada est également renforcée par les conséquences néfastes qu'entraînerait la conclusion contraire. D'abord, l'art. 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* emploie l'expression « peuples autochtones du Canada » pour énoncer l'obligation d'inviter les représentants de ces peuples à participer aux conférences constitutionnelles. Permettre aux groupes autochtones de l'extérieur du Canada de participer à la démocratie canadienne, comme l'exige l'art. 35.1, serait contraire au principe constitutionnel organisateur de démocratie et incompatible avec l'objectif du rapatriement. Ensuite, cette approche présenterait de nombreuses difficultés concernant l'obligation de consultation qui incombe à la Couronne. Le nombre de groupes à consulter, et à accommoder le cas échéant, augmenterait considérablement, et on peut s'attendre à ce que, dans certains cas, tenir compte des intérêts des titulaires de droits garantis au par. 35(1) hors du Canada aille à l'encontre des intérêts des titulaires de droits garantis au par. 35(1) du Canada. Troisièmement, conclure que les groupes autochtones hors du Canada sont des « peuples autochtones du Canada » signifie que ces groupes pourraient, en principe, détenir un titre ancestral

drafters of s. 35(1) could not have intended these deleterious consequences to arise.

In the present case, the Lakes Tribe is wholly located in the United States. As D is not a member of a collective that is part of the “aboriginal peoples of Canada”, he cannot exercise a constitutionally-protected Aboriginal right to hunt in British Columbia. And even if there were agreement with the majority’s conclusion that the phrase “aboriginal peoples of Canada” includes groups located outside of Canada, there is disagreement with its application of the *Van der Peet* test to D’s claim. This test protects only those present-day practices that have a reasonable degree of continuity with practices that existed prior to contact. While the test does not require an unbroken chain of continuity, and while continuity must be interpreted flexibly, such flexibility has its limits. While temporal gaps do not necessarily preclude the establishment of an Aboriginal right, failing to tender sufficient evidence that, at least, a connection to the historical practice was maintained during such gaps may be fatal. There is no direct evidence that the Lakes Tribe engaged in anything that could be considered a modern-day practice of hunting in British Columbia after 1930. There was no basis upon which the trial judge could have drawn an inference of continuity; and given the Lakes Tribe’s lengthy and unaccounted-for absence from British Columbia between 1930 and 2010, continuity is not made out. As there was nothing in existence in 1982 to which s. 35(1) protection could attach, D’s claim must fail.

*Per* Moldaver J. (dissenting): Even assuming that the majority is correct in holding that, as a member of an Aboriginal collective located outside Canada, D is entitled to claim the constitutional protection provided by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, there is agreement with Côté J. that in this case, D has not met the onus of establishing the continuity element of his claim, under the test for Aboriginal rights pursuant to *Van der Peet*. The appeal should therefore be allowed on that basis and the remedy set out by Côté J. should be imposed.

protégé par la Constitution sur des terres canadiennes. Il serait étonnant qu’un groupe étranger puisse détenir un titre protégé par la Constitution sur un territoire canadien. Les rédacteurs du par. 35(1) n’auraient pas pu souhaiter pareilles conséquences néfastes.

En l’espèce, la Lakes Tribe se trouve entièrement aux États-Unis. Puisque D n’appartient pas à une collectivité qui fait partie des « peuples autochtones du Canada », il ne peut exercer un droit ancestral — protégé par la Constitution — de chasser en Colombie-Britannique. Et même s’il était souscrit à la conclusion des juges majoritaires selon laquelle l’expression « peuples autochtones du Canada » englobe les groupes habitant à l’extérieur du Canada, il y a désaccord quant à son application du test de l’arrêt *Van der Peet* à la revendication présentée par D. Ce test ne protège que les pratiques contemporaines qui ont un degré raisonnable de continuité avec les pratiques antérieures au contact avec les Européens. Bien que le test n’impose pas une continuité parfaite, et bien que la continuité doive être interprétée avec souplesse, une telle souplesse a ses limites. Bien que des hiatus temporels n’empêchent pas forcément l’établissement d’un droit ancestral, le défaut de présenter suffisamment de preuve pour démontrer, à tout le moins, qu’un lien avec la pratique historique a été maintenu durant ces hiatus temporels peut être fatal. Il n’existe aucune preuve directe que la Lakes Tribe se soit adonnée à quoi que ce soit qui puisse être considéré comme une pratique moderne de la chasse en Colombie-Britannique après 1930. Rien ne permettait à la juge de première instance de tirer une inférence de continuité; et étant donné l’absence prolongée et non justifiée de la Lakes Tribe en Colombie-Britannique entre 1930 et 2010, la continuité n’est pas établie. Comme il n’y avait rien en 1982 qui pouvait recevoir la protection donnée par le par. 35(1), la revendication de D doit être rejetée.

*Le juge* Moldaver (dissent) : Même à supposer que les juges majoritaires aient raison de statuer qu’en tant que membre d’une communauté autochtone se trouvant à l’extérieur du Canada, D peut revendiquer la protection constitutionnelle offerte par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il y a accord avec la juge Côté pour dire qu’en l’espèce, D ne s’est pas acquitté du fardeau d’établir l’élément de continuité de sa revendication, en fonction du critère relatif aux droits ancestraux établi dans l’arrêt *Van der Peet*. Il y a donc lieu d’accueillir le pourvoi pour ce motif et d’imposer la mesure de redressement décrite par la juge Côté.

## Cases Cited

By Rowe J.

**Applied:** *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; **distinguished:** *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; **referred to:** *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Province of Ontario v. Dominion of Canada and Province of Quebec* (1895), 25 S.C.R. 434; *Ontario Mining Co. v. Seybold* (1901), 32 S.C.R. 1; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765; *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4, [2020] 1 S.C.R. 15; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *The Queen v. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1981] 4 C.N.L.R. 86; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566; *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *R. v. Shipman*, 2007 ONCA 338, 85 O.R. (3d) 585; *R. v. Meshake*, 2007 ONCA 337, 85 O.R. (3d) 575; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *Hwiltsum First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 276, 15 B.C.L.R. (6th) 91; *Campbell v. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Native Council of Nova Scotia v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 113, [2008] 3 C.N.L.R. 286; *Mississaugas of Scugog Island First Nation v. National Automobile*,

## Jurisprudence

Citée par le juge Rowe

**Arrêt appliqué :** *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; **arrêts mentionnés :** *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Province of Ontario c. Dominion of Canada and Province of Quebec* (1895), 25 R.C.S. 434; *Ontario Mining Co. c. Seybold* (1901), 32 R.C.S. 1; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765; *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, [2020] 1 R.C.S. 15; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *The Queen c. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1981] 4 C.N.L.R. 86; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *R. c. Shipman*, 2007 ONCA 338, 85 O.R. (3d) 585; *R. c. Meshake*, 2007 ONCA 337, 85 O.R. (3d) 575; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *Hwiltsum First Nation c. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 276, 15 B.C.L.R. (6th) 91; *Campbell c. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Native Council of Nova Scotia c. Canada (Attorney General)*, 2008 CAF 113, [2008] 3 C.N.L.R. 286; *Mississaugas*

*Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 444*, 2007 ONCA 814, 88 O.R. (3d) 583; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, 2017 SCC 58, [2017] 2 S.C.R. 576; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069.

By Côté J. (dissenting)

*Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765; *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715; *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566; *R. v. Stillman*, 2019 SCC 40, [2019] 3 S.C.R. 144; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Campbell v. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151; *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386.

By Moldaver J. (dissenting)

*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 25.  
*Constitution Act, 1867*, s. 91(24).  
*Constitution Act, 1982*, ss. 3, 6, 16, 20, 21, 23, 32, 35, 35.1, 36, 37, 37.1.

*of Scugog Island First Nation c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 444*, 2007 ONCA 814, 88 O.R. (3d) 583; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765; *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144; *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Campbell c. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386.

Citée par le juge Moldaver (dissident)

*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 25.  
*Game Protection Amendment Act, 1896*, S.B.C., c. 22.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24).

*Game Protection Amendment Act, 1896*, S.B.C., c. 22.  
*Natural Resources Transfer Agreement (Alberta)* [Schedule 2 of *Constitution Act, 1930*, R.S.C. 1985, App. II, No. 26], paras. 10 and 12.  
*Natural Resources Transfer Agreement (Manitoba)* [Schedule 1 of *Constitution Act, 1930*, R.S.C. 1985, App. II, No. 26], paras. 11 and 13.  
*Natural Resources Transfer Agreement (Saskatchewan)* [Schedule 3 of *Constitution Act, 1930*, R.S.C. 1985, App. II, No. 26], paras. 10 and 12.  
*Royal Proclamation, 1763* (G.B.), 3 Geo. 3 [reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1].  
*Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, ss. 11(1), 47(a).

### Treaties and Agreements

Carcross/Tagish First Nation Final Agreement (2005), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.  
 Champagne and Aishihik First Nations Final Agreement (1993), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.  
 First Nation of Nacho Nyak Dun Final Agreement (1993), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.  
 Gwich'in Comprehensive Land Claim Agreement (1992), vol. 1, c. 4.  
 Kluane First Nation Final Agreement (2003), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.  
 Kwanlin Dun First Nation Final Agreement (2004), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.  
 Little Salmon/Carmacks First Nation Agreement (1998), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.  
 Sahtu Dene and Metis Comprehensive Land Claim Agreement (1993), vol. 1, c. 4.  
 Selkirk First Nation Final Agreement (1998), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.  
 Ta'an Kwach'an Council Final Agreement (2001), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.  
 Teslin Tlingit Council Final Agreement (2001), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.  
 Tr'ondëk Hwëch'in Final Agreement (1998), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.  
 Vuntut Gwitchin First Nation Final Agreement (1993), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.

### Authors Cited

Borrows, John. "Creating an Indigenous Legal Community" (2005), 50 *McGill L.J.* 153.  
 Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.  
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*,

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 3, 6, 16, 20, 21, 23, 32, 35, 35.1, 36, 37, 37.1.  
*Convention sur le transfert des ressources naturelles (Alberta)* [annexe 2 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n° 26], par. 10 et 12.  
*Convention sur le transfert des ressources naturelles (Manitoba)* [annexe 1 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n° 26], par. 11 et 13.  
*Convention sur le transfert des ressources naturelles (Saskatchewan)* [annexe 3 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n° 26], par. 10 et 12.  
*Proclamation royale (1763)* (G.-B.), 3 Geo. 3 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1].  
*Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, art. 11(1), 47(a).

### Traités et ententes

Entente définitive de la Première Nation de Kluane (2003), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.  
 Entente définitive de la Première Nation de Little Salmon/Carmacks (1998), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.  
 Entente définitive de la Première Nation de Selkirk (1998), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.  
 Entente définitive de la Première nation de Carcross/Tagish (2005), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.  
 Entente définitive de la Première Nation des Gwitchin Vuntut (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.  
 Entente définitive de la Première Nation des Kwanlin Dun (2004), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.  
 Entente définitive de la Première Nation des Nacho Nyak Dun (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.  
 Entente définitive des Premières Nations de Champagne et de Aishihik (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.  
 Entente définitive des Tr'ondëk Hwëch'in (1998), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.  
 Entente définitive du conseil des Ta'an Kwach'an (2001), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.  
 Entente définitive du conseil des Tlingits de Teslin (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.  
 Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sahtu (1993), vol. 1, c. 4.  
 Entente sur la revendication territoriale globale des Gwich'in (1992), vol. 1, c. 4.

### Doctrine et autres documents cités

Borrows, John. « Creating an Indigenous Legal Community » (2005), 50 *R.D. McGill* 153.  
 Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.  
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples*

- vol. 1, *Looking Forward, Looking Back*. Ottawa: The Commission, 1996.
- Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 3, 1st Sess., 32nd Parl., November 12, 1980, p. 84.
- Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 4, 1st Sess., 32nd Parl., November 13, 1980, p. 13.
- Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 12, 1st Sess., 32nd Parl., November 25, 1980, p. 60.
- Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 16, 1st Sess., 32nd Parl., December 1, 1980, p. 13.
- Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 17, 1st Sess., 32nd Parl., December 2, 1980, p. 97.
- Chartrand, Paul L. A. H. “Background”, in Paul L. A. H. Chartrand, ed., *Who are Canada’s Aboriginal Peoples? Recognition, Definition, and Jurisdiction*. Saskatoon: Purich Publishing, 2002, 27.
- Dionne, Paul. “La reconnaissance et la définition contemporaines des droits ancestraux: négociier ou s’adresser au juge?”, dans Ghislain Otis, dir., *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*. Québec: Presses de l’Université Laval, 2005, 71.
- Grammond, Sébastien. *Terms of Coexistence, Indigenous Peoples and Canadian Law*. Translated by Jodi Lazare. Toronto: Carswell, 2013.
- Groves, Robert K. “The Curious Instance of the Irregular Band: A Case Study of Canada’s Missing Recognition Policy” (2007), 70 *Sask. L.R.* 153.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson Reuters, 2007 (updated 2019, release 1).
- McNeil, Kent. “Continuity of Aboriginal Rights”, in Kerry Wilkins, ed., *Advancing Aboriginal Claims: Visions/Strategies/Directions*. Saskatoon: Purich Publishing, 2004, 127.
- Ogden, Richard. “‘Existing’ Aboriginal Rights in Section 35 of the *Constitution Act, 1982*” (2009), 88 *Can. Bar Rev.* 51.
- autochtones*, vol. 1, *Un passé, un avenir*, Ottawa, La Commission, 1996.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 3, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 12 novembre 1980, p. 84.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 4, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 13 novembre 1980, p. 13.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 12, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 25 novembre 1980, p. 60.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 16, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 1<sup>er</sup> décembre 1980, p. 13.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 17, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 2 décembre 1980, p. 97.
- Chartrand, Paul L. A. H. « Background », in Paul L. A. H. Chartrand, ed., *Who are Canada’s Aboriginal Peoples? Recognition, Definition, and Jurisdiction*, Saskatoon, Purich Publishing, 2002, 27.
- Dionne, Paul. « La reconnaissance et la définition contemporaines des droits ancestraux : négociier ou s’adresser au juge? », dans Ghislain Otis, dir., *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Québec, Presses de l’Université Laval, 2002, 71.
- Grammond, Sébastien. *Terms of Coexistence, Indigenous Peoples and Canadian Law*. Translated by Jodi Lazare, Toronto, Carswell, 2013.
- Groves, Robert K. « The Curious Instance of the Irregular Band : A Case Study of Canada’s Missing Recognition Policy » (2007), 70 *Sask. L.R.* 153.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed., Supp., Toronto, Thomson Reuters, 2007 (updated 2019, release 1).
- McNeil, Kent. « Continuity of Aboriginal Rights », in Kerry Wilkins, ed., *Advancing Aboriginal Claims : Visions/Strategies/Directions*, Saskatoon, Purich Publishing, 2004, 127.
- Ogden, Richard. « “Existing” Aboriginal Rights in Section 35 of the *Constitution Act, 1982* » (2009), 88 *R. du B. can.* 51.

Olthuis, Brent. “The Constitution’s Peoples: Approaching Community in the Context of Section 35 of the *Constitution Act, 1982*” (2009), 54 *McGill L.J.* 1.

Otis, Ghislain. “Le titre aborigène: émergence d’une figure nouvelle et durable du foncier autochtone?” (2005), 46 *C. de D.* 795.

Romanow, Roy. “Aboriginal Rights in the Constitutional Process”, in Menno Boldt and J. Anthony Long, eds., in association with Leroy Little Bear, *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*. Toronto: University of Toronto Press, 1985, 73.

Slattery, Brian. “Aboriginal Rights and the Honour of the Crown” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 434.

*Stroud’s Judicial Dictionary of Words and Phrases*, vol. 2, *F-O*, 10th ed. by Daniel Greenberg. London: Thomson Reuters, 2020, “of”.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Walters, Mark D. “The ‘Golden Thread’ of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the *Constitution Act, 1982*” (1999), 44 *McGill L.J.* 711.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Smith, Willcock and Fitch JJ.A.), 2019 BCCA 151, [2020] 2 W.W.R. 191, [2019] 4 C.N.L.R. 217, 24 B.C.L.R. (6th) 48, 433 D.L.R. (4th) 544, [2019] B.C.J. No. 755 (QL), 2019 CarswellBC 1146 (WL Can.), affirming a decision of Sewell J., 2017 BCSC 2389, [2018] 1 C.N.L.R. 135, [2017] B.C.J. No. 2665 (QL), 2017 CarswellBC 3648 (WL Can.), affirming the acquittals entered by Mrozinski Prov. Ct. J., 2017 BCPC 84, [2018] 1 C.N.L.R. 97, [2017] B.C.J. No. 558 (QL), 2017 CarswellBC 769 (WL Can.). Appeal dismissed, Moldaver and Côté JJ. dissenting.

*Glen R. Thompson and Heather Cochran*, for the appellant.

*Mark G. Underhill and Kate R. Phipps*, for the respondent.

*Christopher Rupar*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Manizeh Fancy*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Olthuis, Brent. « The Constitution’s Peoples : Approaching Community in the Context of Section 35 of the *Constitution Act, 1982* » (2009), 54 *R.D. McGill* 1.

Otis, Ghislain. « Le titre aborigène : émergence d’une figure nouvelle et durable du foncier autochtone? » (2005), 46 *C. de D.* 795.

Romanow, Roy. « Aboriginal Rights in the Constitutional Process », in Menno Boldt and J. Anthony Long, eds., in association with Leroy Little Bear, *The Quest for Justice : Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, 73.

Slattery, Brian. « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 434.

*Stroud’s Judicial Dictionary of Words and Phrases*, vol. 2, *F-O*, 10th ed. by Daniel Greenberg, London, Thomson Reuters, 2020, « of ».

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Walters, Mark D. « The “Golden Thread” of Continuity : Aboriginal Customs at Common Law and Under the *Constitution Act, 1982* » (1999), 44 *R.D. McGill* 711.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Smith, Willcock et Fitch), 2019 BCCA 151, [2020] 2 W.W.R. 191, [2019] 4 C.N.L.R. 217, 24 B.C.L.R. (6th) 48, 433 D.L.R. (4th) 544, [2019] B.C.J. No. 755 (QL), 2019 CarswellBC 1146 (WL Can.), qui a confirmé la décision du juge Sewell, 2017 BCSC 2389, [2018] 1 C.N.L.R. 135, [2017] B.C.J. No. 2665 (QL), 2017 CarswellBC 3648 (WL Can.), qui a confirmé les acquittements prononcés par la juge Mrozinski de la Cour provinciale, 2017 BCPC 84, [2018] 1 C.N.L.R. 97, [2017] B.C.J. No. 558 (QL), 2017 CarswellBC 769 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Moldaver et Côté sont dissidents.

*Glen R. Thompson et Heather Cochran*, pour l’appelante.

*Mark G. Underhill et Kate R. Phipps*, pour l’intimé.

*Christopher Rupar*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Manizeh Fancy*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Tania Clercq*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Rachelle Standing*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*Richard James Fyfe*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

*Angela Edgington*, for the intervener Attorney General of Alberta.

Written submissions only by *Elaine Cairns* and *Katie Mercier*, for the intervener the Attorney General of the Yukon Territory.

*Paul Williams*, for the intervener the Peskotomuhkati Nation.

*Bruce McIvor*, for the intervener the Indigenous Bar Association in Canada.

*Maxime Faille*, for the intervener the Whitecap Dakota First Nation.

*Jessica Orkin*, for the interveners the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee) and the Cree Nation Government.

*Rosanne Kyle*, for the intervener the Okanagan Nation Alliance.

*Francis Walsh*, for the intervener the Mohawk Council of Kahnawà:ke.

*Julie McGregor*, for the intervener the Assembly of First Nations.

*Kathy L. Hodgson-Smith*, for the interveners the Métis National Council and the Manitoba Metis Federation Inc.

*Jack Woodward, Q.C.*, for the intervener the Nuchatlaht First Nation.

*Andrew Lokan*, for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples.

*Tania Clercq*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Rachelle Standing*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Richard James Fyfe*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Angela Edgington*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Elaine Cairns* et *Katie Mercier*, pour l'intervenant le procureur général du Territoire du Yukon.

*Paul Williams*, pour l'intervenante la Nation Peskotomuhkati.

*Bruce McIvor*, pour l'intervenante Indigenous Bar Association in Canada.

*Maxime Faille*, pour l'intervenante Whitecap Dakota First Nation.

*Jessica Orkin*, pour les intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et le Gouvernement de la nation crie.

*Rosanne Kyle*, pour l'intervenante Okanagan Nation Alliance.

*Francis Walsh*, pour l'intervenant Mohawk Council of Kahnawà:ke.

*Julie McGregor*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

*Kathy L. Hodgson-Smith*, pour les intervenants le Ralliement national des Métis et la Fédération Métisse du Manitoba.

*Jack Woodward, c.r.*, pour l'intervenante la Première Nation Nuchatlaht.

*Andrew Lokan*, pour l'intervenant le Congrès des peuples autochtones.



*John W. Gailus*, for the intervener the Lummi Nation.

*Thomas Isaac*, for the intervener the Métis Nation British Columbia.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer J.J. was delivered by

[1] ROWE J. — Richard Lee Desautel entered Canada legally from the United States of America. He shot an elk contrary to provincial wildlife rules and advised provincial authorities that he had done so. As he expected, he was charged for this. He defended the charges on the basis that he had an Aboriginal right to hunt the elk, one which is protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Thus, this is a test case, the central issue being whether persons who are not Canadian citizens and who do not reside in Canada can exercise an Aboriginal right that is protected by s. 35(1). For the reasons that follow, I would say yes. On a purposive interpretation of s. 35(1), the scope of “aboriginal peoples of Canada” is clear: it must mean the modern-day successors of Aboriginal societies that occupied Canadian territory at the time of European contact.

[2] Beyond agreeing with Mr. Desautel on this central issue, I will say little more about what that means for the exercise of rights protected under s. 35(1). That follows for two reasons. First, questions of law are better resolved in cases where there is a dispute that requires the answering of those questions. And, second, the defence of a prosecution for a provincial regulatory offence, while it may serve as a test case (as here), is not well-suited to deal with such broader issues. Such issues are better dealt with in an action setting out the right claimed, with a full evidentiary record, and seeking declaratory relief. I will return to such matters toward the end of my reasons.

*John W. Gailus*, pour l’intervenante Lummi Nation.

*Thomas Isaac*, pour l’intervenante Métis Nation British Columbia.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer rendu par

[1] LE JUGE ROWE — Richard Lee Desautel est entré légalement au Canada en provenance des États-Unis d’Amérique. Il a abattu un wapiti en contra-vention des règles provinciales sur la faune, et a informé les autorités provinciales de ce fait. Comme il s’y attendait, il a été inculpé pour cet acte. Il s’est défendu en invoquant son droit ancestral de chasser le wapiti, droit protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il s’agit donc d’une cause type, la question principale étant de savoir si des personnes qui ne sont pas des citoyens canadiens et qui ne résident pas au Canada peuvent exercer un droit ancestral protégé par le par. 35(1). Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que oui. Selon une interprétation téléologique du par. 35(1), la portée de l’expression « peuples autochtones du Canada » est claire : elle doit s’entendre des successeurs contemporains des sociétés autochtones qui occupaient le territoire canadien à l’époque du contact avec les Européens.

[2] En plus d’être d’accord avec M. Desautel sur cette question principale, je ferai peu de commentaires sur ce que cela signifie pour l’exercice des droits protégés par le par. 35(1), et ce, pour deux raisons. Premièrement, il est préférable de résoudre les questions de droit dans les cas où il y a un différend qui exige une réponse à ces questions. Et, deuxièmement, la défense d’une poursuite pour une infraction à la réglementation provinciale, bien qu’elle puisse servir de cause type (comme en l’espèce), se prête mal au traitement des questions plus générales de cette nature. Il vaut mieux traiter ces questions dans le cadre d’une action exposant le droit revendiqué, avec un dossier de preuve étoffé, et demandant un jugement déclaratoire. Je reviendrai sur ces questions vers la fin de mes motifs.

## I. Background

[3] On October 14, 2010, Mr. Desautel shot one cow-elk near Castlegar, British Columbia. He was charged with hunting without a licence contrary to s. 11(1) of the *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, and hunting big game while not being a resident contrary to s. 47(a) of the *Act*. He did not have a licence and was not a resident of British Columbia. Mr. Desautel is a citizen of the United States, and a resident of Ichelium in the State of Washington. Mr. Desautel admitted the *actus reus* of the offences, but raised a defence that he was exercising his Aboriginal right to hunt in the traditional territory of his Sinixt ancestors, a right protected under s. 35(1).

[4] Mr. Desautel is a member of the Lakes Tribe of the Colville Confederated Tribes based in the State of Washington in the United States, a successor group of the Sinixt people. At trial, the year 1811 was accepted as the date of first contact between the Sinixt and Europeans. At this time, the Sinixt were engaged in a seasonal round of hunting, fishing, and gathering, travelling largely by canoe in their ancestral territory. This territory ran as far south as an island just above Kettle Falls, in what is now Washington State, and as far north as the Big Bend of the Columbia River, north of Revelstoke in what is now British Columbia. The place where Mr. Desautel shot the elk in October 2010 was within the ancestral territory of the Sinixt.

[5] Over the course of the latter half of the 19th century, the Sinixt gradually moved to occupy the southern portion of their territory full-time, the portion that lies in the United States. Until around the year 1870, the Sinixt continued their seasonal round in the northern portion of their territory, located in Canada. In the course of time, a “constellation of factors” made the Sinixt people move to the United States (2017 BCPC 84, [2018] 1 C.N.L.R. 97, at para. 110). By 1872, a number of members of the Sinixt were living for the most part in Washington State. The trial judge did not find that the Sinixt were forced out of Canada “at gunpoint” (para. 101), but

## I. Contexte

[3] Le 14 octobre 2010, M. Desautel a abattu un wapiti femelle près de Castlegar, en Colombie-Britannique. Il a été accusé d’avoir chassé sans permis, en contravention du par. 11(1) de la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, et d’avoir chassé le gros gibier sans être résident, en contravention de l’al. 47(a) de la *Wildlife Act*. Il n’avait pas de permis et ne résidait pas en Colombie-Britannique. Monsieur Desautel est citoyen des États-Unis, et résident d’Ichelium, dans l’État de Washington. Monsieur Desautel a admis l’*actus reus* des infractions, mais a invoqué comme moyen de défense qu’il exerçait son droit ancestral de chasser sur le territoire traditionnel de ses ancêtres Sinixt, droit protégé par le par. 35(1).

[4] Monsieur Desautel est membre de la Lakes Tribe des Tribus confédérées de la réserve indienne de Colville, établie dans l’État de Washington aux États-Unis, un groupe successeur du peuple Sinixt. Lors du procès, l’année 1811 a été retenue comme date du premier contact entre les Sinixt et les Européens. À cette époque, les Sinixt pratiquaient la chasse, la pêche et la cueillette de façon saisonnière, se déplaçant principalement en canoë sur leur territoire ancestral. Ce territoire s’étendait au sud jusqu’à une île située juste au-dessus de Kettle Falls, dans ce qui est maintenant l’État de Washington, et aussi au nord que le grand coude du fleuve Columbia, au nord de Revelstoke dans ce qui est maintenant la Colombie-Britannique. L’endroit où M. Desautel a abattu le wapiti en octobre 2010 se trouvait sur le territoire ancestral des Sinixt.

[5] Au cours de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, les Sinixt se sont progressivement déplacés pour occuper à plein temps la partie sud de leur territoire, soit celle qui se trouve aux États-Unis. Jusqu’aux alentours de l’année 1870, les Sinixt ont poursuivi leurs activités saisonnières dans la partie nord de leur territoire, située au Canada. Au fil du temps, une [TRADUCTION] « myriade de facteurs » a incité les Sinixt à se déplacer vers les États-Unis (2017 BCPC 84, [2018] 1 C.N.L.R. 97, par. 110). En 1872, un certain nombre des Sinixt vivaient en majeure partie dans l’État de Washington. La juge de première instance n’a pas conclu que les Sinixt avaient été

nor did she find that the move was voluntary, as the Lakes Tribe never gave up their claim to their traditional territory in Canada. Until the year 1930, the evidence clearly showed that members of the Lakes Tribe continued to hunt in British Columbia, despite living on the Colville Reserve in Washington State and in the face of the creation of an international border by the 1846 Oregon Boundary Treaty and the outlawing of their hunting by British Columbia through the *Game Protection Amendment Act, 1896*, S.B.C., c. 22. From 1930 until 1972, there may have been a period of dormancy. As was found at trial, the Lakes Tribe continues to have a connection to the land where their ancestors hunted in British Columbia.

[6] Meanwhile, the population of Sinixt who had remained in Canada was small. By 1902, only 21 Sinixt still lived on their traditional territory in Canada, in the Arrow Lakes Band reserve. By 1930, only one person remained on the rolls of the Arrow Lakes Band, and after her death in 1956, the government of Canada declared the Arrow Lakes Band extinct, and the reserve lands reverted to the provincial Crown.

## II. Judicial History

A. *British Columbia Provincial Court, 2017 BCPC 84, [2018] 1 C.N.L.R. 97 (Mrozinski J.)*

[7] The trial judge held that there was no doubt that Mr. Desautel is a member of the Lakes Tribe, and saw the Lakes Tribe as a clear successor group to the Sinixt, such that the communal rights of the Sinixt could continue with the Lakes Tribe. The trial judge applied the test this Court set out in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507. She held that Mr. Desautel was exercising an Aboriginal right to hunt for food, social and ceremonial purposes guaranteed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

contraints [TRADUCTION] « à la pointe du fusil » de quitter le Canada (par. 101), mais elle n'a pas non plus conclu que leur déplacement était volontaire, puisque la Lakes Tribe n'a jamais renoncé à sa revendication sur son territoire traditionnel au Canada. Les éléments de preuve ont clairement démontré que jusqu'en 1930, les membres de la Lakes Tribe ont continué à chasser en Colombie-Britannique, bien qu'ils aient vécu dans la réserve de Colville, dans l'État de Washington, et en dépit de la création d'une frontière internationale par le Traité de l'Oregon de 1846 ainsi que de l'interdiction pour eux de chasser en Colombie-Britannique par la loi intitulée *Game Protection Amendment Act, 1896*, S.B.C., c. 22. De 1930 à 1972, il y a peut-être eu une période d'inactivité. Toutefois, comme cela a été constaté au procès, la Lakes Tribe continue d'avoir un lien avec le territoire où ses ancêtres chassaient en Colombie-Britannique.

[6] Pendant ce temps, le nombre de Sinixt qui sont restés au Canada était faible. En 1902, seuls 21 Sinixt vivaient encore sur leur territoire traditionnel au Canada, dans la réserve de la bande des lacs Arrow. En 1930, une seule personne figurait encore dans les registres de la bande des lacs Arrow, et après sa mort en 1956, le gouvernement du Canada a déclaré cette bande éteinte, et les terres de la réserve ont été restituées à la Couronne provinciale.

## II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour provinciale de la Colombie-Britannique, 2017 BCPC 84, [2018] 1 C.N.L.R. 97 (la juge Mrozinski)*

[7] La juge de première instance a conclu que M. Desautel est sans aucun doute membre de la Lakes Tribe, et elle considérait cette dernière comme un groupe successeur évident des Sinixt, de sorte que les droits collectifs des Sinixt pouvaient continuer à être exercés par la Lakes Tribe. La juge de première instance a appliqué le critère que la Cour a énoncé dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507. Elle a conclu que M. Desautel exerçait un droit ancestral de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles garanti par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[8] Despite the Lakes Tribe’s departure from the northern part of their traditional territory, its members remained connected to that geographical area. The evidence demonstrated that the land and the traditions were not forgotten, and that the connection to the land was still present in the minds of the members of the Lakes Tribe. The trial judge found that the requirement of continuity was met, notwithstanding a period of dormancy between 1930 and 1972, because there is no requirement of “an unbroken chain of continuity” (*Van der Peet*, at para. 65).

[9] Moreover, the trial judge decided it was not necessary to define the Aboriginal right as including a mobility right, so no issue of sovereign incompatibility arose. Mr. Desautel’s Aboriginal right remained in existence and was protected by s. 35(1). The trial judge held that the right was infringed by the provisions of the *Wildlife Act* and the infringement was not justified. Mr. Desautel was acquitted.

B. *British Columbia Superior Court, 2017 BCSC 2389, [2018] 1 C.N.L.R. 135 (Sewell J.)*

[10] The appeal was dismissed. The summary conviction appeal judge held that the Sinixt people are the relevant collective and that modern-day Lakes Tribe members are entitled to assert the Aboriginal rights held by the Sinixt, based on practices that were part of their distinctive culture at the time of contact, in their traditional territory in British Columbia. According to the summary conviction appeal judge, the words “aboriginal peoples of Canada” in s. 35(1) must be interpreted in a purposive way, and mean Aboriginal peoples who, prior to contact, occupied what became Canada. Therefore, modern-day members of the Sinixt are not precluded from asserting rights under s. 35(1) merely because they now live in the United States. This interpretation of s. 35(1) is consistent with the objective of reconciliation. To establish an Aboriginal right to hunt, Mr. Desautel had to meet the requirements of the *Van der Peet* test. The summary conviction appeal judge found

[8] Malgré le départ de la Lakes Tribe de la partie nord de son territoire traditionnel, ses membres sont restés liés à cette région géographique. La preuve a démontré que le territoire et les traditions n’ont pas été oubliés, et que le lien avec ce territoire était toujours présent dans l’esprit des membres de la Lakes Tribe. La juge de première instance a conclu que l’exigence de continuité était remplie, malgré une période d’inactivité entre 1930 et 1972, car il n’est pas nécessaire de fournir la « preuve d’une continuité parfaite » (*Van der Peet*, par. 65).

[9] En outre, la juge de première instance a décidé qu’il n’était pas nécessaire de définir le droit ancestral comme incluant un droit de circulation, si bien qu’aucun problème d’incompatibilité avec la souveraineté ne se posait. Le droit ancestral de M. Desautel a continué d’exister et il était protégé par le par. 35(1). Selon la juge de première instance, les dispositions de la *Wildlife Act* portaient atteinte à ce droit, et cette atteinte n’était pas justifiée. Monsieur Desautel a été acquitté.

B. *Cour supérieure de la Colombie-Britannique, 2017 BCSC 2389, [2018] 1 C.N.L.R. 135 (le juge Sewell)*

[10] L’appel a été rejeté. Le juge d’appel des poursuites sommaires a conclu que les Sinixt constituent le groupe concerné, et que les membres de la Lakes Tribe d’aujourd’hui sont en droit de faire valoir les droits ancestraux détenus par les Sinixt, compte tenu des pratiques qui faisaient partie de leur culture distinctive au moment du contact avec les Européens sur leur territoire traditionnel en Colombie-Britannique. D’après le juge d’appel des poursuites sommaires, l’expression « peuples autochtones du Canada » au par. 35(1) doit être interprétée de manière téléologique, et elle désigne les peuples autochtones qui, avant le contact, occupaient ce qui est devenu le Canada. Par conséquent, les membres contemporains des Sinixt ne sont pas empêchés de faire valoir des droits au titre du par. 35(1) du seul fait qu’ils vivent maintenant aux États-Unis. Cette interprétation du par. 35(1) est conforme à l’objectif de réconciliation. Pour établir un droit ancestral de chasse, M. Desautel

that the trial judge made no error in applying the *Van der Peet* test.

[11] The summary conviction appeal judge held that Mr. Desautel's Aboriginal right to hunt is not incompatible with Canadian sovereignty. The fact that the government of Canada has the right to control its borders is not fatal to the assertion of an Aboriginal right to hunt in Canada by an Aboriginal group located in the United States. Mr. Desautel was not charged with coming into Canada unlawfully and there was no evidence that he was denied entry. In contrast with the claimant in *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911, Mr. Desautel was not asserting an Aboriginal right to cross the border.

C. *British Columbia Court of Appeal, 2019 BCCA 151, 24 B.C.L.R. (6th) 48 (Smith, Willcock and Fitch JJA.)*

[12] The Crown's appeal was dismissed. Under a purposive approach, the Court of Appeal concluded that an Aboriginal group that does not reside in Canada and whose members are neither residents nor citizens of Canada can claim constitutional rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. It is not a requirement that there be a present-day Aboriginal community in the geographic area where the claimed right is exercised. In this case, the Court of Appeal found that the relevant historic collective is the Sinixt and that the Lakes Tribe is a modern collective descended from the Sinixt. The finding of the trial judge that the chain of continuity had not been broken was entitled to deference. There is no requirement under the *Van der Peet* test, according to the Court of Appeal, that the claimant must be a member of a contemporary Aboriginal community currently located in the geographic area where the right was historically exercised. Imposing such a requirement would fail to take into account the Aboriginal perspective, the realities of colonization

devait satisfaire aux exigences du critère de l'arrêt *Van der Peet*. Le juge d'appel des poursuites sommaires a conclu que la juge de première instance n'avait commis aucune erreur dans l'application de ce critère.

[11] Par ailleurs, le juge d'appel des poursuites sommaires a conclu que le droit ancestral de chasse de M. Desautel n'est pas incompatible avec la souveraineté canadienne. Le fait que le gouvernement du Canada ait le droit de contrôler ses frontières n'est pas fatal à la revendication d'un droit ancestral de chasser au Canada par un groupe autochtone qui se trouve aux États-Unis. Monsieur Desautel n'a pas été accusé d'être entré illégalement au Canada, et rien ne prouve qu'on lui a refusé l'entrée. Contrairement au demandeur dans l'arrêt *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, M. Desautel ne revendiquait pas un droit ancestral de traverser la frontière.

C. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2019 BCCA 151, 24 B.C.L.R. (6th) 48 (les juges Smith, Willcock et Fitch)*

[12] L'appel de la Couronne a été rejeté. Sur la base d'une interprétation téléologique, la Cour d'appel a conclu qu'un groupe autochtone qui ne réside pas au Canada et dont les membres ne sont ni résidents ni citoyens du Canada peut revendiquer des droits constitutionnels en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une présence actuelle de la communauté dans la région géographique où le droit revendiqué est exercé. En l'espèce, la Cour d'appel a conclu que la communauté historique concernée est le peuple Sinixt, et que la Lakes Tribe est un groupe contemporain descendant de ce peuple. La conclusion de la juge de première instance selon laquelle la continuité n'avait pas été interrompue commande la déférence. D'après la Cour d'appel, le critère de l'arrêt *Van der Peet* n'exige pas que le demandeur soit membre d'une communauté autochtone contemporaine qui habite présentement dans la région géographique où le droit a été historiquement exercé. Imposer une telle exigence ne tiendrait pas compte de la perspective

and displacement, and the goal of reconciliation. The Court of Appeal concluded that the rights of Mr. Desautel's community to hunt on their ancestral lands in British Columbia were never voluntarily surrendered, abandoned or extinguished. Therefore, Mr. Desautel has an Aboriginal right to hunt in British Columbia.

[13] It was further held that practical concerns about the expansion of Canada's duty to consult to Aboriginal groups in the United States could not prevent a court from recognizing their inherent rights. Finally, the Court of Appeal determined that it was not necessary to consider Mr. Desautel's incidental mobility right to cross the border and the compatibility of such a right with Canadian sovereignty, because this issue was not addressed at trial and its resolution was not necessary for the determination of the appeal.

### III. Issue

[14] The appellant Her Majesty the Queen in Right of British Columbia (hereinafter "the Crown") raises the following constitutional question:

Are ss. 11(1) and 47(a) of the *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, as they read in October 2010, of no force or effect with respect to the respondent, being a member of the Lakes Tribe of the Confederated Tribes of the Colville Reservation in Washington State, U.S.A., in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of an Aboriginal right within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the respondent?

(A.R., vol. I, at p. 139)

[15] To answer this question, the Court must determine whether an Aboriginal people located outside Canada can assert rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

autochtone, des réalités de la colonisation et du déplacement, ainsi que de l'objectif de réconciliation. La Cour d'appel a conclu que les droits de la communauté de M. Desautel de chasser sur leurs terres ancestrales en Colombie-Britannique n'ont jamais été volontairement cédés, abandonnés ou éteints. Par conséquent, M. Desautel a un droit ancestral de chasser en Colombie-Britannique.

[13] Par ailleurs, il a été conclu que les considérations pratiques relatives à l'élargissement de l'obligation du Canada de consulter les groupes autochtones des États-Unis ne pouvaient pas empêcher une cour de reconnaître leurs droits inhérents. Enfin, la Cour d'appel a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner le droit de circulation accessoire de M. Desautel pour traverser la frontière et la compatibilité de ce droit avec la souveraineté canadienne, car cette question n'a pas été abordée au procès et il n'était pas nécessaire de la régler pour statuer sur l'appel.

### III. Question en litige

[14] L'appelante Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique (ci-après « la Couronne ») soulève la question constitutionnelle suivante :

[TRADUCTION] Le paragraphe 11(1) et l'al. 47(a) de la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, tel qu'ils étaient rédigés en octobre 2010, sont-ils inopérants à l'égard de l'intimé, un membre de la Lakes Tribe des Tribus confédérées de la réserve indienne de Colville dans l'État de Washington, aux États-Unis d'Amérique, par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison d'un droit ancestral au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqué par l'intimé?

(d.a., vol. I, p. 139)

[15] Pour répondre à cette question, la Cour doit déterminer si un peuple autochtone qui se trouve à l'extérieur du Canada peut faire valoir des droits protégés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

#### IV. Submissions of the Parties

##### A. *Appellant: Her Majesty the Queen in Right of British Columbia*

[16] The Crown's main submission is that Mr. Desautel cannot assert Aboriginal rights under s. 35(1) because the scope of this provision is limited to Aboriginal peoples located in Canada. At best, Mr. Desautel can claim a common law right to hunt, which would not constitute a defence to the regulatory charges against him. In the Crown's submission, the *Van der Peet* test for the recognition of rights under s. 35(1) requires the presence of a present-day collective in the area where the right was exercised historically. In the present case, the relevant modern collective would be the Lakes Tribe, a group located in the State of Washington, not in British Columbia. Moreover, because Mr. Desautel is a resident of the United States, the exercise of the right to hunt in British Columbia necessarily involves an incidental mobility right to cross the border, which is incompatible with Canadian sovereignty, and the result is that the s. 35(1) Aboriginal right claimed by Mr. Desautel never came into existence.

##### B. *Respondent: Mr. Desautel*

[17] Mr. Desautel argues that he has an Aboriginal right to hunt in the ancestral territory of the Sinixt, the relevant modern-day collective, in British Columbia. This right is protected under s. 35(1). To assert s. 35(1) rights, he argues, the only test that an Aboriginal people has to pass is the *Van der Peet* test. Therefore, there is no threshold issue distinct from the test elaborated by this Court for the recognition of Aboriginal rights. Moreover, the *Van der Peet* test has never required an additional requirement of geographic continuity. The fact that an Aboriginal people is solely based outside Canada has no impact on the recognition of the right as long as the requirements of the *Van der Peet* test are met. Finally,

#### IV. Arguments des parties

##### A. *L'appelante : Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique*

[16] La Couronne soutient principalement que M. Desautel ne peut faire valoir des droits ancestraux au titre du par. 35(1) parce que cette disposition vise uniquement les peuples autochtones qui se trouvent au Canada. Monsieur Desautel ne peut tout au plus que revendiquer un droit de chasse en common law, ce qui ne constituerait pas une défense contre les accusations de nature réglementaire portées contre lui. Selon la Couronne, le critère de l'arrêt *Van der Peet* pour la reconnaissance des droits visés au par. 35(1) exige une présence de la communauté contemporaine dans la région où le droit a été exercé historiquement. En l'espèce, la Lakes Tribe, un groupe habitant dans l'État de Washington, et non en Colombie-Britannique, serait la communauté contemporaine concernée. De plus, comme M. Desautel est un résident des États-Unis, l'exercice du droit de chasse en Colombie-Britannique implique nécessairement un droit de circulation accessoire pour traverser la frontière, ce qui est incompatible avec la souveraineté canadienne, et il en résulte que le droit ancestral garanti par le par. 35(1) que revendique M. Desautel n'a jamais existé.

##### B. *L'intimé : Monsieur Desautel*

[17] Monsieur Desautel soutient qu'il a un droit ancestral de chasser sur le territoire ancestral des Sinixt, la communauté contemporaine concernée, en Colombie-Britannique. Ce droit est protégé par le par. 35(1). Pour faire valoir des droits visés au par. 35(1), affirme-t-il, le seul critère auquel doit répondre un peuple autochtone est celui de l'arrêt *Van der Peet*. Par conséquent, il n'y a pas de question préliminaire distincte du critère élaboré par la Cour pour la reconnaissance des droits ancestraux. D'ailleurs, le critère de *Van der Peet* n'a jamais imposé une obligation supplémentaire de continuité géographique. Le fait qu'un peuple autochtone soit uniquement établi à l'extérieur du Canada n'a aucune

Mr. Desautel submits that there is no mobility right at issue in this case.

incidence sur la reconnaissance du droit à condition que les exigences du critère de *Van der Peet* soient remplies. Enfin, M. Desautel soutient qu’il n’y a pas de droit à la libre circulation en cause dans la présente affaire.

## V. Analysis

## V. Analyse

### A. *The Scope of Section 35(1)*

### A. *La portée du paragraphe 35(1)*

#### (1) The Threshold Question

#### (1) La question préliminaire

[18] Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, says:

[18] Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est libellé comme suit :

The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

It is clear from the text of s. 35(1) that, to fall within its scope, an Aboriginal group must be an “aboriginal peopl[e] of Canada”. The question raised by this appeal is whether a group whose members are neither Canadian citizens nor Canadian residents can meet this condition. The text of s. 35(1) does not provide a clear answer to this question. The words “of Canada” are capable of different meanings, as “of” can be used to express a range of different relationships.

Il ressort du libellé du par. 35(1) que, pour relever de son champ d’application, un groupe autochtone doit être un « peupl[e] autochton[e] du Canada ». La question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si un groupe dont les membres ne sont ni citoyens ni résidents canadiens peut remplir cette condition. Le libellé du par. 35(1) n’apporte pas de réponse claire à cette question. Les mots « du Canada » peuvent avoir des significations différentes, car « du » peut être utilisé pour exprimer une gamme de relations différentes.

[19] Whether a group is an Aboriginal people of Canada is, analytically speaking, a different question from whether the group has an Aboriginal right. This Court’s decision in *Van der Peet* was about the latter question. It set out a test for having an Aboriginal right, not for being an Aboriginal people of Canada. The *Van der Peet* test by itself is not, therefore, dispositive of this appeal. That said, evidence that is relevant to the question whether a group has an Aboriginal right may also be relevant to the question whether the group is an Aboriginal people of Canada.

[19] La question de savoir si un groupe est un peuple autochtone du Canada diffère, du point de vue analytique, de celle de savoir si le groupe a un droit ancestral. La décision de la Cour dans *Van der Peet* portait sur cette dernière question. Elle a établi un critère pour déterminer si un groupe possède un droit ancestral, et non pour déterminer s’il est un peuple autochtone du Canada. Le critère de *Van der Peet* n’est donc pas, par lui-même, déterminant en l’espèce. Cela dit, les éléments de preuve pertinents quant à la question de savoir si un groupe possède un droit ancestral peuvent également être pertinents quant à la question de savoir si le groupe est un peuple autochtone du Canada.



[20] Whether a group is an Aboriginal people of Canada is a threshold question, in the sense that if a group is *not* an Aboriginal people of Canada, there is no need to proceed to the *Van der Peet* test. But this threshold question does not arise in every case. In most cases there is no doubt that the claimant belongs to an Aboriginal people of Canada, so there is no need to address the threshold question. The threshold question is likely to arise only where there is some ground for doubt, such as where the group is located outside of Canada. It should not be construed as an additional burden on rights claimants that has to be satisfied in every case.

[21] No previous decision of this Court interprets the scope of the words “aboriginal peoples of Canada” in s. 35(1). That is our task here. As this Court has often recognized, s. 35(1) must be interpreted in a purposive way (*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1106; *Van der Peet*, at paras. 21-22; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 76).

[22] For the reasons that follow, I am of the view that a consistent development of this Court’s s. 35(1) jurisprudence requires that groups located outside Canada can be Aboriginal peoples of Canada. As I will explain, the two purposes of s. 35(1) are to recognize the prior occupation of Canada by organized, autonomous societies and to reconcile their modern-day existence with the Crown’s assertion of sovereignty over them. These purposes are reflected in the structure of Aboriginal rights and title doctrine, which first looks back to the practices of groups that occupied Canadian territory prior to European contact, sovereignty or effective control, and then expresses those practices as constitutional rights held by modern-day successor groups within the Canadian legal order. The same purposes are reflected in the principle of the honour of the Crown, under which the Crown’s historic assertion of sovereignty over Aboriginal societies gives rise to

[20] La question de savoir si un groupe est un peuple autochtone du Canada est une question préliminaire, en ce sens que si un groupe n’est *pas* un peuple autochtone du Canada, il n’est pas nécessaire de passer au critère de l’arrêt *Van der Peet*. Mais cette question préliminaire ne se pose pas dans tous les cas. Dans la plupart des cas, il ne fait aucun doute que le demandeur appartient à un peuple autochtone du Canada, de sorte qu’il n’est pas nécessaire de répondre à la question préliminaire. Cette question préliminaire ne se posera probablement que s’il existe un doute, par exemple lorsque le groupe se trouve à l’extérieur du Canada. Elle ne doit pas être interprétée comme un fardeau supplémentaire dont doivent s’acquitter les revendicateurs de droits dans tous les cas.

[21] Aucune décision antérieure de la Cour n’interprète la portée des mots « peuples autochtones du Canada » figurant au par. 35(1). Voilà ce que nous devons faire en l’espèce. Comme la Cour l’a maintes fois reconnu, le par. 35(1) doit être interprété de manière téléologique (*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1106; *Van der Peet*, par. 21-22; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 76).

[22] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis qu’une interprétation cohérente de la jurisprudence de la Cour relative au par. 35(1) exige que les groupes se trouvant à l’extérieur du Canada puissent être des peuples autochtones du Canada. Comme je l’expliquerai, les deux objectifs du par. 35(1) sont de reconnaître l’occupation antérieure du Canada par des sociétés organisées et autonomes, et de concilier leur existence contemporaine avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne sur elles. Ces objectifs se reflètent dans la structure de la théorie en matière de droits et de titres ancestraux, qui se penche d’abord sur les pratiques des groupes qui occupaient le territoire canadien avant le contact avec les Européens, la souveraineté ou le contrôle effectif, puis traduit ces pratiques en droits constitutionnels détenus par les groupes successeurs contemporains au sein de l’ordre juridique canadien. Les mêmes objectifs se reflètent dans le principe de l’honneur

continuing obligations to their successors as part of an ongoing process of reconciliation.

[23] On this interpretation, the scope of “aboriginal peoples of Canada” is clear: it must mean the modern-day successors of Aboriginal societies that occupied Canadian territory at the time of European contact. As a result, groups whose members are neither citizens nor residents of Canada can be Aboriginal peoples of Canada.

(2) A Purposive Interpretation of Section 35(1)

[24] The prior occupation of Canadian territory by organized Aboriginal societies was recognized before s. 35(1) was enacted. In *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, the claimants sought a declaration of Aboriginal title in their traditional territory. While the claim was unsuccessful, Judson J. characterized the source of Aboriginal title in comments that have been repeatedly cited by this Court: “. . . the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means . . .” (*Calder*, at p. 328 (emphasis added); see also *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, at p. 340; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at pp. 377-78). This point was taken up in *Sparrow*, where this Court laid out the analysis for justified infringements of Aboriginal rights. In finding that the Musqueam had an Aboriginal right protected by s. 35(1), Dickson C.J. and La Forest J. observed that they “have lived in the area as an organized society long before the coming of European settlers” (*Sparrow*, at p. 1094 (emphasis added)).

[25] In *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, this Court confirmed that the *Sparrow* test applies to infringements of treaty rights. In arriving at this conclusion, Cory J. drew on a second theme from

de la Couronne, selon lequel l’affirmation historique de la souveraineté de la Couronne sur les sociétés autochtones donne lieu à des obligations permanentes envers leurs successeurs, dans le cadre d’un processus de réconciliation continu.

[23] Selon cette interprétation, la portée de l’expression « peuples autochtones du Canada » est claire : il doit s’agir des successeurs contemporains des sociétés autochtones qui occupaient le territoire canadien à l’époque du contact avec les Européens. Par conséquent, les groupes dont les membres ne sont ni citoyens ni résidents du Canada peuvent être des peuples autochtones du Canada.

(2) Une interprétation téléologique du paragraphe 35(1)

[24] L’occupation antérieure du territoire canadien par des sociétés autochtones organisées a été reconnue avant la promulgation du par. 35(1). Dans l’arrêt *Calder c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, les demandeurs ont sollicité une déclaration de titre ancestral sur leur territoire traditionnel. Bien que la demande ait été rejetée, le juge Judson a décrit la source du titre ancestral dans des commentaires qui ont été cités à plusieurs reprises par la Cour : « . . . il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l’avaient fait depuis des siècles. C’est ce que signifie le titre indien . . . » (*Calder*, p. 328 (je souligne); voir aussi *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, p. 340; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 377-378). Ce point a été repris dans l’arrêt *Sparrow*, où la Cour a exposé le critère de la justification des atteintes aux droits ancestraux. En concluant que les Musqueam avaient un droit ancestral protégé par le par. 35(1), le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont fait remarquer qu’ils « vivaient dans la région comme société organisée bien avant la venue des colons européens » (*Sparrow*, p. 1094 (je souligne)).

[25] Dans l’arrêt *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, la Cour a confirmé que le critère de l’arrêt *Sparrow* s’applique aux atteintes à des droits issus de traités. Pour parvenir à cette conclusion, le juge Cory s’est

the pre-1982 jurisprudence. The Crown's assertion of sovereignty over Aboriginal societies, he held, gave rise to a distinctive legal relationship. "[B]oth aboriginal and treaty rights possess in common a unique, *sui generis* nature. In each case, the honour of the Crown is engaged through its relationship with the native people" (*Badger*, at para. 78 (emphasis added; citations omitted)). In the treaty context, this principle can be traced back to the dissenting reasons of Gwynne J. in *Province of Ontario v. Dominion of Canada and Province of Quebec* (1895), 25 S.C.R. 434, at pp. 511-12; and in *Ontario Mining Co. v. Seybold* (1901), 32 S.C.R. 1, at p. 2.

[26] These two themes were brought out explicitly in *Van der Peet*, where Lamer C.J. set out the test for Aboriginal rights. Lamer C.J. first observed, at para. 30, that "when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries" (emphasis in original). Second, he wrote at para. 31, s. 35(1) is "the constitutional framework through which the fact that aboriginals lived on the land in distinctive societies, with their own practices, traditions and cultures, is acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown". In short,

the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) are best understood as, first, the means by which the Constitution recognizes the fact that prior to the arrival of Europeans in North America the land was already occupied by distinctive aboriginal societies, and as, second, the means by which that prior occupation is reconciled with the assertion of Crown sovereignty over Canadian territory. [para. 43]

[27] The two purposes of s. 35(1) underlie the test for Aboriginal rights set out in *Van der Peet*. The court first looks back to the historic practices of Aboriginal societies in Canada prior to contact, and second, recognizes those practices as Aboriginal

appuyé sur un deuxième thème de la jurisprudence antérieure à 1982. L'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur les sociétés autochtones, selon lui, a donné lieu à une relation juridique particulière. « [L]es droits ancestraux et les droits issus de traités ont en commun un caractère *sui generis* particulier. [ . . . ] Dans chaque cas, l'honneur de la Couronne est en jeu dans le cadre de ses rapports avec les peuples autochtones » (*Badger*, par. 78 (je souligne; références omises)). Dans le contexte des traités, ce principe remonte aux motifs dissidents du juge Gwynne dans l'arrêt *Province of Ontario c. Dominion of Canada and Province of Quebec* (1895), 25 R.C.S. 434, p. 511-512; et dans *Ontario Mining Co. c. Seybold* (1901), 32 R.C.S. 1, p. 2.

[26] Ces deux thèmes ont été explicitement mis en évidence dans l'arrêt *Van der Peet*, où le juge en chef Lamer a établi le critère applicable aux droits ancestraux. Le juge en chef Lamer a d'abord souligné, au par. 30, que « quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles » (souligné dans l'original). Ensuite, il a écrit au par. 31 que le par. 35(1) « établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté ». En résumé,

la meilleure façon de décrire les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) est de dire qu'ils sont, premièrement, le moyen par lequel la Constitution reconnaît le fait qu'avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord le territoire était déjà occupé par des sociétés autochtones distinctives, et, deuxièmement, le moyen de concilier cette occupation antérieure avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le territoire canadien. [par. 43]

[27] Les deux objectifs du par. 35(1) sont à la base du critère relatif aux droits ancestraux établi dans l'arrêt *Van der Peet*. La cour se penche d'abord sur les pratiques historiques des sociétés autochtones du Canada avant le contact et, ensuite, reconnaît

rights held by their modern-day successors within the Canadian legal order: *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at para. 73; *Mitchell*, at para. 12. In *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686, at para. 45, Bastarache J. explained that the doctrine of Aboriginal rights “arises from the simple fact of prior occupation of the lands now forming Canada”. He added that “[t]he ‘distinctive aboriginal culture’ must be taken to refer to the reality that, despite British sovereignty, aboriginal people were the original organized society occupying and using Canadian lands” (para. 45, quoting the dissenting reasons of L’Heureux-Dubé J. in *Van der Peet*, at para. 159 (emphasis added)).

[28] The test for Aboriginal title, a variation of the *Van der Peet* test, reflects the same two purposes. In *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, this Court explained that Aboriginal title has two sources: first, Aboriginal possession of the land before the assertion of Crown sovereignty, and second, “the relationship between common law and pre-existing systems of aboriginal law” (para. 114). As LeBel J., concurring in *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220, at para. 129, explained:

As with all aboriginal rights protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, aboriginal title arises from the prior possession of land and the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. . . . It originates from “the prior occupation of Canada by aboriginal peoples” and from “the relationship between common law and pre-existing systems of aboriginal law”. [Citations omitted.]

The test for title looks back to the historic occupation of Canadian territory by Aboriginal societies at the date of Crown sovereignty and recognizes this occupation as Aboriginal title, “a burden on the Crown’s underlying title” (*Delgamuukw*, at para. 145), within the Canadian legal order.

ces pratiques comme des droits ancestraux détenus par leurs successeurs contemporains au sein de l’ordre juridique canadien : *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 73; *Mitchell*, par. 12. Dans l’arrêt *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686, au par. 45, le juge Bastarache a expliqué que la doctrine des droits ancestraux « découle du simple fait de l’occupation antérieure des terres qui forment aujourd’hui le Canada ». Il a ajouté que « [l]’expression “culture autochtone distinctive” doit être considérée comme tenant compte du fait que, en dépit de la souveraineté britannique, les autochtones ont constitué la première société organisée à occuper et à utiliser le territoire canadien » (par. 45, citant les motifs dissidents de la juge L’Heureux-Dubé dans *Van der Peet*, par. 159 (je souligne)).

[28] Le critère relatif au titre ancestral, qui est une variante du critère de l’arrêt *Van der Peet*, reflète les deux mêmes objectifs. Dans l’arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, la Cour a expliqué que le titre ancestral a deux sources : premièrement, la possession du territoire par les Autochtones avant l’affirmation de la souveraineté de la Couronne, et deuxièmement, « le rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants » (par. 114). Comme l’a expliqué le juge LeBel dans ses motifs concordants dans l’arrêt *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 129 :

Comme tous les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le titre aborigène découle de la possession antérieure du territoire et de l’organisation sociale et des cultures distinctives antérieures du peuple autochtone habitant ce territoire. [ . . . ] Il provient de « l’occupation antérieure du Canada par les peuples autochtones » et du « rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants ». [Références omises.]

Le critère relatif au titre se réfère à l’occupation historique du territoire canadien par les sociétés autochtones au moment de la souveraineté de la Couronne, et reconnaît cette occupation comme un titre ancestral, qui « grève le titre sous-jacent de la Couronne » (*Delgamuukw*, par. 145), dans l’ordre juridique canadien.

[29] The two purposes of s. 35(1) were reiterated in *Mitchell* by McLachlin C.J., who said:

Long before Europeans explored and settled North America, aboriginal peoples were occupying and using most of this vast expanse of land in organized, distinctive societies with their own social and political structures. . . . [T]he Crown asserted that sovereignty over the land, and ownership of its underlying title, vested in the Crown. . . . With this assertion arose an obligation to treat aboriginal peoples fairly and honourably, and to protect them from exploitation, a duty characterized as “fiduciary” in *Guerin*. . . . [Emphasis added; citations omitted; para 9.]

[30] In this Court’s recent jurisprudence, the special relationship between Aboriginal peoples and the Crown has been articulated in terms of the honour of the Crown. As was explained by McLachlin C.J. and Karakatsanis J. in *Manitoba Metis*, at para. 67:

The honour of the Crown . . . recognizes the impact of the “superimposition of European laws and customs” on pre-existing Aboriginal societies. . . . Aboriginal peoples were here first, and they were never conquered; yet, they became subject to a legal system that they did not share. Historical treaties were framed in that unfamiliar legal system, and negotiated and drafted in a foreign language. . . . The honour of the Crown characterizes the “special relationship” that arises out of this colonial practice. [Emphasis added; citations omitted.]

While the honour of the Crown looks back to this historic impact, it also looks forward to reconciliation between the Crown and Aboriginal peoples in an ongoing, “mutually respectful long-term relationship” (*Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 10; see also *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765, at para. 21, per Karakatsanis J.; and *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4, [2020] 1 S.C.R. 15, at paras. 21 and 28, per Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis JJ.; and at paras. 207-8, per Brown

[29] Les deux objectifs du par. 35(1) ont été ré-affirmés dans l’arrêt *Mitchell* par la juge en chef McLachlin, qui a dit ce qui suit :

Bien avant que les Européens explorent l’Amérique du Nord et s’y installent, les peuples autochtones occupaient et utilisaient la plus grande partie de ce vaste territoire en sociétés organisées et distinctives possédant leurs propres structures sociales et politiques. [ . . . ] Sa Majesté a affirmé sa souveraineté sur le territoire, et son titre sous-jacent à l’égard de ce territoire. [ . . . ] Cette affirmation de souveraineté a fait naître l’obligation de traiter les peuples autochtones de façon équitable et honorable, et de les protéger contre l’exploitation, une obligation qualifiée d’« obligation de fiduciaire » dans *Guerin*. . . [Je souligne, références omises; par. 9.]

[30] Dans la jurisprudence récente de la Cour, la relation spéciale entre les peuples autochtones et la Couronne a été formulée sous l’angle de l’honneur de la Couronne. Comme l’ont expliqué la juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis dans l’arrêt *Manitoba Metis*, au par. 67 :

Le principe de l’honneur de la Couronne reconnaît [ . . . ] les effets, sur les sociétés autochtones préexistantes, de la « surimposition des lois et coutumes européennes ». [ . . . ] Les peuples autochtones vivaient ici avant les Européens et ils n’ont jamais été conquis; ils ont néanmoins été assujettis à un système juridique qu’ils ne partageaient pas. Les traités historiques ont été élaborés dans ce cadre juridique étranger, en plus d’être négociés et rédigés dans une langue étrangère [ . . . ] L’honneur de la Couronne vient caractériser la « relation spéciale » qui découle de cette pratique coloniale. [Je souligne; références omises.]

Bien qu’il reconnaisse cet impact historique, le principe de l’honneur de la Couronne est également au cœur de l’objectif de réconciliation entre la Couronne et les peuples autochtones dans le cadre d’une « relation à long terme empreinte de respect mutuel » (*Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 10; voir aussi *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765, par. 21, la juge Karakatsanis; et *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, [2020] 1 R.C.S. 15, par. 21 et 28, le juge en chef Wagner et les juges Abella et Karakatsanis, et

and Rowe JJ., dissenting). The honour of the Crown requires that Aboriginal rights be determined and respected, and may require the Crown to consult and accommodate while the negotiation process continues (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 25; see also *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 24). It also requires that the Crown act diligently to fulfill its constitutional obligations to Aboriginal peoples (*Manitoba Metis*, at para. 75).

[31] As this review of the jurisprudence shows, s. 35(1) serves to recognize the prior occupation of Canada by Aboriginal societies and to reconcile their contemporary existence with Crown sovereignty. These purposes are expressed in the doctrinal structure of Aboriginal law, which gives effect to rights and relationships that arise from the prior occupation of Canada by Aboriginal societies. Implicit in this doctrinal structure, and the purposes that underlie it, is the answer to our question. The Aboriginal peoples of Canada under s. 35(1) are the modern successors of those Aboriginal societies that occupied Canadian territory at the time of European contact. This may include Aboriginal groups that are now outside Canada.

[32] I hasten to add that this criterion will need to be modified in the case of the Métis. Because Métis communities arose after contact between other Aboriginal peoples and Europeans, “the manner in which the aboriginal rights of other aboriginal peoples are defined is not necessarily determinative of the manner in which the aboriginal rights of the Métis are defined” (*Van der Peet*, at para. 67). Given that the present case is not about Métis s. 35(1) rights, I leave for another day precisely what criterion should be applied to determine whether a Métis community is an “aboriginal peopl[e] of Canada”, in cases where there is doubt.

par. 207-208, les juges Brown et Rowe (dissidents)). L’honneur de la Couronne commande que les droits ancestraux soient déterminés et respectés, et peut obliger la Couronne à consulter les Autochtones et à trouver des accommodements à leurs intérêts pendant que le processus de négociation se poursuit (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 25; voir aussi *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 24). Ce principe requiert également que la Couronne agisse avec diligence pour s’acquitter de ses obligations constitutionnelles envers les peuples autochtones (*Manitoba Metis*, par. 75).

[31] Comme le démontre cet examen de la jurisprudence, le par. 35(1) sert à reconnaître l’occupation antérieure du Canada par les sociétés autochtones, ainsi qu’à concilier leur existence contemporaine avec la souveraineté de la Couronne. Ces objectifs sont exprimés dans la structure théorique du droit des Autochtones, qui donne effet aux droits et aux relations qui découlent de l’occupation antérieure du Canada par les sociétés autochtones. La réponse à notre question se trouve implicitement dans cette structure théorique et les objectifs qui la sous-tendent. Les peuples autochtones du Canada au sens du par. 35(1) sont les successeurs contemporains des sociétés autochtones qui ont occupé le territoire canadien au moment du contact avec les Européens. Il peut s’agir de groupes autochtones qui se trouvent aujourd’hui à l’extérieur du Canada.

[32] Je m’empresse d’ajouter que ce critère devra être modifié dans le cas des Métis. Les communautés métisses ayant vu le jour après le contact entre d’autres peuples autochtones et les Européens, « la manière dont les droits ancestraux des autres peuples autochtones sont définis n’est pas nécessairement déterminante en ce qui concerne la manière dont sont définis ceux des Métis » (*Van der Peet*, par. 67). Étant donné que la présente affaire ne concerne pas les droits des Métis reconnus au par. 35(1), je reporte à une autre occasion la détermination du critère précis à appliquer pour établir si une communauté métisse est un « peupl[e] autochton[e] du Canada », dans les cas où il existe un doute.

[33] I would add that an interpretation of “aboriginal peoples of Canada” in s. 35(1) that includes Aboriginal peoples who were here when the Europeans arrived and later moved or were forced to move elsewhere, or on whom international boundaries were imposed, reflects the purpose of reconciliation. The displacement of Aboriginal peoples as a result of colonization is well acknowledged:

Aboriginal peoples were displaced physically — they were denied access to their traditional territories and in many cases actually forced to move to new locations selected for them by colonial authorities. They were also displaced socially and culturally, subject to intensive missionary activity and the establishment of schools — which undermined their ability to pass on traditional values to their children, imposed male-oriented Victorian values, and attacked traditional activities such as significant dances and other ceremonies. In North America they were also displaced politically, forced by colonial laws to abandon or at least disguise traditional governing structures and processes in favour of colonial-style municipal institutions.

*(Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, vol. 1, Looking Forward, Looking Back (1996), at pp. 139-40)*

By contrast, an interpretation that excludes Aboriginal peoples who were forced to move out of Canada would risk “perpetuating the historical injustice suffered by aboriginal peoples at the hands of colonizers” (*R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 53).

[34] Moreover, it bears emphasis that s. 35(1) did not create Aboriginal rights. As *Calder* and indeed the *Royal Proclamation, 1763* (G.B.), 3 Geo. 3 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1), show, Aboriginal rights long predated 1982 (see M. D. Walters, “The ‘Golden Thread’ of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the *Constitution Act, 1982*” (1999), 44 *McGill L.J.* 711). What s. 35(1) did was to give Aboriginal and treaty rights — which it explicitly recognizes as

[33] Par ailleurs, j’ajouterais qu’une interprétation de l’expression « peuples autochtones du Canada » au par. 35(1) qui englobe les peuples autochtones qui étaient ici à l’arrivée des Européens et qui se sont déplacés ou qui ont été forcés de se déplacer ailleurs, ou à qui des frontières internationales ont été imposées, reflète l’objectif de réconciliation. Le déplacement des peuples autochtones à la suite de la colonisation est bien reconnu :

Les peuples autochtones ont été physiquement déracinés : on leur refusait l’accès à leurs territoires traditionnels et, dans bien des cas, on les a forcés à se rendre dans de nouveaux endroits que les autorités coloniales avaient choisis pour eux. Ils ont également été déracinés sur les plans social et culturel: assujettis aux efforts intensifs des missionnaires, ils se sont fait imposer des écoles qui ont réduit leur capacité de transmettre leurs valeurs traditionnelles à leurs enfants, qui leur inculquaient des valeurs victorienne à dominante masculine et qui attaquaient leurs activités traditionnelles comme les danses et autres cérémonies symboliques. En Amérique du Nord, ils ont également été déracinés sur le plan politique, les lois coloniales les forçant d’abandonner ou, à tout le moins, de camoufler leurs structures et méthodes traditionnelles de gouvernement en faveur d’institutions municipales, de type colonial.

*(Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 1, Un passé, un avenir (1996), p. 150)*

En revanche, une interprétation excluant les peuples autochtones qui ont été contraints de quitter le Canada risquerait de « perpétu[er] l’injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des colonisateurs » (*R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 53).

[34] De plus, il convient de souligner que le par. 35(1) n’a pas créé les droits ancestraux. Comme le démontrent l’arrêt *Calder* et la *Proclamation royale de 1763* (G.-B.), 3 Geo. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1), les droits ancestraux remontent à bien avant 1982 (voir M. D. Walters, « The “Golden Thread” of Continuity : Aboriginal Customs at Common Law and Under the *Constitution Act, 1982* » (1999), 44 *R.D. McGill* 711). Le paragraphe 35(1) a eu pour effet de donner

already “existing” — constitutional protection (*Van der Peet*, at paras. 28-29). Even though some s. 35(1) Aboriginal rights would not have been recognized under pre-1982 Canadian law (*Côté*, at para. 52), the practices, customs and traditions that underlie these rights existed before 1982. An interpretation of s. 35(1) that limits its scope to those Aboriginal peoples who were located in Canada in 1982 would fail to give effect to this point by treating s. 35(1) as the source of Aboriginal rights.

### (3) Additional Arguments

[35] The parties and interveners made a range of additional arguments about the scope of s. 35(1). I do not take any of these arguments to be determinative, but will explain how they are consistent with the interpretation set out above.

#### (a) *Alternative Wording for Section 35(1)*

[36] Several parties made submissions on what the words “of Canada” in s. 35(1) must mean. Both the Crown and Mr. Desautel suggested alternative wording that might have been used instead, had the drafters of the *Constitution Act, 1982*, wished to exclude their favoured interpretations. I give these arguments no weight. As I explained earlier, the words used in s. 35(1) are capable of different meanings when considered in isolation.

[37] However, the phrase “aboriginal peoples” does perhaps suggest those who were here originally — before the Europeans — in line with the interpretation I have set out. As Lord Denning once wrote, “[t]he Indian peoples of Canada have been there from the beginning of time. So they are called the ‘aboriginal peoples’”: *The Queen v. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1981] 4 C.N.L.R. 86 (E.W.C.A.), at p. 89.

aux droits ancestraux et droits issus de traités — qu’il reconnaît explicitement comme étant déjà « existants » — une protection constitutionnelle (*Van der Peet*, par. 28-29). Même si certains droits ancestraux garantis au par. 35(1) n’auraient pas été reconnus en vertu du droit canadien antérieur à 1982 (*Côté*, par. 52), les pratiques, coutumes et traditions qui sous-tendent ces droits existaient avant 1982. Une interprétation du par. 35(1) qui limiterait sa portée aux peuples autochtones qui se trouvaient au Canada en 1982 ne rendrait pas compte de ce fait, en considérant le par. 35(1) comme la source des droits ancestraux.

### (3) Les arguments supplémentaires

[35] Les parties et les intervenants ont présenté une série d’arguments supplémentaires sur la portée du par. 35(1). Je ne trouve déterminant aucun de ces arguments, mais je vais expliquer en quoi ils sont cohérents avec l’interprétation exposée ci-dessus.

#### a) *Autres formulations du paragraphe 35(1)*

[36] Plusieurs parties ont présenté des observations sur la signification des mots « du Canada » au par. 35(1). La Couronne et M. Desautel ont tous deux suggéré une autre formulation qui aurait pu être utilisée en lieu et place, si les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* avaient voulu exclure leurs interprétations privilégiées. Je n’accorde aucun poids à ces arguments. Comme je l’ai expliqué précédemment, les termes utilisés au par. 35(1) peuvent avoir des significations différentes lorsqu’ils sont considérés isolément.

[37] Cependant, l’expression « peuples autochtones » désigne peut-être ceux qui étaient ici à l’origine, avant les Européens, conformément à l’interprétation que j’ai exposée. Comme l’a écrit Lord Denning, [TRADUCTION] « [l]es peuples indiens du Canada sont là depuis le début des temps. On les appelle donc les “peuples autochtones” » : *The Queen c. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1981] 4 C.N.L.R. 86 (E.W.C.A.), p. 89.



(b) *Context Within the Constitution Act, 1982*

[38] The phrase “aboriginal peoples of Canada” is used elsewhere in the *Constitution Act, 1982*. It is used in ss. 25 (“The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada”), 35(2) (“In this Act, aboriginal peoples of Canada includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada”), 35.1(b) (“the Prime Minister of Canada will invite representatives of the aboriginal peoples of Canada to participate in the discussions on [certain amendments to the Constitution]”), and the now-spent and repealed ss. 37(2) (“[The planned constitutional conference] shall have included in its agenda an item respecting constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada, including the identification and definition of the rights of those peoples to be included in the Constitution of Canada, and the Prime Minister of Canada shall invite representatives of those peoples to participate in the discussions on that item”) and 37.1(2) (“[Each other planned constitutional conference] shall have included in its agenda constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada, and the Prime Minister of Canada shall invite representatives of those peoples to participate in the discussions on those matters”).

[39] While there may be reason to interpret the phrase “aboriginal peoples of Canada” in the same way across the *Constitution Act, 1982*, this provides little assistance in the present appeal. Section 25 shields the rights and freedoms that pertain to Aboriginal peoples of Canada from being abrogated by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but it does not tell us who those peoples are. While the text of s. 35(2) defines Aboriginal peoples to include the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada, this does not specify whether they must be citizens or residents of Canada.

[40] Nor do I take anything from the requirement under s. 35.1 and the repealed ss. 37 and 37.1 that

b) *Le contexte dans la Loi constitutionnelle de 1982*

[38] L’expression « peuples autochtones du Canada » est utilisée ailleurs dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle est utilisée à l’art. 25 (« Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada »), au par. 35(2) (« Dans la présente loi, “peuples autochtones du Canada” s’entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada »), à l’al. 35.1(b) (« le premier ministre du Canada [. . .] invitera les représentants des peuples autochtones du Canada à participer aux travaux relatifs à [certaines modifications à la Constitution] »), et aux dispositions désormais utilisées et abrogées, à savoir le par. 37(2) (« Sont placées à l’ordre du jour de la conférence visée au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada, notamment la détermination et la définition des droits de ces peuples à inscrire dans la Constitution du Canada. Le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions »), et le par. 37.1(2) (« Sont placées à l’ordre du jour de chacune des conférences visées au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada. Le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions »).

[39] S’il peut y avoir des raisons d’interpréter l’expression « peuples autochtones du Canada » de la même manière dans toute la *Loi constitutionnelle de 1982*, cela n’est guère utile dans le cadre du présent pourvoi. L’article 25 protège les droits et libertés des peuples autochtones du Canada contre une abrogation par la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais il ne nous dit pas qui sont ces peuples. Si le libellé du par. 35(2) indique que les peuples autochtones comprennent les Indiens, les Inuits et les Métis du Canada, il ne précise pas s’ils doivent être citoyens ou résidents du Canada.

[40] Je ne retire rien non plus de l’obligation prévue à l’art. 35.1, et aux art. 37 et 37.1 désormais

the Aboriginal peoples of Canada be represented at constitutional conferences. The Crown points out that representatives of the Lakes Tribe have not been invited to the constitutional conferences held so far. But the practice at these conferences was for Aboriginal peoples to be represented by umbrella organizations (see *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627, and R. Romanow, "Aboriginal Rights in the Constitutional Process", in M. Boldt and J. A. Long, eds., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights* (1985), 73). It is not clear that there would be any obstacle to Aboriginal peoples outside of Canada being represented in such processes. The requirement of representation at constitutional conferences thus offers no guidance here.

(c) *Legislative History*

[41] The Crown suggested that insight into the scope of s. 35(1) can be drawn from the *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*. I agree that drafting history can be relevant to constitutional interpretation (see *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566, at para. 78). But in this case it sheds no light. There is nothing in the record to show that the members of the Committee turned their minds at all to the question of non-citizen or non-resident Aboriginal peoples of Canada.

(d) *The 1930 Natural Resources Transfer Agreements*

[42] The Crown and the Attorney General of Saskatchewan submit that s. 35(1) should be interpreted similarly to the Natural Resources Transfer Agreements ("NRTAs"), which were entered into between Canada and each of the Prairie provinces using nearly identical language, and added as schedules to the Constitution. The NRTAs use both the phrases "Indians of the Province" and "Indians within the

abrogés, selon lesquels les peuples autochtones du Canada doivent être représentés aux conférences constitutionnelles. La Couronne souligne que les représentants de la Lakes Tribe n'ont pas été invités aux conférences constitutionnelles tenues jusqu'à présent. Mais lors de ces conférences, la pratique voulait que les peuples autochtones soient représentés par des organismes-cadres (voir *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, et R. Romanow, « Aboriginal Rights in the Constitutional Process », dans M. Boldt et J. A. Long, dir., *The Quest for Justice : Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights* (1985), 73). Il n'est pas évident qu'il y aurait un obstacle à ce que les peuples autochtones hors du Canada soient représentés dans de tels processus. L'exigence de représentation aux conférences constitutionnelles ne nous éclaire donc pas en l'espèce.

c) *L'historique législatif*

[41] La Couronne a laissé entendre que la portée du par. 35(1) peut être mieux comprise à la lumière des *Procès-verbaux et témoignages du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*. Je suis d'accord que l'historique de la rédaction peut être pertinent pour l'interprétation de la Constitution (voir *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 78). Mais en l'espèce, cela ne nous éclaire pas. Rien dans le dossier ne démontre que les membres du Comité se sont penchés le moindrement sur la question des peuples autochtones non citoyens ou non résidents du Canada.

d) *Les Conventions sur le transfert des ressources naturelles de 1930*

[42] La Couronne et le procureur général de la Saskatchewan soutiennent que le par. 35(1) devrait être interprété de la même façon que les Conventions sur le transfert des ressources naturelles (« CTRN »), qui ont été conclues entre le Canada et chacune des provinces des Prairies, dans un libellé presque identique, et ajoutées en annexe à la Constitution. Les CTRN utilisent les deux expressions suivantes,

boundaries thereof”.<sup>1</sup> In *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95, at pp. 101-2, this Court explained that the former was narrower than the latter, in that the latter included “Indians” who were passing through the province, not just those ordinarily resident in the province. Respectfully, there is no reason why “aboriginal peoples of Canada” in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, should be interpreted the same way as “Indians of the Province” in the NRTAs. In *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99, this Court held that s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, was broader than the NRTAs: the Métis are “Indians” under s. 91(24), but not under the NRTAs. The NRTAs, this Court explained, are “constitutional agreement[s], not the Constitution”, which requires “a completely different interpretive exercise” (para. 44).

(e) *The Presumption of Territoriality*

[43] The Crown notes that there is a presumption, rebuttable only by clear words or necessary implication, that legislation does not apply extraterritorially (*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, at paras. 54-55). As a result, it argues, s. 35(1) should be presumed to apply only to groups within Canada, and nothing in the text rebuts that presumption. But the presumption has no effect here. Section 35(1) applies to groups outside of Canada only when claiming or exercising their rights within Canada. The presumption of territoriality does not preclude such application, any more than it precludes the application of

<sup>1</sup> *Natural Resources Transfer Agreement (Manitoba)* (Schedule 1 of *Constitution Act, 1930*, R.S.C. 1985, App. II, No. 26), at paras. 11 and 13; *Natural Resources Transfer Agreement (Alberta)* (Schedule 2 of *Constitution Act, 1930*, R.S.C. 1985, App. II, No. 26), at paras. 10 and 12; *Natural Resources Transfer Agreement (Saskatchewan)* (Schedule 3 of *Constitution Act, 1930*, R.S.C. 1985, App. II, No. 26), at paras. 10 and 12.

soit [TRADUCTION] « les Indiens de la province » et [TRADUCTION] « les Indiens dans les limites de la province »<sup>1</sup>. Dans l’arrêt *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, p. 101-102, la Cour a expliqué que la portée du premier libellé était plus étroite que celle du second, en ce sens que ce dernier comprenait les « Indiens » qui étaient de passage dans la province, et pas seulement ceux qui y résidaient habituellement. En toute déférence, rien ne justifie que l’expression « peuples autochtones du Canada » figurant au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* doive être interprétée de la même manière que l’expression « Indiens de la province » figurant dans les CTRN. Dans l’arrêt *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, la Cour a conclu que la portée du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* était plus large que celle des CTRN : les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24), mais pas par les CTRN. Les CTRN, comme la Cour l’a expliqué, sont « [des] accord[s] de nature constitutionnelle, et non la Constitution », qui exigent « un exercice d’interprétation complètement différent » (par. 44).

e) *La présomption de territorialité*

[43] La Couronne fait remarquer qu’il existe une présomption, réfutable uniquement de façon explicite ou par déduction nécessaire, selon laquelle la loi n’a pas de portée extraterritoriale (*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, par. 54-55). Par conséquent, elle soutient que le par. 35(1) devrait être présumé ne s’appliquer qu’aux groupes se trouvant au Canada, et que rien dans le libellé ne réfute cette présomption. Mais la présomption n’a aucun effet ici. Le paragraphe 35(1) ne s’applique aux groupes se trouvant à l’extérieur du Canada que lorsqu’ils revendiquent ou exercent leurs droits au Canada. La

<sup>1</sup> *Convention sur le transfert des ressources naturelles (Manitoba)* (annexe 1 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n° 26), par. 11 et 13; *Convention sur le transfert des ressources naturelles (Alberta)* (annexe 2 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n° 26), par. 10 et 12; *Convention sur le transfert des ressources naturelles (Saskatchewan)* (annexe 3 de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n° 26), par. 10 et 12.

Canadian land laws to foreign owners of Canadian property.

(f) *Principles of Construction and the Aboriginal Perspective*

[44] Several interveners suggest that interpretive principles in favour of Aboriginal peoples are relevant here. Relatedly, Mr. Desautel and some interveners also suggest that Aboriginal perspectives should be taken into account in interpreting s. 35(1).

[45] The relevant interpretive principle is that, in interpreting s. 35(1), any doubt or ambiguity should be resolved in favour of Aboriginal peoples (*Van der Peet*, at para. 25; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36). In my view, this principle does not help settle the question at issue here. A principle that ambiguities should be resolved in favour of Aboriginal peoples does not determine who those very Aboriginal peoples are. To attempt to use the principle in this way would be circular.

[46] That said, Mr. Desautel and several interveners explain that Aboriginal perspectives involve a strong connection to ancestral territory, even where the Aboriginal group has been dispossessed of that territory, or where the territory is now divided by international borders. As this Court held in *Sparrow*, at p. 1112, it is “crucia[!] to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake”. Therefore, “a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both [aboriginal and non-aboriginal] legal perspectives” (*Van der Peet*, at para. 49, citing M. Walters, “British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*” (1992), 17 *Queen’s L.J.* 350, at p. 413; see also J. Borrows, “Creating an Indigenous Legal Community” (2005), 50 *McGill L.J.* 153, at p. 173). This perspective confirms the interpretation of s. 35(1) which I set out above.

présomption de territorialité n’empêche pas une telle application, pas plus qu’elle n’empêche l’application des lois territoriales canadiennes aux propriétaires étrangers de biens canadiens.

f) *Les principes d’interprétation et la perspective autochtone*

[44] Plusieurs intervenants suggèrent que les principes d’interprétation en faveur des peuples autochtones sont pertinents ici. Dans le même ordre d’idées, M. Desautel et certains intervenants suggèrent également que les perspectives autochtones devraient être prises en compte dans l’interprétation du par. 35(1).

[45] Selon le principe d’interprétation pertinent, s’agissant du par. 35(1), tout doute ou ambiguïté doit être résolu en faveur des peuples autochtones (*Van der Peet*, par. 25; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 36). À mon avis, ce principe n’aide pas à régler la question en l’espèce. Un principe selon lequel les ambiguïtés devraient être résolues en faveur des peuples autochtones ne permet pas de déterminer qui sont ces mêmes peuples autochtones. Tenter d’utiliser le principe de cette manière constituerait une démarche circulaire.

[46] Cela dit, M. Desautel et plusieurs intervenants expliquent que les perspectives autochtones supposent un lien fort avec le territoire ancestral, même lorsque le groupe autochtone a été dépossédé de ce territoire, ou lorsque le territoire est maintenant divisé par des frontières internationales. Comme l’a conclu la Cour dans l’arrêt *Sparrow*, p. 1112, il est « crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause ». Par conséquent, « une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera les deux points de vue juridiques [autochtone et non autochtone] » (*Van der Peet*, par. 49, citant M. Walters, « British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights : A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia* » (1992), 17 *Queen’s L.J.* 350, p. 413; voir aussi J. Borrows, « Creating an Indigenous Legal Community » (2005), 50 *R.D. McGill* 153, p. 173). Ce point de vue confirme l’interprétation du par. 35(1) que j’ai exposée précédemment.

(4) Application

[47] I have concluded that the Aboriginal peoples of Canada under s. 35(1) are the modern-day successors of Aboriginal societies that occupied what is now Canada at the time of European contact (subject to modifications that may be necessary in the case of the Métis). Where this is shown, the threshold question is met and the court ascertains the claimants' rights using the *Van der Peet* test. The threshold question remains relevant in future cases where the claimant group is outside Canada, as *Van der Peet* does not address the required link between the modern-day collective (outside Canada) and the historic collective (that was inside what is now Canada).

[48] In the present case, the trial judge found as a fact that the Sinixt had occupied territory in what is now British Columbia at the time of European contact. She also found that the Lakes Tribe were a modern successor of the Sinixt — leaving open the possibility that there may be others. I would defer to this factual finding. The migration of the Lakes Tribe from British Columbia to a different part of their traditional territory in Washington did not cause the group to lose its identity or its status as a successor to the Sinixt.

[49] This case does not require the Court to set out criteria for successorship of Aboriginal communities. This is a complex issue that should be dealt with on a fuller factual record, with the benefit of legal argument. For example, consideration would have to be given to the possibility that a community may split over time, or, that two communities may merge into one, as well as to the relative significance of factors such as ancestry, language, culture, law, political institutions and territory in connecting a modern community to its historical predecessor. Some of the difficulties here are brought out in the academic literature (see P. L. A. H. Chartrand, "Background", in P. L. A. H. Chartrand, ed., *Who are Canada's Aboriginal Peoples? Recognition, Definition, and*

(4) Application

[47] J'ai conclu que les peuples autochtones du Canada, au sens du par. 35(1), sont les successeurs contemporains des peuples autochtones qui occupaient ce qui est maintenant le Canada au moment du contact avec les Européens (sous réserve des modifications qui peuvent être nécessaires dans le cas des Métis). Une fois cela établi, la question préliminaire reçoit une réponse affirmative et le tribunal vérifie les droits des demandeurs en appliquant le critère de l'arrêt *Van der Peet*. La question préliminaire demeure pertinente à l'avenir dans des affaires où le groupe demandeur se trouve à l'extérieur du Canada, puisque l'arrêt *Van der Peet* ne porte pas sur le lien qui doit exister entre le groupe contemporain (se trouvant à l'extérieur du Canada) et le groupe historique (qui se trouvait à l'intérieur du territoire qui est maintenant le Canada).

[48] En l'espèce, la juge de première instance a conclu que les Sinixt avaient occupé un territoire dans ce qui est aujourd'hui la Colombie-Britannique au moment du contact avec les Européens. Elle a également conclu que la Lakes Tribe était un successeur contemporain des Sinixt, laissant ouverte la possibilité qu'il y en ait d'autres. Je m'en remets à cette conclusion factuelle. La migration de la Lakes Tribe de la Colombie-Britannique vers une autre partie de son territoire traditionnel dans l'État de Washington n'a pas fait perdre au groupe son identité ou son statut de successeur des Sinixt.

[49] La présente affaire n'oblige pas la Cour à établir des critères concernant la succession des communautés autochtones. Il s'agit d'une question complexe qui devrait être traitée sur la base d'un dossier factuel plus étoffé, avec l'apport d'arguments juridiques. Par exemple, il faudrait tenir compte de la possibilité qu'une communauté se scinde au fil du temps, ou que deux communautés fusionnent en une seule, ainsi que de l'importance relative de facteurs tels que l'ascendance, la langue, la culture, le droit, les institutions politiques et le territoire pour relier une communauté contemporaine à son prédécesseur historique. Certaines des difficultés sont mises en évidence dans la doctrine (voir P. L. A. H. Chartrand, « Background », dans

*Jurisdiction* (2002), 27; R. K. Groves, “The Curious Instance of the Irregular Band: A Case Study of Canada’s Missing Recognition Policy” (2007), 70 *Sask. L.R.* 153; and B. Olthuis, “The Constitution’s Peoples: Approaching Community in the Context of Section 35 of the *Constitution Act, 1982*” (2009), 54 *McGill L.J.* 1).

### B. *The Test for Aboriginal Rights*

[50] Having found that the Lakes Tribe is an Aboriginal people of Canada, the next question is whether Mr. Desautel’s claim satisfies the *Van der Peet* test for an Aboriginal right under s. 35(1). As I will explain, the test for Aboriginal rights for groups outside Canada is the same as the test for groups within Canada, and the trial judge did not err in finding that the test was satisfied here.

#### (1) The *Van der Peet* Test

[51] The analysis under *Van der Peet* was restated by this Court in *Lax Kw’alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535, at para. 46:

- (a) Characterize the right claimed in light of the pleadings and evidence (*Van der Peet*, at para. 53; *Gladstone*, at para. 24; *Mitchell* at paras. 14-19).
- (b) Determine whether the claimant has proven that a relevant pre-contact practice, tradition or custom existed and was integral to the distinctive culture of the pre-contact society (*Van der Peet*, at para. 46; *Mitchell*, at para. 12; *Sappier*, at paras. 40-45).
- (c) Determine whether the claimed modern right is “demonstrably connected to, and reasonably regarded as a continuation of, the pre-contact practice” (*Lax Kw’alaams*, at para. 46).

P. L. A. H. Chartrand, dir., *Who are Canada’s Aboriginal Peoples? Recognition, Definition, and Jurisdiction* (2002), 27; R. K. Groves, « The Curious Instance of the Irregular Band : A Case Study of Canada’s Missing Recognition Policy » (2007), 70 *Sask. L.R.* 153; et B. Olthuis, « The Constitution’s Peoples : Approaching Community in the Context of Section 35 of the *Constitution Act, 1982* » (2009), 54 *R.D. McGill* 1).

### B. *Le critère relatif aux droits ancestraux*

[50] Après avoir conclu que la Lakes Tribe est un peuple autochtone du Canada, la question qui se pose est de savoir si la revendication de M. Desautel satisfait au critère de *Van der Peet* concernant l’existence d’un droit ancestral en vertu du par. 35(1). Comme je l’expliquerai, le critère relatif aux droits ancestraux applicable à l’égard des groupes se trouvant à l’extérieur du Canada est le même que celui qui s’applique à l’endroit des groupes se trouvant au Canada, et la juge de première instance n’a pas commis d’erreur en concluant que le critère était rempli en l’espèce.

#### (1) Le critère de *Van der Peet*

[51] La démarche de l’arrêt *Van der Peet* a été reprise par la Cour dans *Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 46 :

- a) déterminer, à partir des actes de procédure et de la preuve, la nature exacte du droit ancestral revendiqué (*Van der Peet*, par. 53; *Gladstone*, par. 24; *Mitchell*, par. 14-19).
- b) déterminer si le demandeur a établi l’existence de la pratique, tradition ou coutume précontact en question et le fait que cette pratique, tradition ou coutume faisait partie intégrante de la culture distinctive de la société avant son contact avec les Européens (*Van der Peet*, par. 46; *Mitchell*, par. 12; *Sappier*, par. 40-45).
- c) déterminer si le droit contemporain revendiqué est « manifestement lié à la pratique précontact et raisonnablement considéré comme le prolongement de cette pratique » (*Lax Kw’alaams*, par. 46).

[52] This analysis has been elaborated in detail in this Court's jurisprudence. For present purposes, it will suffice to comment on the role of continuity in the analysis. Continuity is about whether a modern practice is a continuation of a historic practice. It is different from the threshold question discussed earlier, about whether a modern group is a successor of a historic group. It plays a role both at the second and the third stages of the *Van der Peet* analysis.

[53] At the second stage of the *Van der Peet* analysis, continuity can play a role in proof. Showing that a practice is integral to the claimant's culture today, and that it has continuity with pre-contact times, can count as proof that the practice was integral to the claimant's culture pre-contact (*Van der Peet*, at paras. 62-63; *Gladstone*, at para. 28; *Delgamuukw*, at para. 152; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at para. 45). As Kent McNeil explains, "continuity of this sort has to be shown only when Aboriginal peoples rely on post-sovereignty occupation or post-contact practices, customs, and traditions as evidence of their pre-sovereignty occupation or pre-contact practices, customs, and traditions" ("Continuity of Aboriginal Rights", in K. Wilkins, ed., *Advancing Aboriginal Claims: Visions/Strategies/Directions* (2004), 127, at p. 138).

[54] At the third stage, the question is whether the modern practice which is claimed to be an exercise of an Aboriginal right is connected to, and reasonably seen as a continuation of, the pre-contact practice. At this stage, continuity with the pre-contact practice is required in order for the claimed activity to fall within the scope of the right. It serves to avoid frozen rights, allowing the practice to evolve into modern forms (*Van der Peet*, at para. 64; *Mitchell*, at para. 13). The right claimed "must be allowed to evolve", because "[i]f aboriginal rights are not

[52] Cette démarche a été élaborée plus en détail dans la jurisprudence de la Cour. Pour les besoins de l'espèce, il suffira de faire des commentaires sur le rôle de la continuité dans cette démarche. Le critère de continuité consiste à déterminer si une pratique contemporaine s'inscrit dans la continuité d'une pratique historique. Cela diffère de la question préliminaire examinée précédemment, à savoir si un groupe contemporain est le successeur d'un groupe historique. Cela est pertinent tant à la deuxième qu'à la troisième étape de l'analyse retenue dans l'arrêt *Van der Peet*.

[53] À la deuxième étape du critère établi dans *Van der Peet*, la continuité peut jouer un rôle en matière de preuve. Le fait de démontrer qu'une pratique fait partie intégrante de la culture actuelle du demandeur, et qu'elle s'inscrit dans la continuité de la culture antérieure au contact, peut être considéré comme une preuve que cette pratique faisait partie intégrante de la culture du demandeur avant le contact (*Van der Peet*, par. 62-63; *Gladstone*, par. 28; *Delgamuukw*, par. 152; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 45). Comme l'a expliqué Kent McNeil, [TRADUCTION] « une telle continuité ne doit être démontrée que lorsque les peuples autochtones s'appuient sur l'occupation post-souveraineté ou les pratiques, coutumes et traditions post-contact comme preuve de leur occupation pré-souveraineté ou de leurs pratiques, coutumes et traditions pré-contact » (« Continuity of Aboriginal Rights », dans K. Wilkins, dir., *Advancing Aboriginal Claims : Visions/Strategies/Directions* (2004), 127, p. 138).

[54] À la troisième étape, il s'agit de déterminer si la pratique contemporaine dont on soutient qu'elle constitue l'exercice d'un droit ancestral est liée à une pratique antérieure au contact et peut raisonnablement être considérée comme s'inscrivant dans la continuité de celle-ci. À cette étape, la continuité avec la pratique antérieure au contact est nécessaire pour permettre à l'activité alléguée d'entrer dans le champ d'application du droit. Cette démarche sert à éviter que les droits soient figés et permet à la pratique d'évoluer en des formes contemporaines (*Van*

permitted to evolve and take modern forms, then they will become utterly useless” (*Sappier*, at paras. 48-49).

[55] I would emphasize that the assessment of continuity, both at the second and third stages, is a highly fact-specific exercise. As McLachlin C.J. wrote in *Mitchell*, at para. 36, the weighing of evidence in Aboriginal claims “is generally the domain of the trial judge, who is best situated to assess the evidence as it is presented, and is consequently accorded significant latitude in this regard” (see also *Côté*, at para. 59).

(2) The Attorney General of Canada’s Proposed Framework

[56] The intervener Attorney General of Canada submits that the proper approach to determine under what circumstances an Aboriginal claimant located outside Canada can claim rights under s. 35(1) is a contextual one. In particular, it would require non-resident rights claimants to find a connection with a contemporary Aboriginal collective residing in Canada, and to obtain recognition and authorization by that collective to exercise the claimed s. 35(1) rights. The proposed test draws on *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207, and on the jurisprudence on sheltering rights. As I will explain, I would not give effect to this proposal.

[57] In *Powley*, the Court modified, though it did not overrule, the *Van der Peet* test to accommodate the particular situation of the Métis (see paras. 14 and 18). It also offered some comments on how courts can determine membership in the Métis community in the absence of formalized procedures (para. 29). Importantly, these comments were not about *who* is an “aboriginal peopl[e] of Canada” under s. 35(1), but rather about *how* courts can identify Métis individuals. The Court noted that “groups of Métis have

*der Peet*, par. 64; *Mitchell*, par. 13). Le droit revendiqué « doit être autorisé à évoluer », parce que « [s]i l’on ne permet pas aux droits ancestraux d’évoluer et de trouver une expression moderne, ils deviendront totalement inutiles » (*Sappier*, par. 48-49).

[55] Je tiens à souligner que l’examen de la continuité, tant à la deuxième qu’à la troisième étape, est un exercice hautement factuel. Comme la juge en chef McLachlin l’a expliqué dans l’arrêt *Mitchell*, au par. 36, l’appréciation de la preuve présentée à l’appui de revendications autochtones « relève généralement du juge de première instance, qui est le mieux placé pour apprécier la preuve présentée et qui possède donc une grande latitude à cet égard » (voir aussi *Côté*, par. 59).

(2) Le cadre d’analyse proposé par le procureur général du Canada

[56] L’intervenant le procureur général du Canada soutient que l’approche à privilégier pour déterminer dans quelles circonstances un demandeur autochtone se trouvant à l’extérieur du Canada peut revendiquer des droits visés au par. 35(1) en est une contextuelle. En particulier, elle exigerait que les non-résidents revendiquant des droits trouvent un lien avec une communauté autochtone contemporaine résidant au Canada, et obtiennent la reconnaissance et l’autorisation de cette communauté pour exercer les droits revendiqués visés au par. 35(1). Le critère proposé s’inspire de l’arrêt *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, et de la jurisprudence sur les droits en matière de bénéfice latéral. Comme je vais l’expliquer, je ne donnerais pas suite à cette proposition.

[57] Dans l’arrêt *Powley*, la Cour a modifié, sans toutefois l’écarter, le critère de *Van der Peet* pour tenir compte de la situation particulière des Métis (voir par. 14 et 18). Elle a également formulé des commentaires sur la manière dont les tribunaux peuvent déterminer l’appartenance à une communauté métisse en l’absence de procédures formelles (par. 29). Il est important de préciser que ces commentaires ne portaient pas sur *qui* est un « peupl[e] autochton[e] du Canada » au sens du par. 35(1), mais plutôt sur



often lacked political structures and have experienced shifts in their members' self-identification" (para. 23), such that "determining membership in the Métis community might not be as simple as verifying membership in . . . an Indian band" (para. 29). The Court in *Powley* suggested that an individual who self-identified as Métis also needed to show a link to a historic Métis community and acceptance by a modern successor of that community. This reflected the fact that not all people with both First Nations and European ancestry are Métis.

[58] The idea of "sheltering" emerges from case law concerning "whether an Aboriginal person can lawfully 'shelter' under a treaty he is not a signatory to" (*R. v. Shipman*, 2007 ONCA 338, 85 O.R. (3d) 585, at para. 2; *R. v. Meshake*, 2007 ONCA 337, 85 O.R. (3d) 575, at paras. 1-2). In these cases, the Ontario Court of Appeal held that Aboriginal people from other communities can exercise treaty rights only if they have the permission or consent of the community that is a signatory to the treaty (*Shipman*, at paras. 41-46), or as a result of marriage and acceptance in that community (*Meshake*, at paras. 31-33). As this makes clear, the idea of sheltering arises from the specific context of treaty rights.

[59] The Attorney General of Canada proposes that we adapt the *Powley* and sheltering frameworks to govern the situation of Aboriginal rights claimants outside Canada. In my view, there is no need to do so in this case. I certainly accept that Aboriginal rights must be grounded in the existence of a historic and present-day community (*Powley*, at para. 24). As this Court wrote in *Marshall*, at para. 67, "[m]odern-day claimants must establish a connection with the pre-sovereignty group upon whose practices they rely". But this is so for Aboriginal groups inside or outside Canada. It does not support an additional

*comment* les tribunaux peuvent identifier les Métis. La Cour a souligné que « souvent, des groupes de Métis sont sans structures politiques et que leurs membres ne s'identifient pas constamment comme Métis » (par. 23), de sorte que « [d]éterminer l'appartenance à la communauté métisse n'est peut-être pas aussi simple que vérifier [. . .] l'appartenance à une bande indienne » (par. 29). Dans l'arrêt *Powley*, la Cour a fait remarquer qu'une personne qui s'identifiait comme Métis devait également démontrer un lien avec une communauté métisse historique, et l'acceptation par un successeur contemporain de cette communauté. Cela reflétait le fait que ce ne sont pas toutes les personnes qui ont à la fois des ancêtres des Premières Nations et des ancêtres européens qui sont des Métis.

[58] Le concept de [TRADUCTION] « bénéfice latéral » découle de la jurisprudence concernant [TRADUCTION] « la question de savoir si un Autochtone peut légalement "obtenir un bénéfice latéral" en vertu d'un traité dont il n'est pas signataire » (*R. c. Shipman*, 2007 ONCA 338, 85 O.R. (3d) 585, par. 2; *R. c. Meshake*, 2007 ONCA 337, 85 O.R. (3d) 575, par. 1-2). Dans ces arrêts, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que les Autochtones d'autres communautés ne peuvent exercer des droits issus de traités que s'ils ont la permission ou le consentement de la communauté signataire du traité (*Shipman*, par. 41-46), ou à la suite d'un mariage et d'une acceptation dans cette communauté (*Meshake*, par. 31-33). Il est donc clair que l'idée d'un bénéfice latéral découle du contexte précis des droits issus de traités.

[59] Le procureur général du Canada propose que nous adaptions le cadre de *Powley* et le concept du bénéfice latéral pour régir la situation des revendicateurs de droits ancestraux se trouvant à l'extérieur du Canada. À mon avis, il est inutile de le faire en l'espèce. Je reconnais certainement que les droits ancestraux doivent être fondés sur l'existence d'une communauté historique toujours vivante (*Powley*, par. 24). Comme l'a expliqué la Cour dans l'arrêt *Marshall*, au par. 67, « les revendicateurs actuels doivent [. . .] démontrer l'existence d'un lien avec le groupe antérieur à l'affirmation de la souveraineté

requirement, for groups outside Canada, of recognition by a related Aboriginal collective residing in Canada.

[60] This requirement would place a higher burden on Aboriginal communities who seek to claim rights if the group moved, was forced to move, or was divided by the creation of an international border between Canada and the United States. It would risk defining Aboriginal rights “in a manner which excludes some of those the provision was intended to protect” (*R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, at para. 27). Moreover, it would raise myriad practical difficulties, such as which group within Canada has a say in the recognition of a claimant located outside Canada, where there are competing groups (*Hwlitsum First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 276, 15 B.C.L.R. (6th) 91), which body can represent a collective residing in Canada (*Campbell v. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151), and what happens if there is no related modern collective residing in Canada.

[61] For these reasons, the test for an Aboriginal right is the same whether the claimant is inside or outside Canada.

### (3) Application

[62] In the present case, the Aboriginal right claimed is a right to hunt for food, social and ceremonial purposes within the traditional territory of the Sinixt in British Columbia. The trial judge found, based on the evidence before her, that at the time of contact this practice was integral to the distinctive culture of the Sinixt. She also found that the modern-day practice of hunting in this territory, as Mr. Desautel did, is a continuation of this pre-contact practice. Indeed, setting aside the periods in

dont ils invoquent les pratiques ». Or, il en est ainsi tant pour les groupes autochtones se trouvant à l’intérieur du Canada que pour les groupes se trouvant à l’extérieur du Canada. Cela ne justifie pas une exigence supplémentaire, pour les groupes se trouvant à l’extérieur du Canada, de reconnaissance par une communauté autochtone apparentée résidant au Canada.

[60] Cette exigence imposerait un fardeau plus lourd aux communautés autochtones qui cherchent à revendiquer des droits si le groupe s’est déplacé, a été forcé de déménager ou a été divisé à cause de la création d’une frontière internationale entre le Canada et les États-Unis. Cela risquerait de définir les droits ancestraux « d’une manière qui exclut certains des droits que cette disposition vise à protéger » (*R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 27). De plus, cette exigence occasionnerait une multitude de difficultés pratiques, telles que la question de savoir quel groupe au Canada a son mot à dire dans la reconnaissance d’un demandeur se trouvant à l’extérieur du Canada lorsqu’il existe des groupes concurrents (*Hwlitsum First Nation c. Canada (Attorney General)*, 2018 BCCA 276, 15 B.C.L.R. (6th) 91), quel organisme peut représenter une communauté résidant au Canada (*Campbell c. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151), et quelles sont les conséquences de l’absence d’une communauté contemporaine apparentée résidant au Canada.

[61] Pour ces motifs, le critère relatif à un droit ancestral demeure le même, que le demandeur se trouve au Canada ou à l’extérieur du pays.

### (3) Application

[62] En l’espèce, le droit ancestral revendiqué est un droit de chasse à des fins alimentaires, sociales et rituelles sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique. La juge de première instance a conclu, sur la base des éléments de preuve dont elle disposait, qu’au moment du contact, cette pratique faisait partie intégrante de la culture distinctive des Sinixt. Elle a également conclu que la pratique contemporaine de la chasse sur ce territoire, telle que l’a exercée M. Desautel, s’inscrit dans la continuité

which no hunting took place, there was no significant dissimilarity between the pre-contact practice and the modern one (as there was, for example, in *Lax Kw'alaams*). As a result, she found that Mr. Desautel was exercising an Aboriginal right.

[63] The Crown and the intervener Attorney General of Alberta submit that this was an error, because continuity requires an ongoing presence in the lands over which an Aboriginal right is asserted. As my discussion of continuity should make clear, this has never been part of the test for an Aboriginal right. Nor is there any basis for adding it to the test, even where the claimant is outside Canada. As Lamer C.J. explained in *Van der Peet*, at para. 65, “an unbroken chain of continuity” is not required. Indeed, as McLachlin J. (dissenting, but not on this point) noted in *Van der Peet*, at para. 249, “it is not unusual for the exercise of a right to lapse for a period of time”.

[64] In effect, we are asked to hold that an Aboriginal right can be lost or abandoned by non-use: a proposition that Lamer C.J. left undecided in *Van der Peet*, at para. 63. Would accepting this proposition risk “undermining the very purpose of s. 35(1) by perpetuating the historical injustice suffered by aboriginal peoples at the hands of colonizers” (*Côté*, at para. 53; see also McNeil, at pp. 133-35)? It is better not to decide the issue here, as it does not arise in light of the factual findings of the trial judge. The law should be developed through cases where determination of such issues is required, where there is an adequate evidentiary basis, and where the issues are the subject of full submissions and thorough consideration at trial and at the appellate level.

### C. *Sovereign Incompatibility*

[65] The Crown submits that even if Mr. Desautel's claim would otherwise meet the test for an Aboriginal right, this right is incompatible with Canadian

de la pratique précontact. En effet, mises à part les périodes pendant lesquelles il n'y a pas eu de chasse, il n'y a pas de grande différence entre la pratique précontact et la pratique contemporaine (comme c'était le cas, par exemple, dans *Lax Kw'alaams*). Par conséquent, elle a conclu que M. Desautel exerçait un droit ancestral.

[63] La Couronne et l'intervenant le procureur général de l'Alberta soutiennent que c'était une erreur, car la continuité exige une présence continue sur les terres où un droit ancestral est revendiqué. Comme mon exposé sur la continuité vient le préciser, cela n'a jamais fait partie du critère relatif à un droit ancestral. Rien ne justifie non plus de l'ajouter au critère, même lorsque le demandeur se trouve à l'extérieur du Canada. Comme l'a expliqué le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Van der Peet*, au par. 65, « le concept de continuité n'exige pas [...] la preuve d'une continuité parfaite ». En effet, comme l'a signalé la juge McLachlin (dissidente, mais non sur ce point), au par. 249 de l'arrêt *Van der Peet*, « il n'est pas exceptionnel qu'un droit cesse d'être exercé pendant un certain temps ».

[64] En fait, on nous demande de conclure qu'un droit ancestral peut être perdu ou abandonné du fait de son non-exercice, une proposition sur laquelle le juge en chef Lamer n'a pas statué dans l'arrêt *Van der Peet*, par. 63. Accepter cette proposition risquerait-il de « saper l'objet même du par. 35(1) en perpétuant l'injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des colonisateurs » (*Côté*, par. 53; voir aussi McNeil, p. 133-135)? Il est préférable de ne pas trancher la question en l'espèce, car elle ne se pose pas à la lumière des conclusions de fait de la juge de première instance. Le droit devrait être développé par des affaires où il est nécessaire de trancher ces questions, où il existe des éléments de preuve suffisants et où les questions font l'objet d'une argumentation complète et d'un examen approfondi au procès et en appel.

### C. *L'incompatibilité avec la souveraineté*

[65] La Couronne soutient que même si la revendication de M. Desautel répondait par ailleurs au critère relatif à un droit ancestral, ce droit est incompatible

sovereignty because the right encompasses other rights necessary for its meaningful exercise, which means a right to cross the Canada-U.S. border. This submission is supported by the Attorney General of Quebec, the Attorney General of New Brunswick and the Attorney General of Alberta. As a result, the Crown argues, Mr. Desautel's right to hunt never came into existence.

[66] I am of the view that, *unlike* the right claimed in *Mitchell*, the very purpose of the right claimed by Mr. Desautel is not to cross the border. The mobility right, if it exists, is incidental in this case. Sovereign incompatibility would relate solely to the issue of whether there can be an Aboriginal right to enter Canada — an issue that is not raised here, because Mr. Desautel was not denied entry to Canada. Moreover, this issue was not fully addressed by the courts below. Therefore, the question of whether the appropriate framework is sovereign incompatibility or infringement/justification under *Sparrow* should be left for another day, when the Court has a proper set of facts to answer the question.

#### D. *Common Law Aboriginal Rights*

[67] The Crown contends that while Mr. Desautel cannot have a s. 35(1) Aboriginal right, because he is not a member of an Aboriginal people of Canada, he can still have common law Aboriginal rights, albeit these rights would not constitute a defence to the regulatory charges against him. Recognizing common law Aboriginal rights alongside s. 35(1) Aboriginal rights would introduce additional difficulties. In particular, the Crown seems to assume that the test for a common law Aboriginal right would be the same as the test for a s. 35(1) Aboriginal right, that is, the *Van der Peet* test. But this is far from clear.

[68] Before 1982, common law Aboriginal rights were recognized in Canada under British imperial law (*Calder*, at pp. 328 and 402; *Mitchell*, at

avec la souveraineté canadienne, parce qu'il englobe d'autres droits nécessaires à son exercice effectif, notamment le droit de traverser la frontière canado-américaine. Cette observation reçoit l'appui du procureur général du Québec, du procureur général du Nouveau-Brunswick et du procureur général de l'Alberta. Par conséquent, selon la Couronne, le droit de chasse de M. Desautel n'a jamais existé.

[66] Je suis d'avis que, *contrairement* au droit revendiqué dans l'affaire *Mitchell*, l'objet même du droit revendiqué par M. Desautel n'est pas de traverser la frontière. Le droit de circulation, s'il existe, est accessoire en l'espèce. L'incompatibilité avec la souveraineté ne porterait que sur la question de savoir s'il peut y avoir un droit ancestral d'entrer au Canada — une question qui n'est pas soulevée en l'espèce, car M. Desautel ne s'est pas vu refuser l'entrée au Canada. De plus, cette question n'a pas été examinée de manière exhaustive par les tribunaux d'instance inférieure. Par conséquent, la question de savoir quel est le cadre pertinent, à savoir l'incompatibilité avec la souveraineté ou la violation/justification relativement à l'arrêt *Sparrow*, devrait être tranchée à une autre occasion, où la Cour dispose d'un ensemble de faits adéquat pour y répondre.

#### D. *Les droits ancestraux en common law*

[67] La Couronne soutient que même si M. Desautel ne peut posséder un droit ancestral visé au par. 35(1), parce qu'il n'est pas membre d'un peuple autochtone du Canada, il peut néanmoins avoir des droits ancestraux en common law, même si ces droits ne constituent pas une défense contre les accusations d'infractions réglementaires portées contre lui. Reconnaître les droits ancestraux existant en common law en parallèle avec ceux visés au par. 35(1) poserait des difficultés supplémentaires. En particulier, la Couronne semble présumer que le critère relatif à un droit ancestral en common law serait le même que celui relatif à un droit ancestral visé au par. 35(1), c'est-à-dire le critère de *Van der Peet*. Mais cela est loin d'être clair.

[68] Avant 1982, les droits ancestraux de common law étaient reconnus au Canada par le droit impérial britannique (*Calder*, p. 328 et 402; *Mitchell*,

paras. 62-64). Under the imperial doctrine of succession, when Britain took possession of a new territory, the laws in force in that territory were presumed to continue (subject to some exceptions). This doctrine was not limited to practices, traditions or customs that were “integral to the distinctive culture” of the Aboriginal people, as in *Van der Peet*. This suggests, on the one hand, that the test for a common law right may be met even where the *Van der Peet* test is not.

[69] On the other hand, this Court has held that the existence of a common law Aboriginal right is sufficient to ground a s. 35(1) right (*Delgamuukw*, at para. 136). Recognizing common law Aboriginal rights alongside s. 35(1) rights would require the Court to resolve this apparent tension. As Richard Ogden writes,

while a legal historian might one day accept that the effect of the *Van der Peet* trilogy was to create a new test, and a new doctrine, the Supreme Court has stated that the doctrine which gives rise to section 35 rights is the same doctrine that gave rise to common law Aboriginal rights.

(“Existing’ Aboriginal Rights in Section 35 of the *Constitution Act, 1982*” (2009), 88 *Can. Bar Rev.* 51, at p. 84; see also G. Otis, “Le titre aborigène: émergence d’une figure nouvelle et durable du foncier autochtone?” (2005), 46 *C. de D.* 795, at p. 800.)

[70] However, in light of my conclusion that Mr. Desautel has a s. 35(1) Aboriginal right to hunt in the ancestral territory of the Sinixt in British Columbia, it is not necessary to address this matter here.

#### E. *The Consequences of This Decision*

[71] The Crown and several attorneys general raised concerns about the possible consequences of groups like the Lakes Tribe being held to be Aboriginal peoples of Canada. In this section, I explain why these concerns do not justify any change to the law as set out in these reasons. While Aboriginal

par. 62-64). Selon la doctrine impériale de la succession, lorsque la Grande-Bretagne prenait possession d’un nouveau territoire, les lois en vigueur dans ce territoire étaient présumées être maintenues (sous réserve de certaines exceptions). Cette doctrine ne se limitait pas aux pratiques, traditions ou coutumes qui faisaient « partie intégrante de la culture distinctive » des peuples autochtones, comme dans *Van der Peet*. Cela donne à penser, d’une part, que le critère relatif à un droit de common law peut être respecté même lorsque le critère de *Van der Peet* ne l’est pas.

[69] D’autre part, la Cour a conclu que l’existence d’un droit ancestral en common law est suffisante pour fonder un droit visé au par. 35(1) (*Delgamuukw*, par. 136). La reconnaissance des droits ancestraux en common law en parallèle avec les droits visés au par. 35(1) obligerait la Cour à résoudre cette tension apparente. Comme l’écrit Richard Ogden :

[TRADUCTION] [B]ien qu’un historien juridique puisse un jour accepter que la trilogie de *Van der Peet* ait eu pour effet de créer un nouveau critère et une nouvelle doctrine, la Cour suprême a déclaré que la doctrine qui donne naissance aux droits visés à l’article 35 est la même que celle qui a donné naissance aux droits autochtones en common law.

(« “Existing” Aboriginal Rights in Section 35 of the *Constitution Act, 1982* » (2009), 88 *R. du B. can.* 51, p. 84; voir aussi G. Otis, « Le titre aborigène : émergence d’une figure nouvelle et durable du foncier autochtone? » (2005), 46 *C. de D.* 795, p. 800.)

[70] Cependant, à la lumière de ma conclusion selon laquelle M. Desautel a un droit ancestral au sens du par. 35(1) de chasser sur le territoire ancestral des Sinixt en Colombie-Britannique, il n’est pas nécessaire d’aborder cette question en l’espace.

#### E. *Les conséquences de la présente décision*

[71] La Couronne et plusieurs procureurs généraux ont exprimé des inquiétudes au sujet des conséquences possibles de la reconnaissance de groupes comme la Lakes Tribe en tant que peuples autochtones du Canada. Dans cette partie, j’expliquerai pourquoi ces préoccupations ne justifient pas une

communities outside Canada can assert and hold s. 35(1) rights, it does not follow that their rights are the same as those of communities within Canada. While the test for an Aboriginal right is the same, the different circumstances of communities outside Canada may lead to different results.

(1) The Duty to Consult

[72] The duty to consult “arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it” (*Haida*, at para. 35). In other words, three conditions must exist for the duty to arise: actual or constructive knowledge, contemplated Crown conduct and a potential adverse effect on an Aboriginal or treaty right. The requirement of actual or constructive knowledge was clarified in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at para. 40:

Actual knowledge arises when a claim has been filed in court or advanced in the context of negotiations, or when a treaty right may be impacted. Constructive knowledge arises when lands are known or reasonably suspected to have been traditionally occupied by an Aboriginal community or an impact on rights may reasonably be anticipated. [Citations omitted.]

[73] As I will explain, given the requirement of actual or constructive knowledge, the duty to consult may well operate differently as regards those outside Canada.

[74] Given the long history of Crown-Aboriginal relations in Canada, the Crown will often be aware of the existence of Aboriginal groups within Canada and may have some sense of their claims. The situation is different when it comes to Aboriginal groups

modification du droit en la matière tel qu’il est exposé dans les présents motifs. Si les communautés autochtones à l’extérieur du Canada peuvent revendiquer et posséder des droits visés au par. 35(1), il ne s’ensuit pas que leurs droits sont les mêmes que ceux des communautés se trouvant au Canada. Bien que le critère relatif à un droit ancestral soit le même, les situations particulières des communautés se trouvant à l’extérieur du Canada peuvent mener à des résultats différents.

(1) L’obligation de consulter

[72] L’obligation de consulter « prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur celui-ci » (*Nation haïda*, par. 35). En d’autres termes, trois conditions doivent être réunies pour que l’obligation prenne naissance : la connaissance réelle ou imputée, une mesure envisagée de la Couronne et un effet préjudiciable sur un droit ancestral ou issu de traité. L’exigence de la connaissance réelle ou imputée a été expliquée dans l’arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 40 :

Il y a connaissance réelle lorsqu’une revendication a été formulée dans une instance judiciaire ou lors de négociations, ou lorsqu’un droit issu de traité peut être touché. Il y a connaissance par imputation lorsque l’on sait ou que l’on soupçonne raisonnablement que les terres ont été traditionnellement occupées par une collectivité autochtone ou que l’on peut raisonnablement prévoir qu’il y aura une incidence sur des droits. [Références omises.]

[73] Comme je l’expliquerai, étant donné l’exigence d’une connaissance réelle ou imputée, l’obligation de consulter pourrait fort bien fonctionner différemment en ce qui concerne les groupes se trouvant à l’extérieur du Canada.

[74] Étant donné la longue histoire des relations entre la Couronne et les Autochtones au Canada, la Couronne connaît souvent l’existence des groupes autochtones se trouvant au Canada, et peut avoir une idée de leurs revendications. La situation est

outside of Canada. In the absence of some historical interaction with them, the Crown may not know, or have any reason to know, that they exist, let alone that they have potential rights within Canadian territory.

[75] There is no freestanding duty on the Crown to seek out Aboriginal groups, including those outside Canada, in the absence of actual or constructive knowledge of a potential impact on their rights. In the absence of such knowledge, the Crown is free to act. It is for the groups involved to put the Crown on notice of their claims (*Native Council of Nova Scotia v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 113, [2008] 3 C.N.L.R. 286; *Mississaugas of Scugog Island First Nation v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 444*, 2007 ONCA 814, 88 O.R. (3d) 583, at para. 59).

[76] Once the Crown is put on notice, however, it has to determine whether a duty to consult arises and, if so, what the scope of the duty is. As I mentioned earlier, consultation is part of a “process of fair dealing and reconciliation” which “arises . . . from the Crown’s assertion of sovereignty” (*Haida*, at para. 32). Because groups outside Canada are not implicated in this process to the same degree, the scope of the Crown’s duty to consult with them, and the manner in which it is given effect, may differ. Integrating groups outside Canada into consultations by the Crown with groups inside Canada may involve discussions within Aboriginal communities and with the Crown. While the consultation process may be more challenging when it involves groups outside Canada, as this Court said in *Powley*, at para. 49, “the difficulty of identifying members of the [Aboriginal] community must not be exaggerated as a basis for defeating their rights under the Constitution of Canada”.

différente lorsqu’il s’agit de groupes autochtones se trouvant à l’extérieur du Canada. En l’absence d’une interaction historique avec eux, la Couronne peut ne pas savoir, ou n’avoir aucune raison de savoir, qu’ils existent, et encore moins qu’ils ont des droits éventuels sur le territoire canadien.

[75] La Couronne n’a pas l’obligation indépendante de rechercher des groupes autochtones, y compris à l’extérieur du Canada, en l’absence de connaissance réelle ou imputée de répercussions potentielles sur leurs droits. En l’absence d’une telle connaissance, la Couronne est libre d’agir. Il appartient aux groupes concernés de notifier la Couronne de leurs revendications (*Native Council of Nova Scotia c. Canada (Attorney General)*, 2008 CAF 113, [2008] 3 C.N.L.R. 286; *Mississaugas of Scugog Island First Nation c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 444*, 2007 ONCA 814, 88 O.R. (3d) 583, par. 59).

[76] Cependant, une fois que la Couronne est avisée, elle doit déterminer si une obligation de consulter prend naissance et, dans l’affirmative, quelle est la portée de cette obligation. Comme je l’ai déjà dit, la consultation fait partie intégrante du « processus de négociation honorable et de conciliation », qui « tire son origine de l’affirmation par la Couronne de sa souveraineté » (*Nation haïda*, par. 32). Comme les groupes se trouvant à l’extérieur du Canada n’interviennent pas dans ce processus dans la même mesure, la portée de l’obligation de les consulter, et la façon d’exécuter cette obligation, peuvent différer. L’intégration de groupes se trouvant à l’extérieur du Canada dans les consultations menées par la Couronne avec des groupes se trouvant au Canada peut impliquer des discussions au sein des communautés autochtones et avec la Couronne. Bien que le processus de consultation puisse être plus difficile lorsqu’il concerne des groupes se trouvant à l’extérieur du Canada, comme l’a dit la Cour dans l’arrêt *Powley*, au par. 49, « il ne faut pas exagérer la difficulté d’identifier les membres de la communauté [autochtone] pour justifier de leur refuser les droits que leur garantit la Constitution du Canada ».

(2) Justifying Infringements of Aboriginal Rights

[77] The fact that an Aboriginal group is outside Canada is relevant to the *Sparrow* test for justifying an infringement of an Aboriginal or treaty right.

[78] This Court has emphasized the role of context in determining whether an infringement of an Aboriginal right is justified. In *Sparrow*, at p. 1111, the Court noted “the importance of context and a case-by-case approach to s. 35(1)”, writing that “in light of the complexities of aboriginal history, society and rights, the contours of a justificatory standard must be defined in the specific factual context of each case.” This point was applied in *Gladstone*, at para. 56, where Lamer C.J. wrote that

the framework for analysing aboriginal rights laid out in *Sparrow* depends to a considerable extent on the legal and factual context of that appeal. In this case, where . . . the context varies significantly from that in *Sparrow*, it will be necessary to revisit the *Sparrow* test and to adapt the justification test it lays out . . .

[79] The fact that the holder of an Aboriginal right is located outside of Canada is a feature of the context that may be taken into account in the justification analysis. The government’s power to infringe Aboriginal rights reflects the fact that “rights do not exist in a vacuum” (*R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, at para. 92). Rather, Aboriginal peoples are part of “a broader social, political and economic community” whose interests may, where sufficiently important, justify infringement of Aboriginal rights (*Gladstone*, at para. 73). In sum, justifying an infringement involves reconciling the interests of an Aboriginal people with the interests of the broader community of which it is a part (*Tsilhqot’in*, at para. 118). The extent to which the fact that the holder of the Aboriginal right is an Aboriginal people located outside this broader community makes a difference in the justification analysis is another issue better determined

(2) La justification d’atteintes à des droits ancestraux

[77] Le fait qu’un groupe autochtone se trouve à l’extérieur du Canada est pertinent au regard du critère de l’arrêt *Sparrow* pour justifier une atteinte à un droit ancestral ou issu de traité.

[78] La Cour a souligné le rôle du contexte pour déterminer si une atteinte à un droit ancestral est justifiée. Dans l’arrêt *Sparrow*, p. 1111, la Cour a signalé « l’importance du contexte et d’un examen cas par cas » concernant le par. 35(1), écrivant que « compte tenu surtout des complexités que présentent l’histoire, la société et les droits des Autochtones, les limites d’une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas. » Ce principe a été appliqué dans l’arrêt *Gladstone*, au par. 56, où le juge en chef Lamer a affirmé que

l’application du cadre d’analyse des droits ancestraux établi dans *Sparrow*, est dans une large mesure fonction du contexte juridique et factuel de cet arrêt. Dans le présent pourvoi, [. . .] comme le contexte diffère considérablement de celui de l’affaire *Sparrow*, il sera nécessaire de réexaminer le critère établi dans cet arrêt et d’adapter le critère de la justification qui y est énoncé . . .

[79] Le fait que le titulaire d’un droit ancestral se trouve à l’extérieur du Canada est une caractéristique du contexte qui peut être prise en compte dans l’analyse de la justification. Le pouvoir du gouvernement de porter atteinte aux droits ancestraux témoigne du fait que « les droits n’existent pas dans l’abstrait » (*R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, par. 92). Les peuples autochtones font plutôt partie d’« une communauté sociale, politique et économique plus large » dont les intérêts peuvent, lorsqu’ils sont suffisamment importants, justifier une atteinte aux droits ancestraux (*Gladstone*, par. 73). En somme, justifier une atteinte suppose de concilier les intérêts d’un peuple autochtone avec les intérêts de la communauté plus large dont il fait partie (*Tsilhqot’in*, par. 118). La mesure dans laquelle le fait que le titulaire du droit ancestral est un peuple autochtone extérieur à cette communauté



where on the facts this is required, where there is an adequate evidentiary basis, and where the issues are the subject of full submissions and thorough consideration at trial and at the appellate level.

(3) Aboriginal Title

[80] The present case involves an Aboriginal right to hunt for food, social and ceremonial purposes. It does not involve a claim for Aboriginal title. Aboriginal title is not a right to carry out an activity, but a right to the land itself (*Delgamuukw*, at paras. 137-41). While the test for Aboriginal title has the same basic structure as the test for other Aboriginal rights, it also has some important differences (paras. 144-45 and 150-51). First, unlike other Aboriginal rights, the historic date for proof of Aboriginal title is the date of Crown sovereignty, not the date of contact. Second, while other Aboriginal rights require proving that a practice was integral to the distinctive culture of the Aboriginal society, Aboriginal title requires proof of exclusive occupation of territory, without any additional need to show that this occupation was culturally integral.

[81] Given these special features of the test for Aboriginal title, and given that the present case does not involve a title claim, I would leave for another day the differences that may exist between the test for Aboriginal title claims by Aboriginal peoples within Canada and the test for such claims by peoples outside Canada.

(4) Modern Treaties

[82] Some modern treaties make provision for Aboriginal individuals who are not Canadian citizens

élargie influe sur l'analyse de la justification est une autre question qui serait mieux tranchée si les faits l'exigeaient, s'il existait des éléments de preuve suffisants et si les questions faisaient l'objet d'une argumentation complète et d'un examen approfondi au procès et en appel.

(3) Le titre ancestral

[80] Le présent dossier concerne un droit ancestral de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Il n'y est pas question de la revendication d'un titre ancestral. Un titre ancestral n'est pas un droit d'exercer une activité, mais un droit au territoire lui-même (*Delgamuukw*, par. 137-141). Si le critère relatif à un titre ancestral a la même structure de base que le critère relatif aux autres droits des Autochtones, il présente également quelques différences importantes (par. 144-145 et 150-151). Premièrement, contrairement à d'autres droits ancestraux, le moment pertinent pour établir l'existence d'un titre ancestral est celui de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, et non le moment du premier contact. Deuxièmement, alors que dans le cas d'autres droits ancestraux il est nécessaire de prouver qu'une pratique faisait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone, dans le cas du titre ancestral il faut faire la preuve de l'occupation exclusive d'un territoire, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que cette occupation faisait partie intégrante de la culture.

[81] Compte tenu de ces caractéristiques particulières au critère relatif au titre ancestral, et étant donné que la présente affaire ne porte pas sur une revendication de titre, je suis d'avis de reporter à une autre occasion la détermination des différences qui peuvent exister entre le critère relatif aux revendications de titre ancestral par des peuples autochtones se trouvant au Canada et le critère relatif à ces revendications par des peuples se trouvant à l'extérieur du Canada.

(4) Les traités modernes

[82] Certains traités modernes prévoient que des Autochtones qui ne sont pas des citoyens canadiens

to have treaty rights.<sup>2</sup> Other treaties exclude this possibility.<sup>3</sup> The intervener Attorney General of the Yukon Territory asks us to be mindful of these treaties in deciding the present case. I agree that modern treaties, being the result of lengthy negotiations, should be considered with great respect (*Beckman*, at paras. 9-10 and 12, per Binnie J.; at paras. 111-12 and 203, per Deschamps J. (concurring); *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, 2017 SCC 58, [2017] 2 S.C.R. 576, at paras. 1, 33 and 38). However, the content of these treaties does not determine the proper interpretation of “aboriginal peoples of Canada” under s. 35(1). Nor does the proper interpretation of “aboriginal peoples of Canada” under s. 35(1) undermine the rights set out in these modern treaties.

#### F. *The Vindication of Aboriginal Rights*

[83] As I mentioned at the outset of these reasons, beyond agreeing with Mr. Desautel on the central issue, I have said little more about what this means for the exercise of s. 35(1) Aboriginal rights. I end with some comments on the means available for the vindication of Aboriginal rights.

peuvent bénéficier de droits issus de traités<sup>2</sup>. D’autres traités excluent cette possibilité<sup>3</sup>. Le procureur général du Territoire du Yukon nous demande de tenir compte de ces traités pour statuer sur la présente affaire. Je conviens que les traités modernes, qui sont le fruit de longues négociations, doivent être considérés avec beaucoup de respect (*Beckman*, par. 9-10 et 12, le juge Binnie; par. 111-112 et 203, la juge Deschamps (motifs concordants); *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576, par. 1, 33 et 38). Toutefois, le contenu de ces traités ne dicte pas la juste interprétation de l’expression « peuples autochtones du Canada » au sens du par. 35(1). La juste interprétation de l’expression « peuples autochtones du Canada » au sens du par. 35(1) ne porte pas non plus atteinte aux droits énoncés dans ces traités modernes.

#### F. *La défense des droits ancestraux*

[83] Comme je l’ai mentionné au début des présents motifs, mis à part mon accord avec M. Desautel sur la question principale, j’ai fait peu de commentaires sur ce que cela signifie pour l’exercice des droits ancestraux visés au par. 35(1). Je terminerai par quelques commentaires sur les moyens disponibles pour la défense de droits ancestraux.

<sup>2</sup> See for example: Carcross/Tagish First Nation Final Agreement (2005), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Champagne and Aishihik First Nations Final Agreement (1993), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Kluane First Nation Final Agreement (2003), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Kwanlin Dun First Nation Final Agreement (2004), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Little Salmon/Carmacks First Nation Agreement (1998), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; First Nation of Nacho Nyak Dun Final Agreement (1993), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Selkirk First Nation Final Agreement (1998), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Ta’an Kwach’an Council Final Agreement (2001), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Teslin Tlingit Council Final Agreement (1993), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Tr’ondëk Hwëch’in Final Agreement (1998), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3; Vuntut Gwitchin First Nation Final Agreement (1993), vol. 1, c. 3, ss. 3.2.2 to 3.2.3.

<sup>3</sup> See for example: Gwich’in Comprehensive Land Claim Agreement (1992), vol. 1, c. 4; Sahtu Dene and Metis Comprehensive Land Claim Agreement (1993), vol. 1, c. 4.

<sup>2</sup> Voir par exemple : Entente définitive de la Première nation des Carcross/Tagish (2005), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive des Premières nations de Champagne et de Aishihik (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation de Kluane (2003), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation des Kwanlin Dun (2004), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks (1998), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation des Nacho Nyak Dun (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation de Selkirk (1998), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive du conseil des Ta’an Kwach’an (2001), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive du conseil des Tlingits de Teslin (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive des Tr’ondëk Hwëch’in (1998), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3; Entente définitive de la Première nation des Gwitchin Vuntut (1993), vol. 1, c. 3, art. 3.2.2 à 3.2.3.

<sup>3</sup> Voir par exemple : Entente sur la revendication territoriale globale des Gwich’in (1992), vol. 1, c. 4; Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sahtu (1993), vol. 1, c. 4.

(1) It Is for the Courts to Interpret Section 35(1)

[84] This Court has to be mindful of its proper role in the vindication of Aboriginal rights. As this Court held in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169, “the courts are guardians of the Constitution and of individuals’ rights under it”. The role of giving an authoritative interpretation of laws and of the Constitution belongs to the courts (H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at pp. 808-9, no. X.11 and X.13).

[85] When the existing Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada were recognized and affirmed by the enactment of the *Constitution Act, 1982*, this gave rise to an obligation for the courts to “give effect to that national commitment” (*R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533 (“*Marshall No. 2*”), at para. 45). As the majority of this Court recently confirmed in *Uashaunnuat*, at para. 24:

Although s. 35(1) recognizes and affirms “the existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada”, defining those rights is a task that has fallen largely to the courts. The honour of the Crown requires a generous and purposive interpretation of this provision in furtherance of the objective of reconciliation. [Emphasis added, citation omitted.]

[86] In my view, the authoritative interpretation of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, is for the courts. It is for Aboriginal peoples, however, to define themselves and to choose by what means to make their decisions, according to their own laws, customs and practices.

(2) Negotiation Can Foster Reconciliation

[87] Negotiation has significant advantages for both the Crown and Aboriginal peoples as a way to obtain clarity about Aboriginal rights:

(1) Il appartient aux tribunaux d’interpréter le par. 35(1)

[84] La Cour doit être consciente du rôle qui lui revient dans la défense des droits ancestraux. Comme elle l’a déclaré dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 169, « les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu’elle confère aux particuliers ». Le rôle de donner une interprétation faisant autorité des lois et de la Constitution appartient aux tribunaux (H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 808-809, n<sup>o</sup> X.11 et X.13).

[85] Lorsque les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada ont été reconnus et confirmés par la promulgation de la *Loi constitutionnelle de 1982*, cela a donné naissance à l’obligation pour les tribunaux de « donner effet à cet engagement national » (*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533 (« *Marshall N<sup>o</sup> 2* »), par. 45). Comme les juges majoritaires de la Cour l’ont récemment confirmé dans l’arrêt *Uashaunnuat*, au par. 24 :

Bien que le par. 35(1) reconnaisse et confirme « [l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada », la définition de ces droits incombe surtout aux tribunaux. L’honneur de la Couronne exige que cette disposition soit interprétée de façon libérale et téléologique en vue d’atteindre l’objectif de la réconciliation. [Je souligne, références omises.]

[86] À mon avis, l’interprétation faisant autorité du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* revient aux tribunaux. Il appartient toutefois aux peuples autochtones de se définir et de choisir par quels moyens prendre leurs décisions, conformément à leurs propres lois, coutumes et pratiques.

(2) La négociation peut favoriser la réconciliation

[87] La négociation, comme façon d’obtenir de la clarté quant aux droits ancestraux, comporte des avantages importants tant pour la Couronne que pour les peuples autochtones :

Negotiation . . . has the potential of producing outcomes that are better suited to the parties' interests, while the range of remedies available to a court is narrower. . . . The settlement of indigenous claims [has] an inescapable political dimension that is best handled through direct negotiation.

(S. Grammond, *Terms of Coexistence, Indigenous Peoples and Canadian Law* (2013), at p. 139)

Negotiation also provides certainty for both parties (*Beckman*, at para. 109, per Deschamps J., concurring). As the Court said in *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, at para. 24, “[t]rue reconciliation is rarely, if ever, achieved in courtrooms.”

[88] Good faith from both parties is required. As the Court said in *Haida*, at para. 25, the honour of the Crown “requires the Crown . . . to participate in processes of negotiation” (see also B. Slattery, “Aboriginal Rights and the Honour of the Crown” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 434, at pp. 436-37). Reconciliation requires the Crown and Aboriginal people to “work together to reconcile their interests” (*Rio Tinto*, at para. 34; see also *Nacho Nyak Dun*, at para. 1).

[89] As this Court has held on many occasions, the Crown has an “obligation to achieve the just settlement of Aboriginal claims through the treaty process” (*Rio Tinto*, at para. 32; see also *Haida*, at para. 20) because other remedies “have proven time-consuming, expensive, and are often ineffective” (*Rio Tinto*, at para. 33). Nonetheless, a test case or a claim for declaratory relief are also appropriate means to ask courts to determine rights under s. 35(1).

[90] When parties are considering possible courses of action, it is useful to bear in mind that criminal and regulatory proceedings have inherent limits proper to their nature. In these types of cases, the evidence

[TRANSLATION] La négociation [. . .] a le potentiel de produire des résultats qui sont mieux adaptés aux intérêts des parties, alors que l'éventail des recours dont dispose un tribunal est plus étroit [. . .] Le règlement des revendications autochtones [comporte] une dimension politique incontournable qui est mieux gérée par la négociation directe.

(S. Grammond, *Terms of Coexistence, Indigenous Peoples and Canadian Law* (2013), p. 139.)

La négociation apporte également une certitude aux deux parties (*Beckman*, par. 109, la juge Deschamps (motifs concordants)). Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, par. 24, « [o]n ne parvient que rarement, voire jamais, à une véritable réconciliation dans une salle d'audience. »

[88] Les deux parties doivent faire preuve de bonne foi. En outre, comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Nation haïda*, par. 25, « la Couronne doit agir honorablement et négocier » (voir aussi B. Slattery, « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 434, p. 436-437). Pour que la réconciliation soit possible, la Couronne et les peuples autochtones « doivent collaborer pour concilier leurs intérêts » (*Rio Tinto*, par. 34; voir aussi *Nacho Nyak Dun*, par. 1).

[89] Comme la Cour l'a déclaré à de nombreuses reprises, la Couronne a l'obligation « d'arriver à un règlement équitable des revendications autochtones au terme du processus de négociation de traités » (*Rio Tinto*, par. 32; voir également *Nation haïda*, par. 20), car une autre démarche est « longue, coûteuse et souvent vaine » (*Rio Tinto*, par. 33). Quoi qu'il en soit, une cause type ou une demande de jugement déclaratoire sont également des moyens convenables de demander aux tribunaux de déterminer les droits visés au par. 35(1).

[90] Lorsque les parties examinent les différents recours qui s'offrent à elles, il est utile de garder à l'esprit que les procédures pénales et réglementaires ont des limites inhérentes à leur nature. Dans ce type

administered at trial is generally less extensive and the rules are different than in a reference or a declaratory action (see *Sparrow*, at p. 1095; *Marshall No. 2*, at para. 13). As LeBel J. stressed in his concurring reasons in *Marshall*, at para. 142:

Although many of the aboriginal rights cases that have made their way to this Court began by way of summary conviction proceedings, it is clear to me that we should re-think the appropriateness of litigating aboriginal treaty, rights and title issues in the context of criminal trials. The issues that are determined in the context of these cases have little to do with the criminality of the accused's conduct; rather, the claims would properly be the subject of civil actions for declarations. Procedural and evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims arise not only out of the rules of evidence, the interpretation of evidence and the impact of the relevant evidentiary burdens, but also out of the scope of appellate review of the trial judge's findings of fact. These claims may also impact on the competing rights and interests of a number of parties who may have a right to be heard at all stages of the process. In addition, special difficulties come up when dealing with broad title and treaty rights claims that involve geographic areas extending beyond the specific sites relating to the criminal charges. [Emphasis added.]

[91] Therefore, [TRANSLATION] “[t]he negotiating table should not be seen as a substitute for the courtroom, nor the courtroom as an alternative to the negotiating table” (P. Dionne, “La reconnaissance et la définition contemporaines des droits ancestraux: négocier ou s’adresser au juge?”, in G. Otis, ed., *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones* (2005), 71, at p. 78). Both processes are complementary to each other and must interact with each other within their proper limits.

[92] All this said, it is for the parties themselves to decide how they wish to proceed.

d’affaires, la preuve produite au procès est généralement moins abondante et les règles sont différentes de celles applicables dans le cadre d’un renvoi ou d’une action déclaratoire (voir *Sparrow*, p. 1095; *Marshall N° 2*, par. 13). Le juge LeBel a insisté sur ce qui suit dans ses motifs concordants, dans l’arrêt *Marshall*, par. 142 :

Bien qu’un grand nombre des affaires de droits ancestraux qui se sont retrouvées devant cette Cour aient été introduites par voie de procédures sommaires, il me paraît évident que nous devrions reconsidérer l’opportunité de débattre les questions de traité autochtone, de droits ancestraux et de titre aborigène dans le contexte de procès criminels. Les questions sur lesquelles il est statué dans le cadre de ces affaires ont bien peu à voir avec la conduite criminelle de l’accusé; il s’agit plutôt de revendications qu’il conviendrait de traiter dans le cadre d’actions déclaratoires de nature civile. Les problèmes de procédure et de preuve inhérents à l’examen des revendications autochtones découlent non seulement des règles de preuve, de l’interprétation de la preuve et des conséquences des charges de présentation de la preuve qui s’appliquent, mais également de la portée de l’examen, en appel, des conclusions de fait tirées par le juge du procès. Ces revendications peuvent également influencer sur les droits et les intérêts concurrents d’un certain nombre de tiers qui pourraient avoir le droit d’être entendus à toutes les étapes du processus. En outre, des difficultés particulières surgissent s’il s’agit de statuer sur des revendications générales portant sur des droits relatifs à un titre ou issus d’un traité, lorsque ces revendications visent des zones géographiques qui ne se limitent pas aux lieux spécifiques aux accusations criminelles. [Je souligne.]

[91] Par conséquent, « [l]a table de négociation ne devrait pas être perçue comme un substitut au tribunal, ni le tribunal comme une solution de rechange à la table de négociation » (P. Dionne, « La reconnaissance et la définition contemporaines des droits ancestraux : négocier ou s’adresser au juge? », dans G. Otis, dir., *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones* (2005), 71, p. 78). Les deux processus sont complémentaires et doivent interagir l’un avec l’autre dans leurs propres limites.

[92] Cela dit, il revient aux parties elles-mêmes de décider comment elles désirent procéder.

VI. Disposition

[93] The appeal is dismissed. The constitutional question is answered in the affirmative.

The following are the reasons delivered by

[94] CÔTÉ J. (dissenting) — Does the constitutional protection of Aboriginal rights contained in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, extend to an Aboriginal group located outside of Canada, and whose member claiming to exercise an Aboriginal right is neither a resident nor a citizen of Canada? The courts below, and my colleague Rowe J., say that it does, but in my view, and with respect, that conclusion is contrary to a purposive analysis of s. 35(1) that examines the linguistic, philosophic, and historical contexts of that provision. This Court’s s. 35(1) jurisprudence has characterized — properly, in my view — reconciliation in terms of the relationship between non-Aboriginal Canadians and Aboriginal peoples as full and equal members of, and participants in, Canadian society. In addition, s. 35(1) elevated to constitutional status the common law rights of the “aboriginal peoples of Canada” that were “existing” in 1982 (*Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911, at para. 11). Aboriginal groups located outside of Canada’s borders do not fit within this understanding.

[95] Further, even if I would agree with my colleague’s conclusion that the scope of the phrase “aboriginal peoples of Canada” includes groups located outside of Canada, I would disagree with his application of the test set out in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, to the claim brought in this case by the respondent, Richard Lee Desautel. In my view, Mr. Desautel, as a member of the Lakes Tribe, cannot establish that he was exercising an Aboriginal right to hunt in the Sinixt traditional territory in British Columbia, as the modern group’s claim lacks continuity with the pre-contact group’s practices. Given that there was nothing in existence in 1982 to which

VI. Dispositif

[93] Le pourvoi est rejeté. La question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative.

Version française des motifs rendus par

[94] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — La protection constitutionnelle des droits ancestraux prévue au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* s’étend-elle à un groupe autochtone habitant à l’extérieur du Canada et dont le membre qui revendique l’exercice d’un droit ancestral n’est ni résident ni citoyen du Canada? Les tribunaux d’instance inférieure et mon collègue le juge Rowe répondent par l’affirmative, mais j’estime, avec égards, que cette conclusion va à l’encontre d’une analyse téléologique du par. 35(1) qui tient compte des contextes linguistique, philosophique et historique de cette disposition. Selon la jurisprudence de notre Cour relative au par. 35(1), la réconciliation se définit — à juste titre, selon moi — par la relation entre les Canadiens non autochtones et les peuples autochtones à titre de membres égaux de la société canadienne à laquelle ils participent tous pleinement. De plus, le par. 35(1) a conféré un statut constitutionnel aux droits des « peuples autochtones du Canada » qui « exista[ient] » en common law en 1982 (*Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 11). L’inclusion des groupes autochtones habitant au-delà des frontières canadiennes ne cadre pas avec ces principes.

[95] Par ailleurs, même si je souscrivais à la conclusion de mon collègue selon laquelle l’expression « peuples autochtones du Canada » englobe les groupes habitant à l’extérieur du Canada, je ne serais pas d’accord avec son application du test énoncé dans l’arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, à la revendication présentée en l’espèce par l’intimé, Richard Lee Desautel. À mon avis, M. Desautel, en tant que membre de la Lakes Tribe, ne peut démontrer qu’il exerçait un droit ancestral de chasse sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique, étant donné l’absence de continuité entre le droit revendiqué par le groupe

s. 35(1) protection could attach, Mr. Desautel's claim must fail.

[96] Therefore, I would answer the constitutional question in the negative and allow the appeal.

### I. Background

[97] This was a test case brought by the Lakes Tribe of the Colville Confederated Tribes ("CCT") based in Washington State in the United States of America. Acting on the instructions of the Fish and Wildlife Director of the CCT, Mr. Desautel — a United States citizen and resident, and a member of the Lakes Tribe — shot a cow-elk near Castlegar, British Columbia, to secure ceremonial meat. He reported the kill to conservation officers and was subsequently charged with hunting without a licence and hunting big game while not being a resident of British Columbia, contrary to ss. 11(1) and 47(a) of the *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488.

[98] An agreed statement of facts was entered at trial. Mr. Desautel admitted the *actus reus* of each offence. His sole defence was that he was exercising his Aboriginal right to hunt for ceremonial purposes in the traditional territory of his Sinixt ancestors pursuant to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. As such, the trial became, as intended, a test case on whether the Lakes Tribe is part of the "aboriginal peoples of Canada".

### II. Issue

[99] The following constitutional question is raised by this appeal:

Are ss. 11(1) and 47(a) of the *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, as they read in October 2010, of no force or effect with respect to the respondent, being a member of the

contemporain et les pratiques du groupe qui existait avant le contact avec les Européens. Comme il n'y avait rien en 1982 qui pouvait recevoir la protection donnée par le par. 35(1), la revendication de M. Desautel doit être rejetée.

[96] Par conséquent, je suis d'avis de répondre par la négative à la question constitutionnelle et d'accueillir le pourvoi.

### I. Contexte

[97] Il s'agit d'une cause type introduite par la Lakes Tribe des Tribus confédérées de la réserve indienne de Colville (« TCC ») établie dans l'État de Washington, aux États-Unis d'Amérique. Agissant selon les directives du directeur des pêches et de la faune des TCC, M. Desautel — citoyen et résident des États-Unis ainsi que membre de la Lakes Tribe — a abattu un wapiti femelle près de Castlegar, en Colombie-Britannique, pour utiliser sa viande en vue d'une cérémonie. Il a signalé sa prise aux agents de conservation, puis a été accusé d'avoir chassé sans permis et d'avoir chassé le gros gibier alors qu'il n'était pas un résident de la Colombie-Britannique, en contravention du par. 11(1) et de l'al. 47(a) de la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488.

[98] Un exposé conjoint des faits a été déposé au procès. Monsieur Desautel a admis l'*actus reus* de chaque infraction. Sa seule défense était qu'il exerçait son droit ancestral de chasser à des fins rituelles sur le territoire traditionnel de ses ancêtres Sinixt conformément au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, le procès est devenu, comme prévu, une cause type sur la question de savoir si la Lakes Tribe fait partie des « peuples autochtones du Canada ».

### II. Question en litige

[99] Le présent pourvoi soulève la question constitutionnelle suivante :

[TRADUCTION] Le par. 11(1) et l'al. 47(a) de la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, tel qu'ils étaient rédigés en octobre 2010, sont-ils inopérants à l'égard de l'intimé, un

Lakes Tribe of the Confederated Tribes of the Colville Reservation in Washington State, U.S.A., in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of an Aboriginal right within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the respondent?

(A.R., vol. I, at p. 139)

### III. Analysis

#### A. *A Purposive Interpretation of Section 35 Establishes That It Protects Only Aboriginal Peoples Located in Canada*

[100] Constitutional provisions conferring rights ought to be interpreted generously, but must also be placed in their proper contexts in order to avoid overshooting their actual purposes. As noted in *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236, “this Court is not free to invent new obligations foreign to the original purpose of the provision at issue. The analysis must be anchored in the historical context of the provision” (para. 40). Such judicial caution is entirely appropriate and in line with Binnie J.’s emphasis on the fact that “[g]enerous’ rules of interpretation should not be confused with a vague sense of after-the-fact largesse” (*R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 14).

[101] Section 35(1) accords constitutional protection only to the rights of the “aboriginal peoples of Canada”. The courts below correctly held that s. 35(1) is to be interpreted purposively, but rather than undertaking a purposive analysis to determine the meaning of the phrase “aboriginal peoples of Canada”, they relied on the *Van der Peet* test to conceptualize the rights referred to in s. 35(1). As stated by the Court of Appeal (2019 BCCA 151, 24 B.C.L.R. (6th) 48, at para. 57): “Simply put, if the *Van der Peet* requirements are met, the modern Indigenous community will be an ‘[a]boriginal peoples of Canada’.”

membre de la Lakes Tribe des Tribus confédérées de la réserve indienne de Colville dans l’État de Washington, aux États-Unis d’Amérique, par application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison d’un droit ancestral au sens de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqué par l’intimé?

(d.a., vol. I, p. 139)

### III. Analyse

#### A. *Une interprétation téléologique de l’art. 35 établit qu’il protège uniquement les peuples autochtones habitant au Canada*

[100] Les dispositions constitutionnelles qui confèrent des droits doivent recevoir une interprétation généreuse, mais elles doivent également être situées dans leur contexte afin d’éviter qu’elles ne soient détachées de leurs véritables objectifs. Comme il est indiqué dans l’arrêt *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236, « notre Cour n’a pas [ . . . ] carte blanche pour inventer de nouvelles obligations sans rapport avec l’objectif original de la disposition en litige. L’analyse doit être ancrée dans le contexte historique de la disposition » (par. 40). Une telle prudence de la part des tribunaux est tout à fait à propos et rejoint l’insistance mise par le juge Binnie sur le fait qu’il « ne faut pas confondre les règles “généreuses” d’interprétation avec un vague sentiment de largesse a posteriori » (*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14).

[101] Le paragraphe 35(1) n’accorde une protection constitutionnelle qu’aux droits des « peuples autochtones du Canada ». Les tribunaux d’instance inférieure ont conclu à bon droit que le par. 35(1) doit être interprété téléologiquement. Toutefois, au lieu d’entreprendre une analyse téléologique pour déterminer le sens de l’expression « peuples autochtones du Canada », ils ont plutôt appliqué le test de l’arrêt *Van der Peet* pour conceptualiser les droits visés au par. 35(1). Comme l’a indiqué la Cour d’appel (2019 BCCA 151, 24 B.C.L.R. (6th) 48, par. 57) : [TRADUCTION] « En termes simples, si les exigences du test de l’arrêt *Van der Peet* sont remplies, la communauté autochtone contemporaine sera considérée comme un “peupl[e] autochton[e] du Canada” ».



[102] I am in agreement with my colleague Rowe J. on the following point: the question of whether a claimant falls within the meaning of “aboriginal peoples of Canada” in s. 35 is a threshold question; this question should be answered separately from the *Van der Peet* analysis for determining whether a group has an Aboriginal right; and the trial judge was required to address this threshold question to determine whether the Lakes Tribe fell within s. 35’s purview. As noted by the appellant, Her Majesty the Queen in Right of British Columbia (the “Crown”), “the *Van der Peet* test identifies what comes within the scope of s. 35 as a right, not who comes within the scope of s. 35 as a rights holder” (A.F., at para. 59 (emphasis in original)). The *Van der Peet* test addresses the scope of Aboriginal rights but does not speak to treaty rights, Aboriginal title, or the rights of the Métis, which are also encompassed within s. 35(1). Using the test as proposed by the courts below defines “aboriginal peoples of Canada” solely in terms of occupation prior to contact, which is inconsistent with this Court’s acknowledgment that s. 35(1) rights “may only be exercised by virtue of an individual’s ancestrally based membership in the present community” (*R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207, at para. 24).

[103] However, I disagree with my colleague’s conclusion that the scope of “aboriginal peoples of Canada” for the purposes of s. 35(1) must mean the modern-day successors of Aboriginal societies that occupied Canadian territory at the time of European contact and that, as a result, groups that are not located in Canada or whose members are not and never have been citizens or residents of Canada can be “aboriginal peoples of Canada”.

[104] In my view, to be entitled to the protection of s. 35(1), the modern-day successor groups cannot be located anywhere other than in Canada. A purposive analysis of s. 35(1) that has regard to the relevant linguistic, philosophic, and historical contexts of that provision establishes that it protects only Aboriginal

[102] Je suis d’accord avec mon collègue le juge Rowe sur le point suivant : la question de savoir si un demandeur est visé par l’expression « peuples autochtones du Canada » qui figure à l’art. 35 constitue une question préliminaire; il faut répondre à cette question séparément de l’analyse retenue dans l’arrêt *Van der Peet* pour déterminer si un groupe a un droit ancestral; et la juge de première instance devait répondre à cette question préliminaire pour déterminer si la Lakes Tribe était visée par l’art. 35. Comme l’a souligné l’appelante, Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique (la « Couronne »), [TRADUCTION] « le test de l’arrêt *Van der Peet* établit quels sont les droits visés par l’art. 35, et non qui est titulaire de ces droits » (m.a., par. 59 (souligné dans l’original)). Le test de l’arrêt *Van der Peet* concerne la portée des droits ancestraux, mais il ne traite pas des droits issus de traités, du titre ancestral ou des droits des Métis, qui sont également visés au par. 35(1). Appliquer le test comme le proposent les tribunaux d’instance inférieure revient à définir l’expression « peuples autochtones du Canada » uniquement en fonction de l’occupation antérieure au contact avec les Européens, ce qui est contraire à la reconnaissance par notre Cour du fait que les droits garantis au par. 35(1) « ne peuvent être exercés que si la personne qui les revendique appartient à la communauté actuelle, sur le fondement de ses origines ancestrales » (*R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, par. 24).

[103] Toutefois, je ne souscris pas à la conclusion de mon collègue selon laquelle la portée de l’expression « peuples autochtones du Canada » au sens du par. 35(1) doit s’étendre aux successeurs contemporains des sociétés autochtones qui occupaient le territoire canadien à l’époque du contact avec les Européens et, par conséquent, aux groupes qui n’habitent pas au Canada ou dont les membres ne sont pas et n’ont jamais été citoyens ou résidents du Canada.

[104] À mon avis, pour avoir droit à la protection du par. 35(1), les groupes de successeurs contemporains ne peuvent habiter nulle part ailleurs qu’au Canada. Une analyse téléologique du par. 35(1) qui tient compte des contextes linguistique, philosophique et historique propres à cette disposition

peoples located within Canada. This approach, while dismissed by the Court of Appeal as “formalistic”, is entirely consistent with this Court’s guidance that s. 35(1) must be interpreted in a generous manner consistent with its intended purpose (*Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 76; see also *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1106; *Van der Peet*, at para. 23).

[105] As Rowe J. recently confirmed, “[s.] 35 rights are not absolute. Like other provisions of the *Constitution Act, 1982*, s. 35 is both supported and confined by broader constitutional principles” (*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765, at para. 153). As I will outline below, the framers’ intent was to protect the rights of Aboriginal groups that are members of, and participants in, Canadian society. It has no interest in protecting groups that, plainly, have no connection to it.

#### (1) Linguistic Context

[106] It is a well-established presumption of statutory and constitutional interpretation that each and every word of a text must be given meaning. This follows from the assumption that the legislature avoids tautology: “[I]t does not use words solely for rhetorical or aesthetic effect” (R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3rd ed. 2016), at p. 43). As Sullivan explains, “[i]t is presumed that every feature of a legislative text has been deliberately chosen and has a particular role to play in the legislative design” (p. 43). This is consonant with this Court’s direction in *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511, that the guiding principles of purposive interpretation “do not undermine the primacy of the written text of the Constitution” (para. 36, citing *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 53), and that “constitutional interpretation must nonetheless begin with the language of the constitutional law or provision in question” (para. 37,

permet d’établir qu’elle protège seulement les peuples autochtones habitant au Canada. Cette approche, bien que rejetée par la Cour d’appel en raison de son caractère [TRADUCTION] « formaliste », est tout à fait conforme à la directive de notre Cour voulant que le par. 35(1) soit interprété de façon libérale, en accord avec son objet (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 76; voir aussi *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1106; *Van der Peet*, par. 23).

[105] Ainsi que l’a récemment confirmé le juge Rowe, « [l]es droits prévus à l’art. 35 ne sont pas absolus. À l’instar d’autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l’art. 35 s’appuie sur des principes constitutionnels plus larges, tout en étant restreint par ceux-ci » (*Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765, par. 153). Comme je l’expliquerai plus loin, l’intention des rédacteurs était de protéger les droits des groupes autochtones qui sont membres de la société canadienne et qui y participent. Il n’a aucun intérêt à protéger des groupes qui, manifestement, n’ont aucun lien avec elle.

#### (1) Contexte linguistique

[106] Selon une présomption bien établie de l’interprétation législative et constitutionnelle, chaque mot d’un texte doit avoir un sens. Ce principe découle du postulat que le législateur évite la tautologie : [TRADUCTION] « [I]l n’utilise pas certains mots uniquement à des fins rhétoriques ou esthétiques » (R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3<sup>e</sup> éd. 2016), p. 43). Comme l’explique Ruth Sullivan, [TRADUCTION] « [o]n présume que chaque caractéristique d’un texte de loi a été délibérément choisie et a un rôle précis à jouer dans le cadre législatif » (p. 43). Ce principe est conforme à la directive énoncée par notre Cour dans l’arrêt *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511, selon laquelle les principes directeurs de l’interprétation téléologique « ne peuvent avoir prééminence sur le texte écrit de la Constitution » (par. 36, citant *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 53) et que « l’interprétation en la matière doit néanmoins commencer par l’examen du

quoting *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41, at p. 88).

[107] The summary conviction appeal judge held that “the meaning of s. 35 is not plain and obvious” with respect to the term “aboriginal peoples of Canada”, because the section does not expressly limit the protection of rights to Aboriginal peoples who reside in Canada or whose members are Canadian citizens (2017 BCSC 2389, [2018] 1 C.N.L.R. 135, at para. 42). However, a textual analysis reveals the significance of the drafters’ choice to include the phrase “of Canada” and “*du Canada*” rather than leaving the term “aboriginal peoples” and “*peuples autochtones*” without any qualifier. For one, the use of the word “of” with reference to a place imports dwelling “and is ordinarily taken to mean that the person spoken of dwells at the place named” (*Stroud’s Judicial Dictionary of Words and Phrases* (10th ed. 2020), vol. 2, at p. 889). The presumption against tautology carries considerable weight (*Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, at para. 46). It follows that the inclusion of the words “of Canada” cannot be seen as superfluous. This is particularly true when the word “of”, which is ordinarily taken to import dwelling, is used in combination with a clear geographical location such as “Canada”.

[108] The presumption of consistent expression also sheds light on how the phrase “of Canada” in s. 35 ought to be interpreted. As Sullivan notes:

It is presumed that the legislature uses language carefully and consistently so that within a statute or other legislative instrument the same words have the same meaning and different words have different meanings. Another way of understanding this presumption is to say that the legislature is presumed to avoid stylistic variation. Once a particular way of expressing a meaning has been adopted, it is used each time that meaning is intended.

texte de la loi ou de la disposition constitutionnelle en cause » (par. 37, citant *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41, p. 88).

[107] Le juge d’appel des poursuites sommaires a conclu que [TRADUCTION] « le sens de l’art. 35 n’est pas évident et manifeste » en ce qui concerne l’expression « *peuples autochtones du Canada* », car l’article ne limite pas expressément la protection des droits aux *peuples autochtones* qui résident au Canada ou dont les membres sont des citoyens canadiens (2017 BCSC 2389, [2018] 1 C.N.L.R. 135, par. 42). Cependant, une analyse textuelle révèle l’importance du choix qu’ont fait les rédacteurs d’inclure les mots « *du Canada* » et « *of Canada* », plutôt que de ne pas qualifier les expressions « *peuples autochtones* » et « *aboriginal peoples* ». D’abord, l’utilisation du mot « *du* » pour parler d’un lieu implique la notion d’habitation et [TRADUCTION] « signifie habituellement que la personne dont il est question habite à l’endroit nommé » (*Stroud’s Judicial Dictionary of Words and Phrases* (10<sup>e</sup> éd. 2020), vol. 2, p. 889). La présomption d’absence de tautologie revêt une importance considérable (*Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, par. 46). Par conséquent, l’inclusion des mots « *du Canada* » ne peut être jugée superflue, d’autant plus que le mot « *du* », qui implique habituellement la notion d’habitation, est utilisé conjointement avec un emplacement géographique bien délimité, à savoir le « *Canada* ».

[108] La présomption d’uniformité d’expression permet également de mieux comprendre comment les mots « *du Canada* » à l’art. 35 doivent être interprétés. Comme le signale Ruth Sullivan :

[TRADUCTION] On présume que le législateur rédige les lois avec soin et d’une manière cohérente, de sorte que dans une loi ou un autre texte législatif, les mêmes termes ont le même sens et les mots différents ont des sens différents. Une autre manière de comprendre cette règle consiste à présumer que le législateur évite les variations stylistiques. Une fois qu’une manière particulière d’exprimer un sens a été adoptée, elle est employée chaque fois que ce sens est recherché.

(*Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 217)

Similar limiting language is used repeatedly in the *Constitution Act, 1982*, as a geographical qualifier: for example, “citizen of Canada” (ss. 3, 6 and 23), “official languages of Canada” (s. 16), “government of Canada” (ss. 20, 32 and 36), and “Constitution of Canada” (s. 21). Interpreting “aboriginal peoples of Canada” in a more expansive fashion would be incongruent with this presumption and contrary to the intention of the drafters.

[109] This Court considered the meaning of similar language in *Blais* and in *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95. In *Blais*, the Court did not accept that Métis peoples fell within the meaning of “Indians” in the harvesting clause of the Manitoba *Natural Resources Transfer Agreement* (“NRTA”), in part because of how that term was used elsewhere in the agreement:

The placement of para. 13 in the part of the *NRTA* entitled “Indian Reserves”, along with two other provisions that clearly do not apply to the Métis, supports the view that the term “Indian” as used throughout this part was not seen as including the Métis. This placement weighs against the argument that we should construe the term “Indians” more broadly than otherwise suggested by the historical context of the *NRTA* and the common usage of the term at the time of the *NRTA*’s enactment. [Emphasis added; para. 30.]

In *Frank*, this Court interpreted the phrase “Indians of the Province” in Alberta’s *NRTA* as having a narrower meaning than “Indians within the boundaries thereof”, a phrase also used in the agreement. In finding that “Indians of the Province” meant Alberta Indians, this Court read the phrase in its ordinary grammatical sense and appropriately imposed a geographical qualifier.

[110] In *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at para. 65, this Court cautioned against an

(*Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 217)

Un libellé restrictif semblable, qui comporte une délimitation géographique, se trouve dans plusieurs dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*, par exemple « citoyen canadien » (« *citizen of Canada* » dans la version anglaise, art. 3, 6 et 23), « langues officielles du Canada » (art. 16), « gouvernement du Canada » (art. 20, 32 et 36) et « Constitution du Canada » (art. 21). Interpréter l’expression « peuples autochtones du Canada » de manière plus large serait en contradiction avec cette présomption et irait à l’encontre de l’intention des rédacteurs.

[109] Notre Cour s’est penchée sur le sens d’un libellé semblable dans *Blais* et *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95. Dans *Blais*, la Cour n’a pas reconnu que les peuples métis sont visés par le terme « Indiens » dans la clause de récolte de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* du Manitoba (« CTRN »), en partie en raison de la manière dont le terme était utilisé ailleurs dans la convention :

L’insertion du par. 13 dans cette partie de la *Convention*, qui comprend deux autres dispositions ne s’appliquant manifestement pas aux Métis, appuie l’opinion selon laquelle le terme « Indien » dans cette partie n’était pas considéré comme visant les Métis. La position du par. 13 tend à réfuter l’argument préconisant une interprétation plus large du mot « Indiens » que celle qui ressort par ailleurs du contexte historique de la *Convention* et de l’usage de ce mot dans la langue courante au moment de l’édiction de la *Convention*. [Je souligne; par. 30.]

Dans *Frank*, notre Cour a interprété l’expression « Indiens de la province » dans la CTRN de l’Alberta comme ayant un sens plus restreint que « Indiens dans les limites de la province », une expression qui est aussi utilisée dans la convention. En concluant que l’expression « Indiens de la province » visait les Indiens de l’Alberta, notre Cour a interprété l’expression selon son sens grammatical ordinaire et y a apposé, avec raison, un qualificatif géographique.

[110] Dans l’arrêt *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 65, notre Cour a fait une mise en

interpretation that would “render . . . constitutional rights redundant and, in doing so, undermine the delimitation of those rights chosen by our constitutional framers”. In my view, the majority’s approach would do just that. An interpretation of “aboriginal peoples of Canada” that includes groups not located in Canada or whose members are not and never were citizens or residents of Canada gives the words “of Canada” no meaning. The words are not necessary for logic or for grammatical purposes, in opposition to the presumption against tautology. The explicit inclusion of the Métis peoples in s. 35(2) is a further indication that the intent of the framers was not to constitutionalize, as my colleague notes, “rights and relationships that arise from the prior occupation of Canada by Aboriginal societies” (para. 31), but instead to elevate all existing Aboriginal rights held by Aboriginal peoples who were in Canada in 1982 to constitutional status, regardless of whether their societies existed pre-contact or pre-control. The use of the words “of Canada” in the rest of the *Constitution Act, 1982*, is clearly meant to narrow the scope of the rights being constitutionalized through geographical qualifier. It would be incongruent to interpret “aboriginal peoples of Canada” differently.

## (2) Philosophic Context

[111] The philosophic context helps explain why residence or citizenship is not referenced in s. 35, but is assumed. As this Court noted in *Van der Peet*, at paras. 18-19, whereas *Charter* rights are, in the liberal enlightenment view, “general and universal”,

[a]boriginal rights cannot . . . be defined on the basis of the philosophical precepts of the liberal enlightenment. Although equal in importance and significance to the rights enshrined in the *Charter*, aboriginal rights must be viewed differently from *Charter* rights because they

garde contre une interprétation qui « rendrait superflu un bon nombre de nos droits constitutionnels [. . .] Elle compromettrait ainsi la délimitation de ces droits établie par les rédacteurs de notre Constitution. » Selon moi, l’approche des juges majoritaires aurait exactement cet effet. Interpréter l’expression « peuples autochtones du Canada » de manière à inclure les groupes n’habitant pas au Canada ou dont les membres ne sont pas et n’ont jamais été citoyens ou résidents du Canada vide les mots « du Canada » de leur sens. Les mots ne sont pas nécessaires aux plans logique ou grammatical, contrairement à la présomption d’absence de tautologie. Le fait d’avoir nommé expressément les peuples métis au par. 35(2) démontre encore davantage que l’intention des rédacteurs n’était pas d’inscrire dans la Constitution, comme l’indique mon collègue, les « droits et [les] relations qui découlent de l’occupation antérieure du Canada par les sociétés autochtones » (par. 31), mais plutôt de constitutionnaliser l’ensemble des droits ancestraux existants détenus par les peuples autochtones qui étaient au Canada en 1982, que leurs sociétés aient existé ou non avant le contact avec les Européens ou avant la mainmise de ceux-ci sur le territoire. L’utilisation des mots « du Canada » dans le reste de la *Loi constitutionnelle de 1982* vise manifestement à restreindre au moyen d’un qualificatif géographique la portée des droits qui sont constitutionnalisés. Il serait incohérent d’interpréter différemment l’expression « peuples autochtones du Canada ».

## (2) Contexte philosophique

[111] Le contexte philosophique aide à expliquer pourquoi les notions de résidence et de citoyenneté ne sont pas mentionnées dans l’art. 35, mais plutôt tenues pour acquises. Comme notre Cour l’a souligné dans *Van der Peet*, par. 18-19, alors que les droits garantis par la *Charte* sont « généraux et universels » selon la philosophie libérale du Siècle des Lumières,

[l]es droits ancestraux ne peuvent être définis par l’application des préceptes de cette philosophie. Même s’ils ont une portée et une importance égales aux droits inscrits dans la *Charte*, les droits ancestraux doivent être considérés différemment des droits garantis par la *Charte*, parce

are rights held only by aboriginal members of Canadian society. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

[112] This characterization has been reflected in this Court’s view of reconciliation between the Aboriginal peoples of Canada and the Crown. Writing for the majority in *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 10, Binnie J. described s. 35’s “grand purpose” as being the “reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal Canadians in a mutually respectful long-term relationship” (emphasis added). Later in *Beckman*, Binnie J. expanded on s. 35’s purpose, implicitly signalling the centrality of residency in the formulation of s. 35:

The decision to entrench in s. 35 of the *Constitution Act, 1982* the recognition and affirmation of existing Aboriginal and treaty rights, signalled a commitment by Canada’s political leaders to protect and preserve constitutional space for Aboriginal peoples to be Aboriginal. At the same time, Aboriginal people do not, by reason of their Aboriginal heritage, cease to be citizens who fully participate with other Canadians in their collective governance. [para. 33]

[113] By framing s. 35(1) as a provision “granting special constitutional protection to one part of Canadian society” (*Van der Peet*, at para. 20), this Court has consistently understood s. 35(1) to import a residency or citizenship requirement. As Binnie J. stated in *Mitchell*, Aboriginal rights, as defined by this Court, “find their source in an earlier age, but they have not been frozen in time. . . . They are projected into modern Canada where they are exercised as group rights in the 21st century by modern Canadians who wish to . . . protect their aboriginal identity” (para. 132).

[114] As Lamer C.J. held in *Van der Peet*, at para. 21, s. 35(1)’s purpose should be understood in relation to “the interests it was meant to protect” (citing *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344). Section 35 protects Aboriginal

qu’ils sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne. [Je souligne; soulignement dans l’original omis.]

[112] Cette caractérisation reflète la conception qu’a notre Cour de la réconciliation entre les peuples autochtones du Canada et la Couronne. S’exprimant au nom des juges majoritaires dans l’arrêt *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 10, le juge Binnie a décrit le « noble objectif » de l’art. 35 comme étant la « réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d’une relation à long terme empreinte de respect mutuel » (je souligne). Plus loin dans *Beckman*, le juge Binnie a précisé l’objectif de l’art. 35 et évoqué implicitement l’importance fondamentale de la notion de résidence dans la formulation de l’art. 35 :

Par la décision d’inscrire à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* la reconnaissance et la confirmation des droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones, les dirigeants politiques du Canada s’engageaient à protéger et à préserver un espace constitutionnel permettant aux Autochtones d’être des Autochtones. Mais l’existence de leur héritage autochtone ne fait pas en sorte que les Autochtones cessent d’être des citoyens qui participent pleinement avec les autres Canadiens à leur gouvernance collective. [par. 33]

[113] En considérant que le par. 35(1) accorde une « protection constitutionnelle spéciale [. . .] à un segment de la société canadienne » (*Van der Peet*, par. 20), notre Cour a toujours interprété cette disposition comme comportant une condition de résidence ou de citoyenneté. Comme l’a dit le juge Binnie dans *Mitchell*, selon la définition donnée par notre Cour, les droits ancestraux « trouvent leur origine à une époque antérieure, mais ils n’ont pas été figés dans le temps. [. . .] Ils sont projetés dans un Canada moderne où ils sont exercés comme droits collectifs au 21<sup>e</sup> siècle par des Canadiens modernes qui souhaitent [. . .] protéger leur identité autochtone » (par. 132).

[114] Comme l’a conclu le juge en chef Lamer dans *Van der Peet*, par. 21, l’objectif du par. 35(1) doit être interprété en fonction « des intérêts qu’i[1] vis[e] à protéger » (citant *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344). L’article 35 protège les

peoples “as full participants with non-aboriginal peoples in a shared Canadian sovereignty” (*Mitchell*, at para. 135). The protections, therefore, do not and cannot apply to Aboriginal groups in other countries. It cannot be said that these groups “fully participate with other Canadians in their collective governance” (*Beckman*, at para. 33), nor do they “live and contribute as part of our national diversity” (*Mitchell*, at para. 132). It is this reality which must colour the scope and content of the expression “aboriginal peoples of Canada”.

### (3) Historical Context

[115] Additionally, the historical record does not show that expanding the protections of s. 35(1) to non-Canadian Aboriginal groups was ever considered. In fact, the limited historical sources that could provide guidance as to the meaning of the expression “aboriginal peoples of Canada” show an intention to limit the constitutional protection of Aboriginal rights to only those groups located within Canada.

[116] The *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada* (“*Minutes*”), at the time of discussions around the patriation of Canada’s Constitution, reflect an implicit shared understanding among committee participants, including governmental and Aboriginal representatives, that s. 35(1) was intended to protect the rights of Aboriginal communities located in Canada at that time. For instance, the Honourable Jean Chrétien, then the Minister of Justice and Attorney General of Canada, described how the *Constitution Act, 1982*, would protect “the rights of all the native Canadians” that exist under the treaties or the Royal Proclamation, “the two sources of rights that exist for the natives in Canada” (*Minutes*, No. 3, 1st Sess., 32nd Parl., November 12, 1980, at p. 84; *Minutes*, No. 4, 1st Sess., 32nd Parl., November 13, 1980, at p. 13). George Braden, representing the Northwest Territories government, noted that “Native people in Canada have enjoyed a special status which must be clearly recognized in the constitution of Canada” (*Minutes*, No. 12, 1st Sess., 32nd Parl.,

peuples autochtones en tant que « participants à part entière, avec les non autochtones, à une souveraineté canadienne partagée » (*Mitchell*, par. 135). Ainsi, les protections ne s’appliquent pas et ne peuvent s’appliquer aux groupes autochtones d’autres pays. On ne saurait affirmer que ces groupes « participent pleinement avec les autres Canadiens à leur gouvernance collective » (*Beckman*, par. 33) ni qu’ils « font partie de notre diversité nationale et y contribuent » (*Mitchell*, par. 132). Cette réalité se reflète dans la portée et la teneur de l’expression « peuples autochtones du Canada ».

### (3) Contexte historique

[115] En outre, les sources historiques ne démontrent pas qu’il ait été question à quelque moment que ce soit d’étendre les protections du par. 35(1) aux groupes autochtones étrangers. En fait, les quelques sources qui pourraient donner des indications sur le sens de l’expression « peuples autochtones du Canada » montrent une intention de limiter la protection constitutionnelle des droits ancestraux aux groupes habitant au Canada.

[116] Selon les *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* (« *Procès-verbaux* »), au moment des pourparlers entourant le rapatriement de la Constitution canadienne, les membres du comité, notamment les représentants gouvernementaux et autochtones, semblent tous comprendre que le par. 35(1) visait à protéger les droits des communautés autochtones habitant au Canada à l’époque. Par exemple, l’honorable Jean Chrétien, alors ministre de la Justice et procureur général, a expliqué comment la *Loi constitutionnelle de 1982* protégerait « les droits de tous les autochtones du Canada » qui découlent des traités ou de la Proclamation royale, « les deux sources de droits applicables aux autochtones du Canada » (*Procès-verbaux*, n° 3, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 12 novembre 1980, p. 84; *Procès-verbaux*, n° 4, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 13 novembre 1980, p. 13). George Braden, représentant du gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, a souligné que les « autochtones canadiens ont bénéficié d’un statut spécial qui doit être clairement reconnu dans la constitution du pays »

November 25, 1980, at p. 60). The statements made by Aboriginal representatives before the committee similarly assumed the existence of a geographical limitation. When discussing proposed amendments, Mary Simon, a representative of the Inuit Committee on National Issues, stated the following:

Subsection (1) of section 23A [a proposed Aboriginal rights and freedoms provision] merely provides for the obvious, namely, that the aboriginal peoples of Canada include Canada's three groups of indigenous peoples. Presently, there exist other artificial distinctions under Canadian law which have posed considerable problems for a great number of aboriginal people in Canada and for which we must seek alternative solutions.

(*Minutes*, No. 16, 1st Sess., 32nd Parl., December 1, 1980, at p. 13)

Logically, Ms. Simon's reference to "Canada's three groups" could only refer to present-day Aboriginal groups residing and present in Canada, thus implying a geographical component.

[117] There are also some remarks in the *Minutes* that explicitly reference a geographical limitation on the meaning of "aboriginal peoples of Canada". For example, in response to a question about defining the word "Indian", Nellie Carlson, the Western Vice President of Indian Rights for Indian Women, stated that "[m]y definition of an Indian across Canada is . . . an Indian who had been born and raised in this country, who had never come from across the ocean to immigrate into this country, but was born and raised, had lived through the hardships" (*Minutes*, No. 17, 1st Sess., 32nd Parl., December 2, 1980, at p. 97).

[118] The Court of Appeal dismissed the *Minutes* as "non-specific in their application" and as not informing the constitutional interpretation of s. 35(1) (para. 64). My colleague concurs, finding that the *Minutes* "she[d] no light" (Rowe J.'s reasons, at

(*Procès-verbaux*, n° 12, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 25 novembre 1980, p. 60). Selon leurs déclarations devant le comité, les représentants autochtones supposaient également une limitation géographique. En parlant des propositions de modification, Mary Simon, représentante du Comité inuit sur les affaires nationales, a déclaré ce qui suit :

Le paragraphe (1) de l'article 23(a) [une proposition de disposition sur les droits et libertés des Autochtones] ne fait qu'énoncer l'évidence, soit que les peuples autochtones du Canada comprennent les trois groupes indigènes du Canada. À l'heure actuelle, il existe d'autres distinctions artificielles en vertu des lois canadiennes qui ont posé de graves problèmes à bien des autochtones du Canada et auxquels il faut trouver des solutions.

(*Procès-verbaux*, n° 16, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 1<sup>er</sup> décembre 1980, p. 13)

Logiquement, les « trois groupes [. . .] du Canada » dont parle M<sup>me</sup> Simon ne peuvent s'entendre que des groupes autochtones actuels qui résident et se trouvent au Canada, ce qui suppose un élément géographique.

[117] Certaines remarques dans les *Procès-verbaux* font aussi explicitement référence à une limitation géographique en ce qui concerne le sens de l'expression « peuples autochtones du Canada ». Par exemple, à une question sur la définition du mot « Indien », Nellie Carlson, vice-présidente pour l'Ouest de l'organisme Indian Rights for Indian Women, a répondu : « Ma définition d'un Indien canadien : c'est un Indien qui est né et qui a grandi dans ce pays, qui n'a pas traversé l'océan pour venir s'installer ici, mais qui a toujours vécu ici et qui a subi tous les problèmes que nous avons connus » (*Procès-verbaux*, n° 17, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 2 décembre 1980, p. 97).

[118] La Cour d'appel a écarté les *Procès-verbaux* au motif qu'ils [TRADUCTION] « ne s'appliquaient pas précisément » en l'espèce et qu'ils n'orientaient pas l'interprétation constitutionnelle du par. 35(1) (par. 64). Mon collègue est d'accord et conclut que



para. 41). Respectfully, this view overlooks the compelling evidence outlined above of a shared assumption amongst committee participants that the constitutional protections accorded by s. 35(1) were intended to apply only to Aboriginal groups located in Canada, as reflected in their use of “in Canada” and “Canadian” synonymously with “of Canada”. Drafting history is relevant to constitutional interpretation (*R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566, at para. 78; *R. v. Stillman*, 2019 SCC 40, [2019] 3 S.C.R. 144, at para. 77), and I see no reason to depart from this Court’s prior reliance on the *Minutes* in the instant case.

[119] This Court cannot impose an intention to broaden the constitutional protections under s. 35(1) beyond what was contemplated. If s. 35(1) was intended to include within its purview Aboriginal groups located outside of Canada, then one would expect there to have been significant discussion and consideration of these broader issues of recognition and jurisdiction, including hearing from the communities outside of Canada about their interests. There is no evidence that any drafters or participants contemplated this novel constitutional measure, which belies any intention to include Aboriginal groups outside of Canada within s. 35(1)’s purview.

[120] As a result, I would find that “aboriginal peoples of Canada” under s. 35(1) are Aboriginal peoples who are located in Canada. In the present case, the Lakes Tribe is wholly located in Washington State in the United States of America, and therefore cannot be considered to be part of the “aboriginal peoples of Canada” under s. 35(1). As Mr. Desautel is not a member of a collective that is part of the “aboriginal peoples of Canada”, he cannot exercise a constitutionally-protected Aboriginal right to hunt for ceremonial purposes in the traditional territory of the Sinixt in British Columbia.

les *Procès-verbaux* « ne nous éclaire[nt] pas » (motifs du juge Rowe, par. 41). Avec égards, ce point de vue ne tient pas compte de la preuve convaincante exposée ci-dessus, qui démontre que les membres du comité étaient tous d’avis que les protections constitutionnelles accordées par le par. 35(1) ne devaient bénéficier qu’aux groupes autochtones habitant au Canada, comme en témoigne l’utilisation des mots « au Canada » et « canadien » en tant que synonymes des mots « du Canada ». L’historique de la rédaction de cette disposition est utile à l’interprétation constitutionnelle (*R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 78; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144, par. 77), et je ne vois aucune raison pour notre Cour de ne pas s’appuyer comme par le passé sur les *Procès-verbaux* en l’espèce.

[119] Notre Cour ne peut imposer une intention d’étendre les protections constitutionnelles prévues au par. 35(1) au-delà de ce qui était envisagé. Si le par. 35(1) devait également s’appliquer aux groupes autochtones habitant à l’extérieur du Canada, alors on s’attendrait à ce que ces questions plus générales de reconnaissance et de compétence aient fait l’objet d’un long débat et d’un examen approfondi. Par exemple, les communautés situées à l’extérieur du Canada auraient communiqué leurs intérêts. Rien n’indique que les rédacteurs ou les participants aient envisagé cette nouvelle mesure constitutionnelle, ce qui contredit toute intention d’inclure les groupes autochtones situés à l’extérieur du Canada dans le champ d’application du par. 35(1).

[120] Par conséquent, je suis d’avis que les « peuples autochtones du Canada » au sens du par. 35(1) sont des peuples autochtones qui habitent au Canada. En l’espèce, la Lakes Tribe se trouve entièrement dans l’État de Washington aux États-Unis d’Amérique. Elle ne peut donc pas être considérée comme faisant partie des « peuples autochtones du Canada » au sens du par. 35(1). Puisque M. Desautel n’appartient pas à une collectivité qui fait partie des « peuples autochtones du Canada », il ne peut exercer un droit ancestral — protégé par la Constitution — de chasser à des fins rituelles sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique.

B. *Failing to Adopt a Purposive Interpretation of Section 35 Leads to Implausible and Problematic Results*

[121] The conclusion that the enactment of s. 35(1) did not constitutionalize Aboriginal rights held by collectives located outside of Canada is further bolstered by the deleterious consequences that would arise from the opposite conclusion. My colleague is of the view that these concerns do not justify any change to the law because “[w]hile Aboriginal communities outside Canada can assert and hold s. 35(1) rights, it does not follow that their rights are the same as those of communities within Canada” (para. 71). With the greatest of respect, I cannot agree. If an Aboriginal group outside of Canada is entitled to exercise s. 35(1) Aboriginal rights in Canada, then it must have equal protection under the Constitution and be able to access and exercise a full panoply of rights in the same fashion as Aboriginal right holders within Canada. Nothing less would uphold the honour of the Crown and further Canada’s ongoing process of reconciliation with its first peoples.

[122] As such, extending the constitutional protection of s. 35(1) to include Aboriginal groups located outside of Canada leads to some concerning outcomes. First, s. 35.1 of the *Constitution Act, 1982*, uses the phrase “aboriginal peoples of Canada” in setting out an obligation to invite representatives of these groups to constitutional conferences, as did ss. 37 and 37.1 prior to their repeal (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 1, at pp. 28-65 to 28-66). There is no reason in principle why Aboriginal groups holding s. 35(1) rights would be denied a constitutional right to democratic participation under s. 35.1 simply by virtue of their geographical location. While the lower courts were seemingly unconcerned by this prospect, in my view, it is contrary to the organizing constitutional principle of democracy and inconsistent with the purpose of patriation to allow Aboriginal groups located outside of Canada to participate in Canadian democracy

B. *L’omission de donner une interprétation téléologique à l’art. 35 mène à des résultats invraisemblables et problématiques*

[121] La conclusion selon laquelle l’édiction du par. 35(1) n’a pas eu pour effet de constitutionnaliser les droits ancestraux des collectivités situées à l’extérieur du Canada est également renforcée par les conséquences néfastes qu’entraînerait la conclusion contraire. Mon collègue est d’avis que ces préoccupations ne justifient pas une modification du droit, car « [s]i les communautés autochtones à l’extérieur du Canada peuvent revendiquer et posséder des droits visés au par. 35(1), il ne s’ensuit pas que leurs droits sont les mêmes que ceux des communautés se trouvant au Canada » (par. 71). Avec beaucoup d’égards, je ne puis être d’accord. S’il est loisible à un groupe autochtone de l’extérieur du Canada d’exercer au Canada un droit ancestral garanti par le par. 35(1), alors ce groupe doit être protégé par la Constitution et être en mesure d’exercer toute la panoplie de droits au même titre que ceux qui sont titulaires de droits ancestraux au Canada. Rien de moins ne saurait protéger l’honneur de la Couronne et favoriser le processus de réconciliation en cours entre le Canada et ses premiers peuples.

[122] Par conséquent, étendre la protection constitutionnelle du par. 35(1) aux groupes autochtones hors du Canada donne des résultats pour le moins inquiétants. D’abord, l’art. 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* emploie l’expression « peuples autochtones du Canada » pour énoncer l’obligation d’inviter les représentants de ces peuples à participer aux conférences constitutionnelles, tout comme le faisaient les art. 37 et 37.1 avant leur abrogation (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), vol. 1, p. 28-65 à 28-66). En principe, rien ne justifie que des groupes autochtones titulaires de droits garantis au par. 35(1) se voient refuser le droit constitutionnel à la participation démocratique garanti par l’art. 35.1 simplement en raison de leur situation géographique. Bien que les tribunaux d’instance inférieure semblaient peu préoccupés par cette perspective, à mon sens, permettre aux groupes autochtones de l’extérieur du Canada de participer à

as required by s. 35.1 (*Reference re Secession of Quebec*).

[123] Additionally, a multitude of challenges would arise with respect to the Crown's duty to consult. The numbers of groups to consult and, where appropriate, accommodate would dramatically increase, and it can be anticipated that in some cases accommodating the interests of s. 35(1) rights holders outside of Canada would run counter to accommodating the interests of s. 35(1) rights holders within Canada. Once an Aboriginal group outside of Canada has established a s. 35(1) right, one would assume that the Crown would be put on notice. As such, I cannot agree with my colleague's view that "[b]ecause groups outside Canada are not implicated in this process to the same degree, the scope of the Crown's duty to consult with them, and the manner in which it is given effect, may differ" (para. 76). Aboriginal groups outside of Canada would in fact be implicated to the same degree, and thus the Crown's duty to consult could not differ unless a two-tiered consultation process were established, which would run afoul of its obligation to engage in a "process of fair dealing and reconciliation" (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 32) with all Aboriginal rights holders.

[124] Given that the Aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) include not only site-specific rights but also rights to the land itself, finding that Aboriginal groups outside of Canada are "aboriginal peoples of Canada" raises the possibility that these groups may, in principle, hold constitutionally protected Aboriginal title to Canadian lands. Aboriginal title confers on the group holding it "the exclusive right to decide how the land is used and the right to benefit from those uses" (*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at para. 88). While this is not an issue raised

la démocratie canadienne, comme l'exige l'art. 35.1, est contraire au principe constitutionnel organisateur de démocratie et incompatible avec l'objectif du rapatriement (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*).

[123] En outre, cette approche présenterait de nombreuses difficultés concernant l'obligation de consultation qui incombe à la Couronne. Le nombre de groupes à consulter, et à accommoder le cas échéant, augmenterait considérablement, et on peut s'attendre à ce que, dans certains cas, tenir compte des intérêts des titulaires de droits garantis au par. 35(1) hors du Canada aille à l'encontre des intérêts des titulaires de droits garantis au par. 35(1) du Canada. Une fois qu'un groupe autochtone hors du Canada a établi l'existence d'un droit garanti par le par. 35(1), on pourrait présumer que la Couronne en serait avisée. Par conséquent, je ne saurais convenir avec mon collègue que « [c]omme les groupes se trouvant à l'extérieur du Canada n'interviennent pas dans ce processus dans la même mesure, la portée de l'obligation de les consulter, et la façon d'exécuter cette obligation, peuvent différer » (par. 76). En fait, les groupes autochtones qui habitent à l'extérieur du Canada interviendraient dans la même mesure et, par conséquent, l'obligation de la Couronne de les consulter ne pourrait être différente, à moins de créer un processus de consultation à deux paliers, ce qui serait contraire à son obligation de s'engager dans un « processus de négociation honorable et de conciliation » (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 32) avec tous les titulaires de droits ancestraux.

[124] Étant donné que les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) englobent non seulement les droits spécifiques à un site, mais également les droits sur les terres mêmes, conclure que les groupes autochtones hors du Canada sont des « peuples autochtones du Canada » signifie que ces groupes pourraient, en principe, détenir un titre ancestral protégé par la Constitution sur des terres canadiennes. Le titre ancestral confère au groupe qui le détient « le droit exclusif de déterminer l'utilisation qui est faite des terres et le droit de bénéficier des avantages que procure cette utilisation »

directly in this case, it is by no means hypothetical. The CCT — of which the Lakes Tribe is a member — have already filed two title claims in British Columbia courts (see *Campbell v. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151). It would be a remarkable proposition that a foreign group could hold constitutionally protected title to Canadian territory, as the required incidental mobility right would be fundamentally incompatible with Canadian sovereignty (see *Mitchell*, at paras. 159-64, per Binnie J.).

[125] The drafters of s. 35(1) could not have intended these deleterious consequences to arise. As such, these concerns militate against the conclusion that the Lakes Tribe is part of the “aboriginal peoples of Canada”. I would therefore allow the appeal on that basis.

C. *Even If the Lakes Tribe Is Part of the “Aboriginal Peoples of Canada”, Mr. Desautel Cannot Claim an Aboriginal Right to Hunt for Ceremonial Purposes*

[126] Even assuming that the Lakes Tribe is part of the “aboriginal peoples of Canada”, as the majority concludes, I would nevertheless allow the appeal on the basis that Mr. Desautel, as a member of the Lakes Tribe, cannot claim an Aboriginal right to hunt for ceremonial purposes within the traditional territory of the Sinixt in British Columbia. In my view, the *Van der Peet* test for an Aboriginal right under s. 35(1) is not satisfied in this case.

[127] I agree with my colleague that the test for Aboriginal rights for groups outside of Canada is the same as the test for groups within Canada. In accordance with the *Van der Peet* analysis, if an Aboriginal group outside of Canada can show that the pre-contact practice, tradition or custom supporting the claimed modern right is integral to its

(*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 88). Bien qu'elle n'ait pas été soulevée directement en l'espèce, cette question n'est pas du tout hypothétique. Les TCC, dont la Lakes Tribe fait partie, ont déjà déposé deux revendications de titre devant les tribunaux de la Colombie-Britannique (voir *Campbell c. British Columbia (Minister of Forests and Range)*, 2011 BCSC 448, [2011] 3 C.N.L.R. 151). Il serait étonnant qu'un groupe étranger puisse détenir un titre protégé par la Constitution sur un territoire canadien, puisque le droit de circulation accessoire requis serait fondamentalement incompatible avec la souveraineté canadienne (voir *Mitchell*, par. 159-164, le juge Binnie).

[125] Les rédacteurs du par. 35(1) n'auraient pas pu souhaiter pareilles conséquences néfastes. Ainsi, ces préoccupations militent contre la conclusion selon laquelle la Lakes Tribe est un « peupl[e] autochton[e] du Canada ». Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi pour ce motif.

C. *Même si la Lakes Tribe fait partie des « peuples autochtones du Canada », M. Desautel ne peut revendiquer le droit ancestral de chasser à des fins rituelles*

[126] Même si l'on suppose que la Lakes Tribe fait partie des « peuples autochtones du Canada », comme les juges majoritaires l'ont conclu, je suis tout de même d'avis d'accueillir le pourvoi au motif que M. Desautel, en qualité de membre de la Lakes Tribe, ne peut revendiquer le droit ancestral de chasser à des fins rituelles sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique. À mon sens, le test de l'arrêt *Van der Peet* qui sert à établir l'existence d'un droit ancestral visé au par. 35(1) n'est pas rempli en l'espèce.

[127] Je conviens avec mon collègue que le test de reconnaissance de droits ancestraux à des groupes hors du Canada est le même que celui qui s'applique aux groupes du Canada. Conformément à l'analyse établie dans *Van der Peet*, si un groupe autochtone hors du Canada peut démontrer, d'une part, que la pratique, tradition ou coutume antérieure au contact

distinctive pre-contact Aboriginal society, and that the right has a reasonable degree of continuity with the “integral” pre-contact practice, tradition or custom, then the Aboriginal group must receive full recognition of its s. 35(1) rights (*Lax Kw’alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535, at para. 46).

[128] However, in my view, the trial judge committed a reviewable error in her application of the *Van der Peet* test. In particular, she erred in finding that the continuity requirement of the test was met.

#### (1) Continuity

[129] Section 35(1) protects only those present-day practices that have a reasonable degree of continuity with the practices that existed prior to contact (*Van der Peet*, at paras. 63-65). Granted, as the Court stated in *Van der Peet*, the concept of continuity does not require an “unbroken chain of continuity” (para. 65, per Lamer C.J.) or a “year-by-year chronicle of how the event has been exercised since time immemorial” (para. 249, per McLachlin J., dissenting on other grounds). Continuity must be interpreted flexibly. Such flexibility, however, has its limits.

[130] As I see it, while temporal gaps in the actual practice do not necessarily preclude the establishment of an Aboriginal right (*Van der Peet*, at para. 65), failing to tender sufficient evidence that the practice was maintained or, at least, that a connection to the historical practice was maintained during such gaps may be fatal. Aboriginal rights claims require that proper and sufficient evidence be gathered and adduced to meet the legal requirements for such rights (*Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386, at para. 84).

avec les Européens qui étaye le droit contemporain revendiqué faisait partie intégrante de sa société autochtone distinctive avant le contact et, d’autre part, qu’il y a un degré raisonnable de continuité entre ce droit revendiqué et cette pratique, tradition ou coutume, alors le groupe autochtone doit bénéficier de la pleine reconnaissance de ses droits garantis par le par. 35(1) (*Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 46).

[128] Toutefois, à mon avis, la juge de première instance a commis une erreur révisable dans son application du test de l’arrêt *Van der Peet*. Plus particulièrement, elle a eu tort de conclure que l’exigence de continuité du test avait été respectée.

#### (1) Continuité

[129] Le paragraphe 35(1) ne protège que les pratiques contemporaines qui ont un degré raisonnable de continuité avec les pratiques antérieures au contact avec les Européens (*Van der Peet*, par. 63-65). Certes, comme l’a affirmé notre Cour dans *Van der Peet*, la notion de continuité n’impose pas une « continuité parfaite » (par. 65, le juge en chef Lamer) ou une « chronique indiquant comment, année après année, le droit a été exercé depuis les temps immémoriaux » (par. 249, la juge McLachlin, dissidente pour d’autres motifs). La continuité doit être interprétée avec souplesse. Or, une telle souplesse a ses limites.

[130] À mon sens, bien que des hiatus temporels dans la pratique n’empêchent pas forcément l’établissement d’un droit ancestral (*Van der Peet*, par. 65), le défaut de présenter suffisamment de preuve pour démontrer que la pratique s’est poursuivie ou, à tout le moins, qu’un lien avec la pratique historique a été maintenu durant ces hiatus temporels peut être fatal. Les revendications de droits ancestraux nécessitent que l’on rassemble et présente suffisamment d’éléments de preuve adéquats pour satisfaire aux exigences juridiques applicables à ces droits (*Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, par. 84).

(2) Application

[131] Turning to the appeal before us, it is important to review the findings of fact made by the trial judge. The trial judge found that the Sinixt had continued their seasonal harvesting round in the northern part of their territory from the time of contact (1811) until around 1870. Around 1880 and 1890, the majority of the Lakes peoples moved to the Colville Reservation in Washington State. By 1902, only 21 Sinixt remained living in their traditional territory in Canada when the federal government set aside a reserve for the “Arrow Lakes Band”, including Sinixt, Ktunaxa, and Secwepemc members. In 1956, after the last member of the Arrow Lakes Band died, the federal government declared the Band extinct.

[132] The record clearly shows that after 1930, the Lakes Tribe did not travel to or hunt in British Columbia. Today, the Lakes Tribe does not, as their ancestors did, “exercise a robust seasonal round in all of their traditional territory including those lands now in British Columbia” (para. 119). The only evidence proffered at trial about the Lakes Tribe’s presence in British Columbia at all before 2010 was a singular event in November 1972, when Charlie Quintasket, “a Lakes Indian from the Colville reservation”, walked into the office of Aboriginal scholar Dr. Dorothy Kennedy and asked why the Lakes people had no Indian reserves in Canada (para. 49). The only evidence that the Lakes Tribe *maintained a connection* to the claimed right was the fact that “the land was not forgotten” (para. 50) in the minds of the Lakes Tribe members and that the Lakes Tribe engaged in the practice of hunting in Washington State at the time of contact.

[133] Mr. Desautel pointed to the creation of the international border by the 1846 Oregon Boundary Treaty and the outlawing of hunting by British

(2) Application

[131] En ce qui concerne le pourvoi dont nous sommes saisis, il est important d’examiner les conclusions de fait tirées par la juge de première instance. Cette dernière a conclu que les Sinixt avaient continué leurs activités de récolte saisonnières dans la partie nord de leur territoire à partir du contact avec les Européens (1811) jusqu’à environ 1870. Aux environs de 1880 et de 1890, la majorité des peuples des Lacs se sont déplacés vers la réserve de Colville dans l’État de Washington. En 1902, seuls 21 Sinixt vivaient toujours sur leur territoire traditionnel au Canada lorsque le gouvernement fédéral a mis de côté une réserve pour la « bande des lacs Arrow », dont font partie les Sinixt, les Ktunaxa et les Secwepemc. En 1956, après le décès du dernier membre de la bande des lacs Arrow, le gouvernement fédéral a déclaré cette bande éteinte.

[132] Le dossier montre clairement qu’après 1930, les membres de la Lakes Tribe n’ont pas voyagé vers la Colombie-Britannique et n’y ont pas chassé non plus. Aujourd’hui, les membres de la Lakes Tribe n’exercent pas, comme l’ont fait leurs ancêtres, [TRADUCTION] « des activités saisonnières soutenues sur tout leur territoire traditionnel, y compris les terres qui se trouvent maintenant en Colombie-Britannique » (par. 119). La seule preuve présentée au procès concernant la présence de la Lakes Tribe en Colombie-Britannique avant 2010 est un événement unique qui a eu lieu en novembre 1972, lorsque Charlie Quintasket, [TRADUCTION] « un Indien des Lacs de la réserve de Colville », est entré dans le bureau de Dorothy Kennedy, spécialiste autochtone, et lui a demandé pourquoi les peuples des Lacs n’avaient aucune réserve indienne au Canada (par. 49). La seule preuve démontrant que la Lakes Tribe *a maintenu un lien* avec le droit revendiqué était le fait que [TRADUCTION] « la terre n’avait pas été oubliée » (par. 50) dans l’esprit des membres de la Lakes Tribe et que la Lakes Tribe pratiquait la chasse dans l’État de Washington au moment du contact avec les Européens.

[133] Afin d’expliquer pourquoi les membres de la Lakes Tribe ont graduellement cessé de chasser sur le territoire traditionnel des Sinixt, M. Desautel a

Columbia through the *Game Protection Amendment Act, 1896*, S.B.C., c. 22 (“1896 Act”), to explain why the Lakes Tribe had gradually ceased hunting in the Sinixt traditional territory. The trial judge held that the Sinixt had continued to hunt in British Columbia up to the 1930s despite the passing of the *1896 Act*. Therefore, it cannot be said that the *1896 Act* prevented the Sinixt from hunting. But even if this is accepted to be so, it does not explain the Lakes Tribe’s absence from the province for a period of almost 30 years — from 1982, when existing Aboriginal rights were elevated to constitutional status by the *Constitution Act, 1982*, to 2010, when Mr. Desautel travelled to British Columbia for the purpose of shooting a cow-elk to launch this test case.

[134] Quite simply, there is no direct evidence between 1930 and 1982 and between 1982 and 2010 that the Lakes Tribe engaged in anything that could be considered a modern-day practice of hunting in this territory. This was not a case whereby the Lakes Tribe could not provide a “year-by-year chronicle of how the event has been exercised since time immemorial”; rather, the Lakes Tribe did not hunt, let alone exercise a seasonal round, in British Columbia after 1930.

[135] I am of the view that the trial judge made a legal error in concluding that the chain of continuity had not been broken and that Mr. Desautel had established an Aboriginal right to hunt in British Columbia. While the trial judge’s findings of fact are owed deference because the weighing of evidence in an Aboriginal rights claim is “generally the domain of the trial judge, who is best situated to assess the evidence as it is presented” (*Mitchell*, at para. 36), the facts as she found them do not meet the continuity requirement necessary to establish an Aboriginal right.

[136] Continuity cannot be established simply because there is evidence that “the land was not forgotten” in the minds of the Lakes Tribe members. This is not, and cannot be, the standard. Even if the fact that

souligné la création de la frontière internationale par le Traité de l’Oregon de 1846 ainsi que l’interdiction de chasser imposée par la loi britanno-colombienne intitulée *Game Protection Amendment Act, 1896*, S.B.C. c. 22 (« *Acte de 1896* »). D’après la juge de première instance, les Sinixt ont continué de chasser en Colombie-Britannique jusque dans les années 1930 malgré l’adoption de l’*Acte de 1896*. Par conséquent, on ne saurait dire que cette loi a empêché les Sinixt de chasser. Même si on acceptait que c’était le cas, rien n’explique l’absence de la Lakes Tribe de la province pendant près de 30 ans — de 1982, lorsque les droits ancestraux existants ont été constitutionnalisés par la *Loi constitutionnelle de 1982*, jusqu’en 2010, lorsque M. Desautel s’est rendu en Colombie-Britannique pour tirer sur un wapiti femelle et lancer la présente cause type.

[134] En clair, il n’existe aucune preuve directe entre 1930 et 1982, et entre 1982 et 2010, que la Lakes Tribe se soit adonnée à quoi que ce soit qui puisse être considéré comme une pratique moderne de la chasse sur ce territoire. Il ne s’agit pas d’une affaire où la Lakes Tribe ne pouvait fournir une « chronique indiquant comment, année après année, le droit a été exercé depuis les temps immémoriaux »; en fait, les membres de la Lakes Tribe n’ont pas chassé, et encore moins exercé des activités saisonnières, en Colombie-Britannique après 1930.

[135] Je suis d’avis que la juge de première instance a commis une erreur révisable en concluant que la continuité n’avait pas été rompue et que M. Desautel avait établi l’existence d’un droit ancestral de chasser en Colombie-Britannique. Bien que les conclusions de fait de la juge de première instance commandent la retenue puisque l’évaluation de la preuve dans des revendications de droits ancestraux « relève généralement du juge de première instance, qui est le mieux placé pour apprécier la preuve présentée » (*Mitchell*, par. 36), les faits qu’elle a constatés ne satisfont pas à l’exigence de continuité nécessaire pour établir un droit ancestral.

[136] La continuité ne peut être établie du seul fait qu’il existe une preuve que [TRADUCTION] « la terre n’avait pas été oubliée » dans l’esprit des membres de la Lakes Tribe. Il ne s’agit pas, et il ne peut s’agir

the Lakes Tribe engaged in some hunting practices in Washington State is considered, the evidence is inconclusive. Further, without an explanation as to its meaning, the evidence that Mr. Quintasket asked Dr. Kennedy about Lakes Tribe reserves in Canada simply has no legal significance or relevance. Given that the evidence of continuity is amorphous and imprecise in many respects, there was no basis upon which the trial judge could have drawn an inference of continuity. As the Court explained in *Mitchell*, at para. 39:

There is a boundary that must not be crossed between a sensitive application and a complete abandonment of the rules of evidence. As Binnie J. observed in the context of treaty rights, “[g]enerous rules of interpretation should not be confused with a vague sense of after-the-fact largesse” (*R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 14). In particular, the *Van der Peet* approach does not operate to amplify the cogency of evidence adduced in support of an aboriginal claim. Evidence advanced in support of aboriginal claims, like the evidence offered in any case, can run the gamut of cogency from the highly compelling to the highly dubious. Claims must still be established on the basis of persuasive evidence demonstrating their validity on the balance of probabilities. Placing “due weight” on the aboriginal perspective, or ensuring its supporting evidence an “equal footing” with more familiar forms of evidence, means precisely what these phrases suggest: equal and due treatment. While the evidence presented by aboriginal claimants should not be undervalued “simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards that would be applied in, for example, a private law torts case” (*Van der Peet*, *supra*, at para. 68), neither should it be artificially strained to carry more weight than it can reasonably support. If this is an obvious proposition, it must nonetheless be stated. [Emphasis in original; text in brackets in original.]

[137] Given the Lakes Tribe’s lengthy and unaccounted-for absence from British Columbia between 1930 and 2010, continuity is not made out. A single shot cannot create the Lakes Tribe’s

de la norme à appliquer. Même si l’on tient compte du fait que les membres de la Lakes Tribe ont pratiqué la chasse dans l’État de Washington, la preuve n’est pas concluante. De plus, en l’absence d’une explication quant à sa signification, la preuve que M. Quintasket a interrogé M<sup>me</sup> Kennedy au sujet des réserves de la Lakes Tribe au Canada n’a tout simplement aucune importance ni pertinence juridique. Puisque la preuve de la continuité est nébuleuse et vague à de nombreux égards, rien ne permettait à la juge de première instance de tirer une inférence de continuité. Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Mitchell*, au par. 39 :

Il y a une limite à ne pas franchir entre l’application éclairée des règles de preuve et l’abandon complet de ces règles. Comme le note le juge Binnie dans le contexte des droits issus de traités, « [i] ne faut pas confondre les règles “généreuses” d’interprétation avec un vague sentiment de largesse a posteriori » (*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14). En particulier, la démarche de l’arrêt *Van der Peet* n’a pas pour effet d’augmenter la force probante de la preuve soumise à l’appui d’une revendication autochtone. La preuve à l’appui des revendications autochtones, comme la preuve produite dans n’importe quelle affaire, peut couvrir toute la gamme des forces probantes, de la preuve hautement convaincante à la preuve hautement contestable. Il faut encore établir le bien-fondé des revendications sur la base d’une preuve convaincante qui démontre leur validité selon la prépondérance des probabilités. Dire qu’il faut accorder « le poids qui convient » au point de vue autochtone ou s’assurer que la preuve à l’appui de ce point de vue est placée sur un « pied d’égalité » avec les types de preuve plus familiers, c’est précisément dire ce que cela veut dire : un traitement égal et approprié. Si la preuve des demandeurs autochtones ne devrait pas être sous-estimée « simplement parce [qu’elle] ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple » (*Van der Peet*, précité, par. 68), on ne devrait pas non plus la faire ployer artificiellement sous plus de poids que ce qu’elle peut raisonnablement étayer. Si cette proposition est évidente, il faut néanmoins l’énoncer. [Souligné dans l’original; texte entre crochets dans l’original.]

[137] Étant donné l’absence prolongée et non justifiée de la Lakes Tribe en Colombie-Britannique entre 1930 et 2010, la continuité n’est pas établie. Un seul tir ne peut avoir pour effet de donner



modern exercise of the right. In the absence of even minimally cogent evidence, this conclusion seems inescapable.

[138] Therefore, even if the Lakes Tribe were found to be part of the “aboriginal peoples of Canada”, the lack of continuity would be fatal to Mr. Desautel’s claim for a constitutionally-protected s. 35(1) Aboriginal right to hunt for ceremonial purposes in the Lakes Tribe’s traditional territory in British Columbia. I would allow the appeal on this alternative basis as well.

#### D. *Common Law Aboriginal Rights*

[139] It is well established that “s. 35(1) did not create the legal doctrine of aboriginal rights; aboriginal rights existed and were recognized under the common law” (*Van der Peet*, at para. 28), subject to the exceptions of sovereign incompatibility, surrender, and extinguishment (*Mitchell*, at para. 10). However, this Court has not previously considered the effect of s. 35(1) on the common law rights of an Aboriginal group located outside of Canada. Until now, this Court has only ever considered s. 35(1) in relation to claimants who were indisputably “aboriginal peoples of Canada”.

[140] The above reasons should not be taken as meaning that an Aboriginal collective located outside of Canada that is found not to be part of the “aboriginal peoples of Canada”, such as the Lakes Tribe, is foreclosed from establishing common law Aboriginal rights in Canada. However, I find it unnecessary to decide this issue in this case. Mr. Desautel did not assert that he had a common law Aboriginal right to hunt. Indeed, he resisted this notion for a number of reasons, one being that a common law right would not have exempted him from the *Wildlife Act* provisions at issue. Therefore, I consider it unnecessary to determine whether Mr. Desautel holds a common law Aboriginal right to hunt in British Columbia, and I leave the question of whether the common law continues to protect

naissance à l’exercice contemporain de ce droit par la Lakes Tribe. En l’absence d’une preuve même minimalement convaincante, cette conclusion semble inévitable.

[138] Par conséquent, même si l’on concluait que la Lakes Tribe faisait partie des « peuples autochtones du Canada », l’absence de continuité serait fatale à la revendication de M. Desautel d’un droit ancestral — protégé constitutionnellement au par. 35(1) — de chasser à des fins rituelles sur le territoire traditionnel de la Lakes Tribe en Colombie-Britannique. J’accueillerais le pourvoi pour ce motif subsidiaire également.

#### D. *Droits ancestraux en common law*

[139] Il est bien établi que « le par. 35(1) n’a pas créé la doctrine juridique des droits ancestraux. En effet, ces droits existaient déjà et ils étaient reconnus en common law » (*Van der Peet*, par. 28), sous réserve des exceptions relatives à l’incompatibilité avec l’affirmation de la souveraineté, à la cession et à l’extinction (*Mitchell*, par. 10). Toutefois, notre Cour n’a pas examiné auparavant l’effet du par. 35(1) sur les droits en common law d’un groupe autochtone habitant à l’extérieur du Canada. Jusqu’à présent, notre Cour n’a examiné le par. 35(1) qu’à l’égard de demandeurs qui faisaient partie sans conteste des « peuples autochtones du Canada ».

[140] Les motifs exposés ci-dessus ne devraient pas être interprétés comme signifiant qu’une collectivité autochtone hors du Canada qui n’est pas considérée comme faisant partie des « peuples autochtones du Canada », telle la Lakes Tribe, ne peut établir des droits ancestraux en common law au Canada. Toutefois, j’estime qu’il n’est pas nécessaire de trancher cette question en l’espèce. Monsieur Desautel n’a pas affirmé détenir un droit ancestral de chasse reconnu en common law. En effet, il s’est opposé à cette idée pour plusieurs raisons, dont le fait qu’un droit en common law ne l’aurait pas soustrait à l’application des dispositions de la *Wildlife Act* en cause. Par conséquent, je considère qu’il n’est pas nécessaire de décider si M. Desautel est titulaire d’un droit ancestral de chasse reconnu en common

Aboriginal rights not constitutionalized by the enactment of s. 35(1) for another day.

#### IV. Conclusion

[141] In summary, I would find that the expression “aboriginal peoples of Canada” in s. 35(1) means present-day Aboriginal peoples who are located in Canada, and I would allow the appeal for that reason. But even if this was not the case, Mr. Desautel cannot establish that he was exercising a s. 35(1) Aboriginal right to hunt in the Sinixt traditional territory in British Columbia, as he has failed to establish reasonable continuity between the pre-contact practice, custom or tradition and the contemporary claim. I would therefore allow the appeal on this alternative basis as well.

[142] I would allow the Crown’s appeal and answer the constitutional question in the negative. As a result, Mr. Desautel should not be exempt from the *Wildlife Act* provisions under which he was charged. I would enter a verdict of guilty on both counts of hunting without a licence contrary to s. 11(1) of the *Act* and hunting big game while not being a resident contrary to s. 47(a) of the *Act*, and remit the matter to the trial court for sentencing.

The following are the reasons delivered by

[143] MOLDAVER J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues Rowe and Côté JJ. For the purposes of this appeal, I am prepared to assume, without finally deciding, that Rowe J. is correct in holding that, as a member of an Aboriginal collective located outside Canada, Mr. Desautel is entitled to claim the constitutional protection provided by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. I nevertheless agree with Côté J., for the

law en Colombie-Britannique; la question de savoir si la common law continue de protéger les droits ancestraux qui n’ont pas été constitutionnalisés par l’adoption du par. 35(1) sera examinée à une autre occasion.

#### IV. Conclusion

[141] En somme, je serais d’avis de conclure que l’expression « peuples autochtones du Canada » figurant au par. 35(1) s’entend des peuples autochtones d’aujourd’hui qui habitent au Canada, et j’accueillerais le pourvoi pour ce motif. Mais même si l’expression avait une portée plus englobante, M. Desautel ne peut établir qu’il exerçait, en vertu du par. 35(1), un droit ancestral de chasse sur le territoire traditionnel des Sinixt en Colombie-Britannique, puisqu’il n’a pas réussi à prouver qu’il y a une continuité raisonnable entre la pratique, coutume ou tradition antérieure au contact avec les Européens et le droit contemporain revendiqué. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi pour ce motif subsidiaire également.

[142] Je ferais droit au pourvoi de la Couronne et je répondrais à la question constitutionnelle par la négative. Par conséquent, M. Desautel ne devrait pas être soustrait à l’application des dispositions de la *Wildlife Act* en vertu desquelles il a été accusé. Je rendrais, à l’endroit de M. Desautel, un verdict de culpabilité pour les deux chefs d’accusation de chasse sans permis, en contravention du par. 11(1) de la *Wildlife Act*, et de chasse du gros gibier alors qu’il n’était pas résident, en contravention de l’al. 47(a) de la *Wildlife Act*, et je renverrais l’affaire au tribunal de première instance pour qu’il détermine la peine.

Version française des motifs rendus par

[143] LE JUGE MOLDAVER (dissident) — J’ai pris connaissance des motifs de mes collègues les juges Rowe et Côté. Pour les besoins du présent pourvoi, je suis prêt à supposer, sans trancher la question de manière définitive, que le juge Rowe a raison de statuer qu’en tant que membre d’une communauté autochtone se trouvant à l’extérieur du Canada, M. Desautel peut revendiquer la protection constitutionnelle offerte par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de*

reasons she has expressed, that Mr. Desautel has not met his onus of establishing the continuity element of his claim, under the test for Aboriginal rights pursuant to *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507. Accordingly, I would allow the appeal on that basis and impose the same remedy as Côté J.

*Appeal dismissed, MOLDAVER and CÔTÉ JJ. dissenting.*

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

*Solicitors for the respondent: Arvay Finlay, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of the Yukon Territory: Attorney General of the Yukon Territory, Whitehorse.*

*Solicitor for the intervener the Peskotomuhkati Nation: Paul Williams, Ohsweken, Ont.*

1982. Je conviens néanmoins avec la juge Côté, pour les motifs qu'elle a exposés, que M. Desautel ne s'est pas acquitté de son fardeau d'établir l'élément de continuité de sa revendication, en fonction du critère relatif aux droits ancestraux établi dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour ce motif et d'imposer la même mesure de redressement que la juge Côté.

*Pourvoi rejeté, les juges MOLDAVER et CÔTÉ sont dissidents.*

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

*Procureurs de l'intimé : Arvay Finlay, Vancouver.*

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

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Territoire du Yukon : Procureur général du Territoire du Yukon, Whitehorse.*

*Procureur de l'intervenante la Nation Peskotomuhkati : Paul Williams, Ohsweken (Ont).*

*Solicitors for the intervener the Indigenous Bar Association in Canada: First Peoples Law, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Whitecap Dakota First Nation: Gowling WLG (Canada), Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee) and the Cree Nation Government: Goldblatt Partners, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Okanagan Nation Alliance: Mandell Pinder, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Mohawk Council of Kahnawà:ke: Mohawk Council of Kahnawà:ke Legal Services, Mohawk Territory of Kahnawà:ke, Que.*

*Solicitor for the intervener the Assembly of First Nations: Assembly of First Nations, Ottawa.*

*Solicitors for the interveners the Métis National Council and the Manitoba Metis Federation Inc.: Hodgson-Smith Law, Saskatoon.*

*Solicitor for the intervener the Nuchatlaht First Nation: Jack Woodward, Q.C., Campbell River, B.C.*

*Solicitors for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Lummi Nation: DGW Law Corporation, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Métis Nation British Columbia: Cassels Brock & Blackwell, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Indigenous Bar Association in Canada : First Peoples Law, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Whitecap Dakota First Nation : Gowling WLG (Canada), Vancouver.*

*Procureurs des intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et le Gouvernement de la nation crie : Goldblatt Partners, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Okanagan Nation Alliance : Mandell Pinder, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant Mohawk Council of Kahnawà:ke : Mohawk Council of Kahnawà:ke Legal Services, Mohawk Territory of Kahnawà:ke (Qc).*

*Procureur de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Assemblée des Premières Nations, Ottawa.*

*Procureurs des intervenants le Ralliement national des Métis et la Fédération Métisse du Manitoba : Hodgson-Smith Law, Saskatoon.*

*Procureur de l'intervenante la Première Nation Nuchatlaht : Jack Woodward, c.r., Campbell River (C.-B.).*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès des peuples autochtones : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Lummi Nation : DGW Law Corporation, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante Métis Nation British Columbia : Cassels Brock & Blackwell, Vancouver.*

**Attorney General of Ontario** *Appellant*

v.

**Jamie Clark,  
Donald Belanger and  
Steven Watts** *Respondents*

and

**Attorney General of New Brunswick,  
Attorney General of Manitoba,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Saskatchewan,  
Attorney General of Alberta,  
Toronto Police Chief James Ramer,  
Canadian Association of Chiefs of Police,  
Canadian Association of Crown Counsel and  
Ontario Crown Attorneys' Association**  
*Intervenors*

**INDEXED AS: ONTARIO (ATTORNEY GENERAL)  
v. CLARK**

**2021 SCC 18**

File No.: 38687.

2020: October 15; 2021: April 30.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and  
Kasirer JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO**

*Crown law — Prosecutorial immunity — Misfeasance in public office — Police officers commencing misfeasance claim against Attorney General on basis of Crown prosecutors' failure in conduct of criminal trials to challenge accused's claims of assault by police officers during arrest — Officers alleging that they suffered reputational harm and seeking damages — Whether prosecutorial immunity precludes misfeasance claims by police officers against Crown prosecutors for decisions made in exercise of public duties — Whether claim should be struck.*

**Procureur général de l'Ontario** *Appellant*

c.

**Jamie Clark,  
Donald Belanger et  
Steven Watts** *Intimés*

et

**Procureur général du Nouveau-Brunswick,  
procureur général du Manitoba,  
procureur général de la Colombie-Britannique,  
procureur général de la Saskatchewan,  
procureur général de l'Alberta,  
Toronto Police Chief James Ramer,  
Association canadienne des chefs de police,  
Association canadienne des juristes de l'État et  
Association des procureurs de la Couronne  
de l'Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ONTARIO (PROCUREUR  
GÉNÉRAL) c. CLARK**

**2021 CSC 18**

N° du greffe : 38687.

2020 : 15 octobre; 2021 : 30 avril.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et  
Kasirer.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO**

*Droit de la Couronne — Immunité du poursuivant — Faute dans l'exercice d'une charge publique — Demande présentée par des policiers contre le procureur général pour faute dans l'exercice d'une charge publique et fondée sur l'omission de procureurs de la Couronne dans la conduite de procès criminels d'avoir contesté les allégations d'accusés qui ont soutenu avoir été agressés par les policiers durant leur arrestation — Allégations par les policiers de préjudices à leur réputation et réclamation par ceux-ci de dommages-intérêts — L'immunité du poursuivant empêche-t-elle les policiers d'intenter un recours pour faute dans l'exercice d'une charge publique à l'encontre de procureurs de la Couronne pour des décisions prises par ceux-ci dans l'exercice de cette charge? — La demande devrait-elle être radiée?*

In June 2009, three officers with the Toronto Police Service arrested M and S in connection with a complaint of armed robbery and forcible confinement. Both men were charged and committed to stand trial. Prior to trial, M brought an application to stay the proceedings against him and to exclude the evidence of a confession he made on the day of the arrest based on his claim that the police beat him during the arrest and caused him a serious rib injury. The Assistant Crown Attorney and a senior Crown Attorney agreed that M's confession would not be admissible, and the charges against M were stayed. The jury trial against S proceeded and he was convicted. After his conviction, S filed a stay application alleging that the officers assaulted him and M during their arrest. M and S both testified on the stay application. The Assistant Crown Attorney did not call the officers to give evidence and conceded that the assaults occurred. The judge accepted the evidence and reduced S's sentence. Her reasons described the assaults in detail and described the officers' conduct as "police brutality". Those findings were reported in the media. The Special Investigations Unit ("SIU") and the Toronto Police Service Professional Standards Unit ("PSU") then conducted reviews of the allegations of misconduct against the officers. The SIU discontinued its proceedings when M declined to participate; the PSU concluded that the alleged misconduct could not be substantiated.

S appealed the decision not to stay the proceedings. The Court of Appeal allowed S's appeal and entered a stay of proceedings, noting that the appeal Crown did not contest the evidence of the assaults. It strongly criticized the officers' conduct. Its findings were reported in the media. After the appeal, the SIU reopened its investigation and concluded that M's rib injury post-dated the arrest and that the allegations against the police were not substantiated by the evidence. An Ontario Provincial Police review concluded that the PSU investigation was thorough and that there was no reason to refute its conclusions.

The officers sued the Attorney General for negligence and misfeasance committed by the Assistant Crown Attorney, the senior Crown Attorney and the appeal Crown

En juin 2009, trois policiers du Service de police de Toronto ont procédé à l'arrestation de M et S à la suite d'une plainte pour vol à main armée et séquestration. Les deux hommes ont été accusés et renvoyés à procès. Avant l'ouverture du procès, M a présenté une demande visant à obtenir l'arrêt des procédures intentées contre lui et l'exclusion des éléments de preuve relatifs à l'aveu qu'il avait fait le jour de son arrestation, au motif que les policiers l'avaient battu lors de son arrestation et l'avaient grièvement blessé aux côtes. La procureure adjointe de la Couronne et un procureur principal de la Couronne ont estimé que l'aveu de M ne serait pas admissible en preuve, et les accusations portées contre M ont été suspendues. S a pour sa part subi un procès devant jury et a été reconnu coupable. Après sa déclaration de culpabilité, il a déposé une demande d'arrêt des procédures dans laquelle il alléguait que les policiers les avaient agressés, lui et M, lors de leur arrestation. M et S ont tous deux témoigné lors de l'instruction de la demande d'arrêt des procédures. La procureure adjointe de la Couronne n'a pas appelé les policiers à témoigner et a concédé que les agressions avaient eu lieu. La juge du procès a accepté les témoignages et réduit la peine de S. Dans ses motifs, elle a décrit les agressions en détail et a qualifié la conduite des policiers de « brutalité policière ». Ces conclusions ont été reprises dans les médias. L'Unité des enquêtes spéciales (« UES ») et l'Unité des normes professionnelles du Service de police de Toronto (« UNP ») ont alors procédé à des examens des allégations d'inconduite formulées contre les policiers. L'UES a mis fin à son enquête lorsque M a refusé d'y participer; l'UNP a conclu que les allégations d'inconduite n'étaient pas fondées.

S a interjeté appel de la décision refusant d'ordonner l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a fait droit à l'appel de S et a ordonné l'arrêt des procédures, notant que la procureure de la Couronne lors de l'appel n'avait pas contesté les éléments de preuve présentés au sujet des agressions. La Cour d'appel a vivement critiqué la conduite des policiers. Ses conclusions ont été rapportées dans les médias. À la suite de l'appel, l'UES a rouvert son enquête et a conclu que la blessure subie aux côtes par M était postérieure à l'arrestation et que les allégations formulées contre les policiers n'étaient pas étayées par la preuve. Un examen par la Police provinciale de l'Ontario a conclu que l'enquête de l'UNP avait été exhaustive et que rien ne justifiait de réfuter ses conclusions.

Les policiers ont intenté une poursuite contre le procureur général pour négligence et faute dans l'exercice d'une charge publique par la procureure adjointe de la

Attorney. They sought general damages for negligence and misfeasance, plus aggravated, exemplary and punitive damages. They claimed to have suffered irreparable harm to their reputations and credibility. The Attorney General moved to strike the claim for failing to disclose a cause of action. The motions judge struck the negligence claim but allowed the misfeasance claim to proceed, and this decision was upheld on appeal. Only the decision as to the misfeasance claim is appealed to the Court.

*Held* (Côté J. dissenting): The appeal should be allowed and the misfeasance claim struck.

*Per* Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.: Prosecutors do not owe specific legal duties to the police with respect to how they carry out a prosecution, and misfeasance cannot be used to get around this reality. Piercing the immunity of Crown prosecutors to make them accountable to police officers would put Crown prosecutors in perpetual potential conflict with their transcendent public duties of objectivity, independence and integrity in pursuit of ensuring a fair trial for the accused and maintaining public confidence in the administration of justice. This means that the officers' misfeasance claim would not succeed.

Prosecutorial immunity advances the public interest by enabling prosecutors to make discretionary decisions in fulfilment of their professional obligations without fear of judicial or political interference, thus fulfilling their quasi-judicial roles as ministers of justice. The principles underlying immunity are the prosecutor's constitutionally protected independence, the risks to objective decision-making, and a concern about diverting prosecutors from their public interest duties. The jurisprudence has recognized that exposing prosecutors to civil liability may create a chilling effect, encouraging decision-making motivated by a desire to ward off the spectre of liability and obfuscating the prosecutor's core duties to act objectively and

Couronne, par le procureur principal de la Couronne ainsi que par la procureure de la Couronne lors de l'appel. Ils ont réclamé des dommages-intérêts généraux pour négligence et faute dans l'exercice d'une charge publique, ainsi que des dommages-intérêts majorés, exemplaires et punitifs. Ils affirment avoir subi un préjudice irréparable à leur réputation et à leur crédibilité. Le procureur général a présenté une motion en radiation de la demande au motif qu'elle ne révélait pas de cause d'action. Le juge des motions a radié l'action fondée sur la négligence, mais a autorisé l'exercice du recours fondé sur une faute dans l'exercice d'une charge publique, et cette décision a été confirmée en appel. Seule la décision quant à la demande pour faute dans l'exercice d'une charge publique a été portée en appel devant la Cour.

*Arrêt* (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est accueilli et l'action pour faute dans l'exercice d'une charge publique est radiée.

*Le* juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer : Les poursuivants n'ont pas d'obligation légale précise envers la police en ce qui concerne la façon dont ils mènent une poursuite, et on ne peut recourir à des allégations de faute dans l'exercice d'une charge publique pour contourner cette réalité. Lever l'immunité des procureurs de la Couronne pour les obliger à rendre compte de leurs actes à la police les placerait dans une situation perpétuelle d'éventuel conflit d'intérêts face aux devoirs supérieurs qui leur sont imposés par leur charge publique et qui les obligent à faire preuve d'objectivité, d'indépendance et d'intégrité afin d'assurer un procès équitable à l'accusé et de maintenir la confiance du public envers l'administration de la justice. En conséquence, l'action intentée par les policiers pour faute dans l'exercice d'une charge publique serait vouée à l'échec.

L'immunité du poursuivant protège l'intérêt public en permettant aux poursuivants de prendre des décisions discrétionnaires dans l'exécution de leurs obligations professionnelles sans craindre d'ingérence judiciaire ou politique et de s'acquitter ainsi de leur rôle quasi judiciaire de représentants de la justice. Les raisons de principe qui justifient l'immunité sont l'indépendance du poursuivant, qui est consacrée par la Constitution, les risques pour la prise de décisions objectives et la crainte de distraire les poursuivants des obligations dont ils doivent s'acquitter dans l'intérêt public. La jurisprudence reconnaît que le fait d'exposer le poursuivant à la responsabilité civile est susceptible de créer un effet paralysant et d'encourager

independently in the interests of the integrity of the system and the rights of the accused.

The need to safeguard and vindicate the rights of the accused, who is uniquely vulnerable to the misuse of prosecutorial power, is crucial. Allowing police officers to sue the Crown in misfeasance for decisions prosecutors make in the course of criminal proceedings would raise profound risks to the rights of the accused and to prosecutorial independence and objectivity, and it would undermine the integrity of the criminal justice system. It would also be fundamentally incompatible with the mutually independent relationship between the police and the prosecutor: the police's role is to investigate crime; the Crown prosecutor's role is to assess whether a prosecution is in the public interest and, if so, to carry out that prosecution in accordance with the prosecutor's duties to the administration of justice and the accused.

For prosecutors to be at risk of civil liability for reputational harm to police officers means considering irrelevant considerations and risking independence and objectivity, the core of the prosecutor's role. Police suing prosecutors for decisions they make in the course of a criminal prosecution is a recipe for putting prosecutors in conflict with their duty to protect the integrity of the process and the rights of the accused. Beyond the risk of actual conflict, the appearance of such a conflict would be equally damaging to the integrity of the administration of justice. Permitting police lawsuits against Crown prosecutors would suggest to the public and to accused persons that police were policing prosecutions through the use of private law, imperiling public confidence in the independent and objective ability of prosecutors to conduct fair trials. The police have a legitimate expectation and interest in their reputations not being unfairly impaired, but the solution cannot be to make prosecutors accountable to them in a way that obliterates the independence between police and prosecutors and is inconsistent with the Crown's core public duties to the administration of justice and to the accused.

*Per* Côté J. (dissenting): The appeal should be dismissed. Prosecutorial immunity should not apply to claims

la prise de décisions motivées par la volonté de conjurer le spectre de la responsabilité, ce qui risque d'occulter le devoir essentiel du poursuivant d'agir de façon objective et indépendante pour défendre l'intégrité du système et les droits de l'accusé.

La nécessité de protéger et de défendre les droits de l'accusé, qui est particulièrement vulnérable face à un recours abusif au pouvoir de poursuivre, est cruciale. Permettre à des policiers de poursuivre la Couronne pour faute commise dans l'exercice d'une charge publique en raison des décisions prises par des poursuivants au cours de poursuites criminelles compromettrait profondément les droits de l'accusé ainsi que l'indépendance et l'objectivité du poursuivant et porterait atteinte à l'intégrité du système de justice criminel. Ce serait également fondamentalement incompatible avec l'existence de rapports mutuellement indépendants entre la police et le poursuivant : la police a pour rôle d'enquêter sur les crimes; le rôle de la Couronne consiste à déterminer si une poursuite est dans l'intérêt public et, si oui, à mener cette poursuite en respectant ses obligations envers l'administration de la justice et l'accusé.

Si le poursuivant risquait d'engager sa responsabilité civile pour atteinte à la réputation de policiers, cela impliquerait qu'il tiendrait compte de facteurs non pertinents ce qui compromettrait son indépendance et son objectivité, qui sont au cœur du rôle qui lui est confié. Permettre aux policiers de poursuivre des procureurs de la Couronne au sujet de décisions prises par ces derniers au cours d'un procès criminel est une recette pour placer les poursuivants dans une situation de conflit d'intérêts face à leur devoir de protéger l'intégrité du processus et les droits de l'accusé. Au-delà du risque de conflit réel, l'apparence d'un tel conflit serait tout aussi néfaste pour l'intégrité de l'administration de la justice. Permettre aux policiers d'intenter un procès contre les procureurs de la Couronne donnerait à penser au public et aux accusés que la police exerce un contrôle sur les poursuites par le truchement du droit privé, ce qui ébranlerait la confiance du public en la capacité indépendante et objective des poursuivants de mener des procès équitables. Les policiers ont des attentes et des intérêts légitimes à ce que leur réputation ne soit pas injustement entachée, mais la solution ne saurait consister à obliger les poursuivants à leur rendre des comptes d'une manière qui ferait disparaître l'indépendance entre la police et les poursuivants et qui serait inconciliable avec les devoirs publics fondamentaux de la Couronne envers l'administration de la justice et les accusés.

*La* juge Côté (dissidente) : Le pourvoi devrait être rejeté. L'immunité du poursuivant ne devrait pas s'appliquer



for misfeasance in public office brought by police officers who suffered harm as a result of deliberate and unlawful conduct by prosecutors in connection with serious criminal allegations of police misconduct.

The rule of law requires equality before the law, and is incompatible with absolute immunities. The Court has recognized two exceptions to prosecutorial immunity in favour of accused persons: the torts of malicious prosecution and wrongful non-disclosure. Although the protection of prosecutorial independence is constitutionally entrenched in s. 7 of the *Charter*, the scope of prosecutorial immunity is a matter of policy. Prosecutorial independence translates into two policy concerns which are meant to gauge the risk of undue interference with the ability of prosecutors to freely carry out their duties in furtherance of the administration of justice: the risk of creating a chilling effect on the exercise of prosecutorial discretion and the risk of diverting prosecutors from their public duties. These concerns must not be invoked like a mantra to justify the application of prosecutorial immunity in every situation not falling within the exceptions recognized for the benefit of accused persons; rather, they should be considered in light of the particular liability threshold applicable to the tort at issue. A two-step analysis should be used to decide whether prosecutorial immunity should be applied in a particular situation: the first step requires determining whether there are cogent policy reasons for piercing the immunity, and the second step requires determining whether the liability threshold for the tort at issue is high enough to tamp down the twin policy concerns and to safeguard prosecutorial independence.

With respect to the first step, four policy reasons justify not applying prosecutorial immunity in cases where police officers suffered serious damages arising from unlawful and deliberate prosecutorial misconduct: (1) the tactical nature of the decisions involved; (2) the significance of the interests at stake; (3) the lack of meaningful alternative remedies and accountability mechanisms; and (4) public confidence in the office of prosecutor and in the police.

First, the principle of prosecutorial independence does not apply to decisions pertaining to the handling of allegations of police brutality because they are, in general, tactical decisions falling outside the core of prosecutorial

à l'encontre des actions fondées sur la faute dans l'exercice d'une charge publique intentées par des policiers ayant subi un préjudice par suite de la conduite délibérée et illégitime de poursuivants en lien avec des allégations criminelles graves d'inconduite policière.

La primauté du droit commande l'égalité devant la loi, et est incompatible avec les immunités absolues. La Cour a reconnu deux exceptions à l'immunité du poursuivant en faveur des accusés : les délits civils de poursuites abusives et de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Même si la protection de l'indépendance du poursuivant est constitutionnalisée par l'art. 7 de la *Charte*, la portée de l'immunité du poursuivant est une question d'intérêt public. L'indépendance du poursuivant soulève deux considérations d'intérêt public qui doivent être prises en compte pour apprécier le risque d'entraver indûment la possibilité, pour les poursuivants, d'exercer en toute liberté leurs fonctions dans l'intérêt de l'administration de la justice : le risque de créer un effet paralysant sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et le risque que les poursuivants soient détournés de leurs fonctions publiques. Ces considérations ne doivent pas être invoquées comme un mantra pour justifier l'application de l'immunité du poursuivant dans toutes les circonstances qui ne tombent pas sous le coup des exceptions reconnues dont bénéficient les accusés; elles devraient plutôt être examinées en tenant compte du seuil de responsabilité qui s'applique au délit en cause. Il faut procéder à une analyse en deux étapes pour déterminer si l'immunité du poursuivant doit être appliquée dans une circonstance particulière : la première étape consiste à se demander s'il existe des raisons d'intérêt public convaincantes qui justifieraient la levée de l'immunité, et la deuxième étape consiste à déterminer si le seuil de responsabilité à l'égard du délit en cause est assez élevé pour atténuer les risques liés aux deux considérations d'intérêt public et préserver l'indépendance du poursuivant.

En ce qui a trait à la première étape, il existe quatre raisons d'intérêt public justifiant de ne pas appliquer l'immunité du poursuivant dans les cas où des policiers ont subi de graves préjudices parce que le poursuivant a agi de manière délibérée et illégitime : (1) la nature stratégique des décisions en cause; (2) l'importance des intérêts en jeu; (3) l'absence d'autres recours et mécanismes de reddition de compte significatifs; et (4) la confiance du public dans la fonction de poursuivant et dans la police.

Tout d'abord, le principe de l'indépendance du poursuivant ne s'applique pas aux décisions portant sur le traitement d'allégations de brutalité policière, car il s'agit, en général, de décisions stratégiques qui ne relèvent pas

discretion. The principle of prosecutorial independence seeks to protect first and foremost the core of prosecutorial discretion, including decisions about the nature and extent of the prosecution (decisions to press charges, to enter a stay of proceedings, to enter into a plea bargain, to withdraw from proceedings and to take control of a private prosecution). Decisions that do not pertain to the nature and extent of the prosecution, such as tactical decisions, fall outside the scope of core prosecutorial discretion, so interfering with them does not implicate prosecutorial independence to the same extent. In any event, any conduct amounting to bad faith or malice falls outside the core and does not engage prosecutorial independence.

Second, just as the significance of the interests of accused persons may prevent the application of prosecutorial immunity, the significance of the interests at stake for the police officers weighs in favour of a conclusion that prosecutorial immunity does not apply. Findings of police brutality can have a profound impact on the officers' dignity, professional life, reputation and mental health. Those findings could also leave the officers open to professional discipline, or to civil and criminal liability. In addition, they would make the burden of proving the reasonableness of the use of force or self-defence in subsequent proceedings much more difficult.

Third, the available alternative remedies are unable to make the victims whole again. Disciplinary proceedings against the prosecutors before the Law Society or administrative sanctions from their employer carry little weight in comparison with prior judicial determinations of police brutality and torture made by a criminal court. Only exculpatory findings made by a civil court which had the benefit of all the evidence and did a thorough analysis can clear police officers' names once and for all. However, this remedy is contingent on an accused person's decision to bring a civil suit against the police; if the accused person decides not to sue the police, the officers are unable to challenge the findings of police brutality in a court of law because prosecutorial immunity deprives them of an autonomous access to the civil courts. If the immunity is displaced and the officers are able to bring their own action against the prosecutors to take issue with the mishandling

du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites. Le principe de l'indépendance du poursuivant vise à protéger avant tout les éléments essentiels du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, qui comprennent les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites (les décisions d'intenter des poursuites, d'ordonner un arrêt des procédures, de négocier sur un plaidoyer, de se retirer de procédures et de prendre en charge des poursuites privées). Les décisions qui ne portent pas sur la nature et l'étendue des poursuites, comme les décisions stratégiques, ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites, si bien que lorsque les tribunaux interfèrent avec elles le principe de l'indépendance du poursuivant n'est pas mis en jeu au même degré. Quoi qu'il en soit, toute conduite équivalant à de la mauvaise foi ou à de la malveillance dépasse les bornes du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites et ne fait pas intervenir le principe de l'indépendance du poursuivant.

Deuxièmement, tout comme l'importance des intérêts des accusés peut empêcher l'application de l'immunité du poursuivant, l'importance des intérêts en jeu pour les policiers milite en faveur d'une conclusion que l'immunité du poursuivant ne s'applique pas. Des conclusions de brutalité policière peuvent avoir de graves répercussions sur la dignité, la vie professionnelle, la réputation et la santé mentale des policiers. De telles conclusions peuvent en outre exposer les policiers à des mesures disciplinaires, ou engager leur responsabilité civile et criminelle. De plus, elles alourdiraient nettement le fardeau de prouver lors de poursuites subséquentes qu'ils avaient des motifs raisonnables d'employer la force ou qu'ils avaient agi en légitime défense.

Troisièmement, les autres recours qui existent ne permettent pas de remettre les victimes dans leur état antérieur. Les procédures disciplinaires qui pourraient être engagées devant le Barreau à l'encontre des poursuivants ou les sanctions administratives que pourrait leur infliger leur employeur ont peu de poids comparativement aux décisions antérieures d'un tribunal criminel quant à l'existence de brutalité policière et de torture. Seules des conclusions disculpatoires tirées par un tribunal civil qui disposerait de l'ensemble de la preuve et qui effectuerait une analyse approfondie pourraient remédier aux atteintes faites à la réputation des policiers une fois pour toutes. Toutefois, ce recours est subordonné à la décision d'un accusé d'intenter une poursuite civile contre la police; si l'accusé décide de ne pas intenter une telle poursuite, les policiers ne peuvent pas contester des conclusions de brutalité policière devant une cour de justice, car l'immunité

of the allegations of police brutality, the officers will be in a position to actively vindicate their reputations.

Finally, not applying prosecutorial immunity in such cases reinforces public confidence in both the office of prosecutor and the police. Public confidence in the office of prosecutor is better served when prosecutors are made accountable than when they are absolved from any misconduct. Protecting prosecutors who act unlawfully in a deliberate manner erodes public confidence in the office of Crown prosecutor. Prosecutorial immunity also undermines public confidence in the police. Where police officers are unable to redress their records before another court, their damaged reputation impedes the police's capacity to investigate and protect and hampers the prosecution of crime. It also makes them vulnerable to the defence's attacks when they testify, weakening the Crown's case as a result and potentially allowing some guilty accused persons to unduly avoid convictions.

With respect to the second step, the liability threshold for the tort of misfeasance in public office places the bar high enough to mitigate the twin policy concerns and to safeguard prosecutorial independence: a plaintiff must establish deliberate misconduct that demonstrates bad faith or dishonesty; inadvertent or negligent action of public officers are not enough. This high threshold must be considered in the context of the class of potential claimants and the prosecutorial activity at issue. The class of potential claimants — police officers facing allegations of serious misconduct in a criminal case — is very narrow, and the prosecutors' conduct at issue here does not fall within the core of prosecutorial discretion. When considered in this specific context, the high threshold provided by the elements of misfeasance in public office adequately protects against a chilling effect on the exercise of prosecutorial discretion, interference with prosecutorial independence, and the diversion of prosecutors from their duties. Finally, although permitting police officers to bring misfeasance claims may result in contradictory decisions, relitigation is necessary to enhance the credibility and the effectiveness of the adjudicative process as a whole when the first proceeding is tainted by fraud or dishonesty, when fresh, new evidence, previously unavailable, conclusively impeaches the original results, or when fairness dictates

du poursuivant les empêche de s'adresser eux-mêmes à un tribunal civil. Si l'immunité était levée et si les policiers pouvaient intenter leur propre action contre les poursuivants en contestant le traitement inadéquat des allégations de brutalité policière, ils seraient alors en mesure de demander activement la réparation du tort qui a été causé à leur réputation.

Enfin, ne pas appliquer l'immunité dans de telles affaires renforce la confiance du public à l'égard à la fois de la fonction de poursuivant et de la police. La confiance du public envers la fonction de poursuivant est mieux préservée lorsque les poursuivants sont tenus responsables de leurs actes plutôt que d'être absous de toute inconduite. Protéger des poursuivants qui agissent illégalement de manière délibérée mine la confiance qu'a le public envers la fonction de procureur de la Couronne. L'immunité du poursuivant mine également la confiance du public envers la police. Lorsque des policiers ne sont pas en mesure de rétablir leur réputation devant un autre tribunal, leur réputation ternie entrave la capacité d'enquêter et de protéger de la police et celle de poursuivre les criminels. Cela les rend aussi vulnérables aux attaques de la défense lorsqu'ils sont appelés à témoigner, affaiblissant ainsi la théorie de la Couronne et faisant possiblement en sorte que des accusés par ailleurs coupables puissent éviter indûment de faire l'objet de condamnations.

En ce qui a trait à la deuxième étape, le seuil de responsabilité applicable au délit de faute dans l'exercice d'une charge publique est suffisamment élevé pour atténuer les deux considérations d'intérêt public et préserver l'indépendance du poursuivant : un demandeur doit démontrer qu'il y a eu inconduite délibérée et que cette inconduite comporte un élément de mauvaise foi ou de malhonnêteté; il ne lui suffit pas de démontrer que le fonctionnaire a agi par inadvertance ou avec négligence. Ce seuil élevé doit être apprécié dans le contexte de la catégorie des demandeurs éventuels et des actes du poursuivant en cause. La catégorie de demandeurs éventuels — les policiers qui font l'objet d'allégations d'inconduite grave dans le cadre de poursuites criminelles — est très restreinte, et la conduite des poursuivants en l'espèce ne relève pas du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites. Pris dans ce contexte particulier, le seuil élevé qui est établi par les éléments du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique offre une protection suffisante en empêchant la création d'un effet paralysant sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et en évitant toute ingérence à l'égard de l'indépendance du poursuivant, ainsi que le détournement des fonctions de poursuivant. Enfin, même si le fait de permettre aux policiers d'intenter des actions fondées sur la faute dans l'exercice d'une

that the original result should not be binding in the new context.

In the instant case, the officers have adequately pleaded the four essential elements of misfeasance in public office. Accordingly, their misfeasance claim should be allowed to continue.

### Cases Cited

By Abella J.

**Considered:** *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; **referred to:** *R. v. Singh*, 2012 ONSC 2028; *R. v. Singh*, 2012 ONSC 4429; *R. v. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Powder Mountain Resorts Ltd. v. British Columbia*, 2001 BCCA 619, 94 B.C.L.R. (3d) 14; *Three Rivers District Council v. Bank of England (No. 3)* (2000), [2003] 2 A.C. 1; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9; *Smith v. Ontario (Attorney General)*, 2019 ONCA 651, 147 O.R. (3d) 305; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Cawthorne*, 2016 SCC 32, [2016] 1 S.C.R. 983; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190.

By Côté J. (dissenting)

*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *R. v. Singh*, 2012 ONSC 2028; *R. v. Singh*, 2012 ONSC 4429; *R. v. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. Cawthorne*, 2016 SCC 32, [2016] 1 S.C.R. 983; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *British Columbia (Attorney General) v. Malik*, 2011 SCC 18, [2011] 1 S.C.R. 657; *Hill v. Church of Scientology*

charge publique peut donner lieu au prononcé de décisions contradictoires, la remise en cause est nécessaire à la crédibilité et à l'efficacité du processus juridictionnel dans son ensemble lorsque la première instance est entachée de fraude ou de malhonnêteté, lorsque de nouveaux éléments de preuve, qui n'avaient pu être présentés auparavant, jettent de façon probante un doute sur le résultat initial, ou lorsque l'équité exige que le résultat initial n'ait pas force obligatoire dans le nouveau contexte.

En l'espèce, les policiers ont valablement invoqué les quatre éléments essentiels du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique. Par conséquent, leur action fondée sur le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique devrait être autorisée à suivre son cours.

### Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Arrêt examiné :** *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; **arrêts mentionnés :** *R. c. Singh*, 2012 ONSC 2028; *R. c. Singh*, 2012 ONSC 4429; *R. c. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Powder Mountain Resorts Ltd. c. British Columbia*, 2001 BCCA 619, 94 B.C.L.R. (3d) 14; *Three Rivers District Council c. Bank of England (No. 3)* (2000), [2003] 2 A.C. 1; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9; *Smith c. Ontario (Attorney General)*, 2019 ONCA 651, 147 O.R. (3d) 305; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Cawthorne*, 2016 CSC 32, [2016] 1 R.C.S. 983; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *R. c. Singh*, 2012 ONSC 2028; *R. c. Singh*, 2012 ONSC 4429; *R. c. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. Cawthorne*, 2016 CSC 32, [2016] 1 R.C.S. 983; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik*, 2011 CSC 18, [2011] 1 R.C.S. 657; *Hill c. Église de*

of Toronto, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214; *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3; *Bent v. Platnick*, 2020 SCC 23, [2020] 2 S.C.R. 645; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Day v. Woodburn*, 2019 ABQB 356, 96 Alta. L.R. (6th) 302; *Nelles v. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513; *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Watkins v. Secretary of State for the Home Department*, [2006] UKHL 17, [2006] 2 A.C. 395; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *Three Rivers District Council v. Bank of England (No. 3)*, [2003] 2 A.C. 1; *Alberta (Minister of Public Works, Supply & Services) v. Nilsson*, 1999 ABQB 440, 246 A.R. 201, aff'd 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 25, 34, 269.1(2).  
*Crown Attorneys Act*, R.S.O. 1990, c. C.49, ss. 6(5), 8.  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 21.

#### Authors Cited

Chamberlain, Erika. *Misfeasance in a Public Office*. Toronto: Thomson Reuters, 2016.

Code, Michael. “Judicial Review of Prosecutorial Decisions: A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 863.

Horsman, Karen, and Gareth Morley, eds. *Government Liability: Law and Practice*. Toronto: Thomson Reuters, 2020 (loose-leaf updated November 2020, release 36).

Law, J. M. “A Tale of Two Immunities: Judicial and Prosecutorial Immunities in Canada” (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 468.

Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax, 1989.

Ontario. *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto, 1993.

Ontario. *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report*, vol. 2. Toronto, 1998.

*scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214; *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3; *Bent c. Platnick*, 2020 CSC 23, [2020] 2 S.R.C.S. 645; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Day c. Woodburn*, 2019 ABQB 356, 96 Alta. L.R. (6th) 302; *Nelles c. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513; *Bosada c. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Watkins c. Secretary of State for the Home Department*, [2006] UKHL 17, [2006] 2 A.C. 395; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *Three Rivers District Council c. Bank of England (No. 3)*, [2003] 2 A.C. 1; *Alberta (Minister of Public Works, Supply & Services) c. Nilsson*, 1999 ABQB 440, 246 A.R. 201, conf. par 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 25, 34, 269.1(2).  
*Loi sur les procureurs de la Couronne*, L.R.O. 1990, c. C.49, art. 6(5), 8.  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 21.

#### Doctrine et autres documents cités

Chamberlain, Erika. *Misfeasance in a Public Office*. Toronto: Thomson Reuters, 2016.

Code, Michael. « Judicial Review of Prosecutorial Decisions : A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 863.

Horsman, Karen, and Gareth Morley, eds. *Government Liability : Law and Practice*, Toronto, Thomson Reuters, 2020 (loose-leaf updated November 2020, release 36).

Law, J. M. « A Tale of Two Immunities : Judicial and Prosecutorial Immunities in Canada » (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 468.

Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*, Halifax, 1989.

Ontario. *Rapport du comité consultatif du procureur général sur le filtrage des accusations, la divulgation et les pourparlers de règlement*, Toronto, 1993.

Ontario. *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport*, t. 2, Toronto, 1998.

Rosenberg, Marc. “The Attorney General and the Administration of Criminal Justice” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813.

Sterling, Lori, and Heather Mackay. “Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions: *Krieger v. Law Society of Alberta*” (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 169.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Lauwers, Huscroft and Trotter JJ.A.), 2019 ONCA 311, 56 C.C.L.T. (4th) 1, [2019] O.J. No. 2027 (QL), 2019 CarswellOnt 5941 (WL Can.), affirming a decision of Stinson J., 2017 ONSC 3683, [2017] O.J. No. 3236 (QL), 2017 CarswellOnt 9706 (WL Can.). Appeal allowed, Côté J. dissenting.

*Sunil Mathai* and *Ananthan Sinnadurai*, for the appellant.

*Lorne Honickman* and *Michael Lacy*, for the respondents.

*Patrick McGuinty*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*Amiram Kotler*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Tara Callan*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Michael J. Morris*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

*Christine Rideout, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Earl A. Cherniak, Q.C.*, for the intervener Toronto Police Chief James Ramer.

*Rachel Huntsman, Q.C.*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

*Paul J. J. Cavalluzzo*, for the interveners the Canadian Association of Crown Counsel and the Ontario Crown Attorneys’ Association.

Rosenberg, Marc. « The Attorney General and the Administration of Criminal Justice » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813.

Sterling, Lori, and Heather Mackay. « Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions : *Krieger v. Law Society of Alberta* » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 169.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Lauwers, Huscroft et Trotter), 2019 ONCA 311, 56 C.C.L.T. (4th) 1, [2019] O.J. No. 2027 (QL), 2019 CarswellOnt 5941 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Stinson, 2017 ONSC 3683, [2017] O.J. No. 3236 (QL), 2017 CarswellOnt 9706 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

*Sunil Mathai* et *Ananthan Sinnadurai*, pour l’appelant.

*Lorne Honickman* et *Michael Lacy*, pour les intimés.

*Patrick McGuinty*, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Amiram Kotler*, pour l’intervenant le procureur général du Manitoba.

*Tara Callan*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Michael J. Morris*, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Christine Rideout, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

*Earl A. Cherniak, c.r.*, pour l’intervenant Toronto Police Chief James Ramer.

*Rachel Huntsman, c.r.*, pour l’intervenante l’Association canadienne des chefs de police.

*Paul J. J. Cavalluzzo*, pour les intervenantes l’Association canadienne des juristes de l’État et l’Association des procureurs de la Couronne de l’Ontario.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer J.J. was delivered by

[1] ABELLA J. — The issue in this appeal is whether prosecutorial immunity precludes misfeasance claims by police officers against Crown prosecutors for decisions they make in the exercise of their public duties.

### Background

[2] Three officers with the Toronto Police Service, Jamie Clark, Donald Belanger and Steven Watts, sued the Attorney General of Ontario for negligence and misfeasance in public office. Their claim is based on the alleged misconduct of Crown prosecutors in the way they dealt with stay applications brought by two accused persons who claimed that the police officers assaulted them during an arrest.

[3] This appeal arises from the Attorney General's motion to strike the claim pursuant to Rule 21 of Ontario's *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. In the proceedings leading up to this appeal, the courts struck the negligence claim but allowed the misfeasance claim to proceed. Only the misfeasance claim is before this Court.

[4] In June 2009, the officers arrested Randy Maharaj and Neil Singh in connection with a complaint of armed robbery and forcible confinement. Both men were charged and committed to stand trial.

[5] Assistant Crown Attorney Sheila Cressman was assigned carriage of the prosecutions. Prior to trial, Mr. Maharaj brought an application to stay the proceedings against him and to exclude the evidence of

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — La question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si l'immunité du poursuivant rend irrecevables les actions fondées sur la faute dans l'exercice d'une charge publique intentées par des policiers contre des procureurs de la Couronne pour les décisions prises par ces derniers dans l'exercice de leur charge publique.

### Contexte

[2] Trois policiers du Service de police de Toronto, les agents Jamie Clark, Donald Belanger et Steven Watts, ont intenté une poursuite contre le procureur général de l'Ontario pour négligence et faute dans l'exercice d'une charge publique. Leur demande est fondée sur la présumée inconduite de procureurs de la Couronne, à qui ils reprochent leur traitement de demandes d'arrêt des procédures présentées par deux accusés, qui ont affirmé avoir été agressés par les policiers en question lors de leur arrestation.

[3] Le présent pourvoi fait suite à la motion en radiation de l'action présentée par le procureur général en vertu de la règle 21 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194. Dans les instances à l'origine du présent pourvoi, les tribunaux ont radié l'action fondée sur la négligence, mais ont autorisé l'exercice du recours fondé sur une faute dans l'exercice d'une charge publique. La Cour n'est saisie que de la demande pour faute dans l'exercice d'une charge publique.

[4] En juin 2009, les policiers ont procédé à l'arrestation de Randy Maharaj et de Neil Singh à la suite d'allégations de vol à main armée et de séquestration. Les deux hommes ont été accusés et renvoyés à procès.

[5] La procureure adjointe de la Couronne, M<sup>e</sup> Sheila Cressman, a été chargée de la poursuite. Avant l'ouverture du procès, M. Maharaj a présenté une demande visant à obtenir l'arrêt des procédures

a confession he made on the day of the arrest based on his claim that the police beat him during the arrest and caused him a serious rib injury.

[6] Ms. Cressman consulted with a senior Crown attorney, Frank Armstrong, who agreed that Mr. Maharaj's confession would not be admissible. The charges against Mr. Maharaj were stayed.

[7] The jury trial against Mr. Singh proceeded and he was convicted. After his conviction, Mr. Singh filed a stay application alleging that the officers assaulted him and Mr. Maharaj during their arrest. Mr. Maharaj and Mr. Singh both testified on the stay application. Ms. Cressman did not call the officers to give evidence.

[8] Ms. Cressman conceded at the stay hearing that the assaults occurred, but argued that the appropriate remedy for Mr. Singh was a reduced sentence. The judge accepted the evidence that the officers assaulted Mr. Singh and Mr. Maharaj. She did not order a stay, finding that a reduced sentence would be a more appropriate remedy. In her reasons, dated March 28, 2012, she described the assaults in detail and, in her reasons for sentence dated July 27, 2012, she described the officers' conduct as "police brutality" (2012 ONSC 2028; 2012 ONSC 4429). Those findings were reported in the media.

[9] The Special Investigations Unit (SIU) was notified of the officers' conduct, but Mr. Maharaj declined to participate in the SIU investigation. As a result, the SIU did not continue its proceedings. The Toronto Police Service Professional Standards Unit (PSU) then conducted its own review of the allegations of misconduct against the officers, and concluded in a report issued in October 2012, that "[b]ased on the available evidence and analysis

intentées contre lui et l'exclusion des éléments de preuve relatifs à l'aveu qu'il avait fait le jour de son arrestation, au motif que les policiers l'avaient battu à cette occasion et l'avaient grièvement blessé aux côtes.

[6] Maître Cressman a consulté un procureur principal de la Couronne, M<sup>e</sup> Frank Armstrong, qui a estimé comme elle que l'aveu de M. Maharaj ne serait pas admissible en preuve. Les accusations portées contre M. Maharaj ont été suspendues.

[7] Monsieur Singh a pour sa part subi un procès devant jury et a été reconnu coupable. Après sa déclaration de culpabilité, il a déposé une demande d'arrêt des procédures dans laquelle il alléguait que les policiers les avaient agressés, lui et M. Maharaj, lors de leur arrestation. Messieurs Maharaj et Singh ont tous deux témoigné lors de l'instruction de la demande d'arrêt des procédures. Maître Cressman n'a pas appelé les policiers à témoigner.

[8] Lors de l'audience sur l'arrêt des procédures, M<sup>e</sup> Cressman a concédé que les agressions avaient eu lieu, mais a fait valoir que la réparation appropriée dans le cas de M. Singh était une peine réduite. La juge du procès a accepté les témoignages suivant lesquels les policiers avaient agressé MM. Singh et Maharaj. Elle n'a pas ordonné l'arrêt des procédures, estimant qu'une peine réduite constituerait une réparation plus appropriée. Dans les motifs qu'elle a rendus le 28 mars 2012, elle a décrit les agressions en détail et, dans ses motifs du prononcé de la peine datés du 27 juillet 2012, elle a qualifié la conduite des policiers de [TRADUCTION] « brutalité policière » (2012 ONSC 2028; 2012 ONSC 4429). Ces conclusions ont été reprises dans les médias.

[9] L'Unité des enquêtes spéciales (UES) a été mise au courant de la conduite des policiers, mais M. Maharaj a refusé de participer à l'enquête de cette dernière. En conséquence, l'UES n'a pas poursuivi son enquête. L'Unité des normes professionnelles du Service de police de Toronto (UNP) a alors procédé à son propre examen des allégations d'inconduite formulées contre les policiers et a conclu, dans un rapport publié en octobre 2012, que [TRADUCTION]



conducted, misconduct on the part of the subject officers cannot be substantiated”.

[10] Mr. Singh appealed the decision not to stay the proceedings. The appeal was heard on October 18, 2013, after the PSU had issued its report. The judges at the hearing asked the Crown on the appeal, Amy Alyea, whether disciplinary action or criminal proceedings were initiated against the officers. The officers claim that she did not inform the court of the exculpatory PSU findings or make a fresh evidence application to put those findings before the court.

[11] The Court of Appeal allowed Mr. Singh’s appeal and entered a stay of proceedings on December 12, 2013 (118 O.R. (3d) 253). In its reasons, the court noted that the Crown did not “contest [the evidence of the assaults] on appeal”, and strongly criticized the officers’ conduct. Its findings were reported in the media.

[12] After the appeal, the SIU reopened its investigation, interviewed Mr. Maharaj and reviewed the records. In May 2014, it concluded that the rib injury post-dated the arrest and that the allegations against the police were not substantiated by the evidence. The Ontario Provincial Police subsequently conducted its own review of the PSU investigation, concluding on April 9, 2015 that the investigation was thorough and that there was no reason to refute its conclusions.

[13] On June 22, 2016, the police officers sued the Attorney General for negligence and misfeasance committed by Ms. Cressman, Mr. Armstrong and Ms. Alyea. They sought general damages in the amount of \$500,000 for negligence and misfeasance, in addition to \$250,000 in aggravated, exemplary and punitive damages for each plaintiff. They claimed to

« [c]ompte tenu des preuves présentées et à la suite de notre analyse, nous estimons que les allégations d’inconduite visant les policiers en cause ne sont pas fondées ».

[10] Monsieur Singh a interjeté appel de la décision refusant d’ordonner l’arrêt des procédures. L’appel a été entendu le 18 octobre 2013, après que l’UNP eut publié son rapport. À l’audience, le tribunal a demandé à la procureure de la Couronne en appel, M<sup>e</sup> Amy Alyea, si des mesures disciplinaires avaient été prises contre les policiers ou si des poursuites criminelles avaient été intentées contre eux. Les policiers affirment que la procureure n’a pas informé le tribunal des conclusions disculpatoires tirées par l’UNP et n’a pas présenté de demande de production de nouveaux éléments de preuve afin de porter ces conclusions à la connaissance du tribunal.

[11] La Cour d’appel a fait droit à l’appel de M. Singh et a ordonné l’arrêt des procédures le 12 décembre 2013 (2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253). Dans ses motifs, la Cour d’appel a noté que la Couronne n’a pas [TRADUCTION] « contesté dans le cadre de l’appel [les éléments de preuve présentés au sujet des agressions] », et elle a vivement critiqué la conduite des policiers. Ses conclusions ont été rapportées dans les médias.

[12] À la suite de l’appel, l’UES a rouvert son enquête, a interrogé M. Maharaj et a examiné les dossiers. En mai 2014, elle a conclu que la blessure subie aux côtes par M. Maharaj était postérieure à l’arrestation et que les allégations formulées contre les policiers n’étaient pas étayées par la preuve. Par la suite, la Police provinciale de l’Ontario a procédé à son propre examen de l’enquête de l’UNP et a conclu, le 9 avril 2015, que cette enquête avait été exhaustive et que rien ne justifiait de réfuter ses conclusions.

[13] Le 22 juin 2016, les policiers ont intenté une poursuite contre le procureur général pour la négligence et la faute dans l’exercice d’une charge publique de M<sup>es</sup> Cressman, Armstrong et Alyea. Ils réclament 500 000 \$ à titre de dommages-intérêts généraux pour négligence et faute dans l’exercice d’une charge publique, ainsi qu’un montant de 250 000 \$

have suffered irreparable harm, including “damage to their reputations and credibility among members of the judiciary, the Attorney General’s office, the criminal defence bar and the public at large”.

[14] The negligence pleading was based on Ms. Cressman, Mr. Armstrong and Ms. Alyea’s breaches of an alleged duty of care owed by Crown prosecutors to investigating police officers with respect to the conduct of a prosecution.

[15] The misfeasance pleading was based on the claim that the prosecutors’ conduct was deliberately unlawful and committed with knowledge that it would result in reputational harm to the officers. Against Ms. Cressman, the pleading stated that her unlawful conduct included her failure to properly ascertain the veracity of the assault allegations, her failure to call the police as witnesses to refute what the officers described as false and defamatory claims, and her ignoring or being wilfully blind to facts that exculpated the officers.

[16] Against Ms. Alyea, it was also claimed that she had acted for the improper purpose of protecting Ms. Cressman in not informing the Court of Appeal of the results of the PSU report, which exculpated the officers. The officers also claim that Mr. Armstrong acted unlawfully in breach of his duties, but the claim against him is not particularized.

[17] The Attorney General moved to strike the claim for failing to disclose a cause of action, arguing that the negligence and misfeasance claims were barred by prosecutorial immunity.

[18] The motions judge struck the negligence claim but allowed the misfeasance claim to proceed (2017

pour chacun des demandeurs à titre de dommages-intérêts majorés, exemplaires et punitifs. Ils affirment avoir subi un préjudice irréparable, notamment [TRANSDUCTION] « une atteinte à leur réputation et à leur crédibilité auprès de la magistrature, du bureau du procureur général, des avocats de la défense et de la population en général ».

[14] La demande fondée sur la négligence était basée sur les violations, par M<sup>es</sup> Cressman, Armstrong et Alyea, de l’obligation de diligence qui incomberait aux procureurs de la Couronne envers les policiers enquêteurs dans leur façon de mener une poursuite.

[15] La demande fondée sur une faute dans l’exercice d’une charge publique repose sur l’affirmation suivant laquelle les poursuivants ont agi de manière illégitime et délibérée et qu’ils étaient conscients que leur conduite porterait atteinte à la réputation des policiers. Dans le cas de M<sup>e</sup> Cressman, les policiers lui reprochent d’avoir agi de manière illégitime, notamment en ne vérifiant pas adéquatement la véracité des allégations d’agression, en ne faisant pas témoigner les policiers pour réfuter ce que ces derniers ont décrit comme des déclarations fausses et diffamatoires et en ne tenant pas compte des faits qui disculpaient les policiers ou en faisant preuve d’ignorance volontaire à l’égard de ces faits.

[16] Dans le cas de M<sup>e</sup> Alyea, les policiers lui reprochent en outre d’avoir agi dans le but illicite de protéger M<sup>e</sup> Cressman en ne portant pas à la connaissance de la Cour d’appel les conclusions du rapport d’enquête de l’UNP qui les disculpaient. Les policiers affirment également que M<sup>e</sup> Armstrong a agi de manière illégale en violation de ses obligations; ils ne précisent cependant pas davantage ce qu’ils lui reprochent personnellement.

[17] Le procureur général a présenté une motion en radiation de la demande au motif qu’elle ne révèle pas de cause d’action, faisant valoir que les actions pour négligence et pour faute dans l’exercice d’une charge publique sont irrecevables en raison de l’immunité du poursuivant.

[18] Le juge des motions a radié la demande fondée sur la négligence, mais a autorisé l’exercice

ONSC 3683). He found that overriding policy concerns precluded the recognition of a duty of care owed by Crown attorneys to investigating police officers. On the other hand, he found that it was not “plain and obvious” that prosecutors were immune to misfeasance claims brought by police officers.

[19] The Attorney General appealed the decision to allow the misfeasance claim to go to trial, and the officers appealed the decision to strike the negligence claim. The Court of Appeal for Ontario dismissed both appeals (2019 ONCA 311, 56 C.C.L.T. (4th) 1).

[20] The Court of Appeal agreed with the motions judge’s decision to strike the negligence claim. It found that “based on Crown immunity principles, no claim lies against the Crown in negligence, whether it be simple or gross negligence”. Citing the Supreme Court’s “steadfast” rejection of negligence-based claims against Crown attorneys even in the context of claims brought by accused persons, it concluded that there is no reason to privilege claims brought by police officers. But it allowed the misfeasance claim to go to trial, finding that Crown attorneys are not immune from civil liability for misfeasance in public office.

[21] The Attorney General appealed to this Court on the misfeasance issue. The officers did not cross-appeal the striking of the negligence claim.

### Analysis

[22] The elements and proper scope of the tort of misfeasance are not disputed in this appeal. A

du recours fondé sur la faute dans l’exercice d’une charge publique (2017 ONSC 3683). Il a estimé que des considérations d’intérêt public prépondérantes empêchent de reconnaître que les procureurs de la Couronne ont une obligation de diligence envers les policiers enquêteurs. En revanche, le juge a conclu qu’il n’est pas [TRADUCTION] « évident et manifeste » que les procureurs jouissent de l’immunité relativement à l’action intentée par des policiers pour faute commise dans l’exercice d’une charge publique.

[19] Le procureur général a fait appel de la décision autorisant l’exercice du recours pour faute dans l’exercice d’une charge publique, et les policiers ont interjeté appel de la radiation de l’action pour négligence. La Cour d’appel de l’Ontario a rejeté les deux appels (2019 ONCA 311, 56 C.C.L.T. (4th) 1).

[20] La Cour d’appel a souscrit à la décision du juge des motions de radier l’action fondée sur la négligence. Elle a conclu que [TRADUCTION] « compte tenu des principes qui sous-tendent l’immunité de la Couronne, celle-ci ne peut être poursuivie pour négligence, qu’il s’agisse d’une simple négligence ou d’une négligence grossière ». Citant le rejet « catégorique » par la Cour suprême des actions pour négligence intentées contre des procureurs de la Couronne, même de celles intentées par des accusés, la Cour d’appel a conclu qu’il n’y avait aucune raison de favoriser les recours intentés par des policiers. Elle a toutefois autorisé l’instruction de l’action pour faute dans l’exercice d’une charge publique, estimant que les procureurs de la Couronne ne bénéficiaient pas d’une immunité contre la responsabilité civile pour les fautes commises dans l’exercice d’une charge publique.

[21] Le procureur général se pourvoit devant la Cour sur la question de la faute dans l’exercice d’une charge publique. Les policiers n’ont pas formé de pourvoi incident pour contester la radiation de l’action pour négligence.

### Analyse

[22] Les éléments constitutifs et la portée du délit de faute dans l’exercice d’une charge publique ne

successful misfeasance claim requires the plaintiff to establish that the public official engaged in deliberate and unlawful conduct in his or her capacity as a public official, and that the official was aware that the conduct was unlawful and likely to harm the plaintiff (*Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 23, per Iacobucci J.).

[23] The unlawful conduct anchoring a misfeasance claim typically falls into one of three categories, namely an act in excess of the public official's powers, an exercise of a power for an improper purpose, or a breach of a statutory duty (*Odhavji*, at para. 24). The minimum requirement of subjective awareness has been described as "subjective recklessness" or "conscious disregard" for the lawfulness of the conduct and the consequences to the plaintiff (*Odhavji*, at paras. 25 and 29; *Powder Mountain Resorts Ltd. v. British Columbia* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 14 (C.A.), at para. 7; *Three Rivers District Council v. Bank of England (No. 3)* (2000), [2003] 2 A.C. 1 (H.L.), at pp. 194-95, per Lord Steyn).

[24] In this case, the misfeasance claim consists of two key allegations. The first is against Ms. Cressman for failing to take sufficient steps to investigate and rebut the claims of police brutality made by the accused in their stay applications. The officers plead that Ms. Cressman acted in deliberate disregard of her oath of office, incorporated in s. 8 of the *Crown Attorneys Act*, R.S.O. 1990, c. C.49, to act "without favour or affection to any party". The second is that Ms. Alyea, the Crown in Mr. Singh's appeal, failed to inform the Court of Appeal of the results of the PSU report, thereby acting for the improper purpose of protecting Ms. Cressman.

sont pas contestés dans le présent pourvoi. Pour obtenir gain de cause dans son action pour faute dans l'exercice d'une charge publique, le demandeur doit démontrer que le fonctionnaire public a agi en cette qualité de manière illégitime et délibérée et qu'il était conscient du caractère illégitime de sa conduite et de la probabilité qu'elle cause un préjudice au demandeur (*Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 23, le juge Iacobucci).

[23] Les actes illégitimes qui donnent ouverture à une action pour faute dans l'exercice d'une charge publique relèvent généralement de l'une de trois catégories, soit : lorsque l'acte outrepassé les pouvoirs conférés à la personne qui exerce une charge publique, lorsque le pouvoir est exercé à une fin irrégulière ou lorsqu'il y a manquement à une obligation prévue par la loi (*Odhavji*, par. 24). La condition minimale de la connaissance subjective exige que l'auteur de l'acte reproché ait fait preuve de « témérité subjective » ou « sciemment [d']insouciance » à l'égard de la légitimité de ses actes et de leurs conséquences pour le demandeur (*Odhavji*, par. 25 et 29; *Powder Mountain Resorts Ltd. c. British Columbia* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 14 (C.A.), par. 7; *Three Rivers District Council c. Bank of England (No. 3)*, [2003] 2 A.C. 1 (H.L.), p. 194-195, le lord Steyn).

[24] En l'espèce, l'action pour faute dans l'exercice d'une charge publique comporte deux allégations principales. La première allégation vise M<sup>e</sup> Cressman, à qui les policiers reprochent de ne pas avoir pris de mesures suffisantes pour enquêter sur les allégations de brutalité policière formulées par les accusés dans leur demande d'arrêt des procédures et pour réfuter ces allégations. Les policiers plaident que M<sup>e</sup> Cressman a délibérément ignoré son serment d'entrée en fonction qui, selon l'art. 8 de la *Loi sur les procureurs de la Couronne*, L.R.O. 1990, c. C.49, l'obligeait à agir « sans favoritisme ni partialité ». La seconde allégation concerne M<sup>e</sup> Alyea, qui a agi comme procureure de la Couronne dans l'appel interjeté par M. Singh, à qui les policiers reprochent de ne pas avoir porté à la connaissance de la Cour d'appel les conclusions du rapport d'enquête de l'UNP, cherchant ainsi de façon illicite à protéger M<sup>e</sup> Cressman.

[25] This is the first opportunity this Court has had to consider prosecutorial immunity in the context of claims against the Crown brought by police officers for prosecutorial conduct in the course of a criminal proceeding. Until *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, it was generally accepted that Crown prosecutors in Canada had absolute immunity from civil liability (see *Miazga v. Kvello Estate*, [2009] 3 S.C.R. 339, at para. 43, per Charron J.; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 9, at para. 104, per L’Heureux-Dubé J., dissenting; J. M. Law, “A Tale of Two Immunities: Judicial and Prosecutorial Immunities in Canada” (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 468, at p. 505; Lori Sterling and Heather Mackay, “Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions: *Krieger v. Law Society of Alberta*” (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 169, at p. 183, fn. 51).

[26] Since *Nelles*, our judgments on prosecutorial liability have been underscored by a careful balancing between the policy consequences of exposing prosecutors to liability, versus the need to safeguard and vindicate the rights of the accused, who is uniquely vulnerable to the misuse of prosecutorial power.

[27] To date, the rights of accused persons to a fair trial have been critical in that balancing. In *Smith v. Ontario (Attorney General)* (2019), 147 O.R. (3d) 305 (C.A.), Tulloch J.A. reviewed our immunity jurisprudence and aptly captured the critical considerations running through the cases — the importance of vindicating the rights of the accused, and the use of high liability thresholds to militate against the policy consequences of liability:

The strong countervailing interest of the importance of providing the subject of a prosecution with an effective remedy led the Supreme Court to establish exceptions to prosecutorial immunity . . .

[25] C’est la première fois que la Cour a l’occasion d’examiner l’immunité du poursuivant dans le contexte d’une action intentée contre la Couronne par des policiers relativement à la conduite du poursuivant dans une instance criminelle. Jusqu’à l’arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, il était généralement admis que les procureurs de la Couronne jouissaient au Canada d’une immunité absolue en matière de responsabilité civile (voir *Miazga c. Kvello (Succession)*, [2009] 3 R.C.S. 339, par. 43, la juge Charron; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 9, par. 104, la juge L’Heureux-Dubé, dissidente; J. M. Law, « A Tale of Two Immunities : Judicial and Prosecutorial Immunities in Canada » (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 468, p. 505; Lori Sterling et Heather Mackay, « Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions : *Krieger v. Law Society of Alberta* » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 169, p. 183, note 51).

[26] Depuis l’arrêt *Nelles*, nos décisions sur la responsabilité du poursuivant visent l’atteinte d’un équilibre prudent entre, d’une part, les conséquences pour l’intérêt public d’engager la responsabilité des poursuivants et, d’autre part, la nécessité de protéger et de défendre les droits de l’accusé, qui est particulièrement vulnérable face à un recours abusif au pouvoir de poursuivre.

[27] Jusqu’à présent, le droit des accusés à un procès équitable a joué un rôle prépondérant dans cette recherche d’équilibre. Dans l’arrêt *Smith c. Ontario (Attorney General)* (2019), 147 O.R. (3d) 305 (C.A.), le juge Tulloch a passé en revue notre jurisprudence en matière d’immunité et a bien saisi les facteurs essentiels qui s’en dégagent, en l’occurrence l’importance d’assurer la protection des droits de l’accusé et l’application de seuils de responsabilité rigoureux pour empêcher les conséquences pour l’intérêt public d’une reconnaissance de la responsabilité du poursuivant :

[TRADUCTION] L’intérêt concurrent considérable qu’est l’importance d’accorder une réparation efficace à la personne qui fait l’objet d’une poursuite a amené la Cour suprême à assortir le principe de l’immunité du poursuivant de certaines exceptions . . .

However, this powerful countervailing interest did not lead the Supreme Court to accept a negligence-based standard of liability, even for *Charter* breaches. [paras. 97-98]

[28] As Charron J. explained in *Miazga*, immunity advances “the public interest by enabling prosecutors to make discretionary decisions in fulfilment of their professional obligations without fear of judicial or political interference, thus fulfilling their *quasi-judicial* role as ‘ministers of justice’” (para. 47). The principles underlying immunity are the prosecutor’s constitutionally protected independence, the related risks to objective decision-making and a concern about diverting prosecutors from their public interest duties.

[29] Independence has been held to be “so fundamental to the integrity and efficiency of the criminal justice system that it is constitutionally entrenched” (*Miazga*, at para. 46). In *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372, Iacobucci and Major JJ. explained:

It is a constitutional principle in this country that the Attorney General must act independently of partisan concerns when supervising prosecutorial decisions . . . .

This side of the Attorney General’s independence finds further form in the principle that courts will not interfere with his exercise of executive authority, as reflected in the prosecutorial decision-making process . . . .

. . . The quasi-judicial function of the Attorney General cannot be subjected to interference from parties who are not as competent to consider the various factors involved in making a decision to prosecute. To subject such decisions to political interference, or to judicial supervision, could erode the integrity of our system of prosecution. Clearly drawn constitutional lines are necessary in areas subject to such grave potential conflict. [paras. 30-32]

Ce puissant intérêt concurrent n’a toutefois pas amené la Cour suprême à reconnaître l’existence d’une norme de responsabilité fondée sur la négligence, même dans le cas d’une violation de la *Charte*. [par. 97-98]

[28] Ainsi que la juge Charron l’a expliqué dans l’arrêt *Miazga*, l’immunité protège « l’intérêt public [en permettant aux procureurs de la Couronne] de prendre des décisions discrétionnaires dans l’exécution de leurs obligations professionnelles sans craindre d’ingérence judiciaire ou politique et de s’acquitter ainsi de leur rôle *quasi* judiciaire de [TRA-DUCTION] “représentants de la justice” » (par. 47). Les raisons de principe qui justifient l’immunité sont l’indépendance du poursuivant, qui est consacrée par la Constitution, les risques pour la prise de décisions objectives et la crainte de distraire les poursuivants des obligations dont ils doivent s’acquitter dans l’intérêt public.

[29] L’indépendance est considérée comme « si essentielle à l’intégrité et à l’efficacité du système de justice criminelle qu’elle est consacrée par la Constitution » (*Miazga*, par. 46). Dans l’arrêt *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, les juges Iacobucci et Major expliquent :

Dans notre pays, un principe constitutionnel veut que le procureur général agisse indépendamment de toute considération partisane lorsqu’il supervise les décisions d’un procureur du ministère public . . . .

Cet aspect de l’indépendance du procureur général se reflète également dans le principe selon lequel les tribunaux n’interviennent pas dans la façon dont celui-ci exerce son pouvoir exécutif, comme l’illustre le processus décisionnel en matière de poursuites . . . .

. . . La fonction quasi judiciaire du procureur général ne saurait faire l’objet d’une ingérence de la part de parties qui ne sont pas aussi compétentes que lui pour analyser les divers facteurs à l’origine de la décision de poursuivre. Assujettir ce genre de décisions à une ingérence politique ou à la supervision des tribunaux pourrait miner l’intégrité de notre système de poursuites. Il faut établir des lignes de démarcation constitutionnelles claires dans des domaines où un conflit aussi grave risque de survenir. [par. 30-32]

[30] In *Miazga*, Charron J. observed that “well-established public law principles relating to Crown independence and prosecutorial discretion” cannot be ignored in the context of private law prosecutorial liability (para. 5). The principle of independence is tied to the prosecutor’s obligation to make objective and fair decisions. That is why the jurisprudence has recognized that exposing prosecutors to civil liability may create a “chilling effect”, encouraging decision-making motivated by a desire to ward off the spectre of liability and obfuscating the prosecutor’s core duties to act objectively and independently in the interests of the integrity of the system and the rights of the accused.

[31] As LeBel J. explained in *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 65, the “seminal concept of the Crown as ‘Minister of Justice’” derives from *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, in which Rand J. said:

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime . . . . The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. [pp. 23-24]

[32] This means that the responsibility of the Crown includes the obligation to act objectively, independently and fairly toward the accused. These imperatives are “not confined to the courtroom and attac[h] to the Crown Attorney in all dealings in relation to an accused” more generally (*Regan*, at paras. 155-56, per Binnie J., dissenting). In *R. v. Cawthorne*, [2016] 1 S.C.R. 983, this Court recognized that an accused person has a constitutional right, as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*, to be tried by a prosecutor who acts

[30] Dans l’arrêt *Miazga*, la juge Charron a fait observer qu’on ne peut faire abstraction, dans le contexte de la responsabilité du poursuivant en droit privé, des « principes de droit public reconnus que sont l’indépendance du ministère public et son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites pénales » (par. 5). Le principe de l’indépendance du poursuivant est indissociable de son devoir de prendre des décisions objectives et équitables. C’est la raison pour laquelle la jurisprudence reconnaît que le fait d’exposer le poursuivant à la responsabilité civile est susceptible de créer un « effet paralysant » et d’encourager la prise de décisions motivées par la volonté de conjurer le spectre de la responsabilité, ce qui risque d’occulter le devoir essentiel du poursuivant d’agir de façon objective et indépendante pour défendre l’intégrité du système et les droits de l’accusé.

[31] Ainsi que le juge LeBel l’a expliqué dans l’arrêt *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 65, le « concept fondamental du rôle de “représentant de la justice” dévolu au ministère public » découle de l’arrêt *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, dans lequel le juge Rand déclarait ce qui suit :

[TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n’ont pas pour but d’obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l’on allègue être un crime. [. . .] Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte; il s’acquitte d’un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. [p. 23-24]

[32] En conséquence, la Couronne a notamment l’obligation d’agir de façon objective, indépendante et équitable envers l’accusé. Ces impératifs « ne se limite[nt] pas à la salle d’audience et [ils] lie[nt] le procureur de la Couronne dans toutes les mesures qu’il prend relativement à l’accusé » plus généralement (*Regan*, par. 155-156, le juge Binnie, dissident). Dans l’arrêt *R. c. Cawthorne*, [2016] 1 R.C.S. 983, la Cour a reconnu que l’accusé a le droit constitutionnel, en vertu d’un principe de justice fondamentale reconnu par l’art. 7 de la *Charte*, d’être jugé par un

independently of improper purposes (paras. 23-26, per McLachlin C.J.).

[33] The Attorney General and its agents are also required to act as protectors of the public interest in the discharge of their prosecutorial functions (*Cawthorne*, at para. 27). They act in “the interest of the community to see that justice is properly done” (*R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616, per L’Heureux-Dubé J.). Their ultimate task “is to see that the public interest is served, in so far as it can be, through the use, or non-use, of the criminal courts” (*Regan*, at para. 159, per Binnie J., dissenting in the result, quoting *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) (“Martin Report”), at p. 117 (emphasis deleted)).

[34] In *Nelles*, in the course of reviewing the common law authorities in favour of absolute immunity, Lamer J. explained that immunity “encourages public trust in the fairness and impartiality of those who act and exercise discretion in the bringing and conducting of criminal prosecution” and avoids a “chilling effect on the prosecutor’s exercise of discretion” arising from “the threat of personal liability for tortious conduct” (pp. 178-79, see also p. 199; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, [2015] 2 S.C.R. 214, at paras. 71 and 73, per Moldaver J.).

[35] *Nelles* was also the first case from this Court to acknowledge that prosecutorial immunity was not absolute, and could not protect the Crown from claims of malicious prosecution brought by an accused. Lamer J. expanded on the importance of allowing a wrongfully and maliciously accused person to advance a cause of action. Malicious prosecution requires the plaintiff to establish that the prosecutor acted with a demonstrable improper motive or purpose and that reasonable and probable grounds were objectively lacking (pp. 192-93). Absolute immunity would deprive a falsely accused person not only of a private right of action but also of the ability to seek a remedy for unconstitutional deprivations of liberty

poursuivant qui n’est pas motivé par des fins illégitimes (par. 23-26, la juge en chef McLachlin).

[33] Le procureur général et ses représentants ont également l’obligation de défendre l’intérêt public lorsqu’ils exercent leurs fonctions de poursuivants (*Cawthorne*, par. 27). Ils protègent « l’intérêt de la collectivité à faire en sorte que justice soit adéquatement rendue » (*R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 616, la juge L’Heureux Dubé). Leur tâche ultime « consiste à veiller à ce que l’intérêt public soit servi, dans toute la mesure du possible, par le recours ou l’absence de recours aux tribunaux criminels » (*Regan*, par. 159, le juge Binnie, dissident quant au résultat, citant le *Rapport du comité consultatif du procureur général sur le filtrage des accusations, la divulgation et les pourparlers de règlement* (1993) (« Rapport Martin »), p. 117 (soulignement omis)).

[34] Dans l’arrêt *Nelles*, au cours de son analyse des précédents de common law militant en faveur de l’immunité absolue, le juge Lamer a expliqué que l’immunité « favorise la confiance du public dans l’équité et l’impartialité de ceux qui agissent et qui exercent le pouvoir discrétionnaire d’intenter et de conduire des poursuites criminelles » et qu’elle permet d’éviter de « décourag[er] le poursuivant d’exercer son pouvoir discrétionnaire » en raison du « risque de voir engager sa responsabilité personnelle pour une conduite délictuelle » (p. 178-179, voir aussi p. 199; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2015] 2 R.C.S. 214, par. 71 et 73, le juge Moldaver).

[35] L’arrêt *Nelles* est également la première décision dans laquelle la Cour a reconnu que l’immunité du poursuivant n’était pas absolue et qu’elle ne pouvait mettre la Couronne à l’abri d’une action pour poursuite abusive intentée par l’accusé. Le juge Lamer a insisté sur l’importance de permettre à la personne qui a été accusée à tort et abusivement de faire valoir ses droits en justice. Dans une action pour poursuite abusive, le demandeur doit démontrer que le poursuivant a manifestement agi pour un motif ou dans un but illégitime et qu’il n’avait objectivement aucun motif raisonnable et probable de le poursuivre (p. 192-193). En accordant au poursuivant l’immunité absolue, on priverait d’un droit d’action



and security of the person (pp. 195-96). It would be a “threat to the individual rights of citizens who have been wrongly and maliciously prosecuted” (p. 199). Moreover, public confidence in the administration of justice would suffer if “the person who is in a position of knowledge in respect of the constitutional and legal impact of his conduct is shielded from civil liability when he abuses the process through a malicious prosecution” (p. 195).

[36] This Court’s subsequent decisions on malicious prosecution in *Proulx* and *Miazga* affirmed the policy considerations at play in *Nelles*. In *Proulx*, Iacobucci and Binnie JJ. stressed that:

Under our criminal justice system, prosecutors are vested with extensive discretion and decision-making authority to carry out their functions. Given the importance of this role to the administration of justice, courts should be very slow indeed to second-guess a prosecutor’s judgment calls when assessing Crown liability for prosecutorial misconduct. *Nelles* affirmed unequivocally the public interest in setting the threshold for such liability very high, so as to deter all but the most serious claims against the prosecuting authorities, and to ensure that Crown liability is engaged in only the most exceptional circumstances. Against these vital considerations is the principle that the Ministry of the Attorney General and its prosecutors are not above the law and must be held accountable. Individuals caught up in the justice system must be protected from abuses of power. In part, this accountability is achieved through the availability of a civil action for malicious prosecution. [Citation omitted; para. 4]

[37] Charron J., in *Miazga*, confirmed that the test for malicious prosecution strikes a “careful balancing” between the “right of individual citizens to be free from groundless criminal prosecutions and the public interest in the effective and uninhibited prosecution of criminal wrongdoing” (para. 52). She also

la personne faussement accusée et on l’empêcherait de demander une réparation pour les atteintes inconstitutionnelles portées à son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne (p. 195-196). L’immunité absolue « menace[rait] les droits individuels de citoyens poursuivis à tort et abusivement » (p. 199). De plus, la confiance du public envers l’administration de la justice serait compromise si « la personne qui est en mesure de connaître l’impact constitutionnel et juridique de sa conduite est mise à l’abri de la responsabilité civile quand elle abuse du processus en engageant des poursuites abusives » (p. 195).

[36] Dans les décisions subséquentes qu’elle a rendues au sujet de poursuites abusives dans les affaires *Proulx* et *Miazga*, la Cour a confirmé les considérations d’intérêt public qui étaient en jeu dans l’affaire *Nelles*. Dans l’arrêt *Proulx*, les juges Iacobucci et Binnie ont souligné ce qui suit :

Dans notre système de justice pénale, les poursuivants jouissent d’un vaste pouvoir discrétionnaire et d’un grand pouvoir décisionnel dans l’exercice de leurs fonctions. Compte tenu de l’importance de ce rôle pour l’administration de la justice, les tribunaux doivent se montrer vraiment très réticents à mettre en doute rétrospectivement la sagesse des décisions du poursuivant, lorsqu’ils évaluent la responsabilité du ministère public pour la conduite répréhensible du poursuivant. L’arrêt *Nelles* a confirmé sans équivoque qu’il était dans l’intérêt public que le seuil de cette responsabilité soit très élevé, de manière à décourager les demandes, sauf les plus sérieuses, contre les autorités chargées des poursuites et à garantir que seules les circonstances les plus exceptionnelles entraînent la responsabilité du ministère public. En contrepartie de ces considérations essentielles, il existe un principe selon lequel le ministère du Procureur général et les substituts du procureur général ne sont pas au-dessus de la loi et doivent rendre compte de leurs actes. Toute personne prise dans l’engrenage du système de justice doit être protégée contre les abus de pouvoir. Cette obligation de rendre compte se concrétise notamment par la possibilité d’une action civile pour poursuites abusives. [Référence omise; para. 4]

[37] Dans l’arrêt *Miazga*, la juge Charron a confirmé que le test applicable en matière de poursuites abusives permet l’atteinte d’un « juste équilibre » entre « le droit individuel à la protection contre les poursuites criminelles injustifiées et l’intérêt public résidant dans la poursuite effective et sans

emphasized the importance of proving a demonstrable improper purpose or motive, which cannot be inferred from an absence of reasonable and probable grounds alone. The plaintiff must demonstrate “that the prosecutor deliberately intended to subvert or abuse the office of the Attorney General or the process of criminal justice” (para. 89). Finally, Charron J. confirmed that the inquiry into reasonable and probable grounds is purely objective. If “objective reasonable grounds did in fact exist at the relevant time, it cannot be said that the criminal process was wrongfully invoked”, regardless of the prosecutor’s subjective belief (para. 73). This serves as a basis on which meritless claims can be struck before trial (*Miazga*, at para. 74; *Nelles*, at p. 197).

[38] This Court’s most recent opportunity to consider the limits of prosecutorial immunity arose in *Henry*, where it affirmed that immunity could not protect a prosecutor from claims of wrongful non-disclosure by an accused. Ivan Henry had been convicted of sexual offences and imprisoned for nearly 27 years before the British Columbia Court of Appeal quashed his convictions and acquitted him of all charges. He brought a civil suit against the Attorney General for *Charter* damages arising from the Crown prosecutor’s failure to disclose exculpatory evidence. The importance of displacing immunity to allow for an accused to vindicate his *Charter* rights was uncontested, and the question turned exclusively on the threshold to be applied. Moldaver J. held that liability will be triggered when the Crown

in breach of its constitutional obligations, causes harm to the accused by intentionally withholding information when it knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the

entrave des criminels » (par. 52). Elle a également insisté sur l’importance de démontrer que le but recherché par le poursuivant était illégitime, ce qui ne peut être inféré de la seule absence de motifs raisonnables et probables. Le demandeur doit démontrer que « le poursuivant avait l’intention délibérée d’abuser des pouvoirs du procureur général ou de dénaturer le processus de justice criminelle, outrepassant ainsi les limites de la charge de procureur général » (par. 89). Enfin, la juge Charron a confirmé que l’analyse relative à l’existence de motifs raisonnables et probables était purement objective. S’il « existait de fait des motifs raisonnables objectifs au moment considéré, on ne peut dire qu’il y a eu enclenchement abusif du processus criminel », et ce, indépendamment de la croyance subjective du poursuivant quant à l’existence de motifs suffisants (par. 73). Les demandes non fondées peuvent, pour cette raison, être déclarées irrecevables avant même le procès (*Miazga*, par. 74; *Nelles*, p. 197).

[38] La dernière occasion qu’a eue la Cour d’examiner les limites de l’immunité du poursuivant s’est présentée dans l’affaire *Henry*, dans laquelle elle a confirmé que l’immunité ne peut protéger le poursuivant contre l’allégation de non-communication injustifiée dont il fait l’objet de la part de l’accusé. Ivan Henry avait été reconnu coupable d’infractions sexuelles et avait été incarcéré pendant près de 27 ans avant que la Cour d’appel de la Colombie-Britannique annule ses déclarations de culpabilité et l’acquitte de toutes les accusations portées contre lui. Monsieur Henry a intenté un procès civil contre le procureur général dans lequel il réclamait, en vertu de la *Charte*, des dommages-intérêts pour défaut injustifié du procureur de la Couronne de communiquer des éléments de preuve disculpatoires. L’importance de lever l’immunité pour permettre à l’accusé de faire valoir les droits qui lui sont reconnus par la *Charte* n’était pas contestée et le débat portait exclusivement sur la norme applicable. Le juge Moldaver a déclaré que la responsabilité de la Couronne était engagée

lorsqu’en violation de ses obligations constitutionnelles, le ministère public [. . .] a causé un préjudice [à l’accusé] en retenant délibérément des renseignements alors qu’il savait, ou qu’il aurait raisonnablement dû savoir, que ces

failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence. [para. 31]

As in claims of malicious prosecution, the rights of the accused were central.

[39] As this brief history of this Court's evolutionary approach to prosecutorial immunity demonstrates, the overriding and compelling justification for restricting immunity is based on fairness to the accused, leading to a greater willingness on the part of courts to scrutinize prosecutorial decisions affecting the rights of the accused (The Honourable Marc Rosenberg, "The Attorney General and the Administration of Criminal Justice" (2009), 34 *Queen's L.J.* 813; see also Michael Code, "Judicial Review of Prosecutorial Decisions: A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg" (2009), 34 *Queen's L.J.* 863).

[40] The question before us, then, in light of the accused-centered policy thread woven through the authorities, is whether we should further encroach on prosecutorial immunity to allow police officers to sue the Crown in misfeasance for decisions prosecutors make in the course of criminal proceedings. In my view, allowing police officers to initiate such causes of action would raise profound risks to the rights of the accused and to prosecutorial independence and objectivity, and it would undermine the integrity of the criminal justice system.

[41] One of the critical dimensions of a prosecutor's independence that is protected by immunity is, in fact, independence from the police. The police role is to investigate crime. The Crown prosecutor's role, on the other hand, is to assess whether a prosecution is in the public interest and, if so, to carry out that prosecution in accordance with the prosecutor's duties to the administration of justice and the accused. Police and Crown prosecutors are expected to "act according to their distinct roles in the process, investigating allegations of criminal

renseignements étaient importants pour la défense et que le défaut de les communiquer pourrait porter atteinte à la possibilité, pour l'accusé, de présenter une défense pleine et entière. [par. 31]

Comme dans les actions pour poursuites abusives, les droits de l'accusé revêtaient une importance capitale.

[39] Comme l'illustre ce bref rappel de la démarche évolutive adoptée par la Cour en matière d'immunité du poursuivant, la raison principale et primordiale qui justifie de la limiter réside dans l'importance de faire preuve d'équité envers l'accusé, ce qui incite les tribunaux à être davantage disposés à examiner les décisions en matière de poursuites qui ont une incidence sur les droits de l'accusé (l'honorable Marc Rosenberg, « The Attorney General and the Administration of Criminal Justice » (2009), 34 *Queen's L.J.* 813; voir aussi Michael Code, « Judicial Review of Prosecutorial Decisions : A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg » (2009), 34 *Queen's L.J.* 863).

[40] Ainsi, la question dont nous sommes saisis, à la lumière des principes centrés sur l'accusé qui se dégagent de la jurisprudence, est celle de savoir si nous devrions restreindre encore plus l'immunité du poursuivant pour permettre à des policiers de poursuivre la Couronne pour faute commise dans l'exercice d'une charge publique en raison des décisions prises par des poursuivants au cours de poursuites criminelles. À mon avis, permettre aux policiers d'engager de telles poursuites compromettrait profondément les droits de l'accusé ainsi que l'indépendance et l'objectivité du poursuivant et porterait atteinte à l'intégrité du système de justice criminel.

[41] Une des dimensions essentielles de l'indépendance du poursuivant que protège le principe de l'immunité est, en fait, son indépendance vis-à-vis de la police. Cette dernière a pour rôle d'enquêter sur les crimes. Le rôle du procureur de la Couronne consiste, en revanche, à déterminer si une poursuite est dans l'intérêt public et, si oui, à mener cette poursuite en respectant ses obligations envers l'administration de la justice et l'accusé. Tous s'attendent à ce que la police et les procureurs de la Couronne « agissent conformément à leurs rôles respectifs dans

behaviour, and assessing the public interest in prosecuting, respectively” (*Regan*, at para. 87; see also *Smith*, at para. 72).

[42] In *Regan*, this Court emphasized the importance to the administration of justice of prosecutorial independence *from* the police. The issue in *Regan* concerned prosecutorial involvement in the pre-charge stage of an investigation. Ultimately, LeBel J. held for the majority that Crown involvement in pre-charge interviews did not constitute a *per se* abuse of process. He observed, however, that the “need for a separation between police and Crown functions has been reiterated in reports inquiring into miscarriages of justice which have sent innocent men to jail” (para. 66).

[43] Most pertinently, he concluded that “Crown objectivity and the separation of Crown from police functions are elements of the judicial process which must be safeguarded” (para. 70). This sentiment was echoed by Binnie J., when he said:

... Crown prosecutors must retain objectivity in their review of charges laid by the police, or their pre-charge involvement, and retain both the substance and appearance of even-handed independence from the police investigative role. This is the Crown Attorney’s “Minister of Justice” function and its high standards are amply supported in the cases . . . [para. 137, dissenting on other grounds]

[44] The importance of prosecutorial objectivity in the review of charges laid by the police is driven by the fact that “prosecutors provide the initial checks and balances to the power of the police”. They act as a “buffer between the police and the citizen” in deciding how to proceed once a charge has been laid (paras. 159-60, per Binnie J.). Independent prosecutorial review of the police’s investigative process and

le processus, la première procédant aux enquêtes sur des allégations de comportement criminel et le[s] deuxième[s] à l’appréciation de l’intérêt public à ce que des poursuites soient engagées » (*Regan*, par. 87; voir aussi *Smith*, par. 72).

[42] Dans l’arrêt *Regan*, la Cour a insisté sur l’importance, pour l’administration de la justice, de l’indépendance du poursuivant *vis-à-vis de* la police. Dans cette affaire, le débat portait sur le rôle qu’avait joué la poursuite à l’étape de l’enquête précédant l’inculpation. En fin de compte, le juge LeBel a conclu, au nom des juges majoritaires, que la participation de la Couronne aux entrevues préinculpation n’avait pas constitué en soi un abus de procédure. Il a toutefois fait observer que « [l]a nécessité d’une séparation entre les fonctions de la police et celles du ministère public a été réaffirmée à nombre d’occasions dans des rapports d’enquêtes sur des erreurs judiciaires qui ont entraîné l’emprisonnement d’innocents » (par. 66).

[43] Sa conclusion la plus pertinente était que « l’objectivité du ministère public et la séparation entre les fonctions du ministère public et celles de la police sont des éléments du processus judiciaire qu’il faut protéger » (par. 70). Ce point de vue a été repris par le juge Binnie, qui a déclaré :

... les procureurs de la Couronne doivent demeurer objectifs dans leur examen des accusations portées par la police, ou dans leur participation à l’étape antérieure à l’inculpation, et [ . . . ] ils doivent conserver, en réalité comme en apparence, une indépendance impartiale par rapport au rôle d’enquête de la police. C’est là la fonction de « représentant de la justice » du procureur de la Couronne, à laquelle s’appliquent des normes élevées amplement reconnues par la jurisprudence . . . [par. 137, dissident pour d’autres motifs]

[44] L’importance de l’objectivité dont doivent faire preuve les poursuivants lorsqu’ils examinent les accusations portées par la police s’explique par le fait que les « procureurs de la Couronne fournissent les premiers freins et contrepoids au pouvoir de la police ». Ils servent de « tampon entre la police et le citoyen » pour décider de la suite à donner une fois que des accusations ont été portées (par. 159-160, le

decisions helps “ensure that both investigations and prosecutions are conducted more thoroughly, and thus more fairly” (para. 160, per Binnie J., quoting the Martin Report, at p. 39).

[45] In *R. v. Beaudry*, [2007] 1 S.C.R. 190, the Court made it clear that prosecutorial independence from police is not a one way street. The police “have a particular role to play in the criminal justice system . . . and it is important that they remain independent of the executive branch”. Accordingly, the relationship between prosecutors and the police is not a “hierarchical” one. In discharging their respective duties, both the police and the prosecutor have a “discretion that must be exercised independently of any outside influence” (para. 48). Cooperation is encouraged, but independence is mandatory.

[46] In *Smith*, Tulloch J.A. characterized the relationship between the prosecutor and the police as one of “mutual independence”, which “provides a safeguard against the misuse of both investigative and prosecutorial powers and can ensure that both investigations and prosecutions are conducted more thoroughly and fairly” (para. 86, citing the Martin Report, at p. 39).

[47] Making prosecutors liable to police officers for misfeasance is fundamentally incompatible with this “mutually independent” relationship. Prosecutors do not owe specific legal duties to the police with respect to how they carry out a prosecution. To use misfeasance to get around this reality would be to permit a police officer to take a prosecutor to court to challenge the prosecutor’s compliance with his or her *public duties* (*Odhavji*, at para. 29). Such a relationship of legal accountability between the prosecutor and the police is irreconcilable with their critically “separate and distinct” roles (*Smith*, at para. 65).

juge Binnie). Le contrôle indépendant, par la poursuite, de l’enquête menée par les policiers et de leurs décisions permet de « faire en sorte que les enquêtes comme les poursuites sont effectuées de façon plus complète et, partant, plus équitable » (par. 160, le juge Binnie, citant le Rapport Martin, p. 39).

[45] Dans l’arrêt *R. c. Beaudry*, [2007] 1 R.C.S. 190, la Cour a bien précisé que l’indépendance dont jouit la poursuite vis-à-vis de la police n’est pas à sens unique. Le policier « joue un rôle qui lui est propre dans le système de justice pénale [. . .] et il importe qu’il demeure indépendant du pouvoir exécutif ». Les rapports qui existent entre les poursuivants et la police ne sont donc pas « hiérarchiques ». Dans l’accomplissement de leurs fonctions respectives, les policiers et les poursuivants « jouissent d’un pouvoir discrétionnaire qu’ils doivent exercer indépendamment de toute influence externe » (par. 48). La collaboration est encouragée, mais l’indépendance est obligatoire.

[46] Dans l’arrêt *Smith*, le juge d’appel Tulloch a qualifié les rapports qui existent entre le poursuivant et la police de relation [TRADUCTION] « [d’] indépendance mutuelle » qui « offre une protection contre l’abus de pouvoir de la part tant des enquêteurs que des poursuivants et qui est susceptible de garantir que tant les enquêtes que les poursuites sont menées de façon plus rigoureuse et équitable » (par. 86, citant le Rapport Martin, p. 39).

[47] Obliger les poursuivants à rendre compte aux policiers des fautes qu’ils commettent dans l’exercice de leur charge publique est fondamentalement incompatible avec l’existence de rapports « mutuellement indépendants ». Les poursuivants n’ont pas d’obligation légale précise envers la police en ce qui concerne la façon dont ils mènent une poursuite. Recourir à des allégations de faute dans l’exercice d’une charge publique pour contourner cette réalité permettrait à un policier de poursuivre un procureur de la Couronne en justice pour son présumé non-respect des devoirs de sa charge *publique* (*Odhavji*, par. 29). Une telle relation entre le poursuivant et la police fondée sur une obligation légale de rendre des comptes est inconciliable avec le [TRADUCTION] « rôle séparé et distinct » de chacun d’entre eux (*Smith*, par. 65).

[48] The problem is not merely theoretical. As previously noted, the courts' increased willingness to take a more active role in scrutinizing decisions of the Attorney General and its agents, including through the exceptions to prosecutorial immunity, has been driven by the realization that failing to provide appropriate checks and balances on Crown conduct, including the relationship with the police, can lead to gross injustices, including wrongful convictions.

[49] We have seen deplorable examples of injustice when the roles are integrated. The Report of the Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution concluded that a distinct boundary between the function of the police and the Crown is essential to the proper administration of justice (*Regan*, at para. 66, citing *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989), at p. 232). And in the 1998 Report of the Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin, the Commissioner concluded that the Crown's failure to maintain objectivity throughout the process, which contributed to Morin's wrongful conviction, was caused in part by too close contact with the police:

The prosecutors showed little or no introspection about these contaminating influences upon witnesses for two reasons: one, the evidence favoured the prosecution; this coloured their objectivity; two, their relationship with the police which, at times, blinded them, and prevented them from objectively and accurately assessing the reliability of the police officers who testified for the prosecution.

(*The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998), vol. 2, at p. 911, cited in *Regan*, at para. 69.)

[50] This reality was reinforced by the Court of Appeal in this case in its duty of care analysis rejecting the officers' negligence claim. The court recognized that imposing a duty of care on Crown prosecutors toward investigating police officers could interfere with the prosecutors' ability to act

[48] La question n'est pas purement théorique. Comme je l'ai déjà souligné, le fait que les tribunaux sont de plus en plus disposés à intervenir plus activement pour examiner les décisions prises par le procureur général et ses représentants, notamment par le jeu des exceptions à l'immunité du poursuivant, a été motivé par le fait qu'on s'est rendu compte qu'en ne soumettant pas la conduite de la Couronne à des mécanismes de contrôle adéquats, y compris en ce qui concerne ses rapports avec la police, on risquait d'assister à des injustices flagrantes, sous forme notamment de déclarations de culpabilité injustifiées.

[49] On a assisté à des injustices déplorables lorsque ces rôles ont été intégrés. Le rapport de la Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution a conclu que la séparation des fonctions de la police de celles de la Couronne était essentielle à la bonne administration de la justice (*Regan*, par. 66, citant les *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989), p. 232). En outre, en 1998, dans le Rapport de la Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin, le commissaire a conclu que le manque d'objectivité de la Couronne du début à la fin du processus par suite notamment d'un contact trop étroit entre le poursuivant et la police avait contribué à la condamnation injustifiée de M. Morin :

Les procureurs ont fait preuve d'un piètre jugement quant à la question des influences contaminantes pour les témoins : premièrement, la preuve favorisait la poursuite, ce qui fausse leur objectivité; deuxièmement, leurs rapports avec la police qui, à certains moments, les empêchait d'y voir clair et d'évaluer avec objectivité et précision la fiabilité des agents qui témoignaient pour la poursuite.

(*Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (1998), vol. 2, p. 911, cité dans *Regan*, par. 69)

[50] La Cour d'appel a rappelé cette réalité en l'espèce dans son analyse de l'obligation de diligence à l'issue de laquelle elle a rejeté la demande des policiers fondée sur la négligence. La cour a reconnu que le fait d'imposer une obligation de diligence aux procureurs de la Couronne envers les policiers

independently of police interests. It would “encourage Crown attorneys to focus on extraneous factors during the course of a prosecution” and “have a deleterious effect on the administration of justice by undermining the public’s faith in the integrity of independent Crown decision-making” (paras. 87-88).

[51] It would “tend to distort principled decision-making”, which the court explained as follows:

The decision of Crown attorneys to initiate, continue, or terminate a prosecution should be based on whether there is a reasonable prospect of conviction and whether the prosecution is in the public interest. The possibility of civil claims by the police would distort these venerable twin duties. It would have a deleterious effect on the administration of justice by undermining the public’s faith in the integrity of independent Crown decision-making. Moreover, exposing Crown attorneys to negligence claims by the police may result in prolonged court proceedings in which Crown attorneys make untenable prosecutorial decisions on *Charter* motions for fear of being sued. It would encourage the litigation of collateral issues, which does not sit well with the realities of finite criminal justice resources and the pressures of firm constitutional time constraints. [Citation omitted; para. 88]

[52] The motions judge similarly recognized the risks to the prosecutors’ integrity and independence if they were exposed to negligence claims from police officers:

An expansion of the responsibilities of Crown Attorneys to include such a duty could result in cases proceeding to trial merely to resolve the concerns of the police. It would alter what should be a co-operative relationship between the police and Crown Attorneys into a potentially adversarial one, in which police would become not just investigators and witnesses, but also litigants with a stake

chargés de l’enquête risquait de nuire à la capacité des poursuivants d’agir de façon indépendante, sans avoir à tenir compte des intérêts des policiers. Selon la cour, imposer une telle obligation [TRADUCTION] « incite[rait] les procureurs de la Couronne à se concentrer sur des facteurs étrangers au cours de la poursuite » et « a[urait] un effet délétère sur l’administration de la justice en sapant la confiance du public envers l’intégrité du processus décisionnel indépendant de la Couronne » (par. 87-88).

[51] Cela [TRADUCTION] « aurait tendance à fausser la prise de décisions fondée sur des principes » pour les raisons suivantes invoquées par la cour :

[TRADUCTION] La décision des procureurs de la Couronne d’entamer une poursuite, de la continuer et d’y mettre fin devrait être fondée sur l’existence d’une possibilité raisonnable de condamnation et sur le fait que la poursuite est dans l’intérêt public. La possibilité pour les policiers d’intenter des actions au civil fausserait ce vénérable double rôle. Elle aurait un effet délétère sur l’administration de la justice en sapant la confiance du public envers l’intégrité du processus décisionnel indépendant de la Couronne. De plus, exposer les procureurs de la Couronne à des actions pour négligence intentées par la police risquerait de faire traîner en longueur des instances judiciaires dans lesquelles les procureurs de la Couronne prendraient des décisions contestables en matière de poursuite en réponse à des requêtes fondées sur la *Charte* par crainte d’être poursuivis. Elle encouragerait l’examen par les tribunaux de questions accessoires, ce qui cadre mal avec les contraintes avec lesquelles doivent composer les tribunaux pénaux, qui disposent de ressources limitées et qui subissent des pressions pour respecter les délais rigoureux imposés par la Constitution. [référence omise; par. 88]

[52] Le juge des motions a également reconnu les risques pour leur intégrité et leur indépendance que courraient les poursuivants s’ils étaient exposés à des actions pour négligence de la part de policiers :

[TRADUCTION] Alourdir ainsi les obligations des procureurs de la Couronne en ajoutant ce devoir pourrait avoir pour conséquence que des affaires soient instruites uniquement pour répondre aux préoccupations des policiers. On transformerait ainsi ce qui devrait être une relation de coopération entre la police et les procureurs de la Couronne en des rapports potentiellement antagonistes dans lesquels

in the outcome, as well as potential claimants against the Crown Attorneys. The potential for conflict and disruption to the relationship is apparent. [para. 135]

[53] These policy concerns are no less critical when considering whether prosecutorial immunity should yield to misfeasance claims against a prosecutor by investigating police officers. Being at risk of civil liability for reputational harm to police officers means considering irrelevant considerations and risking independence and objectivity, the core of the prosecutor's role. Police suing prosecutors for decisions they make in the course of a criminal prosecution is a recipe for putting prosecutors in conflict with their duty to protect the integrity of the process and the rights of the accused.

[54] In this case, for example, after consulting with a senior Crown attorney, the trial Crown exercised her professional judgment not to call any evidence on the hearing of Mr. Singh's stay application, and to concede the assault allegations made by Mr. Maharaj. Requiring her to take into account the concerns of the police officers would have improperly incorporated policing objectives into her decision making, changing the dynamic and focus of the prosecution. The accused's constitutionally protected rights and the public interest in the efficient administration of justice could potentially be made to defer to prosecutorial anxiety over whether police interests have been sufficiently taken into account.

[55] With respect to the appeal Crown, the main concern of the officers was that she wrongfully "suppressed" the PSU report from the Court of Appeal in order to protect Ms. Cressman. The transcript of the appeal hearing, however, reveals no suppression.

les policiers agiraient non seulement comme enquêteurs et témoins, mais aussi comme plaideurs ayant un intérêt dans l'issue du procès et comme éventuels auteurs de demandes visant les procureurs de la Couronne. Le risque de conflits et de perturbation des rapports existants est évident. [par. 135]

[53] Ces considérations d'intérêt public ne sont pas moins importantes lorsqu'il s'agit de déterminer si l'immunité du poursuivant devrait céder le pas pour permettre aux policiers enquêteurs d'intenter une action contre un poursuivant pour faute dans l'exercice d'une charge publique. Si le poursuivant risquait d'engager sa responsabilité civile pour atteinte à la réputation de policiers, cela impliquerait qu'il tiendrait compte de facteurs non pertinents ce qui compromettrait son objectivité et son indépendance, qui sont au cœur du rôle qui lui est confié. Permettre aux policiers de poursuivre des procureurs de la Couronne au sujet des décisions prises par ces derniers au cours d'un procès criminel est une recette pour placer les poursuivants dans une situation de conflit d'intérêts face à leur devoir de protéger l'intégrité du processus et les droits de l'accusé.

[54] En l'espèce, par exemple, après avoir consulté le procureur principal de la Couronne, la procureure de la Couronne au procès a exercé son jugement professionnel en décidant de ne pas présenter de preuve lors de l'examen de la demande d'arrêt des procédures de M. Singh et d'admettre les allégations d'agression formulées par M. Maharaj. L'obliger à tenir compte des questions soulevées par les policiers l'aurait amenée à tenir irrégulièrement compte des objectifs poursuivis par les policiers avant de prendre sa décision, changeant ainsi la dynamique et la raison d'être de la poursuite. Les droits garantis par la Constitution à l'accusé et l'intérêt public envers une administration de la justice efficace risqueraient ainsi d'être occultés par l'anxiété que susciterait chez le poursuivant la question de savoir s'il a suffisamment tenu compte des intérêts de la police.

[55] En ce qui concerne la procureure de la Couronne en appel, le principal reproche que lui adressent les policiers est celui d'avoir [TRADUCTION] « empêché » à tort la Cour d'appel de prendre connaissance du rapport de l'UNP dans le but de



In response to a question from the bench, Ms. Alyea did tell the court that a review was conducted by the Toronto Police Services and that she was not aware of any resulting disciplinary action against the police officers. She offered to provide the court with a copy of the report, but the court did not feel that it was necessary to do so. It is hard to see how this could be characterized as wrongdoing, or even an error in professional judgment.

[56] Beyond the risk of actual conflict between the prosecutors' core duties and their risk of liability to the police, the appearance of such a conflict would be equally damaging to the integrity of the administration of justice. As the joint interveners the Canadian Association of Crown Counsel and the Ontario Crown Attorneys' Association put it, permitting police lawsuits against Crown prosecutors would suggest to the public and to accused persons that police were "policing prosecutions" through the use of private law, imperiling public confidence in the independent and objective ability of prosecutors to conduct fair trials.

[57] This stands in stark contrast to the public interest in making prosecutors accountable for malicious prosecution, such as in *Nelles*, where Lamer J. recognized that public confidence in the system would be damaged if a prosecutor, "in a position of knowledge in respect of the constitutional and legal impact of his conduct", were shielded from liability *to the accused* when he "abuses the process through a malicious prosecution" (p. 195). Here, the public interest argues against, not in favour of piercing prosecutorial immunity.

[58] Claims brought by the police against prosecutors risk not only the independence and objectivity of the prosecutor, but the accused person's fair trial rights. Those obligations to the accused are

protéger M<sup>e</sup> Cressman. La transcription sténographique de l'audience de la Cour d'appel ne révèle toutefois rien de tel. En réponse à une question du tribunal, M<sup>e</sup> Alyea a effectivement répondu que le Service de police de Toronto avait examiné la question et que, à sa connaissance, aucune mesure disciplinaire n'avait été prise contre les policiers à la suite de cet examen. Elle a offert au tribunal de lui soumettre une copie du rapport, ce que le tribunal n'a pas jugé nécessaire. On voit mal comment on pourrait qualifier ces agissements de répréhensibles, ou même d'erreur de jugement professionnel.

[56] Au-delà du risque de conflit réel entre les devoirs fondamentaux des poursuivants et le risque qu'ils courent de devoir rendre des comptes à la police, l'apparence d'un tel conflit serait tout aussi néfaste pour l'intégrité de l'administration de la justice. Ainsi que les intervenantes conjointes l'Association canadienne des juristes de l'État et l'Association des procureurs de la Couronne de l'Ontario l'ont expliqué, permettre aux policiers d'intenter un procès contre les procureurs de la Couronne donnerait à penser au public et aux accusés que la police [TRADUCTION] « exerce un contrôle sur les poursuites » par le truchement du droit privé, ce qui ébranlerait la confiance du public en la capacité indépendante et objective des poursuivants de mener des procès équitables.

[57] Ces risques contrastent nettement avec l'intérêt public à ce que les poursuivants soient tenus responsables en cas de poursuites abusives, comme c'était le cas dans l'affaire *Nelles*, dans laquelle le juge Lamer a reconnu que la confiance du public dans le système serait minée si le poursuivant « qui est en mesure de connaître l'impact constitutionnel et juridique de sa conduite » était mis à l'abri de la responsabilité civile *envers l'accusé* quand il « abuse du processus en engageant des poursuites abusives » (p. 195). En l'espèce, l'intérêt public milite contre — et non en faveur — de la levée de l'immunité du poursuivant.

[58] Les actions intentées par la police contre des poursuivants risqueraient non seulement de compromettre l'indépendance et l'objectivité du poursuivant, mais également le droit de l'accusé à un procès

jeopardized by accountability to the police whose interests are adverse to those of the accused. As Moldaver J. noted in *Henry*:

The public interest is undermined when prosecutorial decision-making is influenced by considerations extraneous to the Crown's role as a quasi-judicial officer. [para. 73]

[59] The police certainly have a legitimate expectation and interest in their reputations not being unfairly impaired. But the solution cannot be to make prosecutors accountable to them in a way that obliterates the independence between the police and prosecutors and is inconsistent with the Crown's core public duties to the administration of justice and to the accused.

[60] The same holds true for third parties in general. Liability to third parties can be expected to raise the "chilling" concerns for prosecutors and distracting them from their public duty to promote the administration of justice. On the other hand, as previously noted, our immunity cases have recognized the particular need for remedies to protect accused persons, a concern that is lessened for third parties. In almost all cases of third-party claimants, the balance of these factors will tilt toward immunity.

[61] Piercing the immunity of Crown prosecutors to make them accountable to police officers puts them in perpetual potential conflict with their transcendent public duties of objectivity, independence and integrity in pursuit of ensuring a fair trial for the accused and maintaining public confidence in the administration of justice. Since prosecutorial immunity is preserved in these circumstances, it is "plain and obvious" that the officers' misfeasance claim would not succeed.

équitable. Les devoirs du poursuivant envers l'accusé seraient mis en péril si sa responsabilité était engagée envers des policiers dont les intérêts sont contraires à ceux de l'accusé. Ainsi que le juge Moldaver l'a fait observer dans l'arrêt *Henry* :

L'intérêt public est compromis lorsque la prise de décisions en matière de poursuites est influencée par des considérations étrangères au rôle du poursuivant en tant qu'officier quasi judiciaire. [par. 73]

[59] Les policiers ont certainement des attentes et des intérêts légitimes à ce que leur réputation ne soit pas injustement entachée. Mais, la solution ne saurait consister à obliger les poursuivants à leur rendre des comptes d'une manière qui ferait disparaître l'indépendance entre la police et les poursuivants et qui serait inconciliable avec les devoirs publics fondamentaux de la Couronne envers l'administration de la justice et les accusés.

[60] Il en va de même des tiers en général. On peut s'attendre à ce que la responsabilité à l'égard des tiers suscite des préoccupations « paralysantes » chez les poursuivants et les détourne de leur devoir public de promouvoir l'administration de la justice. Par ailleurs, comme je l'ai déjà souligné, nos arrêts sur l'immunité ont reconnu le besoin particulier qu'existent des mesures de réparations pour protéger les accusés, une préoccupation moindre à l'endroit des tiers. Dans pratiquement toutes les causes où un tiers est demandeur, l'équilibre à atteindre au vu de ces facteurs fera pencher la balance en faveur de l'immunité.

[61] Lever l'immunité du poursuivant pour l'obliger à rendre compte de ses actes à la police le placerait dans une situation perpétuelle d'éventuel conflit d'intérêts face aux devoirs supérieurs qui lui sont imposés par sa charge publique et qui l'obligent à faire preuve d'objectivité, d'indépendance et d'intégrité afin d'assurer un procès équitable à l'accusé et de maintenir la confiance du public envers l'administration de la justice. Comme l'immunité du poursuivant est protégée en pareil cas, il est « évident et manifeste » que l'action intentée par les policiers pour faute dans l'exercice d'une charge publique serait vouée à l'échec.

[62] I would allow the appeal and grant the Attorney General’s motion to strike the officers’ claim, with costs.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

### TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Overview</u> .....	63
II. <u>Context</u> .....	68
III. <u>Decisions Below</u> .....	109
A. <i>Ontario Superior Court of Justice, 2017 ONSC 3683 (Stinson J.)</i> .....	109
B. <i>Court of Appeal for Ontario, 2019 ONCA 311, 56 C.C.L.T. (4th) 1 (Lauwers, Huscrossft and Trotter J.J.A.)</i> .....	111
IV. <u>Issues</u> .....	113
V. <u>Analysis</u> .....	114
A. <i>Introduction</i> .....	114
B. <i>Policy Considerations</i> .....	125
(1) <u>Core Prosecutorial Discretion</u> .....	126
(2) <u>Significance of the Interests at Stake</u> .....	132
(3) <u>Lack of Meaningful Alternative Remedies and Accountability Mechanisms</u> .....	140
(4) <u>Public Confidence in the Office of Prosecutor and in the Police</u> .....	148
C. <i>Liability Threshold for Misfeasance in Public Office</i> .....	159
D. <i>Application</i> .....	167
VI. <u>Conclusion</u> .....	173

[62] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de faire droit à la motion présentée par le procureur général en radiation de l’action des policiers, avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

### TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Aperçu</u> .....	63
II. <u>Contexte</u> .....	68
III. <u>Décisions des juridictions d’instances inférieures</u> .....	109
A. <i>Cour supérieure de justice de l’Ontario, 2017 ONSC 3683 (le juge Stinson)</i> ....	109
B. <i>Cour d’appel de l’Ontario, 2019 ONCA 311, 56 C.C.L.T. (4th) 1 (les juges Lauwers, Huscroft et Trotter)</i> .....	111
IV. <u>Questions en litige</u> .....	113
V. <u>Analyse</u> .....	114
A. <i>Introduction</i> .....	114
B. <i>Considérations d’intérêt public</i> .....	125
(1) <u>Pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites</u> .....	126
(2) <u>Importance des intérêts en jeu</u> .....	132
(3) <u>Absence d’autres recours et mécanismes de reddition de compte significatifs</u> .....	140
(4) <u>Confiance du public dans la fonction de poursuivant et la police</u> .....	148
C. <i>Seuil de responsabilité applicable aux cas de faute dans l’exercice d’une charge publique</i> .....	159
D. <i>Application</i> .....	167
VI. <u>Conclusion</u> .....	173

## I. Overview

[63] The rule of law requires equality before the law. In the seminal case of *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, our Court enforced this principle against the head of a provincial government — a premier. The Court held him liable for damages, his conduct having been characterized as malicious by Justice Rand in his leading opinion in that case (p. 141). *Roncarelli* is emblematic of a conception of the rule of law that is incompatible with absolute immunities. As this conception of the rule of law took hold in the second half of the 20th century, judges and legislators began to view absolute immunities with suspicion and to gradually erode them. Prosecutorial immunity is one example of this. So far, this Court has recognized two exceptions to prosecutorial immunity in favour of accused persons: the torts of malicious prosecution and wrongful non-disclosure. Yet to this day, prosecutors still have absolute immunity from claims brought by third parties to criminal proceedings.

[64] The respondent police officers submit that this immunity does not apply to their claims for misfeasance in public office and that their claims should be allowed to go forward. They allege that they have suffered harm to their careers, reputations and mental health as a result of prosecutorial misconduct, which led to judicial findings of police brutality and torture being made against them. Their case cries out for a remedy. After having a hand in this wreck, the judiciary cannot stand idly by and tell the respondents to seek vindication elsewhere. To do so would bring the administration of justice into disrepute.

[65] Like the courts below, I am of the view that prosecutorial immunity does not apply in this case. Policy considerations such as the tactical nature of the decisions involved, the significance of the interests at stake, the lack of meaningful alternative remedies and accountability mechanisms, and public

## I. Aperçu

[63] La primauté du droit commande l'égalité devant la loi. Dans l'arrêt de principe *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, la Cour a appliqué ce principe à l'égard du chef d'un gouvernement provincial — un premier ministre. La Cour l'a condamné à des dommages-intérêts, sa conduite ayant été décrite comme malveillante par le juge Rand dont les motifs rédigés dans cette affaire font autorité (p. 141). L'arrêt *Roncarelli* est emblématique d'une conception de la primauté du droit qui est incompatible avec les immunités absolues. Alors que cette conception de la primauté du droit s'implantait au cours de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, les juges et les législateurs se sont mis à considérer les immunités absolues avec suspicion, et à graduellement les éroder. L'immunité du poursuivant en est un exemple. À ce jour, la Cour a reconnu deux exceptions à cette immunité en faveur des accusés : les délits civils de poursuites abusives et de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Or, encore aujourd'hui, les poursuivants jouissent d'une immunité absolue à l'encontre des actions intentées par des tierces parties à des procédures criminelles.

[64] Les policiers intimés soutiennent que cette immunité ne s'applique pas à l'encontre de leur action fondée sur la faute dans l'exercice d'une charge publique et que cette action devrait être autorisée à suivre son cours. Ils allèguent que l'inconduite des poursuivants, qui a mené à des conclusions judiciaires voulant qu'ils se soient rendus coupables de torture et de brutalité policière, a porté atteinte à leur carrière, à leur réputation et à leur santé mentale. Leur cas commande qu'une réparation leur soit accordée. Ayant été mêlé à ce désastre, le pouvoir judiciaire ne peut demeurer passif et dire aux intimés de chercher à obtenir réparation ailleurs. Agir de cette façon aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice.

[65] Tout comme les tribunaux d'instances inférieures, je suis d'avis que l'immunité du poursuivant ne s'applique pas en l'espèce. Les considérations d'intérêt public comme la nature stratégique des décisions en cause, l'importance des intérêts en jeu, l'absence d'autres recours et mécanismes de

confidence in the office of prosecutor and in the police all weigh in favour of piercing the immunity, although in a limited way. Most importantly, police officers who, like the respondents, face findings of police brutality or torture as third parties to a criminal proceeding, are in a position similar to that of accused persons. Although not formally charged, such police officers are, in essence, convicted of serious criminal offences without having had their day in court. Such serious findings may thus have a deleterious effect on their right to liberty and security, their right to dignity and a good reputation, and their mental health — just like criminal charges may have on an accused person.

[66] Thus, prosecutorial immunity does not apply to claims for misfeasance in public office brought by police officers who suffered harm as a result of deliberate and unlawful conduct by prosecutors in connection with serious criminal allegations of police misconduct. The liability threshold for misfeasance in public office is high enough to avoid a chilling effect on the exercise of prosecutorial discretion. It is also high enough to avoid diverting prosecutors away from their public duties so that they can respond to lawsuits concerning their exercise of discretion. However, in accordance with the cautionary note sounded by Moldaver J. in *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214, at para. 33, that “the prudent course of action is to address new situations in future cases as they arise”, these reasons should not be read as displacing the immunity whenever a litigant brings a claim for misfeasance in public office. Not all victims of prosecutorial misconduct are in a position equivalent to that of an accused person, as the respondent police officers are.

reddition de compte significatifs, et la confiance du public envers la fonction de poursuivant et la police militent toutes en faveur de la levée de l’immunité, quoique de façon limitée. Surtout, les policiers qui, comme les intimés, sont visés par des conclusions de torture ou de brutalité policière à titre de tierces parties à des procédures criminelles se trouvent dans une position semblable à celle d’accusés. Bien qu’ils n’aient pas été formellement mis en accusation, ces policiers sont, essentiellement, reconnus coupables d’infractions criminelles graves, sans même avoir eu la possibilité de se faire entendre devant un tribunal. Des conclusions aussi graves peuvent avoir un effet préjudiciable sur leur droit à la liberté et à la sécurité, sur leur droit à la dignité et à une bonne réputation, ainsi que sur leur santé mentale — tout comme des accusations criminelles peuvent avoir un effet préjudiciable sur un accusé.

[66] Par conséquent, l’immunité du poursuivant ne s’applique pas à l’encontre des actions fondées sur la faute dans l’exercice d’une charge publique intentées par des policiers ayant subi un préjudice par suite de la conduite délibérée et illégitime de poursuivants en lien avec des allégations criminelles graves d’inconduite policière. Le seuil de responsabilité applicable aux cas de faute dans l’exercice d’une charge publique est suffisamment élevé pour éviter le risque d’un effet paralysant sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Il est aussi suffisamment élevé pour éviter que les poursuivants soient détournés de leurs fonctions publiques afin qu’ils puissent répondre à des poursuites relatives à l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Toutefois, conformément à la mise en garde faite par le juge Moldaver dans l’arrêt *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214, par. 33, selon laquelle « la façon d’agir prudente consiste à aborder au fur et à mesure les situations qui se présenteront à l’avenir », les présents motifs ne devraient pas être interprétés comme visant à lever l’immunité chaque fois qu’un plaideur intente un recours pour faute dans l’exercice d’une charge publique. Les victimes de la conduite répréhensible d’un poursuivant ne sont pas toutes dans une position équivalente à celle d’un accusé, comme c’est le cas des policiers intimés en l’espèce.

[67] For the following reasons, I would dismiss the appeal. Prosecutorial immunity does not apply to the police officers' claim for misfeasance in public office, and the officers plead all the essential elements of the tort in their statement of claim.

## II. Context

[68] This appeal concerns a motion to strike filed by the Crown. The test on a motion to strike is well established (*Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980). This Court must assume that the facts alleged by the respondent police officers in their statement of claim are true. Our task is to determine whether, on that basis, it is plain and obvious that the statement of claim discloses no reasonable cause of action and should be struck out as a result. Neither the unique nature of the facts underlying the respondents' action nor the strength of the Crown's defence is sufficient reason for refusing to allow their claims to move forward (*Hunt*, at p. 980). Their claim can be struck out only if it is certain to fail.

[69] Given that the allegations made by the police officers must be taken to be true, some of the following facts are based on their statement of claim. Those allegations will have to be proved at trial if the officers are to succeed. Some other facts have already been established in previous criminal proceedings.

[70] Randy Maharaj ("Maharaj") and Neil Singh ("Singh") were charged with having committed very serious crimes, i.e., armed robbery and forcible confinement, at a company called Crane Supply on February 9, 2009.

[71] Singh held a position of trust at Crane Supply. He was an employee of the company and had a close relationship with his supervisor, Mohammed Sheikh.

[72] On the night of the robbery, Mr. Sheikh was the night supervisor at Crane Supply. Singh was working in the yard that night. He punched out at 10:22 p.m. and left the premises. Singh knew that

[67] Pour les motifs qui suivent, je rejetterais le pourvoi. L'immunité du poursuivant ne s'applique pas à l'encontre de l'action intentée par les policiers pour faute dans l'exercice d'une charge publique et ils ont plaidé tous les éléments essentiels du délit dans leur déclaration.

## II. Contexte

[68] Le présent pourvoi porte sur une motion en radiation présentée par la Couronne. Le test applicable à une telle motion est bien établi (*Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980). La Cour doit tenir pour avérés les faits allégués par les policiers intimés dans leur déclaration. Notre tâche consiste à décider, sur ce fondement, s'il est évident et manifeste que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable et si elle devrait, de ce fait, être radiée. Ni la nature unique des faits qui sous-tendent l'action intentée par les intimés ni la force de la défense de la Couronne ne constituent des motifs suffisants pour empêcher que l'action suive son cours (*Hunt*, p. 980). L'action ne peut être radiée que si elle est vouée à l'échec.

[69] Puisque les allégations formulées par les policiers doivent être tenues pour avérées, certains des faits suivants sont fondés sur leur procédure écrite. Pour obtenir gain de cause, les policiers devront faire la preuve de ces allégations dans le cadre du procès. Certains autres faits ont déjà été établis au cours de procédures criminelles antérieures.

[70] Randy Maharaj (« Maharaj ») et Neil Singh (« Singh ») ont été accusés d'avoir commis, le 9 février 2009, des crimes très graves à l'établissement de la compagnie Crane Supply, soit ceux de vol à main armée et de séquestration.

[71] Singh occupait un poste de confiance chez Crane Supply. Il était employé par l'entreprise et il entretenait une relation étroite avec son superviseur, Mohammed Sheikh.

[72] Le soir où s'est produit le vol, M. Sheikh agissait comme superviseur de soir chez Crane Supply. Singh, quant à lui, travaillait dans la cour. Il a pointé la fin de son service à 22 h 22 et a ensuite quitté les

his supervisor was working alone late that night, and he deliberately took advantage of the vulnerable position his supervisor was in. Minutes later, Singh came back to the yard with his accomplice — not to work, but to rob his employer at gunpoint. He had in his line of sight a shipment of copper pipes valued at almost \$350,000.

[73] While doing paperwork in his office, Mr. Sheikh heard a loud bang and his office door was kicked open hard. A masked man pointed a black handgun at him and ordered him to get on his knees. Mr. Sheikh's hands and legs were then zip-tied, and his eyes were covered with duct tape. This man, who suffered from a heart condition, was left bound and blindfolded on the floor of his office.

[74] Meanwhile, the robbers searched his office and loaded the shipment of copper pipes worth almost \$350,000 onto a large truck. This was a sophisticated robbery. The robbers needed to know how to operate the forklift which had a special attachment designed for Crane Supply and how to mobilize a truck large enough to transport the copper pipes. They also had to know the warehouse security system inside out and the whereabouts of the employees working that night.

[75] After the robbers left, Mr. Sheikh managed to untie himself and call the police. These events had a profound impact on Mr. Sheikh. Because of the trauma he suffered, he was unable to remain in his supervisory position and was transferred to a position in the warehouse.

[76] In June 2009, the respondent police officers — Sergeant Jamie Clark, Detective Sergeant Donald Belanger and Detective Sergeant Steven Watts — arrested Maharaj and Singh for armed robbery and forcible confinement. At the time of the arrest, they were members of the Hold Up Squad of the Toronto

lieux. Singh savait que son superviseur travaillait seul jusqu'à tard ce soir-là et il a délibérément profité de la position vulnérable dans laquelle se trouvait celui-ci. Quelques minutes après avoir quitté les lieux, Singh est revenu dans la cour avec son complice — non pas pour travailler, mais pour voler son employeur sous la menace d'une arme à feu. Il avait dans sa ligne de mire une cargaison de tuyaux de cuivre d'une valeur de près de 350 000 \$.

[73] Pendant qu'il s'occupait de tâches administratives dans son bureau, M. Sheikh a entendu un grand bruit, puis la porte de son bureau a été enfoncée à coups de pied. Un homme masqué a pointé une arme de poing noire vers lui et lui a ordonné de se mettre à genoux. Les mains et les jambes de M. Sheikh ont été attachées avec des attaches autobloquantes et ses yeux ont été couverts avec du ruban adhésif en toile. Cet homme, qui souffrait d'une maladie cardiaque, a été laissé sur le plancher de son bureau, ligoté et les yeux bandés.

[74] Entre-temps, les voleurs ont fouillé son bureau et chargé la cargaison de tuyaux de cuivre d'une valeur de près de 350 000 \$ dans un gros camion. Il s'agissait d'un vol sophistiqué. Les voleurs devaient savoir comment utiliser le chariot élévateur à fourches, dont une pièce particulière avait été conçue pour Crane Supply. Ils devaient aussi savoir comment conduire un camion suffisamment gros pour transporter les tuyaux de cuivre. Ils devaient en outre connaître parfaitement le système de sécurité de l'entrepôt, de même que les allées et venues des employés qui travaillaient ce soir-là.

[75] Après le départ des voleurs, M. Sheikh a réussi à se libérer et à appeler la police. Ces événements ont eu des répercussions importantes sur lui. En raison du traumatisme subi, il n'a pas pu continuer à assumer ses fonctions de superviseur et il a dû être muté à un poste à l'entrepôt.

[76] En juin 2009, les policiers intimés — le sergent Jamie Clark ainsi que les sergents-détectives Donald Belanger et Steven Watts — ont arrêté Maharaj et Singh pour vol à main armée et séquestration. Au moment de l'arrestation, les policiers intimés faisaient partie de l'escouade du Service de police de

Police Service. They are experienced police officers with over 70 cumulative years of experience, and they have held various positions in other specialized units.

[77] The police officers found evidence that Singh and Maharaj had been in close communication on the night of the robbery. Maharaj had texted the words “Zip ties” to Singh 15 minutes before Mr. Sheikh called the police, and Maharaj had been in the vicinity of the Crane Supply yard on that particular night. Singh provided an exculpatory video statement that has been shown to be false; Maharaj provided a video statement inculpatory of himself and Singh. The falsity of Singh’s exculpatory statement has been demonstrated. Singh was convicted, and the application judge analyzed the reduction in sentence on the basis of Singh’s false exculpatory statement.

[78] Following their arrest, Maharaj and Singh were remanded in custody. During their bail hearing, counsel for Maharaj asked the court to put on the record the injuries his client had allegedly suffered during the arrest. He indicated to the court that Maharaj had “visible bumps and scratches” under his ear. However, according to the police officers, no suggestion was made that Maharaj had suffered any serious *rib injury* as a result of an assault committed by them *during his interrogation*.

[79] After the bail hearing, Maharaj was detained at the Maplehurst Detention Centre. While at Maplehurst, Maharaj never complained of any *rib injury*. The officers submit that only *bruises to his upper arm* were noted in his medical records at Maplehurst. The medical practitioners at Maplehurst are adamant that if Maharaj had complained about a *rib injury*, they would have recorded it in the context of their routine medical examination of any new inmate.

Toronto responsable des attaques à main armée. Ce sont des policiers expérimentés qui cumulent plus de 70 années d’expérience et qui ont occupé divers postes au sein d’autres unités spécialisées.

[77] Les policiers ont trouvé des éléments de preuve qui indiquaient que Singh et Maharaj étaient en étroite communication le soir du vol. Maharaj avait envoyé à Singh un message texte disant [TRADUCTION] « attaches autobloquantes » 15 minutes avant que M. Sheikh appelle la police, et Maharaj se trouvait dans les environs de la cour de Crane Supply le soir en question. Singh a fait une déclaration disculpatoire par vidéo, dont la fausseté a été établie; Maharaj a, quant à lui, fait une déclaration par vidéo les incriminant lui et Singh. La fausseté de la déclaration disculpatoire de Singh a été démontrée. Celui-ci a été reconnu coupable et la juge de première instance a analysé la réduction de la peine sur le fondement de la déclaration disculpatoire fautive de Singh.

[78] Après leur arrestation, Maharaj et Singh ont été placés en détention. Au cours de l’audience relative à leur mise en liberté sous caution, l’avocat de Maharaj a demandé au tribunal de consigner au dossier les blessures que son client alléguait avoir subies au cours de son arrestation. Il a précisé au tribunal que Maharaj présentait [TRADUCTION] « des bosses et des égratignures visibles » sous l’oreille. Cependant, les policiers affirment que personne n’a laissé entendre que Maharaj avait subi une grave *blessure aux côtes* par suite d’une agression qu’ils auraient commise *durant l’interrogatoire*.

[79] Après l’audience relative à sa mise en liberté sous caution, Maharaj a été détenu au Complexe correctionnel Maplehurst. Pendant qu’il se trouvait là, Maharaj ne s’est jamais plaint d’une quelconque *blessure aux côtes*. Les policiers soutiennent que seules des *ecchymoses sur le haut de son bras* ont été consignées dans son dossier médical à Maplehurst. Les médecins qui y exercent maintiennent catégoriquement que, si Maharaj s’était plaint d’une *blessure aux côtes*, ils l’auraient consigné dans le cadre de l’examen médical de routine réalisé à l’arrivée de chaque nouveau détenu.



[80] Between July and November 2010, the two accused had their preliminary inquiry. The Crown Attorney at the preliminary inquiry called the three police officers as witnesses. According to the police officers, counsel for Maharaj questioned them about their potential involvement in an assault on his client *during the arrest*, but he did not otherwise challenge the voluntariness of his client's inculpatory video statement. The officers state that, under oath, they vehemently denied the allegations. Maharaj and Singh were committed to stand trial. Crown Attorney Sheila Cressman ("Trial Crown") was assigned the carriage of the prosecution.

[81] In advance of the trial, Maharaj's counsel brought an application to stay the proceedings against his client and to exclude his client's confession. Maharaj accused the police officers of having committed a criminal offence by brutally assaulting him to extract an inculpatory statement. The police officers contend that Maharaj's allegations were false. More specifically, Maharaj alleged that, during the interrogation, Sgt. Clark "grabbed him out of his chair and dragged him to an intermediary room and threw him on the ground" (*R. v. Singh*, 2012 ONSC 2028 ("decision on Singh's stay application"), at para. 32 (CanLII)). Then, Sgt. Clark allegedly "came down on top of him and pinned him down on the ground and began punching him in the ribs for what Maharaj said felt like a lifetime" (para. 32). To add to the brutality, Det. Sgt. Watts supposedly tried to step on Maharaj's testicles while he was on the ground being punched by Sgt. Clark. Maharaj claimed that he had provided an inculpatory statement to make the assault stop.

[82] To support Maharaj's version of the events, his counsel provided the Trial Crown with his medical record from Maplehurst documenting bruises to his upper arm, an X-ray showing an acute fracture of his ribs, and the bail hearing transcript. The police officers argue that this was the first time — on the eve of the trial and more than two years after the events — that Maharaj alleged that he had suffered

[80] Entre juillet et novembre 2010, les deux accusés ont subi leur enquête préliminaire. Au cours de celle-ci, le procureur de la Couronne a cité les trois policiers comme témoins. Selon les policiers, l'avocat de Maharaj les a interrogés sur leur participation potentielle à l'agression de son client *durant l'arrestation*, mais il n'a pas contesté par ailleurs le caractère volontaire de la déclaration vidéo incriminante de son client. Les policiers affirment qu'ils ont nié, sous serment, les allégations avec véhémence. Maharaj et Singh ont été cités à procès. La procureure de la Couronne M<sup>e</sup> Sheila Cressman (« procureure de la Couronne au procès ») a été chargée de la poursuite.

[81] Avant l'ouverture du procès, l'avocat de Maharaj a présenté une demande visant à obtenir l'arrêt des procédures intentées contre son client et l'exclusion de l'aveu fait par celui-ci. Maharaj a affirmé que les policiers s'étaient rendus coupables d'une infraction criminelle en l'agressant brutalement pour lui extorquer une déclaration incriminante. Les policiers soutiennent que les allégations de Maharaj étaient fausses. Plus précisément, Maharaj a allégué que, au cours de son interrogatoire, le sergent Clark l'avait [TRADUCTION] « empoigné pour le tirer de sa chaise, traîné vers une salle intermédiaire et jeté sur le sol » (*R. c. Singh*, 2012 ONSC 2028 (« décision sur la demande d'arrêt des procédures de Singh »), par. 32 (CanLII)). Par la suite, le sergent Clark se serait [TRADUCTION] « placé au-dessus de lui pour le maintenir au sol et le frapper aux côtes durant ce qui a paru une éternité à Maharaj » (par. 32). Pour ajouter à la brutalité, le sergent-détective Watts aurait prétendument tenté d'écraser les testicules de Maharaj pendant que ce dernier se trouvait au sol et se faisait rouer de coups par le sergent Clark. Maharaj a prétendu avoir fait une déclaration incriminante pour que l'agression cesse.

[82] À l'appui du récit des événements fait par Maharaj, son avocat a fourni à la procureure de la Couronne au procès son dossier médical de Maplehurst faisant état des ecchymoses sur le haut de son bras, une radiographie montrant une fracture aiguë aux côtes et la transcription sténographique de l'audience relative à sa mise en liberté sous caution. Les policiers prétendent que c'était la première

a serious *rib injury* as the result of an assault by the officers *during his interrogation*. At the bail hearing and the preliminary inquiry, Maharaj had previously alleged only that he had suffered *bumps and scratches during the arrest*.

[83] The officers add that the Trial Crown then consulted Dr. Moss, who had viewed the X-ray. Dr. Moss confirmed the existence of a rib fracture but told the Trial Crown, in no uncertain terms, that a patient with such a rib fracture would experience excruciating pain if he or she made any movements with the upper body or arms. Allegedly, Dr. Moss opined that it was *possible* that the injuries could have occurred on the day of the arrest, but the Trial Crown did not ask him any further questions to determine if the injury could have occurred at another time. The Trial Crown also apparently did not ask him to review Maharaj's videotaped statement from the day of the arrest, which clearly showed that Maharaj had no difficulty lifting his arms and moving his upper body.

[84] The Trial Crown consulted with a senior Crown Attorney, Frank Armstrong ("Senior Crown"). They agreed that Maharaj's inculpatory statement would be inadmissible because the Crown would be unable to prove beyond a reasonable doubt that it was voluntary in view of the assault allegations. Accordingly, the Senior Crown stayed the charges against Maharaj. However, no stay of proceedings was entered in respect of Singh. The latter was subsequently found guilty at trial.

[85] Following the stay of the proceedings against Maharaj, Singh filed an application under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* seeking a stay of his conviction, as well. Had Singh not sought a stay, he would be facing a mandatory minimum five-year sentence for the armed robbery of which

fois — à la veille du procès et plus de deux ans après les événements — que Maharaj alléguait avoir subi une grave *blessure aux côtes* par suite d'une agression commise à son endroit par les policiers *durant l'interrogatoire*. Lors de l'audience relative à sa mise en liberté sous caution et de l'enquête préliminaire, Maharaj avait seulement allégué avoir subi des *bosses et des égratignures durant l'arrestation*.

[83] Les policiers ajoutent que la procureure de la Couronne au procès a alors consulté le D<sup>r</sup> Moss, qui avait examiné la radiographie. Celui-ci a confirmé l'existence d'une fracture aux côtes, mais il a indiqué très clairement à la procureure de la Couronne au procès qu'un patient souffrant d'une telle fracture aux côtes éprouverait une douleur atroce à chaque mouvement du haut de son corps ou de ses bras. Apparemment, le D<sup>r</sup> Moss se serait dit d'avis qu'il était *possible* que la blessure ait été causée le jour de l'arrestation, mais la procureure de la Couronne au procès ne lui a pas posé d'autres questions pour savoir si la blessure avait pu avoir été causée à un autre moment. En outre, la procureure de la Couronne au procès ne lui aurait pas non plus demandé de visionner la vidéo de la déclaration de Maharaj enregistrée le jour de l'arrestation, laquelle vidéo montre clairement qu'il n'éprouvait aucune difficulté à lever les bras ni à bouger le haut de son corps.

[84] La procureure de la Couronne au procès a consulté un procureur principal de la Couronne, M<sup>e</sup> Frank Armstrong (« procureur principal de la Couronne »). Ils ont convenu que la déclaration inculpatrice de Maharaj serait irrecevable parce que la Couronne ne serait pas en mesure de prouver, hors de tout doute raisonnable, qu'elle avait été faite volontairement compte tenu des allégations d'agression. Le procureur principal de la Couronne a donc arrêté les procédures contre Maharaj. Cependant, celles intentées contre Singh ont été maintenues. Ce dernier a ensuite été déclaré coupable, lors de son procès.

[85] À la suite de l'arrêt des procédures contre Maharaj, Singh a présenté une demande fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés* en vue d'obtenir la suspension de sa déclaration de culpabilité. Si Singh n'avait pas demandé l'arrêt des procédures, il aurait fait face à une peine minimale obligatoire de

he had been convicted. The respondent police officers maintain that the allegations of police brutality made by Singh in support of his *Charter* application were false, as were those made by Maharaj. In his affidavit and testimony, Singh alleged that he, too, had been a victim of police brutality. He claimed that Sgt. Clark had assaulted him three times in the presence of Det. Sgt. Watts during his interrogation. Singh alleged that Sgt. Clark had struck him behind his head, put a knee into his ribs, strangled him, slammed his head against the wall and hit his back with a closed fist. Singh added that the assaults had left him breathless, on the verge of a blackout and with the inside of his lower lip bleeding. The attack was allegedly so brutal that Singh implored Sgt. Clark to “[j]ust kill me man” (decision on Singh’s stay application, at para. 23; *R. v. Singh*, 2012 ONSC 4429 (“Singh’s sentencing decision”), at para. 61 (CanLII)). Nevertheless, Singh supposedly exhibited strength and resilience and refused to provide the inculpatory statement the police officers were trying to extract from him.

[86] Before Singh’s *Charter* application was heard, the Trial Crown had allegedly assured Det. Sgt. Watts that all three officers would be called as witnesses to deny the allegations, as they had had the opportunity to do at the preliminary inquiry. However, at the last minute, the Trial Crown decided not to adduce any evidence to contradict Maharaj’s and Singh’s testimony, despite the seriousness of the criminal allegations made against the police officers. Det. Sgt. Watts says that he urged her to change her position but she would not budge. She ignored the officers’ concerns about how it would adversely affect them and airily conceded the existence of the assaults and the *Charter* breach. The Trial Crown thus limited herself to cross-examining Maharaj and Singh and arguing in favour of a reduction in Singh’s sentence as the appropriate *Charter* remedy, instead of a stay.

cinq ans pour le vol à main armée dont il a été déclaré coupable. Les policiers intimés maintiennent que les allégations de brutalité policière faites par Singh à l’appui de sa demande fondée sur la *Charte* étaient fausses, comme l’étaient celles faites par Maharaj. Dans son affidavit et son témoignage, Singh a allégué avoir, lui aussi, été victime de brutalité policière. Il a prétendu que le sergent Clark l’avait agressé à trois reprises en présence du sergent-détective Watts durant l’interrogatoire. Singh a allégué que le sergent Clark l’avait frappé à l’arrière de la tête, qu’il lui avait enfoncé un genou dans les côtes, qu’il l’avait étranglé, qu’il lui avait cogné la tête contre le mur et qu’il lui avait donné des coups de poing au dos. Singh a ajouté que les agressions l’avaient laissé à bout de souffle, au bord de l’inconscience, et que sa lèvre inférieure saignait. L’agression aurait été si brutale que Singh aurait supposément supplié le sergent Clark en lui disant : [TRADUCTION] « [v]as-y, tue-moi » (décision sur la demande d’arrêt des procédures de Singh, par. 23; *R. c. Singh*, 2012 ONSC 4429 (« décision sur la peine de Singh »), par. 61 (CanLII)). Malgré tout, Singh aurait fait preuve de force et de résilience et refusé de fournir la déclaration incriminante que les policiers tentaient de lui extorquer.

[86] Avant l’audition de la demande de Singh fondée sur la *Charte*, la procureure de la Couronne au procès a apparemment assuré au sergent-détective Watts que les trois policiers seraient appelés à témoigner pour réfuter les allégations, comme ils avaient eu l’occasion de le faire lors de l’enquête préliminaire. Or, à la dernière minute, elle a décidé de ne produire aucune preuve en vue de contredire le témoignage de Maharaj et Singh, et ce, malgré la gravité des allégations criminelles formulées contre les policiers. Le sergent-détective Watts affirme avoir exhorté la procureure à changer d’avis, mais elle n’en a rien fait. Elle n’a pas tenu compte des préoccupations des policiers quant aux conséquences négatives qu’auraient ces allégations pour eux, et elle a concédé avec désinvolture l’existence des agressions et de la violation de la *Charte*. La procureure de la Couronne au procès s’est donc contentée de contre-interroger Maharaj et Singh, et de plaider en faveur d’une réduction de la peine de Singh — plutôt qu’en faveur d’une suspension de sa déclaration de culpabilité — en guise de réparation convenable fondée sur la *Charte*.

[87] During the hearing of the *Charter* application, Thorburn J. expressed her surprise and discomfort at the absence of the police officers as witnesses. The Trial Crown was quite dismissive when asked what motivated her decision not to call them:

THE COURT: What do I do with the fact that none of these officers testified?

...

... I have Mr. Singh's ... testimony, and maybe I believe him and maybe I don't, but ... if there were some officers who said, "Well, we know nothing, I'm sorry, I tapped him on the shoulder, I should never have tapped him on the shoulder, and gosh, darn, look at this, this is terrible," nobody showed up.

[THE TRIAL CROWN]: Well, the Crown didn't call anyone.

THE COURT: Well, yes.

[THE TRIAL CROWN]: And what that means is that the evidence is uncontradicted other than Your Honour of course in accepting that evidence is required to look at internal and external consistencies. So, that's what I'm going to be focusing on. [Emphasis added.]

(A.R., vol. III, at p. 342)

[88] Earlier, Thorburn J. had specifically asked the Trial Crown whether "there [was] any sort of suggestion that [the injuries] may have come about in some other way" than at the hands of the police (A.R., vol. III, at p. 297). She responded straightforwardly: "There is no evidence that it occurred in any other way" (p. 297 (emphasis added)). Further, she confirmed that the assault had primarily been Sgt. Clark's doing.

[87] Au cours de l'audition de la demande fondée sur la *Charte*, la juge Thorburn a exprimé sa surprise et son malaise quant au fait que les policiers n'avaient pas été appelés à témoigner. La procureure de la Couronne au procès a balayé du revers de la main la demande de la juge d'expliquer les raisons qui avaient motivé sa décision :

[TRADUCTION]

LA COUR : Que dois-je penser du fait qu'aucun des policiers en question n'a témoigné?

...

... J'ai le témoignage de M. Singh [ . . . ], et peut-être que je le crois ou peut-être que je ne le crois pas, mais [ . . . ] si des policiers s'étaient présentés pour dire : « Eh bien, nous ne savons rien, je suis désolé, je lui ai tapé sur l'épaule, je n'aurais jamais dû lui taper sur l'épaule et mince alors, regardez cela, c'est terrible », mais personne ne s'est présenté.

[LA PROCUREURE DE LA COURONNE AU PROCÈS] : Eh bien, la Couronne n'a appelé personne à témoigner.

LA COUR : Eh bien, oui.

[LA PROCUREURE DE LA COURONNE AU PROCÈS] : Et cela signifie que la preuve n'est pas contestée sauf par le fait que vous, Madame la juge, devez bien sûr, avant d'admettre la preuve, en examiner la cohérence interne et externe. C'est donc sur cela que je vais me concentrer. [Je souligne.]

(d.a., vol. III, p. 342)

[88] Plus tôt, la juge Thorburn avait expressément demandé à la procureure de la Couronne au procès si [TRADUCTION] « quoi que ce soit [pouvait] donner à penser que [les blessures] aient pu s'être produites autrement » et ne pas être le fait de la police (d.a., vol. III, p. 297). La procureure a simplement répondu : « Rien n'indique que ça se soit produit autrement » (p. 297 (je souligne)). Elle a en outre confirmé que l'agression était principalement le fait du sergent Clark.

[89] Ultimately, Thorburn J. had no choice but to conclude that the police officers had indeed assaulted Maharaj and Singh, given the Crown's decision to adduce no contradictory evidence and to concede the allegations. However, she refused to order a stay of the proceedings against Singh and preferred instead to reduce his sentence by one year as a remedy for the "police brutality" he had suffered (decision on Singh's stay application, at para. 49).

[90] Thorburn J. characterized the police officers' behaviour as "thoroughly reprehensible" and as "police brutality" (decision on Singh's stay application, at paras. 49-50). She also vigorously condemned that behaviour:

This significant reduction in sentence is necessary to reflect my very deep concern and condemnation of those who, being selected to uphold the law and preserve justice, assault those entrusted to their care and control. This reduction in Singh's sentence does not and should not serve as a substitute for further investigation into and punishment of those involved in this reprehensible conduct. [Emphasis added.]

(Singh's sentencing decision, at para. 64)

[91] The police officers submit that those findings had a dramatic impact on them. In her reasons, Thorburn J. urged the Crown, on two separate occasions, to ensure that there would be a thorough investigation into the police brutality (decision on Singh's stay application, at para. 52; Singh's sentencing decision, at para. 64). This triggered additional inquiries by the Special Investigations Unit ("SIU") and the internal Toronto Police Service Professional Standards Unit ("TPSPS Unit"). Thorburn J.'s findings of assault were also widely reported in the media, which allegedly caused serious harm to the police officers' reputations and mental health.

[89] En définitive, la juge Thorburn n'a eu d'autre choix que de conclure que les policiers avaient effectivement agressé Maharaj et Singh, étant donné la décision de la Couronne de ne pas produire de preuve contradictoire et d'admettre les allégations. Cependant, elle a refusé d'ordonner l'arrêt des procédures contre Singh et a préféré réduire sa peine d'un an à titre de réparation pour la [TRADUCTION] « brutalité policière » dont il avait fait l'objet (décision sur la demande d'arrêt des procédures de Singh, par. 49).

[90] La juge Thorburn a déclaré que le comportement des policiers était [TRADUCTION] « tout à fait répréhensible » et elle l'a qualifié de « brutalité policière » (décision sur la demande d'arrêt des procédures de Singh, par. 49-50). Elle a en outre condamné vigoureusement ce comportement :

[TRADUCTION] Cette réduction importante de la peine est nécessaire pour démontrer ma très grande inquiétude et ma réprobation à l'égard de ceux qui, alors qu'ils se sont vu confier la tâche de faire respecter la loi et de préserver la justice, agressent les personnes qui se trouvent sous leur garde. Cette réduction de la peine de Singh ne constitue pas, et ne devrait pas constituer, une solution de rechange à une enquête approfondie et à l'imposition de sanctions à l'encontre des personnes qui ont eu ce comportement répréhensible. [Je souligne.]

(décision sur la peine de Singh, par. 64)

[91] Les policiers affirment que ces conclusions ont eu de graves répercussions sur eux. Dans ses motifs, la juge Thorburn a exhorté la Couronne, à deux occasions distinctes, à veiller à ce qu'une enquête approfondie soit menée relativement aux allégations de brutalité policière (décision sur la demande d'arrêt des procédures de Singh, par. 52; décision sur la peine de Singh, par. 64). Cela a donné lieu à des enquêtes supplémentaires de l'Unité des enquêtes spéciales (« UES ») et de l'Unité des normes professionnelles du Service de police de Toronto (« UNP »). De plus, les conclusions de la juge Thorburn relatives à l'agression perpétrée par les policiers ont été largement rapportées dans les médias, ce qui aurait gravement nui à la réputation et à la santé mentale des policiers.

[92] The SIU did not complete its investigation of the alleged assaults. Since Maharaj refused to cooperate, the SIU withdrew its mandate and terminated its investigation without reaching a definitive conclusion. However, the TPSPS Unit continued its investigation despite the refusal of Maharaj and Singh to cooperate.

[93] After Thorburn J. released her sentencing decision, internal investigators for the TPSPS Unit provided Dr. Moss with a copy of Maharaj's videotaped statement showing him raising and moving his arms. This being inconsistent with an acute rib injury, Dr. Moss opined that the injury must have been suffered *before* the day of the arrest and had already healed in the meantime. In light of that revelation and following a thorough investigation of the evidence available, the TPSPS Unit concluded that the allegations "cannot be substantiated" (A.R., vol. III, at p. 421).

[94] The Trial Crown's decision to concede the allegations of assault is particularly striking. From the transcripts, it is quite obvious that neither Thorburn J. nor the Trial Crown found Singh or Maharaj to be credible witnesses. Moreover, the police officers emphasize that there was little other convincing evidence supporting their testimony.

[95] Indeed, the Trial Crown said that she had "some serious reservations" about Singh's "credibility in terms of the extent of the assault" (A.R., vol. III, at p. 299). She suggested that Singh was "embellish[ing] things" and "seriously exaggerating" (pp. 350 and 353). In the same vein, Thorburn J. was quick to underline that Maharaj was not a credible witness because his testimony was tainted by lies and evasiveness:

[92] L'UES n'a pas mené à terme son enquête sur les allégations d'agression. Puisque Maharaj a refusé de coopérer, l'UES s'est retirée de son mandat et a mis fin à son enquête sans en arriver à une conclusion définitive. Toutefois, l'UNP a poursuivi son enquête malgré le refus de coopérer de Maharaj et Singh.

[93] Après que la juge Thorburn a rendu sa décision sur la peine, les enquêteurs internes de l'UNP ont fourni au D<sup>r</sup> Moss une copie de la déclaration vidéo de Maharaj dans laquelle on voit celui-ci lever et bouger ses bras. Ces gestes étant incompatibles avec une blessure aiguë aux côtes, le D<sup>r</sup> Moss a convenu que la blessure avait dû se produire *avant* le jour de l'arrestation et qu'elle avait déjà eu le temps de guérir dans l'intervalle. Compte tenu de cette révélation, et à la suite d'un examen approfondi des éléments de preuve disponibles, l'UNP a conclu que les allégations [TRADUCTION] « [n'étaient] pas fondées » (d.a., vol. III, p. 421).

[94] La décision de la procureure de la Couronne au procès de concéder les allégations d'agression est particulièrement frappante. Il ressort clairement des transcriptions sténographiques que ni la juge Thorburn ni la procureure de la Couronne au procès ne considéraient que Singh ou Maharaj étaient des témoins crédibles. De plus, les policiers insistent sur le fait qu'il n'existait que peu d'autres éléments de preuve convaincants pour appuyer les témoignages de Singh et Maharaj.

[95] En effet, la procureure de la Couronne au procès a mentionné qu'elle avait [TRADUCTION] « de sérieuses réserves » quant à la « crédibilité [de Singh] relativement à la gravité de l'agression » (d.a., vol. III, p. 299). Elle a suggéré que Singh « amplifi[ait] les choses » et qu'il « exagér[ait] considérablement » (p. 350 et 353). Dans le même ordre d'idées, la juge Thorburn s'est empressée de souligner que Maharaj n'était pas un témoin crédible puisque son témoignage était évasif et entaché de mensonges :

THE COURT: What do I do about Mr. Maharaj and some of the evidence that he gave that was really not very credible. I mean, he's admitted that he lied before.

...

... He was either lying today or he was lying before, because what he said was different than what he said in the prior occasion. . .

...

... And then his comment about “Oh, I have no idea about zip ties. It depends on what happened before.”

...

... “Well, there was no message before. So what I am suppose[d] to take from that? Oh, well, just, you know, I always send messages saying zip ties,” come on, I mean . . .

...

... So how credible? What do I do with the fact that he's not the most credible witness? [Emphasis added.]

(A.R., vol. III, at p. 318)

[96] Some other aspects of their testimony were also hardly believable, if not grotesque. For example, shortly after he was arrested, Singh told Det. Sgt. Watts that he did not know Maharaj, but he later testified, in support of his *Charter* application, that he knew him and socialized regularly with him while having drinks. He claimed not to have lied to the police. He said that Det. Sgt. Watts’ “question was asked in the context of whether he knew another Crane Supply employee, so he replied that he did not know Maharaj as there was no employee named Maharaj” (decision on Singh’s stay application, at para. 17).

[TRADUCTION]

LA COUR : Que dois-je faire en ce qui concerne M. Maharaj et certains des éléments de preuve qu’il a fournis qui n’étaient vraiment pas très crédibles? Je veux dire, il a admis avoir déjà menti.

...

... Soit il a menti aujourd’hui, soit il a menti auparavant, parce que ce qu’il a dit différerait de ce qu’il avait dit précédemment [. . .]

...

... Lorsqu’il a dit « Oh, je ne sais rien au sujet des attaches autobloquantes. Ça dépend de ce qui s’est passé avant. »

...

... « Eh bien, il n’y a pas eu d’autre message avant. Par conséquent, que dois-je en conclure? Oh, eh bien, c’est juste que, vous savez, j’envoie toujours des messages qui parlent d’attaches autobloquantes. » Allez, on s’entend . . .

...

... Est-ce crédible? Que dois-je faire du fait qu’il n’est pas le plus crédible des témoins? [Je souligne.]

(d.a., vol. III, p. 318)

[96] D’autres aspects des témoignages de Singh et Maharaj étaient également difficiles à croire, voire grotesques. Par exemple, peu de temps après son arrestation, Singh a dit au sergent-détective Watts qu’il ne connaissait pas Maharaj, mais, plus tard, il a déclaré à l’appui de sa demande fondée sur la *Charte* qu’il le connaissait et le voyait régulièrement pour prendre un verre. Singh a prétendu qu’il n’avait pas menti à la police. Il a affirmé que la question du sergent-détective Watts [TRADUCTION] « visait à savoir s’il connaissait un autre employé de Crane Supply, il avait donc répondu qu’il ne connaissait pas Maharaj puisqu’aucun employé ne portait ce nom » (décision sur la demande d’arrêt des procédures de Singh, par. 17).

[97] As demonstrated above, Singh is a person who did not hesitate to abuse the trust placed in him by his former employer for his own benefit, so his testimony had to be analyzed very carefully as well as his motives for bringing his *Charter* application. Allegations of assault, if believed, would enable him to avoid going to prison for a minimum of five years. Conceding the allegations, as the Trial Crown did, can certainly be alleged by a plaintiff as evidence of deliberate and unlawful conduct, including an utter lack of the rigour and critical thinking expected from prosecutors and a breach of their duty to act without favour or affection to any party pursuant to s. 6(5) of the *Crown Attorneys Act*, R.S.O. 1990, c. C.49.

[98] In addition to the issue of credibility, the police officers argue that the evidence in the Trial Crown's hands clearly showed that the allegations of assault made by Maharaj and Singh were false.

[99] With respect to Maharaj, the bail hearing transcript and the medical records from Maplehurst made no mention whatsoever of a rib injury. In light of the opinion expressed by Dr. Moss, it could certainly be alleged that it was clear from the videotaped statement that the rib injury had occurred *before* the day of the arrest. The fact that Maharaj did not allege that he had suffered a *rib injury during his interrogation* until one week before trial also cast doubt on his version of the events.

[100] As for Singh, the videotaped statement he gave to the police revealed no "bruising, swelling or other apparent injuries" (decision on Singh's stay application, at para. 27; Singh's sentencing decision, at para. 62). Moreover, while in custody awaiting his bail hearing, Singh never complained about the "assaults", nor did he seek any medical treatment. It was not until one month after the alleged events and

[97] Comme le démontre ce qui précède, Singh est quelqu'un qui n'a pas hésité à abuser de la confiance que lui avait accordée son ancien employeur pour servir ses propres intérêts. Son témoignage de même que les raisons pour lesquelles il a présenté une demande fondée sur la *Charte* doivent donc être analysées avec une grande prudence. Les allégations d'agression, si l'on y ajoute foi, lui éviteraient une peine minimale d'emprisonnement de cinq ans. Concéder les allégations, comme l'a fait la procureure de la Couronne au procès, peut certainement être invoqué par un demandeur comme la preuve d'une conduite délibérée et illégitime, de l'absence totale de la rigueur et du sens critique auxquels on peut s'attendre de la part des poursuivants, ainsi que d'une violation du devoir d'agir sans favoritisme ni partialité à l'égard de l'une ou l'autre des parties, aux termes du par. 6(5) de la *Loi sur les procureurs de la Couronne*, L.R.O. 1990, c. C.49.

[98] Outre la question de la crédibilité, les policiers plaident que les éléments de preuve dont disposait la procureure de la Couronne au procès démontraient la fausseté des allégations d'agression formulées par Maharaj et Singh.

[99] En ce qui concerne Maharaj, ni la transcription sténographique de l'audience relative à sa mise en liberté sous caution ni son dossier médical de Maplehurst ne mentionnait d'aucune façon une blessure aux côtes. Étant donné l'avis du D<sup>r</sup> Moss, il pouvait certainement être allégué que la déclaration vidéo montrait clairement que la blessure aux côtes s'était produite *avant* le jour de l'arrestation. Le fait que Maharaj n'ait allégué avoir subi une *blessure aux côtes durant l'interrogatoire* qu'une semaine avant son procès jette aussi un doute sur sa version des événements.

[100] Pour ce qui est de Singh, l'enregistrement vidéo de la déclaration qu'il a faite à la police ne montre [TRADUCTION] « ni ecchymose, ni enflure, ni aucune autre blessure apparente » (décision sur la demande d'arrêt des procédures de Singh, par. 27; décision sur la peine de Singh, par. 62). En outre, pendant qu'il se trouvait en détention dans l'attente de l'audience relative à sa mise en liberté sous caution, Singh ne



10 days after his release from custody that he visited his doctor for a supposed sore throat.

[101] In spite of all this, Singh appealed his conviction and sentence. Crown Attorney Amy Alyea (“Appeal Crown”) was designated to argue the appeal for the Crown.

[102] The police officers allege that, by the time Singh’s appeal was heard, the Crown Law Office was well aware of their position that the allegations of assault were fabricated and had been mishandled by the Trial Crown. Det. Sgt. Watts says that, prior to the hearing, he met with the Appeal Crown to explain the situation. Nonetheless, the Appeal Crown made no attempts to investigate further and to rectify the findings of assault before the Court of Appeal.

[103] During the hearing of Singh’s appeal, the Court of Appeal asked the Appeal Crown questions about what had occurred. According to the police officers, the Appeal Crown did not inform the court about the Trial Crown’s mishandling of the prosecution, the exculpatory findings contained in the TPSPS Unit’s report, and the likelihood that the allegations were fabricated. The officers allege that the Appeal Crown instead suppressed the evidence in a deliberate attempt to protect her colleagues. As such, they argue that she disregarded the duties attached to the public office she held and acted on the basis of an improper purpose.

[104] My colleague Justice Abella concludes that the “transcript of the appeal hearing, however, reveals no suppression”, and she adds:

In response to a question from the bench, Ms. Alyea did tell the court that a review was conducted by the Toronto

s’est jamais plaint des « agressions » et il n’a jamais cherché à obtenir de soins médicaux. Ce n’est qu’un mois après les événements allégués et 10 jours après sa mise en liberté qu’il a rendu visite à son médecin pour un prétendu mal de gorge.

[101] Malgré tout ce qui précède, Singh a fait appel de sa déclaration de culpabilité et de sa peine. La procureure de la Couronne M<sup>e</sup> Amy Alyea (« procureure de la Couronne en appel ») a été désignée pour plaider l’appel pour la Couronne.

[102] Les policiers affirment qu’au moment de l’instruction de l’appel de Singh, le Bureau des avocats de la Couronne était parfaitement au courant de leur position selon laquelle les allégations d’agression avaient été fabriquées et qu’elles avaient été traitées de façon inadéquate par la procureure de la Couronne au procès. Le sergent-détective Watts indique que, avant l’audience, il a rencontré la procureure de la Couronne en appel pour lui expliquer la situation. Malgré cela, celle-ci n’a pas tenté de pousser l’enquête et de rectifier les conclusions d’agression devant la Cour d’appel.

[103] Au cours de l’audition de l’appel de Singh, la Cour d’appel a posé des questions à la procureure de la Couronne en appel au sujet des événements. Selon les policiers, elle n’a pas informé la cour du traitement inadéquat de la poursuite par la procureure de la Couronne au procès, des conclusions disculpatoires contenues dans le rapport de l’UNP, et de la probabilité que les allégations aient été fabriquées. Les policiers affirment que la procureure de la Couronne en appel a plutôt écarté ces éléments de preuve dans une tentative délibérée de protéger ses collègues. Ils soutiennent que, ce faisant, elle a fait fi des obligations qui se rattachent à la charge publique qu’elle exerce et a agi en se fondant sur un but illégitime.

[104] Ma collègue, la juge Abella, conclut que la « transcription sténographique de l’audience de la Cour d’appel ne révèle toutefois rien de tel », et elle ajoute ce qui suit :

En réponse à une question du tribunal, M<sup>e</sup> Alyea a effectivement répondu que le Service de police de Toronto avait

Police Services and that she was not aware of any resulting disciplinary action against the police officers. She offered to provide the court with a copy of the report, but the court did not feel that it was necessary to do so. It is hard to see how this could be characterized as wrongdoing, or even an error in professional judgment. [para. 55]

With respect, this is not how I read the transcript. Although the Appeal Crown offered to provide a copy of the report, one may conclude that the way she presented it distorted its content. She correctly stated that no criminal or disciplinary charges had flowed from that report (see A.R., vol. III, at pp. 428, 450-51 and 489-90). However, she did not provide the following nuance: no action had been taken against the police officers as a result of the report, not because the Toronto Police Service had refused to punish their misconduct, but rather because the TPSPS Unit had concluded that the allegations of assault could not be substantiated. The Appeal Crown did not specify why no action had been taken. In other words, one may certainly conclude that this supports the officers' claim that the Appeal Crown suppressed the exculpatory nature of the TPSPS Unit's report. Because the Court of Appeal was deprived of the knowledge of this important distinction, it is not plain and obvious that it was not misled into thinking that the Toronto Police Service had sat idly by and remained silent in the face of police brutality:

Nor does it appear that these officers have been called to account in any meaningful way, although the trial judge made it plain that, in her view, they should be. We were told that an internal investigation was undertaken by the police but that it ceased when the victims, not surprisingly, were unwilling to cooperate. Crown counsel was not able to advise of any charges, disciplinary measures or other consequences flowing from the investigation.

Yet the police had provided no response to the testimony of the appellant and Maharaj on the stay hearing. Indeed, they have not done so to this day. The absence

examiné la question et que, à sa connaissance, aucune mesure disciplinaire n'avait été prise contre les policiers à la suite de cet examen. Elle a offert au tribunal de lui soumettre une copie du rapport, ce que le tribunal n'a pas jugé nécessaire. On voit mal comment on pourrait qualifier ces agissements de répréhensibles, ou même d'erreur de jugement professionnel. [par. 55]

Avec égards, ce n'est pas de cette façon que j'interprète la transcription sténographique. Bien que la procureure de la Couronne en appel ait offert au tribunal de lui fournir une copie du rapport, on peut conclure que la façon dont elle en a traité en dénaturait le contenu. À juste titre, elle a déclaré qu'aucune accusation criminelle ni mesure disciplinaire n'avait été prise par suite de ce rapport (d.a., vol. III, p. 428, 450-451 et 489-490). Cependant, elle n'a pas fourni la nuance suivante : aucune mesure n'a été prise contre les policiers par suite du rapport, non pas parce que le Service de police de Toronto a refusé de punir leur inconduite, mais bien parce que l'UNP a conclu que les allégations d'agression n'étaient pas fondées. La procureure de la Couronne en appel n'a pas précisé pourquoi aucune mesure n'avait été prise. Autrement dit, on peut certainement conclure que la conduite de la procureure de la Couronne en appel appuie l'allégation des policiers selon laquelle elle a fait fi de la nature disculpatoire du rapport de l'UNP. La Cour d'appel n'ayant pas été informée de cette distinction importante, il n'est pas évident et manifeste qu'elle n'a pas été amenée à penser, à tort, que le Service de police de Toronto était demeuré inactif et silencieux devant un cas de brutalité policière :

[TRADUCTION] Il ne semble pas non plus que les policiers aient eu à répondre véritablement de leurs actes, bien que la juge du procès ait clairement déclaré qu'à son avis, ils auraient dû avoir à le faire. On nous a dit qu'une enquête interne avait été entreprise par le Service de police, mais qu'elle avait pris fin du fait que les victimes avaient refusé de collaborer, ce qui n'est pas étonnant. L'avocate de la Couronne n'a été en mesure de signaler l'existence de quelque accusation, mesure disciplinaire ou autre conséquence qui aurait découlé de l'enquête.

Pourtant, le Service de police n'a fourni aucune réponse au témoignage de l'appellant et de Maharaj lors de l'audience sur l'arrêt des procédures. En effet, les policiers

of any meaningful disciplinary measures is telling, in my view, because the inability or refusal of the police to muster a pointed response in the face of such unchallenged allegations of serious criminal conduct by state actors during a criminal investigation makes the case for a stay under the residual category all the more compelling. [Emphasis added.]

(*R. v. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253 (“*Singh’s sentencing appeal*”), at paras. 45-46)

[105] The Court of Appeal allowed the appeal and stayed *Singh’s* convictions. In its reasons, the court made some comments about the “misconduct” of the police officers that are even harsher than those made by Thorburn J. It wrote:

What occurred here was not a momentary overreaction by a police officer caught up in the moment of a difficult interrogation. What occurred here was the administration of a calculated, prolonged and skillfully choreographed investigative technique developed by these officers to secure evidence. This technique involved the deliberate and repeated use of intimidation, threats and violence, coupled with what can only be described as a systematic breach of the constitutional rights of detained persons — including the denial of their rights to counsel. [Indeed, the conduct in this case might well be characterized as “torture” as that term is defined in s. 269.1(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.] It would be naïve to suppose that this type of egregious conduct, on the part of these officers, would be confined to an isolated incident.

The courts must not condone such an approach to interrogation. Real life in the police services is not a television drama. What took place here sullies the reputations of the many good officers in our country, whose work is integral to the safety and security of our society. [Emphasis added; paras. 43-44.]

[106] Here again, these unfounded findings of torture and police brutality were widely reported in the media. They also triggered additional investigations. The SIU reopened its investigation and the

n’ont fourni aucune réponse à ce jour. L’absence de mesures disciplinaires significatives est révélatrice, à mon avis, puisque l’incapacité ou le refus du Service de police de répondre sans détour à de telles allégations non contestées de conduite criminelle grave de la part de représentants de l’État au cours d’une enquête criminelle rend la demande d’arrêt des procédures au titre de la catégorie résiduelle encore plus convaincante. [Je souligne.]

(*R. c. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253 (« *appel de la sentence de Singh* », par. 45-46)

[105] La Cour d’appel a accueilli l’appel et a suspendu les déclarations de culpabilité de *Singh*. Dans ses motifs, elle a formulé des commentaires au sujet de « l’inconduite » des policiers qui étaient même plus sévères que ceux de la juge Thorburn. La Cour d’appel a écrit :

[TRADUCTION] Ce qui s’est produit en l’espèce n’était pas une réaction excessive momentanée de la part d’un policier qui a agi sous l’impulsion du moment au cours d’un interrogatoire difficile. Ce qui s’est produit a plutôt été l’utilisation d’une technique d’enquête calculée, prolongée et habilement menée par les policiers en question en vue d’obtenir des éléments de preuve. Cette technique comprenait le recours délibéré et répété à l’intimidation, aux menaces et à la violence, combiné à ce qui ne pourrait être décrit que comme une violation systématique des droits constitutionnels des détenus — y compris la négation de leur droit à l’assistance d’un avocat. [En effet, la conduite reprochée en l’espèce pourrait bien être qualifiée de « torture » au sens du par. 269.1(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.] Il serait naïf de croire qu’une conduite aussi répréhensible de la part des policiers en question n’ait été qu’un incident isolé.

Les tribunaux ne doivent pas fermer les yeux sur de telles techniques d’interrogatoire. La réalité des services de police ne ressemble pas à ce que l’on voit dans les séries télévisées. Ce qui s’est produit, dans le cas présent, entache la réputation des nombreux bons policiers de notre pays, dont le travail est essentiel à la sûreté et à la sécurité de notre société. [Je souligne; par. 43-44.]

[106] Encore une fois, ces conclusions non fondées de torture et de brutalité policière ont été largement rapportées dans les médias. Elles ont également donné lieu à des enquêtes supplémentaires. L’UES

Ontario Provincial Police undertook an administrative review. However, like the TPSPS Unit, both concluded that the allegations of assault could not be substantiated.

[107] The police officers commenced an action against the Attorney General of Ontario for the alleged misconduct of his prosecutors. They alleged that they had suffered psychological harm and irreparable damage to their reputations as a result of that misconduct. They sought a declaration that they had not assaulted Maharaj and Singh, \$500,000 in general damages for negligence and misfeasance in public office, and \$250,000 in punitive damages for each of them.

[108] The Attorney General of Ontario filed a motion to strike their statement of claim, arguing that prosecutorial immunity protects prosecutors against claims for negligence and misfeasance in public office and claims brought by third parties to a criminal prosecution. (The Superior Court's decision to strike out the negligence claim brought by the police officers was upheld by the Court of Appeal. However, the officers are not appealing that decision to this Court.)

### III. Decisions Below

#### A. *Ontario Superior Court of Justice, 2017 ONSC 3683 (Stinson J.)*

[109] Stinson J. struck out the police officers' negligence claim on the ground that there was no duty of care, but he allowed the claim for misfeasance in public office to continue. After reviewing the existing case law on prosecutorial immunity, he held that it was not plain and obvious that it definitively barred all claims by all persons against Crown attorneys other than claims by former accused persons for malicious prosecution or wrongful non-disclosure. Therefore, it was not plain and obvious that the

a rouvert son enquête et la Police provinciale de l'Ontario a entrepris un examen administratif. Cependant, à l'instar de l'UNP, elles ont toutes deux conclu que les allégations d'agression n'étaient pas fondées.

[107] Les policiers ont intenté une action contre le procureur général de l'Ontario fondée sur l'inconduite alléguée des poursuivants. Les policiers soutiennent que cette inconduite leur a occasionné des préjudices psychologiques et a causé des dommages irréparables à leur réputation. Ils cherchent à obtenir un jugement déclarant qu'ils n'ont pas agressé Maharaj et Singh, 500 000 \$ en dommages-intérêts généraux pour négligence et faute dans l'exercice d'une charge publique et 250 000 \$ en dommages-intérêts punitifs pour chacun d'eux.

[108] Le procureur général de l'Ontario a déposé une motion en radiation de leur déclaration, soutenant que l'immunité du poursuivant protège ces derniers contre les allégations de négligence et de faute dans l'exercice d'une charge publique, et contre les actions intentées par des tierces parties à des procédures criminelles. (La décision de la Cour supérieure de radier l'action intentée par les policiers pour négligence a été confirmée par la Cour d'appel. Cependant, les policiers n'en appellent pas de cette décision devant la Cour.)

### III. Décisions des juridictions d'instances inférieures

#### A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2017 ONSC 3683 (le juge Stinson)*

[109] Le juge Stinson a déclaré irrecevable l'action intentée par les policiers en raison de l'absence d'une obligation de diligence, mais il a autorisé l'exercice de l'action fondée sur le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique. Après avoir étudié la jurisprudence sur l'immunité du poursuivant, il a déclaré qu'il n'était pas évident et manifeste qu'elle écartait, de manière définitive, toute action intentée par qui que ce soit contre des procureurs de la Couronne, à l'exception des actions intentées par d'anciens

officers' claim for misfeasance was barred by the immunity.

[110] Stinson J. found that the respondent police officers had “pleaded the essential elements of the tort of misfeasance in public office by asserting knowing, deliberate, and unlawful disregard of official duty coupled with knowledge that the misconduct [was] likely to injure the plaintiffs” (para. 149 (CanLII)). Thus, he refused to strike out their misfeasance claim.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2019 ONCA 311, 56 C.C.L.T. (4th) 1 (Lauwers, Huscroft and Trotter J.J.A.)*

[111] The Court of Appeal upheld the decision rendered by Stinson J. It also concluded that prosecutorial immunity does not extend to misfeasance in public office. In the court's view, the liability threshold for misfeasance is high enough, as it requires claimants to show the presence of bad faith or improper motives. Thus, the policy considerations relating to diversion from public duties and the risk of a chilling effect on Crown prosecutors are not an impediment to displacing the immunity.

[112] The Court of Appeal also agreed with Stinson J. that the officers had pleaded all the essential elements of misfeasance.

#### IV. Issues

[113] This appeal raises two issues:

(a) whether prosecutorial immunity applies in this case;

accusés pour poursuites abusives ou pour défaut injustifié de communiquer des renseignements. Il n'était donc pas évident et manifeste que l'immunité rendait irrecevable l'action fondée sur le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique intentée par les policiers.

[110] Le juge Stinson a conclu que les policiers avaient [TRADUCTION] « plaidé les éléments essentiels du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique en invoquant la connaissance, le caractère délibéré et l'illégitimité du non-respect des devoirs attachés à une fonction officielle conjuguée au fait de savoir que l'inconduite [serait] vraisemblablement préjudiciable aux demandeurs » (par. 149 (CanLII)). Il a donc refusé de radier l'action fondée sur la faute dans l'exercice d'une charge publique.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2019 ONCA 311, 56 C.C.L.T. (4th) 1 (les juges Lauwers, Huscroft et Trotter)*

[111] La Cour d'appel a confirmé la décision rendue par le juge Stinson. Elle a aussi conclu que l'immunité du poursuivant ne s'appliquait pas en cas de faute dans l'exercice d'une charge publique. De l'avis de la cour, le seuil de responsabilité applicable aux cas de faute dans l'exercice d'une charge publique est suffisamment élevé, puisqu'il exige des demandeurs qu'ils démontrent la présence de mauvaise foi et de motifs illégitimes. Ainsi, les considérations d'intérêt public relatives aux risques que les procureurs de la Couronne soient détournés de leurs fonctions publiques et le risque que leur travail soit sujet à un effet paralysant ne constituent pas un obstacle à la levée de l'immunité.

[112] La Cour d'appel a également souscrit à l'avis du juge Stinson selon lequel les policiers avaient plaidé tous les éléments essentiels du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique.

#### IV. Questions en litige

[113] Le présent pourvoi soulève deux questions :

a) L'immunité du poursuivant s'applique-t-elle en l'espèce?

(b) if the immunity does not apply, whether the respondent police officers have pleaded all the essential elements of misfeasance in public office.

## V. Analysis

### A. *Introduction*

[114] Historically, the position in common law provinces regarding prosecutorial immunity “rang[ed] from a strong assertion of absolute immunity in Ontario to an acceptance of the possibility of suing” prosecutors acting in bad faith or with malice in Nova Scotia and Alberta (*Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at p. 181). In *Nelles*, this Court refused to grant an absolute immunity to prosecutors and qualified the immunity by acknowledging the existence of one exception: the tort of malicious prosecution. In *Henry*, this Court then added a second exception: wrongful non-disclosure. Those two exceptions allow only accused persons to bring claims against prosecutors. The question before us is whether the immunity applies to claims for misfeasance in public office brought by police officers.

[115] The Court of Appeal was of the view that prosecutorial immunity bars negligence claims but not claims for misfeasance in public office brought by police officers. The Attorney General of Ontario asks this Court to reverse that conclusion and to confirm that the immunity bars all claims except claims for malicious prosecution and wrongful non-disclosure made by *accused persons*. Therefore, third parties to a prosecution would be absolutely barred from bringing any claims. Among other things, the Attorney General of Ontario argues that the tort of misfeasance in public office “lacks a sufficiently high liability threshold and other safeguards this Court has found are required before prosecutorial immunity can be displaced” (A.F., at para. 43).

b) Si l’immunité ne s’applique pas, les policiers intimés ont-ils plaidé tous les éléments essentiels du délit de faute dans l’exercice d’une charge publique?

## V. Analyse

### A. *Introduction*

[114] Historiquement, la position dans les provinces de common law quant à l’immunité du poursuivant « vari[ait] entre une reconnaissance non équivoque de l’immunité absolue, en Ontario, et l’acceptation de la possibilité de poursuivre » les poursuivants qui agissent de mauvaise foi ou par malveillance en Nouvelle-Écosse et en Alberta (*Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, p. 181). Dans l’arrêt *Nelles*, la Cour a refusé d’accorder une immunité absolue aux poursuivants et l’a limitée en reconnaissant l’existence d’une exception : le délit civil de poursuites abusives. Dans l’arrêt *Henry*, la Cour a établi une deuxième exception : le défaut injustifié de communiquer des renseignements. Ces deux exceptions permettent seulement aux accusés d’intenter des actions contre les poursuivants. La question dont nous sommes saisis est celle de savoir si l’immunité s’applique dans le cas d’une action intentée par des policiers pour délit de faute dans l’exercice d’une charge publique.

[115] La Cour d’appel a été d’avis que l’immunité du poursuivant fait obstacle aux actions intentées pour négligence, mais non à celles intentées par des policiers pour délit de faute dans l’exercice d’une charge publique. Le procureur général de l’Ontario demande à la Cour d’infirmar cette conclusion et de confirmer que l’immunité fait obstacle à toutes les actions, à l’exception de celles intentées par des *accusés* pour poursuites abusives et pour défaut injustifié de communiquer des renseignements. Par conséquent, il serait absolument interdit aux tierces parties à une poursuite d’intenter quelque action que ce soit. Entre autres choses, le procureur général de l’Ontario plaide que le délit de faute dans l’exercice d’une charge publique [TRADUCTION] « ne comporte pas un seuil de responsabilité suffisamment élevé, de même que d’autres garanties que la Cour a jugées essentielles avant que l’immunité du poursuivant puisse être levée » (m.a., par. 43).

[116] As for the respondent police officers, they argue that the immunity does not bar *third parties such as police officers* from bringing claims for misfeasance in public office against prosecutors. In their view, the liability threshold for misfeasance is sufficiently high to prevent the policy rationale for the immunity from being undermined.

[117] The scope of prosecutorial immunity is a matter of policy (*Nelles*, at p. 199; *Henry*, at para. 32). The protection of prosecutorial independence is the cornerstone of this principle and is constitutionally entrenched in s. 7 of the *Charter* (*Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at paras. 32 and 46; *R. v. Cawthorne*, 2016 SCC 32, [2016] 1 S.C.R. 983, at para. 26). I acknowledge that this principle seeks to protect the public office of prosecutor by preventing undue interference in the discharge of prosecutorial functions. Prosecutorial independence translates into two policy concerns which are meant to gauge the “risk of undue interference with the ability of prosecutors to freely carry out their duties in furtherance of the administration of justice” (*Henry*, at para. 76). These twin policy concerns, when engaged, weigh against expanding the scope of prosecutorial liability.

[118] The first concern is the risk of creating a chilling effect on the exercise of prosecutorial discretion. Fear of civil liability may lead to defensive lawyering by prosecutors, with the result that their decisions will be “motivated less by legal principle than by a calculated effort to ward off the spectre of liability” (*Henry*, at para. 73). This undermines the objectiveness of prosecutorial decision-making by introducing considerations extraneous to their public duties (para. 73).

[119] The second concern is the risk of diverting prosecutors from their public duties. Expansion of prosecutorial liability risks forcing prosecutors to “spen[d] much of their limited time and energy responding to lawsuits rather than doing their jobs”

[116] Les policiers intimés font valoir pour leur part que l’immunité n’empêche pas les *tierces parties comme les agents de police* d’intenter des actions contre des poursuivants pour délit de faute dans l’exercice d’une charge publique. Selon eux, le seuil de responsabilité applicable en cas de délit de faute est suffisamment élevé pour éviter que soit compromis le fondement d’intérêt public qui sous-tend l’immunité.

[117] La portée de l’immunité du poursuivant est une question d’intérêt public (*Nelles*, p. 199; *Henry*, par. 32). La protection de l’indépendance du poursuivant, qui est la pierre angulaire de ce principe, est constitutionnalisée par l’art. 7 de la *Charte* (*Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, par. 32 et 46; *R. c. Cawthorne*, 2016 CSC 32, [2016] 1 R.C.S. 983, par. 26). Je reconnais que ce principe vise à protéger la charge publique du poursuivant en empêchant toute ingérence indue dans l’exercice de ses fonctions. L’indépendance du poursuivant soulève deux considérations d’intérêt public qui doivent être prises en compte pour apprécier le « risque d’entraver indûment la possibilité, pour les poursuivants, d’exercer en toute liberté leurs fonctions dans l’intérêt de l’administration de la justice » (*Henry*, par. 76). Lorsqu’elles entrent en jeu, ces deux considérations militent contre l’élargissement de la portée de la responsabilité du poursuivant.

[118] La première de ces considérations est le risque de créer un effet paralysant sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Cette crainte pourrait amener les poursuivants à adopter une approche défensive de telle sorte que leurs décisions soient « motivées moins par les principes juridiques que par des efforts calculés pour se prémunir contre le spectre de la responsabilité » (*Henry*, par. 73). Ceci minerait l’objectivité de leur prise de décisions en matière de poursuites en y introduisant des considérations étrangères à l’exercice de leurs fonctions publiques (par. 73).

[119] La deuxième de ces considérations est le risque que les poursuivants soient détournés de leurs fonctions publiques. L’élargissement de leur responsabilité pourrait les obliger à « consac[rer] beaucoup de leur temps et de leur énergie limités à se défendre

(*Henry*, at para. 72). The rationale underlying the diversion concern is that “[t]he collective interest of Canadians is best served when Crown counsel are able to focus on their primary responsibility — the fair and effective prosecution of crime” (para. 72).

[120] Although the policy concerns with respect to the chilling effect and diversion are real, they must not be invoked like a mantra to justify the application of prosecutorial immunity in every situation not falling within the exceptions recognized for the benefit of accused persons. These policy concerns should not be considered in the abstract, but rather in light of the particular liability threshold applicable to the tort at issue. A high liability threshold attenuates considerably the risks of creating a chilling effect on the exercise of prosecutorial discretion and of diverting prosecutors from their public duties in order to defend against civil actions, because a high threshold limits the risk of a flood of cases. The lower the number of cases, the less chilled the exercise of prosecutorial discretion will be and the less diverted prosecutors will be from their duties. Thus, a high threshold mitigates to a large extent the policy concerns in favour of a wide immunity.

[121] Because the twin policy concerns can be accommodated through a high threshold, the analysis should not be overly centred on them. Instead, a two-step analysis should be used to decide whether prosecutorial immunity should be applied in other situations. The first step requires determining whether there are cogent policy reasons for piercing the immunity. Once this is established, the second step requires determining whether the liability threshold for the tort at issue is high enough to tamp down the twin policy concerns and to safeguard prosecutorial independence.

contre des poursuites plutôt qu’à faire leur travail » (*Henry*, par. 72). Le raisonnement qui sous-tend cette considération est que « [l]’intérêt collectif des Canadiens et Canadiennes est mieux servi lorsque les avocats du ministère public peuvent se concentrer sur leur responsabilité première : la poursuite équitable et efficace des criminels » (par. 72).

[120] Les considérations d’intérêt public que sont l’effet paralysant et le détournement des fonctions sont certes réelles, mais elles ne doivent pas être invoquées comme un mantra pour justifier l’application de l’immunité du poursuivant dans toutes les circonstances qui ne tombent pas sous le coup des exceptions reconnues dont bénéficient les accusés. Ces considérations d’intérêt public ne devraient pas être examinées dans l’abstrait, mais plutôt en tenant compte du seuil de responsabilité qui s’applique au délit en cause. Un seuil de responsabilité élevé atténue considérablement les risques de créer un effet paralysant sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et de détourner les poursuivants de leurs fonctions publiques pour se défendre contre des poursuites civiles, car un seuil élevé limite le risque qu’il y ait une avalanche de poursuites. Moins il y a de poursuites, moins le pouvoir discrétionnaire sera paralysé et moins les poursuivants seront détournés de leurs fonctions. Par conséquent, un seuil élevé atténue dans une large mesure les considérations d’intérêt public qui militent en faveur d’une immunité élargie.

[121] Puisque les deux considérations d’intérêt public en cause peuvent être atténuées par l’existence d’un seuil élevé de responsabilité, l’analyse ne doit pas être trop centrée sur elles. Il faut plutôt procéder à une analyse en deux étapes pour déterminer si l’immunité du poursuivant doit être appliquée dans d’autres circonstances. La première étape consiste à se demander s’il existe des raisons d’intérêt public convaincantes qui justifieraient la levée de l’immunité. Si de telles raisons existent, la deuxième étape consiste à déterminer si le seuil de responsabilité à l’égard du délit en cause est assez élevé pour atténuer les risques liés aux deux considérations d’intérêt public et préserver l’indépendance du poursuivant.



[122] First, I will demonstrate that there are cogent policy reasons for not applying the immunity in a case where police officers suffered serious damage arising from unlawful and deliberate prosecutorial misconduct. It is not plain and obvious that the alleged prosecutorial misconduct in this case is anything less than shocking. It put the police officers unfairly at risk of disciplinary, civil and criminal liability, and it allegedly caused them severe psychological and reputational harm for which they had no meaningful remedy. This case cries out for a remedy. Public confidence in the administration of justice requires nothing less than that prosecutors be held accountable for their misconduct. In my view, the immunity does not apply in this case and the police officers should be allowed to vindicate their reputations. Common law courts must be responsive to obvious injustice and must make the rules evolve within the constraints of precedent.

[123] Second, I will explain that the liability threshold for misfeasance in public office, as defined in *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, places the bar high enough to mitigate the twin policy concerns and preserve prosecutorial independence.

[124] Finally, I will apply this legal reasoning to the facts alleged in the statement of claim filed by the respondent police officers.

#### B. *Policy Considerations*

[125] In my opinion, there are four policy reasons that justify not applying prosecutorial immunity in this case: (1) the tactical nature of the decisions involved; (2) the significance of the interests at stake; (3) the lack of meaningful alternative remedies and accountability mechanisms; and (4) public confidence in the office of prosecutor and in the police.

[122] En premier lieu, je démontrerai qu'il existe des raisons d'intérêt public convaincantes de ne pas appliquer l'immunité dans un cas où des policiers ont subi de graves préjudices parce que le poursuivant a agi de manière délibérée et illégitime. Il n'est pas évident et manifeste que la présumée inconduite des poursuivants en l'espèce est tout sauf choquante. Elle a exposé injustement les policiers au risque de faire l'objet de mesures disciplinaires et de voir engager leur responsabilité civile et criminelle; elle leur aurait également causé de graves préjudices psychologiques et aurait nui grandement à leur réputation sans qu'ils disposent d'une réparation significative. Or, la présente affaire commande qu'une réparation soit accordée. Pour que le public ait confiance dans l'administration de la justice, il faut à tout le moins que les poursuivants soient tenus responsables de leur inconduite. À mon avis, l'immunité ne s'applique pas en l'espèce et les policiers devraient pouvoir rétablir leur réputation. Les tribunaux de common law doivent prendre acte de toute injustice manifeste et faire évoluer les règles en tenant compte des limites imposées par la jurisprudence.

[123] En deuxième lieu, j'expliquerai que le seuil de responsabilité applicable aux cas de délit de faute dans l'exercice d'une charge publique, tel qu'il est défini dans l'arrêt *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, est suffisamment élevé pour atténuer les risques liés aux deux considérations d'intérêt public et préserver l'indépendance du poursuivant.

[124] Enfin, j'appliquerai ce raisonnement juridique aux faits allégués dans la déclaration déposée par les policiers intimés.

#### B. *Considérations d'intérêt public*

[125] À mon avis, il existe quatre raisons d'intérêt public justifiant de ne pas appliquer l'immunité du poursuivant dans la présente affaire : (1) la nature stratégique des décisions en cause; (2) l'importance des intérêts en jeu; (3) l'absence d'autres recours et mécanismes de reddition de compte significatifs; et (4) la confiance du public dans la fonction de poursuivant et dans la police.

(1) Core Prosecutorial Discretion

[126] First of all, the principle of prosecutorial independence does not apply to decisions pertaining to the handling of allegations of police brutality, because they are, in general, tactical decisions falling outside the core of prosecutorial discretion. Therefore, this principle does not lead to the conclusion that the prosecutors are immunized in this case.

[127] The principle of prosecutorial independence seeks to protect first and foremost the core of prosecutorial discretion. This core includes decisions about the “nature and extent of the prosecution” (*Krieger*, at para. 47; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 40). For example, decisions (1) to press charges, (2) to enter a stay of proceedings, (3) to enter into a plea bargain, (4) to withdraw from proceedings and (5) to take control of a private prosecution are all core prosecutorial decisions (*Krieger*, at para. 46; see also *Anderson*, at paras. 40 and 44). Only such core decisions are protected from improper influence; they deserve deference, unless they amount to an abuse of process or malicious conduct (*Krieger*, at paras. 43, 45 and 49; *Anderson*, at paras. 46-48).

[128] It is important to distinguish prosecutorial discretion protected by the Constitution from tactical decisions made by prosecutors and their conduct before the court (*Krieger*, at para. 50; *Anderson*, at para. 35). In contrast, decisions that do not pertain to the nature and extent of the prosecution, such as tactical decisions, fall outside the scope of core prosecutorial discretion (*Krieger*, at para. 47). As a result, such decisions are subject to the court’s inherent power to control its own processes and do not deserve the same level of deference as core prosecutorial decisions (*Anderson*, at paras. 57 and 61). Therefore, interfering with tactical decisions does

(1) Pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites

[126] Tout d’abord, le principe de l’indépendance du poursuivant ne s’applique pas aux décisions portant sur le traitement d’allégations de brutalité policière, car il s’agit, en général, de décisions stratégiques qui ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites. Par conséquent, ce principe ne permet pas de conclure que les poursuivants bénéficient de l’immunité en l’espèce.

[127] Le principe de l’indépendance du poursuivant vise à protéger avant tout les éléments essentiels du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, qui comprennent les décisions concernant la « nature et l’étendue des poursuites » (*Krieger*, par. 47; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 40). À titre d’exemple, les décisions (1) d’intenter des poursuites, (2) d’ordonner un arrêt des procédures, (3) de négocier sur un plaidoyer, (4) de se retirer de procédures et (5) de prendre en charge des poursuites privées sont des décisions essentielles en matière de poursuites (*Krieger*, par. 46; voir aussi *Anderson*, par. 40 et 44). Seules de telles décisions essentielles sont protégées contre l’influence de considérations inappropriées; elles commandent donc la retenue, à moins qu’elles équivaillent à un abus de procédure ou à une conduite malveillante (*Krieger*, par. 43, 45 et 49; *Anderson*, par. 46-48).

[128] Il importe de faire une distinction entre, d’une part, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites qui est protégé par la Constitution et, d’autre part, les décisions stratégiques des poursuivants et leur conduite devant le tribunal (*Krieger*, par. 50; *Anderson*, par. 35). En revanche, les décisions qui ne portent pas sur la nature et l’étendue des poursuites, comme les décisions stratégiques, ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites (*Krieger*, par. 47). Ces décisions relèvent plutôt de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure et ne commandent donc pas la même retenue que

not implicate prosecutorial independence to the same extent, and liability for such decisions is not constitutionally problematic.

[129] Misconduct in the handling of allegations of police brutality does not touch upon the core of prosecutorial discretion. The decisions made by prosecutors in dealing with such allegations are, in general, purely tactical — they do not pertain to the nature and extent of the prosecution. In this case, the prosecutors' decisions that are the subject of the respondent police officers' claims are indeed of a tactical nature. The police officers' alleged harm is the result of two things. First, they allegedly suffered harm because of the tactical choice made by the Trial Crown and the Senior Crown not to fully investigate the allegations of assault and to concede the allegations made by Singh in support of his *Charter* application. Second, the police officers take issue with the Appeal Crown's alleged decision to suppress evidence before the Court of Appeal. Those tactical choices led Thorburn J. to make adverse findings of assault and led the Court of Appeal to uphold those findings. This is the crux of the officers' case. The decision of the Trial Crown and the Senior Crown to enter a stay of proceedings in Maharaj's case — a core prosecutorial decision — is thus not at issue. That decision in itself had little impact on the officers.

[130] In any event, any conduct amounting to bad faith or malice falls outside the core and does not engage prosecutorial independence (*Krieger*, at paras. 51-52; *Cawthorne*, at paras. 24-26). Such conduct is subject to disciplinary or judicial review

les décisions essentielles en matière de poursuites (*Anderson*, par. 57 et 61). Par conséquent, le principe de l'indépendance du poursuivant n'est pas mis en jeu au même degré lorsque les tribunaux interfèrent avec des décisions stratégiques, et la responsabilité découlant de telles décisions ne constitue pas un problème sur le plan constitutionnel.

[129] L'inconduite dans le traitement d'allégations de brutalité policière ne relève pas du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites. La manière dont les poursuivants traitent de telles allégations constitue, en général, un choix purement stratégique — qui ne porte pas sur la nature et l'étendue de la poursuite. En l'espèce, les décisions des poursuivants qui font l'objet des reproches formulés par les policiers intimés sont effectivement des décisions de nature stratégique. Le préjudice qu'auraient subi les policiers a été causé par deux facteurs. Premièrement, ils auraient subi un préjudice en raison du choix stratégique qu'ont fait la procureure de la Couronne au procès et le procureur principal de la Couronne de ne pas examiner à fond les allégations d'agression et d'admettre celles formulées par Singh au soutien de sa demande fondée sur la *Charte*. Deuxièmement, les policiers reprochent à la procureure de la Couronne en appel d'avoir caché à la Cour d'appel l'existence de certains éléments de preuve. Ces choix stratégiques ont amené le juge Thorburn à tirer des conclusions défavorables à l'égard des allégations d'agression, lesquelles conclusions ont par la suite été confirmées par la Cour d'appel. Ces choix sont au cœur de l'argumentation des policiers. La décision de la procureure de la Couronne au procès et du procureur principal de la Couronne de demander un arrêt des procédures dans l'affaire intéressant Maharaj — qui est une décision essentielle en matière de poursuites — n'est donc pas en cause. Cette décision en soi a eu peu d'incidence sur les policiers.

[130] Quoi qu'il en soit, toute conduite équivalant à de la mauvaise foi ou à de la malveillance dépasse les bornes du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites et ne fait pas intervenir le principe de l'indépendance du poursuivant (*Krieger*,

in every case. Only good faith decisions enjoy protection.

[131] Thus, the principle of prosecutorial independence is not sufficient in itself to prevent the imposition of liability for such tactical decisions.

(2) Significance of the Interests at Stake

[132] Where important interests are at stake, this may justify not applying prosecutorial immunity. So far, this Court has found that the significance of the interests of accused persons may prevent the application of the immunity. The tort of malicious prosecution was sanctioned in *Nelles* out of a desire to vindicate an accused's rights to liberty, security and a fair trial that can be jeopardized by a prosecutor's misconduct. The cause of action in wrongful non-disclosure developed in *Henry* was designed to vindicate the right of accused persons to full disclosure under s. 7 of the *Charter* by allowing them to bring claims for *Charter* damages against prosecutors. Those two causes of action added layers of protection to those important interests.

[133] In this case, the police officers also had significant interests at stake in terms of their potential disciplinary, civil and criminal liability, their right to liberty and security, their right to dignity and a good reputation, and their mental health. Pursuant to the legal maxim *ubi jus, ibi remedium* — meaning “where there is a right, there is a remedy” — the law of prosecutorial immunity must provide a remedy for the impairment of these interests. The common law cannot sit idly by and remain silent in the face of injustice.

[134] Even though they were not formally charged, the three officers were, in essence, accused of having

par. 51-52; *Cawthorne*, par. 24-26). Dans tous les cas, une telle conduite est susceptible de faire l'objet de mesures disciplinaires ou d'un contrôle judiciaire. Seules les décisions prises de bonne foi bénéficient d'une protection.

[131] En conséquence, le principe de l'indépendance du poursuivant n'est pas suffisant en soi pour empêcher que des poursuivants soient tenus responsables à l'égard de telles décisions stratégiques.

(2) Importance des intérêts en jeu

[132] Lorsque des intérêts en jeu sont importants, il peut être justifié de ne pas appliquer l'immunité. À ce jour, la Cour a établi que l'importance des intérêts des accusés peut empêcher l'application de l'immunité. La cause d'action fondée sur le délit civil de poursuites abusives a été consacrée par l'arrêt *Nelles* dans le but de protéger les droits des accusés à la liberté, à la sécurité et à un procès équitable, qui peuvent être compromis par l'inconduite d'un poursuivant. La cause d'action fondée sur le défaut injustifié de communiquer des renseignements qui a été articulée dans l'arrêt *Henry* visait à faire valoir le droit de l'accusé à la communication intégrale de la preuve que lui garantit l'art. 7 de la *Charte* en lui permettant de présenter une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* à l'encontre du poursuivant. Ces deux causes d'action ont offert une protection supplémentaire à ces intérêts importants.

[133] En l'espèce, les intérêts en jeu pour les policiers — soit le risque de faire l'objet de mesures disciplinaires et de voir engager leur responsabilité civile et criminelle, leur droit à la liberté et à la sécurité, leur droit à la dignité et à une bonne réputation, et leur santé mentale — étaient également importants. Selon la maxime juridique *ubi jus, ibi remedium* — qui signifie que « là où il y a un droit, il y a un recours » —, la règle de l'immunité du poursuivant doit prévoir une réparation en cas de violation de ces droits. La common law ne saurait demeurer passive et garder le silence face à une injustice.

[134] Même si aucune accusation formelle n'a été portée contre les trois policiers, on les accusait

committed serious criminal offences, namely of having violently assaulted and tortured defenceless suspects. Indeed, the Court of Appeal described their alleged actions as a “deliberate and repeated use of intimidation, threats and violence” and went so far as to characterize them as *torture* within the meaning of s. 269.1(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (Singh’s sentencing appeal, at para. 43).

[135] The factual findings of assault made by Thorburn J. and subsequently upheld by the Court of Appeal exposed the police officers to disciplinary, civil and criminal liability and jeopardized their professional futures. A judgment in a criminal case is admissible as evidence in other proceedings to prove its findings and conclusions (*British Columbia (Attorney General) v. Malik*, 2011 SCC 18, [2011] 1 S.C.R. 657, at para. 7). The doctrines of comity and abuse of process make courts reluctant to depart from prior judicial determinations, even if they are not conclusive and binding, for fear of rendering contradictory decisions that may tarnish the reputation of the administration of justice. Therefore, the officers could have been disciplined, sued or prosecuted on the basis of those findings, and they would have faced the difficult task of rebutting findings expressed in such strong language. Thorburn J. in fact urged the Crown on two separate occasions to investigate and punish the officers (decision on Singh’s stay application, at para. 52; Singh’s sentencing decision, at paras. 2 and 64), and this was reiterated by the Court of Appeal in unequivocal terms during the hearing of Singh’s appeal:

THE COURT: So, the state of the bidding is, we have a case where there’s evidence led of what could only be described as thuggery, systemic thuggery by the police . . .

essentiellement d’avoir commis des actes criminels graves, soit d’avoir violemment agressé et torturé des suspects sans défense. En effet, la Cour d’appel a décrit les gestes qui leur sont reprochés comme étant un [TRADUCTION] « recours délibéré et répété à l’intimidation, aux menaces et à la violence », allant même jusqu’à qualifier ces gestes de *torture* au sens du par. 269.1(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (appel de la sentence de Singh, par. 43).

[135] Les conclusions de fait qui ont été tirées par la juge Thorburn à l’égard des allégations d’agression, et qui ont par la suite été confirmées par la Cour d’appel, ont exposé les policiers au risque de faire l’objet de mesures disciplinaires et de voir engager leur responsabilité civile et criminelle, ainsi que de voir leur avenir professionnel mis en péril. Un jugement rendu dans une affaire criminelle antérieure est admissible en preuve dans d’autres procédures et fait foi des conclusions du juge (*Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik*, 2011 CSC 18, [2011] 1 R.C.S. 657, par. 7). En raison du principe de la courtoisie et de la doctrine de l’abus de procédure, les tribunaux sont peu disposés à s’écarter de décisions judiciaires antérieures, même si elles ne sont pas définitives et n’ont pas force obligatoire, car ils craignent de rendre des décisions contradictoires qui pourraient ternir la réputation de l’administration de la justice. Par conséquent, les policiers auraient pu faire l’objet de mesures disciplinaires, d’actions civiles ou de poursuites criminelles fondées sur ces conclusions, et ils auraient eu la tâche difficile de réfuter des conclusions qui avaient été exprimées avec autant de vigueur. De fait, la juge Thorburn a incité la Couronne à deux reprises à mener une enquête et à punir les policiers (décision sur la demande d’arrêt des procédures de Singh, par. 52; décision sur la peine de Singh, par. 2 et 64), ce que la Cour d’appel a répété en termes non équivoques durant l’audition de l’appel de Singh :

[TRADUCTION]

LA COUR : Alors, l’état des choses est que nous nous trouvons devant un cas avec des éléments de preuve qui ne peuvent être décrits que comme de la brutalité, de la brutalité systémique de la part des policiers . . .

... speaking for myself this would be, in terms of the appropriate remedy, it would be a very different case if people, if everybody had been called to account. I'm in favour of prosecuting all criminals, even the ones who are wearing uniforms. [Emphasis added.]

(A.R., vol. III, at pp. 428 and 430)

[136] Thus, the police officers' right to liberty and security may not have been directly at stake during the first criminal proceedings, but subsequent criminal proceedings against them were potentially waiting around the corner, with their right to liberty and security hanging in the balance. In such proceedings, adverse findings of police brutality would, for example, make the officers' burden of proving the reasonableness of the use of force or self-defence much more difficult (*Criminal Code*, ss. 25 and 34).

[137] Moreover, findings of police brutality can have a profound impact on the dignity, professional life, reputation and mental health of police officers. Although the right to a good reputation is not specifically mentioned in the *Charter*, it is reflected in "the innate dignity of the individual, a concept which underlies all the *Charter* rights", and it is a right that plays a fundamental role in our democratic society (*Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 120; see also *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214, at para. 18). As Cory J. emphasized, however, reputation is fragile and can easily be shattered irremediably:

Democracy has always recognized and cherished the fundamental importance of an individual. That importance must, in turn, be based upon the good repute of a person. It is that good repute which enhances an individual's sense of worth and value. False allegations can so very quickly and completely destroy a good reputation. A reputation tarnished by libel can seldom regain its former lustre. A democratic society, therefore, has an interest in ensuring

... pour ma part, la réparation qu'il convient d'accorder serait très différente si les personnes impliquées — toutes les personnes — avaient été tenues responsables. Je suis d'avis que tous les criminels doivent être poursuivis, même ceux qui portent un uniforme. [Je souligne.]

(d.a., vol. III, p. 428 et 430)

[136] En conséquence, même si le droit à la liberté et à la sécurité des policiers n'a peut-être pas été directement mis en jeu lors des premières poursuites criminelles, il existe un risque que des poursuites criminelles subséquentes soient engagées, ce qui pourrait compromettre leur droit à la liberté et à la sécurité. Dans le cadre de telles poursuites, des conclusions défavorables de brutalité policière, par exemple, alourdiraient nettement le fardeau des policiers de prouver qu'ils avaient des motifs raisonnables d'employer la force ou qu'ils avaient agi en légitime défense (*Code criminel*, art. 25 et 34).

[137] Qui plus est, des conclusions de brutalité policière peuvent avoir de graves répercussions sur la dignité, la vie professionnelle, la réputation et la santé mentale des policiers. Bien qu'elle ne soit pas expressément mentionnée dans la *Charte*, la bonne réputation de l'individu reflète « sa dignité inhérente, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la *Charte* », et le droit à la bonne réputation joue un rôle fondamental dans notre société démocratique (*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 120; voir aussi *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214, par. 18). Or, comme l'a souligné le juge Cory, la réputation d'un individu est fragile et peut facilement être irrémédiablement détruite :

Les démocraties ont toujours reconnu et révéral'importance fondamentale de la personne. Cette importance doit, à son tour, reposer sur la bonne réputation. Cette bonne réputation, qui rehausse le sens de valeur et de dignité d'une personne, peut également être très rapidement et complètement détruite par de fausses allégations. Et une réputation ternie par le libelle peut rarement regagner son lustre passé. Une société démocratique a donc intérêt à

that its members can enjoy and protect their good reputation so long as it is merited.

(*Hill*, at para. 108; see also *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3, at para. 92; and *Bent v. Platnick*, 2020 SCC 23, [2020] 2 S.C.R. 645, at para. 1.)

[138] A reputation of trustworthiness and integrity is the cornerstone of many professions and callings, such as that of police officer (*Botiuk*, at para. 92). When police officers see their reputations tarnished by false allegations of serious misconduct, as in this case, it hampers their capacity to fulfill their calling as police officers, which, in turn, damages their “sense of identity, self-worth and emotional well-being” (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 368). Indeed, a powerful calling like being a police officer is often “one of the defining features of their lives” (*Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 94). Any impact on the police officers’ reputations may cause them significant psychological harm, which the officers allege they have suffered in this case.

[139] In brief, the significance of the interests at stake for the police officers weighs in favour of a conclusion that prosecutorial immunity does not apply.

(3) Lack of Meaningful Alternative Remedies and Accountability Mechanisms

[140] The existence of alternative remedies or accountability mechanisms militates against displacing the immunity (*Nelles*, at p. 198). However, if those alternative remedies or mechanisms are not meaningful or are insufficient to “address the central issue of making the victim whole again”, this indicates that the immunity should not apply (p. 198).

[141] In this case, the available alternatives are unable to make the victims whole again. Only exculpatory findings made by a civil court can restore the police officers’ tarnished reputations, and only

s’assurer que ses membres puissent jouir d’une bonne réputation et la protéger aussi longtemps qu’ils en sont dignes.

(*Hill*, par. 108; voir aussi *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3, par. 92; et *Bent c. Platnick*, 2020 CSC 23, [2020] 2 R.C.S. 645, par. 1.)

[138] Une réputation d’être digne de confiance et intègre est la pierre angulaire de nombreuses professions et vocations, dont celle de policier (*Botiuk*, par. 92). Lorsque de fausses allégations d’inconduite grave ternissent leur réputation, comme c’est le cas en l’espèce, ceci entrave la capacité des policiers à réaliser leur vocation, ce qui, à son tour, affecte leur « sens de l’identité [. . .], [leur] valorisation et [leur] bien-être sur le plan émotionnel » (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 368). En effet, une vocation aussi puissante que celle d’être policier est souvent « l’une des caractéristiques déterminantes de leur vie » (*Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 94). Toute répercussion sur la réputation des policiers est susceptible de leur causer un préjudice psychologique important, ce que les policiers allèguent avoir subi en l’espèce.

[139] En somme, l’importance des intérêts en jeu pour les policiers milite en faveur d’une conclusion que l’immunité du poursuivant ne s’applique pas.

(3) Absence d’autres recours et mécanismes de reddition de compte significatifs

[140] L’existence d’autres recours ou mécanismes de reddition de compte milite contre la levée de l’immunité (*Nelles*, p. 198). Toutefois, si ces autres recours ou mécanismes ne sont pas significatifs ou sont insuffisants pour atteindre « le but principal qui est de remettre la victime dans son état antérieur », l’immunité ne devrait pas s’appliquer (p. 198).

[141] En l’espèce, les recours et mécanismes qui existent ne permettent pas de remettre les victimes dans leur état antérieur. Seules des conclusions disculpatoires tirées par un tribunal civil pourraient

damages can truly compensate for the impact on their careers and the reputational and psychological harm they have suffered.

[142] The Attorney General of Ontario identifies, among other things, the prospect of disciplinary proceedings against the Trial Crown, the Senior Crown and the Appeal Crown before the Law Society as well as administrative sanctions from their employer, the Attorney General, as meaningful alternative accountability mechanisms. However, nothing indicates here that the Attorney General or the Law Society has sanctioned the prosecutors.

[143] And even if such sanctions had been imposed, they would not have made the police officers whole again. Findings of misconduct made by the Attorney General or the Law Society would have provided little remedy for the officers. Findings made by such administrative decision makers carry little weight in comparison with prior judicial determinations of police brutality and torture made by a criminal court. They generally receive little media attention and enjoy little gravitas. In the sphere of public opinion, where reputations are made and destroyed, the decisions of a superior court or a provincial criminal court enjoy wider media coverage.

[144] The TPSPS Unit's report provides a good example. Despite its unambiguous exculpatory findings, it went under the radar and did not prevent the Court of Appeal from upholding Thorburn J.'s findings and declaring that the police officers had tortured and brutalized defenceless suspects. As a result, the police officers claim that those findings are still often brought up when they testify in court, making them subject to ridicule and contempt and endlessly perpetuating their punishment.

redonner son lustre à la réputation ternie des policiers, et seuls des dommages-intérêts pourraient véritablement compenser les conséquences qu'a eues cette affaire sur leur carrière, ainsi que le tort qui a été causé à leur réputation et le préjudice psychologique qu'ils ont subi.

[142] Le procureur général de l'Ontario fait notamment observer que les procédures disciplinaires qui pourraient être engagées devant le Barreau à l'encontre de la procureure de la Couronne au procès, du procureur principal de la Couronne et de la procureure de la Couronne en appel ainsi que les sanctions administratives que pourrait leur infliger leur employeur — le procureur général — sont d'autres mécanismes de reddition de compte satisfaisants. Toutefois, en l'espèce, rien n'indique que le procureur général ou le Barreau ont infligé des sanctions aux poursuivants.

[143] Cela dit, même si ces institutions avaient infligé des sanctions, celles-ci n'auraient pas remis les policiers dans leur état antérieur. Une conclusion du procureur général ou du Barreau selon laquelle les procureurs ont mal agi n'aurait pas eu un grand effet réparateur sur les policiers. Les conclusions tirées par de tels décideurs administratifs ont peu de poids comparativement aux décisions antérieures d'un tribunal criminel quant à l'existence de brutalité policière et de torture. Ces conclusions ne suscitent généralement pas l'attention des médias et n'ont pas le même caractère solennel. Dans l'opinion publique, où les réputations sont construites et détruites, les conclusions d'une cour supérieure ou d'une cour provinciale criminelle font l'objet d'une plus grande couverture médiatique.

[144] Le rapport de l'UNP est un bon exemple. Malgré ses conclusions disculpatoires dénuées de toute ambiguïté, ce rapport est passé inaperçu et n'a pas empêché la Cour d'appel de confirmer les conclusions de la juge Thorburn et de déclarer que les policiers avaient torturé et brutalisé des suspects sans défense. En conséquence, les policiers soutiennent que ces conclusions sont encore souvent évoquées lorsqu'ils témoignent en cour, ce qui les expose au ridicule et au mépris et perpétue sans cesse le châtement qui les frappe.



[145] In the end, only exculpatory findings made by a civil court which had the benefit of all the evidence and did a thorough analysis can clear the officers' reputations once and for all. In *Day v. Woodburn*, 2019 ABQB 356, 96 Alta. L.R. (6th) 302, the criminal court had found that the police officers committed police brutality during an arrest. The person arrested sued the officers for damages. The officers were then able to adduce more comprehensive evidence to convince the civil court that they had not used excessive force to arrest him (paras. 279-80 and 349). As a result, their reputations were restored by the civil court's findings.

[146] The problem is, however, that this remedy is contingent on the accused person's decision to bring a civil suit against the police. If, like Maharaj and Singh, the accused person decides not to sue the police, the officers are unable to challenge the findings of police brutality in a court of law because prosecutorial immunity deprives them of an autonomous access to the civil courts. The officers thus have to cross their fingers and hope that the accused person brings an action so that they have an opportunity to reverse the findings and restore their reputations. In contrast, if the immunity is displaced and the officers are able to bring their own action against the prosecutors to take issue with the mishandling of the allegations of police brutality, the officers will be in a position to actively vindicate their reputations.

[147] Exculpatory findings can help a great deal in making victims of false allegations whole again. Nonetheless, only money damages can fully place the police officers in the position they would have been in but for the prosecutorial misconduct. Exculpatory findings do not repair the loss of an officer's job, future promotions, or salary if suspended. Such findings may help officers see the future in a brighter light, but they do not account for the past mental distress, anxiety or depression experienced as a result of damaging findings of assault. Being compared to a criminal when one's very job is to track and arrest

[145] Au bout du compte, seules des conclusions disculpatoires tirées par un tribunal civil qui disposerait de l'ensemble de la preuve et qui effectuerait une analyse approfondie pourraient remédier aux atteintes faites à la réputation des policiers une fois pour toutes. Dans l'affaire *Day c. Woodburn*, 2019 ABQB 356, 96 Alta. L.R. (6th) 302, la cour criminelle avait statué que les policiers avaient usé de brutalité lors d'une arrestation. La personne arrêtée a intenté une action en dommages-intérêts contre les policiers. Ces derniers ont alors pu produire des éléments de preuve plus complets pour convaincre le tribunal civil qu'ils n'avaient pas employé une force excessive lors de l'arrestation (par. 279-280 et 349). Les conclusions du tribunal civil ont donc permis de rétablir la réputation des policiers.

[146] Toutefois, le problème qui se pose est que ce recours est subordonné à la décision de l'accusé d'intenter une poursuite civile contre la police. Si, à l'instar de Maharaj et Singh, l'accusé décide de ne pas intenter une telle poursuite, les policiers ne peuvent pas contester des conclusions de brutalité policière devant une cour de justice, car l'immunité du poursuivant les empêche de s'adresser eux-mêmes à un tribunal civil. Les policiers doivent donc se croiser les doigts et espérer que l'accusé intente une poursuite pour qu'ils puissent réfuter de telles conclusions et rétablir leur réputation. En revanche, si l'immunité était levée et si les policiers pouvaient intenter leur propre action contre les poursuivants en contestant le traitement inadéquat des allégations de brutalité policière, ils seraient alors en mesure de demander activement la réparation du tort qui a été causé à leur réputation.

[147] Des conclusions disculpatoires peuvent aider grandement à remettre des victimes de fausses allégations dans leur état antérieur. Néanmoins, seul l'octroi de dommages-intérêts placerait les policiers dans la situation où ils se seraient trouvés, n'eût été l'inconduite du poursuivant. Des conclusions disculpatoires ne permettent pas de remédier à la perte d'un emploi, de possibilités d'avancement professionnel ou de salaire si les policiers ont été suspendus. De telles conclusions peuvent aider les policiers à voir leur avenir sous un meilleur jour, mais elles ne tiennent pas compte de la souffrance psychologique,

criminals is certain to severely damage a police officer's sense of identity and self-worth.

(4) Public Confidence in the Office of Prosecutor and in the Police

[148] Not applying prosecutorial immunity in a case like this one reinforces public confidence in both the office of prosecutor and the police.

[149] In this appeal, the Crown effectively seeks *absolute immunity* against all claims brought by third parties. Thus, the Crown asks us to reject any compromise that involves accepting a limited form of liability while maintaining strong immunity in most cases, like the compromise reached by the courts below. Absolute immunity is, however, inherently suspicious. As emphasized by this Court, absolute immunity is “troubling”, a “startling proposition”, and “strained and difficult to sustain” (*Nelles*, at p. 195, quoting *Nelles v. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513 (C.A.), at p. 531, and *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789 (H.C.J.), at p. 794).

[150] My colleague Abella J. holds that applying the immunity in this case is necessary to preserve public confidence in the justice system. With respect, I am instead of the view that refusing to apply the immunity and thereby increasing accountability actually strengthen the bonds of trust between a public office and members of the public. Public confidence in the office of prosecutor is better served when prosecutors are made accountable than when they are absolved from any misconduct.

[151] Crown prosecutors are not just any kind of public officers. They are “in a position of knowledge in respect of the constitutional and legal impact of

de l’anxiété ou de la dépression qu’ils peuvent avoir éprouvées en raison de conclusions préjudiciables d’agression qui ont été tirées à leur égard. Être comparé à un criminel lorsque son travail consiste spécifiquement à traquer et à arrêter des criminels porte forcément sérieusement atteinte au sens de l’identité d’un policier et à sa valorisation.

(4) Confiance du public dans la fonction de poursuivant et la police

[148] Ne pas appliquer l’immunité dans une affaire comme celle qui nous occupe renforce la confiance du public à l’égard à la fois de la fonction de poursuivant et de la police.

[149] Dans le présent pourvoi, la Couronne cherche à obtenir l’*immunité absolue* contre toutes les actions intentées par des tierces parties. Elle nous demande donc de refuser tout compromis qui permettrait une forme limitée de responsabilité tout en maintenant une immunité solide dans la plupart des affaires, comme celui auquel en sont arrivées les juridictions d’instances inférieures. L’immunité absolue est cependant intrinsèquement suspecte. Comme l’a souligné la Cour, l’immunité absolue est « inquiétante », « alarmante », ainsi que « forcée et difficilement justifiable » (*Nelles*, p. 195, citant *Nelles c. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513 (C.A.), p. 531, et *Bosada c. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789 (H.C.J.), p. 794).

[150] Ma collègue la juge Abella estime qu’il est nécessaire d’appliquer l’immunité en l’espèce pour préserver la confiance du public envers le système de justice. Avec égards, je suis plutôt d’avis que refuser d’appliquer l’immunité et, de ce fait, d’accroître la reddition de comptes, permettrait en fait de renforcer les liens de confiance qui existent entre les titulaires d’une charge publique et les membres du public. La confiance du public envers la fonction de poursuivant est mieux préservée lorsque les poursuivants sont tenus responsables de leurs actes plutôt que d’être absous de toute inconduite.

[151] Les procureurs de la Couronne ne sont pas des fonctionnaires ordinaires. Ils sont « en mesure de connaître l’impact constitutionnel et juridique de

[their] conduct” (*Nelles*, at p. 195). Prosecutors also hold important powers in the criminal justice system. Judges or juries are commonly seen as powerful because they make the ultimate decision. However, prosecutors control the gateway to that system. If a prosecutor declines to press charges, the formal powers of judges and juries are of little use. Further, the way prosecutors present their case can have a crucial influence on the outcome of a proceeding. In this case, the decision made by the Trial Crown to concede the assault allegations dictated the outcome of Singh’s *Charter* application, which included findings of assault and police brutality made against the respondents.

[152] Where public officers hold such a high office, the public expects them to “be held to the highest standards of conduct in exercising a public trust” (*Nelles*, at p. 195). Instead, prosecutors are granted a broad immunity that “is akin to . . . a license to subvert individual rights” (p. 195). Prosecutors are thus permitted to trample on the careers, dignity, reputations and mental health of police officers. Supposedly, their office is so important that any spectre of liability would prevent them from discharging their public duties. Police officers also hold important powers, but they are nevertheless subject to a high degree of accountability. Yet no one argues that they are unable to discharge their public duties faithfully because of this spectre of liability.

[153] In reality, only malicious prosecutors will fear liability if prosecutorial immunity is displaced to allow claims based on bad faith or malice. Prosecutors who discharge their duties faithfully have nothing to be afraid of (see *Nelles*, at pp. 196-97). This holds true even for prosecutors who are reckless, incompetent, lazy, negligent or unprofessional (see *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9, at para. 35; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339, at paras. 8 and 80-81).

[leur] conduite » (*Nelles*, p. 195). Ils ont également d’importants pouvoirs dans le système de justice criminelle. Les juges et les jurés sont généralement perçus comme étant puissants parce qu’ils rendent les décisions finales. Or, les procureurs contrôlent l’accès à ce système. Si un procureur refuse de porter des accusations, les pouvoirs formels des juges et jurés sont peu utiles. De plus, la manière dont les procureurs présentent leur théorie de la cause peut avoir une incidence déterminante sur l’issue d’une instance. En l’espèce, la décision de la procureure de la Couronne au procès d’admettre les allégations d’agression a été déterminante quant à l’issue de la demande fondée sur la *Charte* de Singh, car elle a amené la cour à conclure que les intimés avaient agressé les suspects et fait preuve de brutalité policière.

[152] Lorsque des fonctionnaires sont investis de telles hautes fonctions, le public s’attend à ce qu’ils soient « tenu[s] à une conduite exemplaire dans l’exercice de [leur] charge publique » (*Nelles*, p. 195). Les poursuivants bénéficient plutôt d’une grande immunité, ce qui « revient à leur donner toute latitude pour léser les droits individuels » (p. 195). Les poursuivants peuvent donc porter atteinte à la carrière, à la dignité, à la réputation et à la santé mentale des policiers. Leurs fonctions seraient apparemment si importantes que tout spectre de responsabilité les empêcherait d’exercer leur charge publique. Les policiers possèdent également d’importants pouvoirs, mais ils sont tout de même assujettis à un degré de responsabilité élevé. Pourtant, nul ne soutient que ce spectre de responsabilité les empêche d’exercer fidèlement leur charge publique.

[153] En réalité, seuls les poursuivants malveillants craindront de voir engager leur responsabilité si leur immunité est levée pour autoriser les actions fondées sur la mauvaise foi ou la malveillance. Les poursuivants qui s’acquittent fidèlement de leurs fonctions n’ont rien à craindre (voir *Nelles*, p. 196-197). Il en est ainsi même pour les poursuivants qui font preuve d’insouciance, d’incompétence, de paresse, de négligence et de manque de professionnalisme (voir *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9, par. 35; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339, par. 8 et 80-81).

[154] One can understand the legitimacy of protecting prosecutors who act in good faith, and even those who are negligent. However, protecting prosecutors who act unlawfully in a deliberate manner erodes public confidence in the office of Crown prosecutor. As underlined by Lord Bingham, “[t]here is an obvious public interest in bringing public servants guilty of outrageous conduct to book. Those who act in such a way should not be free to do so with impunity” (*Watkins v. Secretary of State for the Home Department*, [2006] UKHL 17, [2006] 2 A.C. 395, at para. 8).

[155] Prosecutors who act deliberately and unlawfully should not be allowed to hide behind the veil of absolute immunity from claims brought by police officers. If the Crown’s position is pushed to its logical conclusion, it means that even a malicious prosecutor who accepts a bribe from an accused person to concede allegations of torture and secure a stay, or a reduced sentence for the accused person, will face no civil liability. Oddly enough, such a prosecutor may face criminal penalties and go to prison for his or her conduct, but cannot be forced to pay money damages. Allowing such prosecutors to cause harm without suffering financial consequences undermines public trust in the office of prosecutor and tarnishes the image of law-abiding and dedicated prosecutors. Courts should be able to sort the bad apples from the good ones.

[156] Also, treating prosecutors so favourably by granting them an overly broad immunity undermines the rule of law — a fundamental principle of our Constitution — by sending the message that prosecutors are above the law and are not held accountable in the same way as ordinary citizens (*Nelles*, at p. 195). In *Roncarelli*, this Court refused to provide blanket immunity to the highest public officer of a province — Premier Duplessis — for his act of targeted malice, because that would have been too

[154] On peut comprendre qu’il est légitime de protéger les poursuivants qui agissent de bonne foi, même ceux qui font preuve de négligence. Toutefois, protéger des poursuivants qui agissent illégalement de manière délibérée mine la confiance qu’a le public envers la fonction de procureur de la Couronne. Comme l’a souligné le lord Bingham, [TRADUCTION] « [i]l y va manifestement de l’intérêt public d’interpeler les fonctionnaires coupables de conduite outrageante. Les fonctionnaires qui se comportent de cette manière ne devraient pas être libres de le faire impunément » (*Watkins c. Secretary of State for the Home Department*, [2006] UKHL 17, [2006] 2 A.C. 395, par. 8).

[155] Les poursuivants qui agissent de manière délibérée et illégitime ne devraient pas pouvoir se cacher derrière le voile d’une immunité absolue contre les actions intentées par des policiers. Si la position de la Couronne était poussée jusqu’à sa conclusion logique, cela signifierait qu’un poursuivant malveillant qui accepterait un pot-de-vin d’un accusé qui souhaite faire admettre des allégations de torture et s’assurer d’obtenir un arrêt des procédures, ou une peine réduite, serait exonéré de toute responsabilité civile. De façon assez étrange, ce poursuivant pourrait se voir infliger des sanctions criminelles et être emprisonné en raison de sa conduite, mais il ne serait pas obligé de payer des dommages-intérêts. Le fait de permettre que ce type de poursuivants puisse causer un préjudice sans subir de conséquences financières mine la confiance du public dans la fonction de poursuivant et ternit l’image des poursuivants dévoués qui respectent la loi. Les tribunaux devraient être en mesure de séparer le bon grain de l’ivraie.

[156] Qui plus est, le fait de traiter les poursuivants de manière aussi favorable en leur accordant une trop grande immunité sape la primauté du droit — un principe fondamental de notre Constitution — en envoyant le message qu’ils échappent à l’application de la loi et ne sont pas tenus de rendre des comptes de la même façon que les citoyens ordinaires (*Nelles*, p. 195). Dans l’affaire *Roncarelli*, la Cour a refusé d’accorder une immunité générale au fonctionnaire occupant le plus haut rang d’une province — le

great a violation of the rule of law. Arguably, if a malicious premier is equal before the law and can thus be held liable, the same should be true of a Crown prosecutor.

[157] In addition to tarnishing the image of prosecutors, the immunity sought by the Crown undermines public confidence in the police. Where police officers are unable to restore their image by rebutting findings of misconduct, this loosens the bonds of trust between them and the public. Investigating crime and keeping the community safe both require establishing trust with the population. Their effectiveness is thus negatively affected by such allegations.

[158] A damaged reputation not only impedes the police's capacity to investigate and protect, but also hampers the prosecution of crime. Prosecuting crime in the criminal courts is impossible without the contribution of the police in terms of investigations and gathering evidence. Police witnesses often occupy the centre stage in criminal trials. Pursuant to this Court's decision in *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, the disciplinary records of the officers involved must be disclosed to accused persons, who can then rely on those records to undermine the officers' credibility and raise a reasonable doubt in order to escape conviction. Therefore, where police officers such as the respondents are unable to redress their records before another court, it makes them vulnerable to the defence's attacks in the courtroom when they testify. In fact, the respondents state that the reasons of Thorburn J. and the Court of Appeal are often brought up by defence counsel when they are called to testify. The Crown's case is weakened as a result, and some guilty accused persons may unduly avoid convictions.

premier ministre Duplessis — en ce qui a trait à l'acte malveillant ciblé qu'il avait commis, car une telle immunité porterait une trop grande atteinte à la primauté du droit. Si un premier ministre malveillant est l'égal de tous devant la loi et peut donc être tenu responsable de ses actes, il devrait en être de même pour un procureur de la Couronne.

[157] En plus de ternir l'image des poursuivants, l'immunité que cherche à obtenir la Couronne mine la confiance du public envers la police. Lorsque des policiers ne peuvent pas rétablir leur image en réfutant des conclusions d'inconduite, les liens de confiance qu'ils ont tissés avec le public s'en trouvent distendus. Tant pour enquêter sur des actes criminels que pour assurer la sécurité de la communauté, les policiers doivent établir des liens de confiance avec la population. Ce type d'allégations nuit donc à leur efficacité.

[158] Une réputation ternie entrave non seulement la capacité d'enquêter et de protéger de la police, mais aussi la capacité de poursuivre les criminels. Il est impossible d'engager des poursuites criminelles sans la contribution des policiers à l'étape de l'enquête et de la cueillette des éléments de preuve. Les témoins policiers jouent souvent un rôle clé lors des procès criminels. Suivant l'arrêt rendu par la Cour dans *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, les dossiers disciplinaires des policiers chargés de l'enquête doivent être communiqués aux accusés. Ces derniers peuvent ensuite s'appuyer sur ces dossiers pour tenter de miner la crédibilité des policiers et faire naître un doute raisonnable afin d'échapper à une condamnation. Par conséquent, lorsque des policiers comme les intimés dans la présente affaire ne sont pas en mesure de rétablir leur réputation devant un autre tribunal, ils sont vulnérables aux attaques de la défense lorsqu'ils sont appelés à témoigner. En fait, les intimés affirment que les avocats de la défense invoquent souvent les motifs de la juge Thorburn et de la Cour d'appel lorsqu'ils sont appelés à la barre des témoins. La théorie de la Couronne en ressort affaiblie et un accusé par ailleurs coupable peut donc éviter indûment de faire l'objet d'une condamnation.

*C. Liability Threshold for Misfeasance in Public Office*

[159] There being strong policy reasons not to apply prosecutorial immunity in this case, the next step is to determine whether the liability threshold for the tort of misfeasance in public office is high enough to satisfy the twin policy concerns and to safeguard prosecutorial independence. The tort of misfeasance in public office provides a remedy to somebody who has been injured by a public officer's unlawful and deliberate misconduct. Before assessing whether the elements of misfeasance in public office adequately protect the interests underlying prosecutorial immunity, I wish to emphasize that this assessment must take place in the specific context of the policy considerations identified at the first step. I am not considering misfeasance in public office, writ large, as "the prudent course of action is to address new situations in future cases as they arise" (*Henry*, at para. 33).

[160] The elements of the tort of misfeasance in public office are:

- (a) the defendant is a public officer;
- (b) the defendant's conduct was deliberate and unlawful;
- (c) the defendant had knowledge that his or her conduct was unlawful and likely to harm the plaintiff; and
- (d) the defendant's conduct caused material damage to the plaintiff and such damage is compensable at law.

(See *Odhavji*, at paras. 23 and 32.)

[161] In crafting these elements, courts have already considered many of the issues that prosecutorial immunity is intended to address. Public officers

*C. Seuil de responsabilité applicable aux cas de faute dans l'exercice d'une charge publique*

[159] Puisqu'il existe des raisons d'intérêt public convaincantes de ne pas appliquer l'immunité du poursuivant en l'espèce, la prochaine étape consiste à déterminer si le seuil de responsabilité applicable au délit de faute dans l'exercice d'une charge publique est suffisamment élevé pour atténuer les deux considérations d'intérêt public de l'effet paralysant et du détournement de la fonction de poursuivant et préserver l'indépendance du poursuivant. Le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique confère un recours à quiconque subit un préjudice en raison de la conduite délibérée et illégitime d'un fonctionnaire. Avant d'examiner la question de savoir si les éléments du délit de faute commise dans l'exercice d'une charge publique protègent adéquatement les intérêts qui sous-tendent l'immunité du poursuivant, je tiens à souligner que cet examen doit être effectué dans le contexte particulier des considérations d'intérêt public qui ont été soulevées à la première étape. Je n'examinerai pas le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique dans son ensemble, car « la façon d'agir prudente consiste à aborder au fur et à mesure les situations qui se présenteront à l'avenir » (*Henry*, par. 33).

[160] Les éléments du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique sont les suivants :

- a) le défendeur est un fonctionnaire;
- b) le défendeur a agi de manière délibérée et illégitime;
- c) le défendeur savait que sa conduite était illégitime et qu'elle serait vraisemblablement préjudiciable au demandeur;
- d) la conduite du défendeur a causé un dommage concret au demandeur et un tel dommage est indemnisable en droit.

(Voir *Odhavij*, par. 23 et 32.)

[161] Lorsque ces éléments sont établis, les tribunaux ont déjà pris en compte les nombreuses questions auxquelles l'immunité du poursuivant vise à

frequently make decisions that have adverse impacts on large numbers of people, not because the officers are at fault, but simply because of the nature of public decision-making (*Odhavji*, at para. 28). This creates a large pool of disgruntled persons who may seek restitution or retribution in the courts. Liability for misfeasance in public office must thus be narrowly circumscribed in order to prevent both a chilling effect on public decision-making and the diversion of public officers from their duties.

[162] In *Odhavji*, Iacobucci J. stated that the elements of misfeasance in public office create a high threshold that protects public officers from these risks (E. Chamberlain, *Misfeasance in a Public Office* (2016), at p. 4; *Odhavji*, at paras. 28-30). A plaintiff must establish *deliberate* misconduct that demonstrates *bad faith* or *dishonesty*. Inadvertent or negligent actions of public officers are not enough (*Odhavji*, at para. 26). There must be an intentional abuse of power (para. 30).

[163] This high threshold must be considered in the context of the class of potential claimants and the prosecutorial activity at issue in this case. Here, the class of potential claimants is very narrow: police officers facing allegations of serious misconduct in a criminal case. This limited class means that there will be less of an effect on prosecutorial independence than suggested by my colleague Abella J. (paras. 41-47). For instance, police officers cannot bring claims against a prosecutor for failure to prosecute a case, or for failure to do so to their liking. The scope of claims is specifically limited to police officers subjected to allegations of serious misconduct because it is only in that particular instance that police officers are in a position akin to that of an accused person.

répondre. Les fonctionnaires prennent souvent des décisions qui ont des effets préjudiciables sur de nombreuses personnes, non pas en raison d'une faute qu'ils ont commise, mais simplement à cause de la nature du processus décisionnel public (*Odhavji*, par. 28). Ces décisions suscitent le mécontentement d'un grand nombre de personnes qui peuvent alors présenter des demandes de restitution ou de dédommagement devant les tribunaux. La responsabilité à l'égard d'une faute dans l'exercice d'une charge publique doit donc être étroitement circonscrite afin d'éviter qu'elle ait un effet paralysant sur le processus décisionnel public et qu'elle détourne les fonctionnaires de leurs fonctions.

[162] Dans l'arrêt *Odhavji*, le juge Iacobucci a affirmé que les éléments du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique établissent un seuil élevé qui protège les fonctionnaires contre ces risques (E. Chamberlain, *Misfeasance in a Public Office* (2016), p. 4; *Odhavji*, par. 28-30). Un demandeur doit démontrer qu'il y a eu *inconduite délibérée* et que cette *inconduite* comporte un élément de *mauvaise foi* ou de *malhonnêteté*. Il ne lui suffit pas de démontrer que le fonctionnaire a agi par inadvertance ou avec négligence (*Odhavji*, par. 26). Le fonctionnaire doit avoir délibérément outrepassé ses pouvoirs (par. 30).

[163] Ce seuil élevé doit être apprécié dans le contexte de la catégorie des demandeurs éventuels et des actes du poursuivant en cause. Dans la présente affaire, la catégorie de demandeurs éventuels est très restreinte : les policiers qui font l'objet d'allégations d'inconduite grave dans le cadre de poursuites criminelles. Le caractère restreint de la catégorie signifie qu'il y aura un effet moindre sur l'indépendance du poursuivant que ne le laisse entendre ma collègue la juge Abella (par. 41-47). À titre d'exemple, les policiers ne peuvent pas engager des actions contre un poursuivant parce que ce dernier n'a pas intenté de poursuites ou parce que la façon dont il l'a fait ne leur plaît pas. La portée des actions permises se limite expressément aux policiers qui font l'objet d'allégations d'inconduite grave, car c'est seulement dans ce cas particulier que les policiers se trouvent dans une position qui s'apparente à celle d'un accusé.

[164] The nature of the prosecutorial discretion at issue is also important. As in *Henry*, the prosecutors' conduct at issue here does not fall within the core of prosecutorial discretion. This means that their actions regarding the allegations of police misconduct "will not necessarily warrant the same level of protection from judicial scrutiny as the decision to initiate or continue a prosecution" (para. 63).

[165] When considered in this specific context, the high threshold provided by the elements of misfeasance in public office adequately protects against a chilling effect on the exercise of prosecutorial discretion, interference with prosecutorial independence, and the diversion of prosecutors from their duties. So long as a court is satisfied that the defendant prosecutor was acting deliberately and unlawfully, and was fully aware that the conduct was unlawful and likely to harm the plaintiff, then the liability threshold is "near the high end of the blameworthiness spectrum" (*Henry*, at para. 91). The prosecutor's subjective knowledge of both unlawfulness and likely harm are key elements. Therefore, to the extent that other courts have concluded that knowledge includes not only actual knowledge but also recklessness, those decisions should not govern (Chamberlain, at p. 139; K. Horsman and G. Morley, eds., *Government Liability: Law and Practice* (loose-leaf), at paras. 7.20.30(2)(a) and (b), citing *Three Rivers District Council v. Bank of England (No. 3)*, [2003] 2 A.C. 1 (H.L.), at p. 192, and *Alberta (Minister of Public Works, Supply & Services) v. Nilsson*, 1999 ABQB 440, 246 A.R. 201, at para. 108, aff'd 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88, at paras. 95-104). The standard must be as Iacobucci J. laid out in *Odhavji*, subjective knowledge.

[164] La nature du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites en cause est également importante. Comme c'était le cas dans l'affaire *Henry*, la conduite des poursuivants en l'espèce ne relève pas du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites. Ceci signifie que leurs actes en lien avec des allégations d'inconduite formulées contre les policiers « ne bénéficient pas nécessairement de la même protection contre le contrôle judiciaire que la décision d'engager ou de continuer une poursuite » (par. 63).

[165] Pris dans ce contexte particulier, le seuil élevé qui est établi par les éléments du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique offre une protection suffisante en empêchant la création d'un effet paralysant sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et en évitant toute ingérence à l'égard de l'indépendance du poursuivant, ainsi que le détournement des fonctions de poursuivant. Du moment que le tribunal est convaincu que le poursuivant défendeur a agi de manière illégitime et délibérée et qu'il savait très bien que sa conduite était illégitime et causerait vraisemblablement un préjudice au demandeur, le seuil de responsabilité se situe « près de l'extrémité supérieure de l'échelle de culpabilité morale » (*Henry*, par. 91). La connaissance subjective par le poursuivant du caractère illégitime de sa conduite ainsi que celle de la probabilité qu'elle cause un préjudice sont des éléments clés. Par conséquent, dans la mesure où certains tribunaux ont conclu que l'élément de connaissance englobe non seulement la connaissance réelle, mais également l'insouciance, les décisions de ces tribunaux ne reflètent pas l'état du droit (Chamberlain, p. 139; K. Horsman et G. Morley, dir., *Government Liability : Law and Practice* (feuilles mobiles), par. 7.20.30(2)a et b), citant *Three Rivers District Council c. Bank of England (No. 3)* (2000), [2003] 2 A.C. 1 (H.L.), p. 192, et *Alberta (Minister of Public Works, Supply & Services) c. Nilsson*, 1999 ABQB 440, 246 A.R. 201, par. 108, conf. par 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88, par. 95-104). La norme à appliquer doit être celle qui a été établie par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Odhavji*, soit celle de la connaissance subjective.



[166] Finally, although permitting police officers to bring misfeasance claims may result in contradictory decisions, there are some circumstances in which “relitigation is in fact necessary to enhance the credibility and the effectiveness of the adjudicative process as a whole” (*Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 52). Situations where relitigation enhances the administration of justice include “when the first proceeding is tainted by fraud or dishonesty”, “when fresh, new evidence, previously unavailable, conclusively impeaches the original results”, or “when fairness dictates that the original result should not be binding in the new context” (para. 52). In cases where prosecutors acted unlawfully and deliberately, the first proceeding is tainted by fraud and unfairness. This is amplified where judges issue severe condemnations of a police officer. It will thus enhance the administration of justice for the judiciary to give the officer the opportunity to establish that those findings were incorrect.

#### D. Application

[167] In my view, the respondent police officers have adequately pleaded the four essential elements of misfeasance in public office, as established in *Odhavji*. Therefore, I agree with the courts below that their misfeasance claim should be allowed to continue.

[168] In their statement of claim, the police officers plead that the Trial Crown, the Senior Crown and the Appeal Crown “committed the tort of misfeasance in a public office, by engaging in deliberate and unlawful conduct in their capacity as crown attorneys, clearly in contravention of their sworn statutory duty” (A.R., vol. II, at p. 131). This allegation of misfeasance is supported by particulars.

[166] Enfin, même si le fait de permettre aux policiers d’intenter des actions fondées sur la faute dans l’exercice d’une charge publique peut donner lieu au prononcé de décisions contradictoires, il peut y avoir des cas où « la remise en cause [. . .] est, dans les faits, nécessaire à la crédibilité et à l’efficacité du processus juridictionnel dans son ensemble » (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 52). Dans certaines circonstances, la remise en cause d’une décision antérieure peut servir l’administration de la justice, notamment « lorsque la première instance est entachée de fraude ou de malhonnêteté », « lorsque de nouveaux éléments de preuve, qui n’avaient pu être présentés auparavant, jettent de façon probante un doute sur le résultat initial », ou « lorsque l’équité exige que le résultat initial n’ait pas force obligatoire dans le nouveau contexte » (par. 52). Dans les cas où les poursuivants ont agi de manière illégitime et délibérée, la première instance est entachée de fraude et d’iniquité. C’est d’autant plus vrai lorsque des juges condamnent sévèrement des policiers. Par conséquent, l’administration de la justice sera promue si le pouvoir judiciaire donne aux policiers l’occasion de démontrer que ces conclusions sont incorrectes.

#### D. Application

[167] À mon avis, les policiers intimés ont valablement invoqué les quatre éléments essentiels du délit de faute dans l’exercice d’une charge publique qui ont été établis dans l’arrêt *Odhavji*. Par conséquent, je conviens avec les juridictions d’instances inférieures que leur action fondée sur le délit de faute dans l’exercice d’une charge publique devrait être autorisée à suivre son cours.

[168] Dans leur déclaration, les policiers ont fait valoir que la procureure de la Couronne au procès, le procureur principal de la Couronne et la procureure de la Couronne en appel [TRADUCTION] « ont commis le délit de faute dans l’exercice d’une charge publique en agissant de manière délibérée et illégitime en qualité de procureurs de la Couronne, ce qui était clairement contraire aux devoirs découlant de leur serment d’office » (d.a., vol. II, p. 131). Cette allégation de délit de faute dans l’exercice d’une charge publique est d’ailleurs étayée par plusieurs détails.

[169] First, there is no doubt that prosecutors are public officers.

[170] Second, the police officers plead that the Crown Attorneys' conduct was deliberate and unlawful. With respect to the deliberate element, the officers state three times that the Crown Attorneys' conduct was deliberate (A.R., vol. II, at pp. 131-32). The unlawfulness element is also clearly established. The police officers plead that the Crown Attorneys breached their sworn statutory duty imposed by the *Crown Attorneys Act* (pp. 130-31). Specifically, they allege that the Crown Attorneys did not "truly and faithfully according to their skills and the best of their abilities execute [their] duties" (p. 131). They add that the Crown Attorneys failed to act "without favour or affection to any party" in the discharge of their statutory duties (p. 131 (emphasis deleted)). The officers particularize the breaches of those duties by specifying that the prosecutors failed to properly investigate the allegations of assault, failed to call them as witnesses, ignored key facts, and knew that Maharaj had lied about aspects of his injuries (pp. 131-32). They add that the Appeal Crown suppressed evidence before the Court of Appeal that would have exonerated them (p. 132).

[171] Third, the police officers plead that the Crown Attorneys had knowledge that their conduct was unlawful and likely to harm the officers, and that they were thus acting in bad faith:

Crown attorneys involved in this case deliberately engaged in conduct that they knew to be inconsistent with the obligations of the Crown attorney and they did so in bad faith, with the knowledge that this misconduct was likely to injure the officers.

All of the above conduct, involves a deliberate disregard of the official duty of the Crown Attorney in the Province

[169] Premièrement, il ne fait aucun doute que les poursuivants sont des fonctionnaires.

[170] Deuxièmement, les policiers affirment que les procureurs de la Couronne ont agi de manière délibérée et illégitime. En ce qui concerne le caractère délibéré, les policiers affirment à trois reprises que les procureurs de la Couronne ont agi de manière délibérée (d.a., vol. II, p. 131-132). Ils plaident également que les procureurs auraient agi de manière illégitime. Les policiers soutiennent que les procureurs de la Couronne ont manqué aux devoirs découlant de leur serment d'office qui leur incombent suivant la *Loi sur les procureurs de la Couronne* (p. 130-131). Plus précisément, ils affirment que les procureurs de la Couronne n'ont pas [TRADUCTION] « exercé fidèlement [leurs] devoirs au mieux de leurs compétences et de leurs habiletés » (p. 131). Ils ajoutent que les procureurs de la Couronne n'ont pas exercé les fonctions qui leur sont confiées par la loi « sans favoritisme ni partialité » (p. 131 (soulignement omis)). Les policiers précisent les violations de ces devoirs en expliquant que les poursuivants n'ont pas correctement examiné les allégations d'agression, ne les ont pas appelés à témoigner, n'ont pas tenu compte de faits essentiels et savaient que Maharaj mentait au sujet de certains aspects de ses blessures (p. 131-132). De plus, selon les policiers, la procureure de la Couronne en appel a caché à la Cour d'appel l'existence de certains éléments de preuve qui les auraient exonérés (p. 132).

[171] Troisièmement, les policiers allèguent que les procureurs de la Couronne savaient que leur conduite était illégitime et qu'elle causerait vraisemblablement un préjudice aux policiers, et qu'ils agissaient donc de mauvaise foi :

[TRADUCTION] Les procureurs de la Couronne en cause dans la présente affaire ont délibérément posé des actes qu'ils savaient être incompatibles avec leurs devoirs à titre de procureurs de la Couronne et ont agi de mauvaise foi, en sachant que cette inconduite causerait vraisemblablement un préjudice aux policiers.

L'inconduite décrite ci-dessus se caractérise par une indifférence délibérée à l'égard de la fonction officielle

of Ontario, with the knowledge that this misconduct would most likely injure the police officers. [Emphasis added.]

(A.R., vol. II, at p. 132)

[172] Fourth, the police officers plead that the Crown Attorneys' conduct caused them material damage compensable at law. In *Odhavji*, this Court stated that “[a]t the pleadings stage, it is sufficient that the statement of claim alleges that the plaintiffs have suffered mental distress, anger, depression and anxiety as a consequence of the alleged misconduct” (para. 41). In this case, the officers plead, among other things, that they “have suffered significant depression”, “emotional trauma”, “loss of enjoyment of life”, “anxiety” and “mental distress” as a result of the alleged prosecutorial misconduct (A.R., vol. II, at p. 133).

## VI. Conclusion

[173] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed with costs, CÔTÉ J. dissenting.*

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

*Solicitors for the respondents: Brauti Thorning, Toronto.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

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

de procureur de la Couronne de la province de l'Ontario, tout en sachant que cette inconduite causerait fort probablement un préjudice aux policiers. [Je souligne.]

(d.a., vol. II, p. 132)

[172] Quatrièmement, les policiers soutiennent que la conduite des procureurs de la Couronne leur a causé un dommage concret qui est indemnisable en droit. Dans l'arrêt *Odhavji*, la Cour a déclaré que, « [a]u stade des actes de procédure, il suffit que les demandeurs allèguent dans leur déclaration que l'inconduite alléguée leur a causé des souffrances morales, de la colère, de la dépression et de l'anxiété » (par. 41). En l'espèce, les policiers plaident notamment qu'ils [TRADUCTION] « ont souffert d'une grave dépression », qu'ils ont subi un « traumatisme émotionnel », qu'ils ont eu une « perte de jouissance de la vie » et qu'ils ont éprouvé de l'« anxiété » et une « souffrance psychologique » par suite de la présumée inconduite des poursuivants (d.a., vol. II, p. 133).

## VI. Conclusion

[173] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli avec dépens, la juge CÔTÉ est dissidente.*

*Procureur de l'appelant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs des intimés : Brauti Thorning, Toronto.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener Toronto Police Chief James Ramer: Lerner, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Toronto Police Chief James Ramer : Lerner, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Royal Newfoundland Constabulary, St. John's.*

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Royal Newfoundland Constabulary, St. John's.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Association of Crown Counsel and the Ontario Crown Attorneys' Association: Cavalluzzo, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des juristes de l'État et l'Association des procureurs de la Couronne de l'Ontario : Cavalluzzo, Toronto.*

**C.P.** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,  
Criminal Lawyers' Association (Ontario),  
Justice for Children and Youth and  
British Columbia Civil Liberties Association**  
*Intervenors***INDEXED AS: R. v. C.P.****2021 SCC 19**

File No.: 38546.

2020: November 10; 2021: May 7.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and  
Kasirer JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO*Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict —  
Accused young person convicted of sexual assault by judge  
sitting alone — Accused appealing conviction on basis that  
verdict was unreasonable — Conviction affirmed by ma-  
jority of Court of Appeal — Whether verdict unreasonable.**Constitutional law — Charter of Rights — Right to lib-  
erty — Fundamental justice — Right to equality — Young  
persons — Appeals to Supreme Court of Canada — Ac-  
cused young person convicted of sexual assault — Ma-  
jority of Court of Appeal affirming conviction but one  
judge dissenting — Young person filing appeal as of  
right to Supreme Court under s. 691(1)(a) of Criminal  
Code — Section 37(10) of Youth Criminal Justice Act  
stating that no appeal lies to Supreme Court unless young  
person is granted leave to appeal — Whether s. 37(10)  
of Youth Criminal Justice Act infringes young person's  
right to equality and right not to be deprived of liberty  
except in accordance with principles of fundamental***C.P.** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,  
Criminal Lawyers' Association (Ontario),  
Justice for Children and Youth et  
British Columbia Civil Liberties Association**  
*Intervenants***RÉPERTORIÉ : R. c. C.P.****2021 CSC 19**

N° du greffe : 38546.

2020 : 10 novembre; 2021 : 7 mai.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et  
Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable —  
Accusé adolescent déclaré coupable d'agression sexuelle  
par un juge siégeant seul — Déclaration de culpabilité  
portée en appel par l'accusé au motif que le verdict était  
déraisonnable — Déclaration de culpabilité confirmée par  
les juges majoritaires de la Cour d'appel — Le verdict  
était-il déraisonnable?**Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la  
liberté — Justice fondamentale — Droit à l'égalité — Ado-  
lescents — Appels à la Cour suprême du Canada — Accusé  
adolescent déclaré coupable d'agression sexuelle — Dé-  
claration de culpabilité confirmée par les juges majori-  
taires de la Cour d'appel, mais dissidence exprimée par  
un juge — Appel de plein droit interjeté à la Cour suprême  
par l'adolescent en vertu de l'al. 691(1)a) du Code cri-  
minel — Suivant le par. 37(10) de la Loi sur le système  
de justice pénale pour les adolescents, un adolescent ne  
peut interjeter appel à la Cour suprême, sauf s'il a obtenu  
l'autorisation de le faire — Le paragraphe 37(10) de la  
Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*

*justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15 — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 37(10).*

When P was 15, he went to a party at a beach to celebrate a friend's birthday with a group of young people. The complainant, D, was 14. They had both been drinking. Sexual intercourse took place. P was charged with sexually assaulting D. The Crown's position at trial was that P had sex with D when he knew she was too drunk to be capable of consenting. P's defence was that D consented to having sex with him before there were any signs that she was too drunk to consent. One of D's friends, G, came to the party later than the rest of the group. She saw D lying on the ground and went to her right away. D had been vomiting, could not get up, and was incapable of communicating. There was no dispute that D was intoxicated to the point of incapacity when G found her. The question was how soon after the sexual activity took place did G see D. The trial judge rejected P's evidence in chief that he spoke with G before G attended to D, but accepted P's evidence that he heard G arrive at the party right after he finished having sex with D, and his admission in cross-examination that G went directly to D when she arrived, which aligned with G's evidence. The trial judge concluded that D was in an incapacitated state at the time of intercourse and therefore incapable of consenting at that time. The trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt that P knew or was reckless or wilfully blind to the fact that D was so intoxicated that she could not have consented to sexual activity. She found P guilty of sexual assault.

P appealed to the Court of Appeal, arguing that the verdict was unreasonable. The majority dismissed the appeal, but one judge would have allowed the appeal, set aside the conviction and entered an acquittal. P filed a notice of appeal as of right to the Court pursuant to s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*. The Crown filed a motion to quash the appeal, based on the fact that under s. 37(10) of the *Youth Criminal Justice Act* ("YCJA"), young persons have no automatic right of appeal to the Court. While s. 37(1) of the YCJA incorporates the appeal routes for indictable offences under the *Criminal Code* into the youth justice system, s. 37(10) denies young persons the automatic

*viole-t-il le droit de l'adolescent à l'égalité et son droit à ce qu'il ne soit porté atteinte à sa liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15 — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, c. 1, art. 37(10).*

Alors que P avait 15 ans, il s'est rendu à une fête à la plage pour célébrer l'anniversaire d'un ami avec un groupe de jeunes. La plaignante, D, avait 14 ans. Ils avaient bu tous les deux. Il y a eu des rapports sexuels. P a été accusé d'avoir agressé sexuellement D. Au procès, la Couronne a soutenu que P avait eu des rapports sexuels avec D alors qu'il savait qu'elle était trop ivre pour être capable d'y consentir. Pour sa défense, P a prétendu que D avait consenti à avoir des rapports sexuels avec lui avant qu'elle ne montre des signes qu'elle était trop ivre pour y consentir. G, une amie de D, est venue à la fête plus tard que le reste du groupe. Elle a vu D couchée par terre et s'est toute de suite rendue auprès de cette dernière. D avait vomi, elle ne pouvait pas se lever, et elle était incapable de communiquer. Nul ne conteste que D était ivre au point d'incapacité lorsque G l'a trouvée. La question était de savoir combien de temps s'était écoulé après l'activité sexuelle lorsque G a vu D. La juge du procès a rejeté le témoignage de P en interrogatoire principal selon lequel il aurait parlé à G avant que cette dernière ne rejoigne D, mais elle a accepté son témoignage selon lequel il avait entendu G arriver à la fête tout de suite après avoir eu des rapports sexuels avec D, et son aveu en contre-interrogatoire comme quoi G s'était rendue immédiatement aux côtés de D à son arrivée, ce qui concordait avec le témoignage de G. La juge du procès a conclu que D était en état d'ébriété au moment des rapports sexuels et qu'elle était donc incapable d'y consentir à ce moment-là. La juge du procès était convaincue hors de tout doute raisonnable que P savait que D était dans un état d'ébriété tel qu'elle ne pouvait pas avoir consenti à l'activité sexuelle, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou qu'il ne s'en est pas soucié. Elle a reconnu P coupable d'agression sexuelle.

P a interjeté appel à la Cour d'appel, plaidant que le verdict était déraisonnable. Les juges majoritaires ont rejeté l'appel, mais un juge aurait accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et inscrit un acquittement. P a déposé un avis d'appel de plein droit à la Cour en vertu de l'al. 691(1)a) du *Code criminel*. La Couronne a déposé une requête en cassation de l'appel, vu qu'en application du par. 37(10) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (« LSJPA »), les adolescents n'ont pas de droit d'appel automatique devant la Cour. Le paragraphe 37(1) de la LSJPA incorpore les voies d'appel en ce qui concerne les actes criminels prévues au *Code*

rights to appeal to the Court available to adults, including those set out in s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*. Leave is therefore required even when the court of appeal affirms a conviction for an indictable offence and there is a dissent on a question of law at the court of appeal. P argued that s. 37(10) of the *YCJA* is contrary to ss. 7 and 15 of the *Charter*. The Court adjourned the Crown's motion to quash without prejudice to P's right to seek leave to appeal, including on the question of the constitutionality of s. 37(10) of the *YCJA*. The Court granted leave to appeal.

*Held* (Côté J. dissenting): The appeal should be dismissed.

(1) *Unreasonableness of the Verdict*

*Per* Abella, Karakatsanis and Martin JJ.: The verdict was reasonable. The trial judge's reasons for finding P guilty of sexual assault are model trial reasons: rigorous and thoughtfully explained. There is no basis for finding the verdict to be unreasonable.

A verdict reached by a judge may be unreasonable, even if supported by the evidence, if it is reached illogically or irrationally. This may occur if the trial judge draws an inference or makes a finding of fact essential to the verdict that is plainly contradicted by the evidence relied on by the judge in support of that inference or finding, or shown to be incompatible with evidence that has neither been contradicted by other evidence nor rejected by the trial judge. The inquiry is narrowly targeted at fundamental flaws in the reasoning process which means that the verdict was not reached judicially or in accordance with the rule of law.

Here, the reasoning that led the trial judge to conclude that G discovered D in her incapacitated state right after the intercourse was both logical and rational. The trial judge rejected P's evidence that he spoke with G before she attended to D because it was internally inconsistent with his own evidence on cross-examination, externally contradicted by the evidence of G, and because P was intoxicated, particularly in comparison to G, whose memory was not suspect. The trial judge provided sound reasons for what she believed and what she did not, explaining why she found that some of P's evidence did not suffer from the same flaws that led her to reject other aspects of his testimony. The verdict was clearly one that a properly

*criminel* dans le système de justice pour les adolescents, mais le par. 37(10) prive les adolescents des droits d'appel automatiques à la Cour dont jouissent les adultes, notamment ceux prévus à l'al. 691(1)a) du *Code criminel*. L'autorisation est donc nécessaire, et ce, même lorsque la cour d'appel confirme la déclaration de culpabilité pour un acte criminel et qu'il y a une dissidence sur une question de droit en cour d'appel. P a plaidé que le par. 37(10) de la *LSJPA* contrevient aux art. 7 et 15 de la *Charte*. La Cour a ajourné la requête de la Couronne en cassation sans préjudice du droit de P de demander l'autorisation d'appel, notamment sur la question de la constitutionnalité du par. 37(10) de la *LSJPA*. La Cour a accordé l'autorisation d'appel.

*Arrêt* (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

(1) *Caractère déraisonnable du verdict*

*Les* juges Abella, Karakatsanis et Martin : Le verdict était raisonnable. Les motifs rendus par la juge du procès au soutien de son verdict de culpabilité d'agression sexuelle prononcé contre P sont des motifs de première instance exemplaires de par leur rigueur et leur minutie. Rien ne permet de conclure que le verdict était déraisonnable.

Le verdict d'un juge peut être déraisonnable, même s'il est étayé par la preuve, si le juge y arrive d'une façon illogique ou irrationnelle. Cela peut se produire si le juge du procès tire une inférence ou une conclusion de fait essentielle au verdict qui est clairement contredite par la preuve qu'il invoque à l'appui de cette inférence ou conclusion, ou dont on peut démontrer qu'elle est incompatible avec une preuve qui n'est ni contredite par d'autres éléments de preuve ni rejetée par le juge du procès. L'analyse cible étroitement les vices fondamentaux du raisonnement, ce qui veut dire que le verdict n'a pas été rendu de manière judiciaire ou conformément au principe de légalité.

En l'espèce, le raisonnement qui a amené la juge du procès à conclure que G avait découvert D dans l'état d'incapacité dans laquelle elle se trouvait tout de suite après les rapports sexuels était à la fois logique et rationnel. La juge du procès a rejeté le témoignage de P selon lequel il s'était entretenu avec G avant qu'elle se rende aux côtés de D parce que ce témoignage était intrinsèquement incompatible avec son propre témoignage en contre-interrogatoire, contredit extrinsèquement par le témoignage de G, et parce que P était ivre, particulièrement en comparaison avec G, dont le souvenir n'était pas suspect. La juge a fourni des motifs solides au soutien de ce qu'elle croyait et de ce qu'elle ne croyait pas, expliquant pourquoi elle avait

instructed judge acting judicially, could reasonably have rendered. The trial judge was well aware that the time of intercourse could not be ascertained in absolute terms, and that what mattered was the relative time of G's arrival in relation to the sexual activity. The combination of G's evidence and P's evidence satisfied the trial judge that G went to D as soon as she arrived, and that, on P's own evidence, G's arrival at the party was right after intercourse had taken place. This entitled the trial judge logically to conclude that the totally incapacitated condition G found D in when she arrived was the condition she was in during the sexual activity.

*Per* Wagner C.J. and Moldaver, Brown and Rowe JJ.: There is agreement with Abella J. that the verdict was reasonable.

*Per* Kasirer J.: There is agreement with Abella J. that the verdict was reasonable.

*Per* Côté J. (dissenting): P's conviction for sexual assault is unreasonable. First, the trial judge's finding of D's incapacity to consent to sexual intercourse was reached illogically. The trial judge was well aware that the timing of the intercourse was the central issue of the case. The combination of the evidence of P and D's friend, G, was crucial to the trial judge's finding of incapacity. G's evidence alone was insufficient to support a finding of incapacity at the time of the intercourse and additional evidence was necessary to narrow the gap between the time of the intercourse and the time when G went to see D. It was only P's evidence that could address the timing of the intercourse in relation to G's arrival and her observation of D. The trial judge bridged that gap by rejecting the evidence that P spoke with G before she tended to D for three reasons: (1) P contradicted himself; (2) G was more reliable and credible; and (3) P's evidence was unreliable because he was intoxicated at this point in the evening. It was open to the trial judge to reject certain portions of P's evidence due to internal and external contradictions provided that the trial judge had a logical and reasonable basis for doing so. However, here, the source of the trial judge's illogical reasoning stems from her third reason. It was illogical for the trial judge to find, on the one hand, that P could not testify reliably about what had happened after the intercourse because he had been too intoxicated at that point in the night, while also finding, on the other hand,

conclu que certaines parties du témoignage de P n'étaient pas frappées des mêmes vices qui l'ont amené à rejeter d'autres aspects du témoignage de ce dernier. Le verdict en était assurément un qu'une juge qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. La juge du procès savait très bien que le moment auquel les rapports sexuels s'étaient déroulés ne pouvait pas être déterminé en termes absolus, et que ce qui importait était le moment relatif de l'arrivée de G par rapport à l'activité sexuelle. Les témoignages conjugués de G et de P ont convaincu la juge du procès que G s'était rendue auprès de D dès son arrivée, et que, selon le propre témoignage de P, elle était arrivée à la fête tout de suite après les rapports sexuels. Il était donc loisible à la juge du procès de conclure logiquement que l'état d'incapacité totale dans lequel G a trouvé D à son arrivée était l'état dans lequel cette dernière se trouvait pendant l'activité sexuelle.

*Le* juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Brown et Rowe : Il y a accord avec la juge Abella pour dire que le verdict était raisonnable.

*Le* juge Kasirer : Il y a accord avec la juge Abella pour dire que le verdict était raisonnable.

*La* juge Côté (dissidente) : La déclaration de culpabilité de P pour agression sexuelle est déraisonnable. Premièrement, la juge du procès a conclu de manière illogique à l'incapacité de D à consentir à des rapports sexuels. Elle savait très bien que le moment où les rapports sexuels ont eu lieu était la question centrale de l'affaire. La combinaison des témoignages de P et de G, l'amie de D, a joué un rôle crucial dans sa conclusion d'incapacité. Le témoignage de G à lui seul était insuffisant pour appuyer une conclusion d'incapacité au moment des rapports sexuels, et des éléments de preuve additionnels étaient nécessaires pour permettre de restreindre l'intervalle entre le moment où ont eu lieu les rapports sexuels et celui où G est allée voir D. Seul le témoignage de P permettait de déterminer le moment où les rapports sexuels avaient eu lieu par rapport à celui où G est arrivée et a observé D. La juge du procès a comblé cet intervalle en rejetant le témoignage selon lequel P a parlé avec G avant que cette dernière ne s'occupe de D, et ce, pour trois raisons : (1) P s'est contredit; (2) G était plus fiable et plus crédible; et (3) le témoignage de P n'était pas fiable parce qu'il était intoxiqué à ce moment-là de la soirée. Il était loisible à la juge de rejeter certaines parties de la déclaration de P en raison de contradictions intrinsèque et extrinsèque, à condition d'avoir un fondement logique et raisonnable pour le faire. Cependant, en l'espèce, la source du raisonnement illogique de la juge vient de la troisième raison qu'elle a donnée. Il était



that P could nevertheless testify reliably about the fact that he had heard when G had arrived at the party. These findings are irreconcilable. If P was too intoxicated at that time to be subsequently able to testify reliably about the conversation, his testimony about having heard G arriving was also necessarily unreliable. These two events would have occurred at the same point in time, that is, at a time when, in the trial judge's view, P had been too drunk for his subsequent testimony to be reliable. The trial judge found that P had been too drunk at that time to subsequently remember some things yet not too drunk to subsequently remember other things that would have happened at the same time. The trial judge gave no reason to explain this inconsistency on a crucial piece of evidence. Without P's evidence that he heard G arriving after the intercourse, it was impossible to convict P of sexual assault. This logical flaw would suffice to order a new trial.

Second, the evidence available to the trial judge is not capable of supporting the finding of D's incapacity to consent and a verdict of acquittal should be entered instead of ordering a new trial. The trial judge should have accorded far less weight to P's evidence about the timing of the intercourse in relation to G's arrival than she did in her reasons. The trial judge attached significant weight to P's evidence that he had heard about G arriving shortly after the intercourse. It constituted the centerpiece of her reasons. This was, however, incompatible with her repeated findings to the effect that P had been quite intoxicated and was thus an unreliable witness. Once the reliability of P's testimony is approached coherently with the trial judge's repeated findings to the effect that he had been quite intoxicated and that his memory of the crucial events was unreliable, it is simply impossible to pinpoint, even roughly, the time when the intercourse occurred on the basis of the rest of the circumstantial evidence. A reconstruction of the timeline indicates that the intercourse may have occurred at any time during a window of roughly two hours. As a result, the evidence did not permit the time of the intercourse to be determined beyond a reasonable doubt. The trial judge could not reasonably conclude that D's being incapable of consenting at the time of the intercourse was the only reasonable finding available on the evidence. Without the finding of incapacity, there was no case against P, because neither D nor any other witness

illogique pour la juge du procès de conclure, d'une part, que P ne pouvait pas témoigner de manière fiable sur ce qui s'était passé après les rapports sexuels parce qu'il était trop intoxiqué à ce moment-là dans la soirée, tout en concluant également, d'autre part, que P pouvait néanmoins témoigner de manière fiable sur le fait qu'il avait entendu G arriver à la fête. Ces conclusions sont inconciliables. Si P était trop intoxiqué à ce moment-là pour être par la suite en mesure de témoigner de manière fiable au sujet de la conversation, son témoignage selon lequel il avait entendu G arriver était également nécessairement non fiable. Ces deux événements se seraient passés au même moment, c'est-à-dire quand, selon la juge du procès, P était trop ivre pour que son témoignage subséquent puisse être fiable. La juge du procès a conclu que P était trop ivre à ce moment-là pour se souvenir par la suite de certaines choses, mais n'était pas trop ivre pour se souvenir par la suite d'autres choses qui se seraient passées au même moment. Elle n'a pas expliqué cette incohérence à l'égard d'un élément de preuve crucial. Sans le témoignage de P selon lequel il avait entendu G arriver après les rapports sexuels, il était impossible de déclarer P coupable d'agression sexuelle. Cette faille logique suffirait pour pouvoir ordonner un nouveau procès.

Deuxièmement, la preuve dont disposait la juge du procès ne saurait appuyer la conclusion selon laquelle D était incapable de consentir et il y a lieu de prononcer un verdict d'acquiescement plutôt que d'ordonner un nouveau procès. La juge du procès aurait dû conférer beaucoup moins de poids au témoignage de P concernant le moment où ont eu lieu les rapports sexuels par rapport à celui où est arrivée G qu'elle ne l'a fait dans ses motifs. Elle a accordé un poids considérable au témoignage de P selon lequel il avait entendu que G était arrivée peu après les rapports sexuels. Il s'agissait là de l'élément central de ses motifs. Cela était cependant incompatible avec ses conclusions répétées que P était très intoxiqué et n'était donc pas un témoin fiable. Si on examine la fiabilité du témoignage de P de manière cohérente avec les conclusions répétées de la juge du procès selon lesquelles celui-ci était très intoxiqué et que sa mémoire des événements clés n'était pas fiable, il est tout simplement impossible de déterminer, même de façon approximative, à quel moment les rapports sexuels ont eu lieu eu égard au reste de la preuve circonstancielle. Une reconstitution de la chronologie des événements indique que les rapports sexuels pourraient avoir eu lieu à n'importe quel moment dans une période d'environ deux heures. En conséquence, la preuve n'a pas permis de déterminer hors de tout doute raisonnable à quel moment les rapports sexuels ont eu lieu. La juge du procès ne pouvait pas raisonnablement conclure que l'incapacité de D à

had testified that D had not consented as a matter of fact. Consequently, the evidence is not capable of supporting the verdict that P is guilty of sexual assault, and an acquittal should be entered in its place.

(2) *Constitutionality of Section 37(10) of the Youth Criminal Justice Act*

*Per* Wagner C.J. and Moldaver, Brown and Rowe JJ.: Section 37(10) of the *YCJA* is consistent with ss. 7 and 15 of the *Charter*.

Two elements must be established in order to show a violation of s. 7 of the *Charter*: (1) that the impugned law or government action deprives the claimant of the right to life, liberty or security of the person; and (2) that the deprivation in question does not accord with the principles of fundamental justice. Here, the requirements of the first step are satisfied, as a limit on young persons' right to appeal to the Court engages residual liberty interests under s. 7. The outcome hinges on whether this deprivation is in accordance with the proposed new principle of fundamental justice that young persons are entitled to enhanced procedural protections in the criminal justice system. For a principle of justice to be "fundamental" within the meaning of s. 7: (i) it must be a legal principle; (ii) there must be a consensus that the rule or principle is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate; and (iii) it must be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person.

If this proposed new principle entails a comparative assessment of procedural rights of young persons and those of adults, then it yields neither a meaningful standard nor one upon which any consensus is conceivable. If it is construed as a freestanding principle, the s. 7 argument depends on whether s. 37(10) deprives young persons of a liberty interest without adequate procedural safeguards. Denying young persons an automatic right to a hearing in the Court where a court of appeal affirms a conviction for an indictable offence, but a judge of that court dissents on a question of law, cannot in itself contravene their constitutional entitlement to adequate procedural protection in the youth criminal justice system because there is no constitutional right to an appeal, let alone an automatic one at the apex of the judicial system. The principles

consentir au moment des rapports sexuels était la seule conclusion raisonnable possible eu égard à la preuve. Sans cette conclusion d'incapacité, il n'y a pas de cause qui tienne contre P, parce que ni D ni aucun autre témoin n'a déclaré que D n'avait pas effectivement donné son consentement. En conséquence, la preuve ne saurait appuyer le verdict selon lequel P est coupable d'agression sexuelle et celui-ci devrait être remplacé par un acquittement.

(2) *Constitutionnalité du par. 37(10) de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*

*Le* juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Brown et Rowe : Le paragraphe 37(10) de la *LSJPA* est compatible avec les art. 7 et 15 de la *Charte*.

Pour prouver qu'il y a violation de l'art. 7 de la *Charte*, il faut établir deux éléments : (1) que la loi ou mesure de l'État contestée prive le demandeur du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne; et (2) que la privation en cause n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. En l'espèce, les exigences de la première étape sont respectées, car une limite imposée au droit des adolescents de se pourvoir en appel devant la Cour fait entrer en jeu des droits résiduels à la liberté en vertu l'art. 7. Le résultat dépend de la question de savoir si la privation en cause est conforme au nouveau principe de justice fondamentale proposé selon lequel les adolescents ont droit à la prise de mesures procédurales supplémentaires au sein du système de justice pénale. Pour qu'un principe de justice soit « fondamental » au sens de l'art. 7 : (i) il doit s'agir d'un principe juridique; (ii) il doit exister un consensus sur le fait que cette règle ou ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice; et (iii) ce principe doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

Si le nouveau principe proposé suppose d'effectuer une analyse comparative entre les droits procéduraux des adolescents et ceux des adultes, il ne constitue ni une norme valable, ni une norme susceptible de faire consensus. Si ce principe est interprété comme un principe distinct, l'argument fondé sur l'art. 7 dépend de la question de savoir si le par. 37(10) prive les adolescents d'un droit à la liberté sans que ceux-ci puissent bénéficier de garanties procédurales suffisantes. Le fait de refuser aux adolescents le droit automatique d'être entendus devant la Cour dans le cas où une cour d'appel confirme une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel, mais où un juge de cette cour est dissident sur une question de droit, ne saurait en soi porter atteinte à leur droit constitutionnel d'obtenir une protection procédurale suffisante au sein du système

of fundamental justice could not require an automatic hearing in the Court in such narrow circumstances as this would have the effect of constitutionalizing the application of s. 691(1)(a) of the *Criminal Code* to young persons, thereby implying that Parliament would be under a positive obligation to enact such a provision if one did not already exist. Automatic appeals for young persons are not a foundational requirement for the dispensation of justice. The absence of an automatic appeal does not increase the likelihood of wrongful convictions or other miscarriages of justice. The dearth of evidence that there is an actual problem with the way the Court has been exercising its discretion to grant leave belies the conclusion that s. 37(10) denies young persons adequate procedural safeguards. The modern youth justice system provides young persons with enhanced procedural protections commensurate with their unique circumstances and inherent vulnerability in the justice system. Accordingly, s. 37(10) of the *YCJA* is consistent with s. 7 of the *Charter*.

With respect to s. 15 of the *Charter*, the question is whether s. 37(10) of the *YCJA* deprives young persons of a procedural benefit that is available to adults under s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*. A law or a government action will contravene the guarantee in s. 15: (1) if, on its face or in its impact, it creates a distinction based on enumerated or analogous grounds; and (2) if it imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating a disadvantage. Section 37(10) of the *YCJA* creates a distinction based on age. The issue is whether it draws a discriminatory distinction by denying a benefit in a manner that reinforces, perpetuates or exacerbates young persons' disadvantage. Understanding the distinct legislative scheme underlying s. 37(10) is crucial to the assessment of the actual impact of the provision on young persons.

The *YCJA* is designed to balance multiple interests including promptness and enhanced procedural protection, which are both core tenets of the youth criminal justice system. While young persons are uniquely vulnerable to miscarriages of justice, they are also uniquely vulnerable to harms resulting from protracted legal proceedings. A contextual understanding of the place of young persons in the procedural scheme of the *YCJA* must therefore account for both of these interests: a structurally prolonged appellate

de justice pénale pour les adolescents, parce qu'il n'y a pas de droit d'appel garanti par la Constitution, et encore moins de droit d'appel automatique devant la juridiction de dernière instance du système judiciaire. Les principes de justice fondamentale ne pourraient exiger une audience automatique devant la Cour dans des circonstances aussi restreintes, car cela aurait pour effet de constitutionnaliser l'application de l'al. 691(1)a) du *Code criminel* aux adolescents et d'assujettir ainsi le Parlement à l'obligation positive d'adopter une telle disposition si elle n'existe pas déjà. Les appels automatiques pour les adolescents ne sont pas une condition essentielle à l'exercice de la justice. L'absence d'un appel automatique n'accroît pas le risque de déclarations de culpabilité injustifiées ou d'autres erreurs judiciaires. Le manque de preuve indiquant qu'il y a un véritable problème dans la manière dont la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire d'accorder l'autorisation dément la conclusion selon laquelle le par. 37(10) prive les adolescents de garanties procédurales suffisantes. Le système moderne de justice pour les adolescents offre à ceux-ci des mesures procédurales supplémentaires qui correspondent à leur situation particulière et à leur vulnérabilité inhérente dans le système de justice. Par conséquent, le par. 37(10) de la *LSJPA* est compatible avec l'art. 7 de la *Charte*.

En ce qui a trait à l'art. 15 de la *Charte*, la question est de savoir si le par. 37(10) de la *LSJPA* prive les adolescents d'un avantage procédural conféré aux adultes par l'al. 691(1)a) du *Code criminel*. Une loi ou une mesure prise par l'État contreviendra à la garantie prévue à l'art. 15 : (1) si elle crée, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue; et (2) si elle impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer un désavantage. Le paragraphe 37(10) de la *LSJPA* crée une distinction fondée sur l'âge. La question qui se pose est de savoir s'il établit une distinction discriminatoire en niant un avantage d'une manière qui renforce, perpétue ou accentue un désavantage pour les adolescents. Une compréhension du régime législatif distinct qui sous-tend le par. 37(10) est cruciale pour pouvoir évaluer l'effet réel de la disposition sur les adolescents.

La *LSJPA* vise à établir un équilibre entre divers intérêts, notamment la diligence et la prise de mesures procédurales supplémentaires, qui constituent deux principes fondamentaux du système de justice pénale pour les adolescents. Bien qu'ils soient particulièrement vulnérables aux erreurs judiciaires, les adolescents sont aussi particulièrement vulnérables aux préjudices résultant de procédures judiciaires prolongées. Une compréhension contextuelle de la situation des adolescents dans le cadre du régime procédural

review can be more prejudicial to them. Section 37(10) does not perpetuate any disadvantage but, rather, appropriately balances the overlapping interests of young persons in prompt resolution and in appellate review. Above all, the leave requirement in s. 37(10) applies equally to the Crown and confers the corollary procedural benefit for young persons of being protected from an as of right appeal by the Crown pursuant to s. 693(1)(a) of the *Criminal Code*, a safeguard that is not afforded to adults.

The benefits of the provision must also be considered in conjunction with the absence of evidence that the Court's leave process perpetuates a tangible disadvantage for young persons. The final bulwark against a miscarriage of justice is not a right to an automatic appeal, but the right of appeal itself. The vulnerability of young persons in the criminal justice system is not exacerbated simply because a provision of the *YCJA* fails to offer the maximum imaginable procedural benefit available to adults. In choosing to deny young persons an automatic right to appeal to the Court, Parliament did not discriminate against them, but responded to the reality of their lives by balancing the benefits of appellate review against the harms inherent in that process, in keeping with the dictum that there should not be unnecessary delay in the final disposition of criminal proceedings.

*Per Kasirer J.:* Section 37(10) of the *YCJA* is constitutionally valid. There is agreement with the Chief Justice that s. 37(10) is consistent with s. 7 of the *Charter*. There is also agreement with Abella J. that s. 37(10) constitutes a limit on s. 15(1) *Charter* rights; however, the limit to the equality right of young persons prescribed by s. 37(10), when read in conjunction with s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, is justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*.

The burden is on the party seeking to rely on the impugned provision to establish that the limit on s. 15(1) is justified under s. 1 of the *Charter*. That party must demonstrate a pressing and substantial objective for the limit and that the means chosen to advance this objective do not disproportionately limit the s. 15(1) right. Proportionality demands that the limit be rationally connected to the stated pressing and substantial objective, that it be minimally

établi par la *LSJPA* doit donc prendre en compte ces deux intérêts : un contrôle en appel structurellement prolongé peut leur être plus préjudiciable. Le paragraphe 37(10) ne perpétue pas un désavantage quelconque, mais établit plutôt un juste équilibre entre des intérêts qui se recoupent, à savoir l'intérêt des adolescents à ce que les affaires qui les mettent en cause soient résolues diligemment et leur intérêt à ce qu'il y ait un contrôle en appel. Par-dessus tout, l'obligation d'obtenir une autorisation prévue au par. 37(10) s'applique également au ministère public et confère aux adolescents l'avantage procédural corollaire d'être protégés contre un appel interjeté de plein droit par le ministère public en vertu de l'al. 693(1)a) du *Code criminel*, une garantie qui n'est pas accordée aux adultes.

Les avantages de la disposition doivent également être pris en compte conjointement avec l'absence de preuve portant que le processus d'autorisation de la Cour perpétue un désavantage concret pour les adolescents. Le dernier rempart contre l'erreur judiciaire n'est pas le droit à un appel automatique, mais le droit d'appel lui-même. La vulnérabilité des adolescents dans le système de justice pénale n'est pas accentuée simplement parce qu'une disposition de la *LSJPA* ne confère pas le plus grand avantage procédural imaginable dont bénéficient les adultes. En choisissant de refuser aux adolescents un droit d'appel automatique à la Cour, le Parlement n'a pas exercé de discrimination à leur endroit, mais il a plutôt tenu compte de la réalité de leur vie en soupesant les avantages d'un contrôle en appel par rapport aux préjudices inhérents à ce processus, en conformité avec la remarque incidente selon laquelle le règlement final de poursuites en matière criminelle ne devrait pas être retardé inutilement.

*Le juge Kasirer :* Le paragraphe 37(10) de la *LSJPA* est constitutionnellement valide. Il y a accord avec le juge en chef pour dire que le par. 37(10) est conforme à l'art. 7 de la *Charte*. Il y a également accord avec la juge Abella pour dire que le par. 37(10) limite les droits garantis au par. 15(1) de la *Charte*; toutefois, la restriction du droit à l'égalité des adolescents prescrite par le par. 37(10), lue en corrélation avec l'al. 691(1)a) du *Code criminel*, est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au regard de l'article premier de la *Charte*.

Il incombe à la partie qui s'appuie sur la disposition attaquée d'établir que la restriction du par. 15(1) se justifie au regard de l'article premier de la *Charte*. Cette partie doit démontrer que la limite poursuit un objectif urgent et réel et que les moyens choisis pour favoriser la réalisation de cet objectif ne limite pas de manière disproportionnée le droit garanti au par. 15(1). La proportionnalité exige que la limite ait un lien rationnel avec l'objectif urgent et réel

impairing, and that its benefits outweigh its negative effects. The relationship between s. 15(1) and s. 1 requires careful attention. The focus of the inquiry must be on the seriousness of the discrimination and its relationship with the underlying values in a free and democratic society. A limit on s. 15(1) rights based on a person's age has been viewed in some contexts as less serious and thus more easily justified. The analysis must be attentive to the context of the legislative objectives at issue. The pressing and substantial objective must be scrutinized so that state conduct resulting in the most odious forms of discrimination is not excused. This does not preclude limits that promote other values and principles.

As the constitutional question before the Court is particularized to the s. 691(1)(a) appeal route, it is this narrow instance of *prima facie* age discrimination that the Crown must justify. Section 37(10) of the *YCJA* has a pressing and substantial objective of promoting timeliness, early rehabilitation and reintegration in youth criminal matters, which the youth criminal justice system is designed, in part, to promote. Providing for appeals by leave instead of by right favours early resolution of matters involving youth. Timeliness reinforces the connection between the actions and consequences, reduces psychological impact, avoids a sense of potential unfairness, and advances societal interest in seeing young persons rehabilitated and reintegrated into society as swiftly as possible.

Section 37(10) is rationally connected to the pressing and substantial objective of timeliness, early rehabilitation, and reintegration. By requiring leave in those circumstances where there would otherwise be appeals as of right, s. 37(10) serves the goal of timeliness as the leave requirement may be a disincentive to bringing an unmeritorious appeal. Moreover, leave applications are generally decided more quickly than appeals. While the appeal process may be longer on average for those young persons who are successful in their leave applications to the Court as compared to a scenario in which there was no leave requirement, this does not preclude a finding that s. 37(10) is rationally connected to the legislative objective, since it is designed to bring a rapid conclusion to those cases where there is no reason to hear the appeal which raises a question of law that is without merit.

énoncé, qu'elle porte atteinte de façon minimale, et que ses avantages l'emportent sur ses effets préjudiciables. Le rapport entre le par. 15(1) et l'article premier requiert une attention particulière. L'analyse doit être axée sur la gravité de la discrimination et son rapport avec les valeurs qui sous-tendent une société libre et démocratique. Une restriction des droits garantis au par. 15(1) qui repose sur l'âge de la personne a été perçue dans certains contextes comme étant moins grave et donc plus facile à justifier. L'analyse doit être sensible au contexte des objectifs législatifs en cause. L'objectif urgent et réel doit être examiné de manière à ne pas excuser le comportement de l'État entraînant les formes de discrimination les plus odieuses. Cela n'exclut pas les limites qui promeuvent d'autres valeurs et principes.

Comme la question constitutionnelle soumise à la Cour n'intéresse que la voie d'appel prévue à l'al. 691(1)a), c'est ce cas précis de discrimination *prima facie* fondée sur l'âge que doit justifier la Couronne. Le paragraphe 37(10) de la *LSJPA* vise l'objectif urgent et réel de promouvoir la rapidité, la réadaptation précoce et la réinsertion sociale dans les affaires criminelles impliquant des adolescents, ce que le système de justice pénale pour les adolescents est conçu notamment pour favoriser. Prévoir des appels sur autorisation plutôt que des appels de plein droit favorise le règlement rapide des affaires impliquant des adolescents. La rapidité renforce le lien entre les actes et leurs conséquences, réduit l'impact psychologique, évite le sentiment d'injustice potentielle, et promeut l'intérêt sociétal à voir les adolescents réadaptés et réinsérés dans la société le plus rapidement possible.

Le paragraphe 37(10) a un lien rationnel avec l'objectif urgent et réel consistant à favoriser la rapidité, la réadaptation précoce et la réinsertion sociale. En exigeant l'autorisation dans les circonstances où il y aurait autrement des appels de plein droit, le par. 37(10) sert l'objectif de rapidité car l'obligation d'obtenir l'autorisation peut servir de mesure dissuasive contre un appel non fondé. En outre, les demandes d'autorisation d'appel sont généralement tranchées plus rapidement que les appels. Bien que la procédure d'appel puisse s'avérer plus longue en moyenne pour les adolescents dont la demande d'autorisation d'appel devant la Cour est accueillie, que dans un scénario où il n'y a aucune obligation d'obtenir pareille autorisation, cela n'empêche pas de conclure que le par. 37(10) a un lien rationnel avec l'objectif législatif, puisqu'il vise à amener une conclusion rapide aux dossiers où il n'y a aucune raison d'entendre l'appel qui soulève une question de droit dénuée de fondement.

Turning to minimal impairment, Parliament's imposition of a leave requirement in s. 37(10) does not go too far to achieve its objective of timeliness, early rehabilitation, and reintegration in youth criminal matters. While imposing a leave requirement on an otherwise meritorious appeal could raise a potential for miscarriage of justice that is not present in the case of adults who have an appeal as of right, the Court exercises its leave power in a manner that allows it to hear appeals in cases raising a potential miscarriage of justice. In criminal matters, the concept of public importance, the most important criterion for determining the success or failure of a leave application, is best understood as being engaged not only by jurisprudentially important legal issues that qualify as issues of public importance on that basis, but also by those that raise serious questions of law about the safety of the verdict in criminal matters. The issue of a wrongful conviction transcends the particular defendant and engages the integrity of our system of justice as a whole. The Court has the institutional capacity to identify possible miscarriages of justice through the leave to appeal process. Not only does it have the ability to exercise its power to grant leave mindful of *Charter* rights and the fundamental principles of justice, but it has a responsibility to do so. It follows that the leave process provides an effective safeguard for young persons in those cases where a similarly situated adult would have an appeal as of right under s. 691(1)(a).

Finally, the benefit in s. 37(10) of the timely conclusion of youth criminal matters outweighs the negative effect of the discriminatory impact of imposing a leave requirement for young persons in circumstances where adults can appeal as of right. In enacting s. 37(10) of the *YCJA*, Parliament did not choose to take away a young person's access to the Court, it only added a leave requirement. When deciding the leave application, the Court will have the benefit of the reasons offered in the dissent below on the question of law, the argument in support of leave and the required supporting materials. Most importantly, the criteria for granting leave as relevant to youth criminal matters means that when the liberty of the young person is at stake, a *prima facie* meritorious appeal on the question of law would meet the public importance standard even if the matter does not transcend in jurisprudential importance the interest of the parties. Any enhanced risk of miscarriage of justice as a result of having to seek leave to appeal in these circumstances is minimized by the leave

Pour ce qui est de l'atteinte minimale, en imposant l'obligation d'obtenir une autorisation au par. 37(10), le Parlement ne va pas trop loin pour atteindre son objectif consistant à favoriser la rapidité, la réadaptation précoce et la réinsertion sociale dans les affaires criminelles impliquant des adolescents. Si imposer l'obligation d'obtenir l'autorisation pour un appel par ailleurs fondé pourrait créer un risque d'erreur judiciaire qui est absent dans le cas des adultes pouvant interjeter appel de plein droit, la Cour exerce son pouvoir en matière d'autorisation de manière à pouvoir entendre des appels qui soulèvent un risque d'erreur judiciaire. Dans les affaires criminelles, le concept d'importance pour le public, le critère le plus important qui détermine le succès ou l'échec d'une demande d'autorisation, doit être interprété comme étant mis en jeu non seulement par des questions de droit d'importance jurisprudentielle qui constituent des questions d'importance pour le public, mais aussi par celles qui soulèvent de sérieuses questions de droit quant au caractère sûr du verdict en matière criminelle. La question d'une condamnation injustifiée transcende le défendeur concerné et met en jeu l'intégrité de notre système de justice dans son ensemble. La Cour a la capacité institutionnelle de relever les erreurs judiciaires potentielles par le truchement du processus d'autorisation d'appel. Non seulement a-t-elle la faculté d'exercer son pouvoir d'accorder l'autorisation d'appel en tenant compte des droits garantis par la *Charte* et des principes de justice fondamentale, mais elle a l'obligation de le faire. Le processus d'autorisation d'appel offre donc une protection efficace aux adolescents dans les cas où un adulte se trouvant dans une situation similaire pourrait interjeter un appel de plein droit en vertu de l'al. 691(1)a).

Enfin, l'avantage qu'offre le par. 37(10) pour ce qui est de conclure en temps opportun les affaires criminelles l'emporte sur l'effet préjudiciable qu'a l'impact discriminatoire d'imposer aux adolescents l'obligation d'obtenir l'autorisation d'appel dans les cas où des adultes peuvent interjeter appel de plein droit. Le Parlement, au moment d'adopter le par. 37(10) de la *LSJPA*, n'a pas choisi d'enlever à un adolescent l'accès à la Cour; il a seulement ajouté l'obligation d'en obtenir l'autorisation. Au moment de statuer sur la demande d'autorisation, la Cour disposera des motifs exposés par le juge dissident en cour d'appel sur la question de droit, du mémoire au soutien de la demande d'autorisation et des documents nécessaires à l'appui. Surtout, les critères d'octroi de l'autorisation qui s'appliquent dans les affaires criminelles impliquant des adolescents indiquent que, lorsque la liberté de l'adolescent est en jeu, un appel méritoire à première vue sur la question de droit répondrait à la norme de l'importance pour le public même si l'affaire, à sa face même, ne transcende pas les intérêts des parties au

to appeal process. Imposing a leave requirement in service of the broader goals of youth criminal justice is consistent with the place of equality in a free and democratic society.

*Per* Abella, Karakatsanis and Martin JJ.: The limitation in s. 37(10) of the *YCJA* constitutes a *prima facie* breach of s. 15 of the *Charter* that cannot be justified under s. 1 of the *Charter*, making s. 37(10) unconstitutional.

To prove a *prima facie* violation of s. 15(1), a claimant must demonstrate that the impugned law, on its face or in its impact, creates a distinction based on enumerated or analogous grounds; and imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage. Substantive equality requires attention to the full context of the claimant group's situation and to the impact of the limitation on that situation. But context must not be confused with justification. Neither stage of the s. 15(1) test permits the objectives of the legislation to infuse the analysis into whether the limitation itself is a distinction that has the effect of perpetuating, reinforcing, or exacerbating the disadvantage of the claimant group. Only at the s. 1 justificatory stage are the statutory objectives relevant, and then only to the extent that they justify the limitation.

Here, the parties acknowledge that the first step of the s. 15(1) test is satisfied because there is a distinction between the appeal rights to the Court available to adults and young people on the basis of age. The second step, determining whether depriving young people of the automatic rights to appeal that adults have reinforces, perpetuates or exacerbates their disadvantage, requires consideration of what benefit an automatic right to appeal to the Court provides.

The principal object of an appeal as of right to the Court in a criminal case is to rectify legal errors in the trial of serious offences. A dissent on a question of law in a provincial court of appeal, including an unreasonable conviction, or one that cannot be supported by the evidence, automatically triggers a right of appeal to the Court in order to guard against miscarriages of justice. Robust procedural protections against wrongful convictions are crucial. The history of wrongful convictions such as those

chapitre de l'importance jurisprudentielle. Tout risque accru d'erreur judiciaire qu'entraîne l'obligation de demander l'autorisation d'appel dans ces circonstances est réduit au minimum par le processus d'autorisation d'appel. Imposer l'obligation de solliciter l'autorisation dans la poursuite des objectifs plus généraux de la justice pénale pour les adolescents concorde avec la place qu'occupe l'égalité dans une société libre et démocratique.

*Les* juges Abella, Karakatsanis et Martin : La limitation prévue au par. 37(10) de la *LSJPA* constitue une violation à première vue de l'art. 15 de la *Charte* qui ne peut se justifier au regard de l'article premier de la *Charte*, ce qui rend le par. 37(10) inconstitutionnel.

Pour prouver une violation à première vue du par. 15(1), le demandeur doit démontrer que la loi contestée crée, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage. L'égalité réelle exige que l'on porte attention à tous les éléments contextuels de la situation du groupe de demandeurs et à l'effet de la limitation sur leur situation. Il ne faut toutefois pas confondre le contexte et la justification. Aucun volet de l'analyse relative au par. 15(1) ne permet que les objectifs de la loi intègrent à l'analyse la question de savoir si la limitation elle-même est une distinction qui a pour effet de perpétuer, de renforcer ou d'accentuer le désavantage subi par le groupe de demandeurs. Ce n'est qu'au volet de la justification au regard de l'article premier que les objectifs de la loi sont pertinents, et ils ne le sont que dans la mesure où ils justifient la limitation.

En l'espèce, les parties reconnaissent qu'il est satisfait au premier volet de l'analyse relative au par. 15(1) parce qu'il y a une distinction entre les droits d'appel à la Cour dont bénéficient les adultes et ceux dont bénéficient les adolescents sur le fondement de l'âge. Le deuxième volet, qui consiste à déterminer si le fait de priver les adolescents des droits d'appel automatiques dont bénéficient les adultes a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer leur désavantage, requiert que l'on examine quel avantage procure un droit d'appel automatique à la Cour.

Le principal objet d'un appel de plein droit à la Cour dans une affaire criminelle est de rectifier les erreurs de droit entachant le procès pour infractions graves. Une dissidence au sujet d'une question de droit en cour d'appel provinciale, y compris une déclaration de culpabilité qui est déraisonnable ou qui ne peut pas s'appuyer sur la preuve, donne automatiquement un droit d'appel à la Cour afin d'éviter les erreurs judiciaires. Des protections procédurales solides contre les déclarations de culpabilité

of Steven Truscott, David Milgaard and Donald Marshall Jr. are evidence of the unconscionable consequences of their absence.

This is an access to justice issue of fundamental importance to young people seeking to prevent wrongful convictions. The automatic appeal right available to adults under s. 691(1)(a) of the *Criminal Code* is premised on the understanding that a dissent on a question of law at the court of appeal raises a legitimate question as to the validity of the conviction, necessitating final review by the Court regardless of whether the case would otherwise meet the Court's standard for leave to appeal. Likewise, s. 691(2)(b) is an expression of the basic concept that it is essential to a fair criminal justice system that anyone convicted of an indictable offence is entitled to at least one appeal from the initial finding of guilt, whether that finding is first entered at trial or on appeal. These automatic appeal rights provide an automatic additional layer of judicial scrutiny and they offer a significant procedural safeguard.

Section 37(10) of the *YCJA* deprives young people of a significant procedural safeguard against wrongful convictions for adults, despite evidence that young people are more vulnerable to them than adults. Moreover, by virtue of its effect on s. 691(2) of the *Criminal Code*, s. 37(10) deprives young people who are found guilty for the first time by a court of appeal of the right to have their case reviewed at all. This deprivation demonstrably perpetuates young people's disadvantage within the criminal justice system. It is a holdover from an antiquated and paternalistic model of youth justice. It would be untenable to suggest that young persons are less worthy of protection from miscarriages of justice than adults. The very philosophy and purpose of the *YCJA*, with its emphasis on providing substantial procedural protections for young persons, argues for procedures to prevent the ultimate disadvantage, namely, a wrongful conviction. While the Court strives to detect any sign that a miscarriage of justice may have occurred at the leave to appeal stage, an application for leave to appeal does not involve a screening for error in the level of depth that characterizes an appeal on the merits. The objective of timeliness is not a justification for denying access to a procedural protection that has historically served to guard against miscarriages of justice. There is no justification for a speedy resolution if the resolution is based on an unfair trial. There is therefore a *prima facie* breach of s. 15.

erronées sont cruciales. L'histoire des déclarations de culpabilité erronées comme celles de Steven Truscott, David Milgaard et Donald Marshall fils témoigne des conséquences inacceptables de leur absence.

C'est un enjeu d'accès à la justice d'importance fondamentale pour les adolescents qui cherchent à prévenir des condamnations injustifiées. Le droit d'appel automatique accordé aux adultes par l'al. 691(1)a) du *Code criminel* repose sur l'idée logique qu'une dissidence sur une question de droit à la cour d'appel suscite un doute légitime quant à la validité de la condamnation, d'où la nécessité que la Cour procède à un contrôle en dernier ressort, que la cause réponde ou non à la norme établie par la Cour en matière d'autorisation d'appel. De même, l'al. 691(2)b) exprime l'idée de base voulant qu'il soit indispensable à un système de justice pénale équitable que toute personne reconnue coupable d'un acte criminel a droit à au moins un appel du premier verdict de culpabilité, que ce verdict ait été inscrit en premier lieu au procès ou en appel. Ces droits d'appel automatiques fournissent une étape supplémentaire d'examen judiciaire, et ils offrent une protection procédurale importante.

Le paragraphe 37(10) de la *LSJPA* prive les adolescents d'une garantie importante contre les condamnations injustifiées visant des adultes, en dépit de la preuve que les adolescents sont plus enclins à faire l'objet de telles condamnations que les adultes. Qui plus est, de par l'effet qu'il a sur le par. 691(2) du *Code criminel*, le par. 37(10) de la *LSJPA* prive les adolescents reconnus coupables la première fois par une cour d'appel du droit à quelque examen que ce soit de leur dossier. Cette privation perpétue manifestement le désavantage dont souffrent les adolescents au sein du système de justice pénale. C'est un vestige du modèle désuet et paternaliste de justice pour les adolescents. Il serait insoutenable de prétendre que les adolescents méritent moins de protection contre les erreurs judiciaires que les adultes. La philosophie et l'objet mêmes de la *LSJPA*, qui met l'accent sur la fourniture de mesures procédurales solides aux adolescents, militent en faveur de procédures pour empêcher le désavantage à son comble, à savoir une condamnation injustifiée. Bien que la Cour s'efforce de déceler tout signe qu'une erreur judiciaire est peut-être survenue à l'étape de l'autorisation d'appel, il n'en demeure pas moins qu'une demande d'autorisation d'appel ne donne pas lieu à un contrôle d'erreurs aussi approfondi que celui qui caractérise un pourvoi sur le fond. L'objectif de rapidité ne justifie pas l'impossibilité d'obtenir une protection procédurale qui a longtemps servi de rempart contre les erreurs judiciaires. Rien ne justifie un règlement rapide découlant d'un procès inéquitable. Il y a par conséquent violation à première vue de l'art. 15.



Turning to s. 1 of the *Charter*, even accepting that granting the Court the discretion to decide when criminal cases involving young persons merit a second level of appellate review is a pressing and substantial objective for s. 37(10)'s deprivation of an automatic right of appeal, it fails at the final stage of the proportionality analysis because any benefits of the denial are far outweighed by the deleterious effects. Promoting timeliness, early rehabilitation and reintegration are salutary goals, but s. 37(10)'s actual contribution to achieving them is minimal. The most that will be saved is a few months in those cases where leave is denied. On the other hand, requiring a young accused person to go through the leave to appeal process before they are entitled to a hearing has the effect of prolonging the process, since if leave is granted, the appeal will not be heard for several more months. This means that s. 37(10) exposes young people to a greater risk of miscarriages of justice in aid of the possibility of saving a few months of time. Denying young people the automatic full scrutiny of an appeal and accepting a less rigorous appeal process makes justice the servant of expedition for young people, rather than the other way around. The objectives of timeliness, rehabilitation and reintegration are meaningless if wrongful findings of guilt are tolerated in the service of speed. The *YCJA* is not intended to promote swift *injustice*. The profoundly harmful impact of fast-tracking rehabilitation and reintegration over the right to have the basic procedural appeal protection from miscarriages of justice as adults far outweighs the benefit of the potential shaving of a few months off the appeal process.

*Per* Côté J. (dissenting): It is not necessary to answer the constitutional questions pertaining to the validity of s. 37(10) of the *YCJA* because they are moot. The constitutional analysis of the denial of an automatic right of appeal to the Court would have no impact on the underlying criminal appeal in this case, as the Court granted leave to appeal.

### Cases Cited

By Abella J.

**Referred to:** *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012; *R. v. K.J.M.*, 2019 SCC 55, [2019] 4 S.C.R. 39; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *R. v. Sinclair*, 2011 SCC 40, [2011] 3 S.C.R. 3; *R. v. R.P.*, 2012 SCC 22, [2012] 1 S.C.R. 746; *R. v. A.G.*,

En ce qui concerne l'article premier de la *Charte*, même si l'on accepte qu'accorder à la Cour le pouvoir discrétionnaire de décider dans quelles circonstances des affaires criminelles impliquant des adolescents méritent un contrôle en appel de second niveau est un objectif réel et urgent de la privation d'un droit automatique d'appel au par. 37(10), il échoue à la dernière étape de l'analyse de la proportionnalité car tout avantage du refus est largement supplanté par ses effets préjudiciables. La rapidité ainsi que la réadaptation et la réinsertion sociale hâtives sont des objectifs salutaires, mais la contribution réelle du par. 37(10) à leur réalisation est minime. On peut gagner tout au plus quelques mois dans les cas où l'autorisation est refusée. En revanche, obliger un adolescent accusé à vivre le processus d'autorisation d'appel avant qu'il n'ait droit à une audience a pour effet de prolonger le processus dans les cas où l'autorisation est accordée, car si l'autorisation est octroyée, l'appel ne sera pas entendu avant plusieurs autres mois. Cela signifie que le par. 37(10) expose les adolescents à un risque accru d'erreurs judiciaires en vue de pouvoir gagner quelques mois. Refuser aux adolescents l'examen complet automatique qu'offre un appel et accepter un processus d'appel moins rigoureux subordonne la justice à l'expéditivité dans le cas des adolescents, plutôt que l'inverse. Les objectifs que sont la rapidité, la réadaptation et la réinsertion sociale ne valent rien si l'on tolère des verdicts erronés de culpabilité au service de la célérité. La *LSJPA* n'est pas censée promouvoir l'*injustice* rapide. Les répercussions profondément néfastes qu'a l'accélération de la réadaptation et de la réinsertion sociale sur le droit à la même protection procédurale de base en appel contre les erreurs judiciaires que les adultes l'emportent largement sur l'avantage de pouvoir retrancher quelques mois au processus d'appel.

*La* juge Côté (dissidente) : Il n'est pas nécessaire de répondre aux questions constitutionnelles relatives à la validité du par. 37(10) de la *LSJPA*, car elles sont maintenant théoriques. L'analyse constitutionnelle relative à l'absence d'un droit d'appel automatique à la Cour n'aurait aucune incidence sur le pourvoi sous-jacent en matière pénale interjeté en l'espèce, parce que la Cour a accordé l'autorisation d'appel.

### Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Arrêts mentionnés :** *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012; *R. c. K.J.M.*, 2019 CSC 55, [2019] 4 R.C.S. 39; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *R. c. Sinclair*, 2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3; *R. c. R.P.*, 2012 CSC 22, [2012] 1 R.C.S. 746; *R. c. A.G.*,

2000 SCC 17, [2000] 1 S.C.R. 439; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474; *R. v. J.H.S.*, 2008 SCC 30, [2008] 2 S.C.R. 152; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32; *R. v. R. (R.)*, 2008 ONCA 497, 90 O.R. (3d) 641; *R. v. J. (J.T.)*, [1990] 2 S.C.R. 755; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; *R. v. L.T.H.*, 2008 SCC 49, [2008] 2 S.C.R. 739; *R. v. S.J.L.*, 2009 SCC 14, [2009] 1 S.C.R. 426; *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Quebec (Attorney General) v. A.*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

By Wagner C.J.

**Referred to:** *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *United States of America v. Cobb*, 2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *R. v. R.L.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 417; *R. v. K.G.* (1986), 31 C.C.C. (3d) 81; *R. v. B. (S.)* (1989), 50 C.C.C. (3d) 34; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155; *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429; *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012; *R. v. M. (J.S.)*, 2005 BCCA 417, 200 C.C.C. (3d) 400; *R. v. D.F.G.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 451; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *R. v. R.C.*, 2005 SCC 61, [2005] 3 S.C.R. 99; *R. v. K.J.M.*, 2019 SCC 55, [2019] 4 S.C.R. 39; *Krishnapillai v. Canada*, 2001 FCA 378, [2002] 3 F.C. 74; *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63,

2000 CSC 17, [2000] 1 R.C.S. 439; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474; *R. c. J.H.S.*, 2008 CSC 30, [2008] 2 R.C.S. 152; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 113; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32; *R. c. R. (R.)*, 2008 ONCA 497, 90 O.R. (3d) 654; *R. c. J. (J.T.)*, [1990] 2 R.C.S. 755; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739; *R. c. S.J.L.*, 2009 CSC 14, [2009] 1 R.C.S. 426; *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

Citée par le juge en chef Wagner

**Arrêts mentionnés :** *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *R. c. R.L.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 417; *R. c. K.G.* (1986), 31 C.C.C. (3d) 81; *R. c. B. (S.)* (1989), 50 C.C.C. (3d) 34; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155; *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 113; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012; *R. c. M. (J.S.)*, 2005 BCCA 417, 200 C.C.C. (3d) 400; *R. c. D.F.G.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 451; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *R. c. R.C.*, 2005 CSC 61, [2005] 3 R.C.S. 99; *R. c. K.J.M.*, 2019 CSC 55, [2019] 4 R.C.S. 39; *Krishnapillai c. Canada*, 2001 CAF 378, [2002] 3 C.F. 74; *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003

[2003] 3 S.C.R. 77; *R. v. S.J.L.*, 2009 SCC 14, [2009] 1 S.C.R. 426.

By Kasirer J.

**Referred to:** *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113; *Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522; *Québec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012; *R. v. K.J.M.*, 2019 SCC 55, [2019] 4 S.C.R. 39; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381; *R. v. Hay*, 2010 SCC 54, [2010] 3 S.C.R. 206; *R. v. Hay*, 2013 SCC 61, [2013] 3 S.C.R. 694; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. R. (R.)*, 2008 ONCA 497, 90 O.R. (3d) 641; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

By Côté J. (dissenting)

*R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *R. v. Sinclair*, 2011 SCC 40, [2011] 3 S.C.R. 3; *R. v. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, 359 C.C.C. (3d) 237; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. J.H.S.*, 2008 SCC 30, [2008] 2 S.C.R. 152; *R. v. Mathieu* (1994), 90 C.C.C. (3d) 415, aff'd [1995] 4 S.C.R. 46; *R. v. Cedeno*, 2005 ONCJ 91, 27 C.R. (6th) 251; *South Yukon Forest Corp. v. Canada*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1000.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 15.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 273.2(a)(ii), 677, 685(1), 691, 693(1)(a).

CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *R. c. S.J.L.*, 2009 CSC 14, [2009] 1 R.C.S. 426.

Citée par le juge Kasirer

**Arrêts mentionnés :** *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 113; *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012; *R. c. K.J.M.*, 2019 CSC 55, [2019] 4 R.C.S. 39; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381; *R. c. Hay*, 2010 CSC 54, [2010] 3 R.C.S. 206; *R. c. Hay*, 2013 CSC 61, [2013] 3 R.C.S. 694; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. R. (R.)*, 2008 ONCA 497, 90 O.R. (3d) 654; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *R. c. Sinclair*, 2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3; *R. c. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, 359 C.C.C. (3d) 237; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. J.H.S.*, 2008 CSC 30, [2008] 2 R.C.S. 152; *R. c. Mathieu* (1994), 189 N.R. 241, conf. par [1995] 4 R.C.S. 46; *R. c. Cedeno*, 2005 ONCJ 91, 27 C.R. (6th) 251; *South Yukon Forest Corp. c. Canada*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Villaroman*, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1000.

#### Lois et règlements cités

*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, c. 11, art. 49.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 15.

*Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 750.  
*Juvenile Delinquents Act, 1908*, S.C. 1908, c. 40, s. 31.  
*Juvenile Delinquents Act, 1929*, S.C. 1929, c. 46, s. 37(1), (2).  
*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, rr. 25(1), 26(1), 33(2).  
*Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11, s. 49.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 44.  
*Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1, ss. 3, 27(1) [rep. & sub. c. 24 (2nd Supp.)], s. 20], (5) [*idem*].  
*Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, preamble, ss. 3 [am. 2012, c. 1, s. 168(2)], 37, 142.

### Treaties and Other International Instruments

*Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, art. 40(2)(b)(iii).  
*United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice*, A/RES/40/33, November 29, 1985, Rule 20.1.

### Authors Cited

Bala, Nicholas. “Changing Professional Culture and Reducing Use of Courts and Custody For Youth: *The Youth Criminal Justice Act* and Bill C-10” (2015), 78 *Sask. L. Rev.* 127.  
 Bala, Nicholas, and Sanjeev Anand. *Youth Criminal Justice Law*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.  
 Bolton, Janet, et al. “The *Young Offenders Act*: Principles and Policy — The First Decade in Review” (1993), 38 *McGill L.J.* 939.  
 Bredt, Christopher D. “The Right to Equality and *Oakes*: Time for Change” (2009), 27 *N.J.C.L.* 59.  
 Butts, Jeffrey A., Gretchen Ruth Cusick and Benjamin Adam. *Delays in Youth Justice*. Chicago: University of Chicago, 2009.  
 Canada. Department of Justice. Committee on Juvenile Delinquency. *Juvenile Delinquency in Canada: The Report of the Department of Justice Committee on Juvenile Delinquency*. Ottawa, 1965.  
 Canada. Federal/Provincial/Territorial Heads of Prosecutions Subcommittee on the Prevention of Wrongful Convictions. *Innocence at Stake: The Need for Continued Vigilance to Prevent Wrongful Convictions in Canada*, 2018 (online: <https://www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/pub/is-ip/is-ip-eng.pdf>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC19\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC19_1_eng.pdf)).

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 273.2a)(ii), 677, 685(1), 691, 693(1)(a).  
*Code criminel, 1892*, L.C. 1892, c. 29, art. 750.  
*Loi des jeunes délinquants, 1908*, S.C. 1908, c. 40, art. 31.  
*Loi des jeunes délinquants, 1929*, S.C. 1929, c. 46, art. 37(1), (2).  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 44.  
*Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, préambule, art. 3 [mod. 2012, c. 1, art. 168(2)], 37, 142.  
*Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, c. Y-1, art. 3, 27(1) [abr. & rempl. c. 24 (2<sup>e</sup> suppl.)], art. 20], (5) [*idem*].  
*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, règles 25(1), 26(1), 33(2).

### Traité et autres instruments internationaux

*Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 40(2)(b)(iii).  
*Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs*, A/RES/40/33, 29 novembre 1985, règle 20.1.

### Doctrine et autres documents cités

Bala, Nicholas. « Changing Professional Culture and Reducing Use of Courts and Custody For Youth : *The Youth Criminal Justice Act* and Bill C-10 » (2015), 78 *Sask. L. Rev.* 127.  
 Bala, Nicholas, and Sanjeev Anand. *Youth Criminal Justice Law*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.  
 Bolton, Janet, et al. « The *Young Offenders Act* : Principles and Policy — The First Decade in Review » (1993), 38 *R.D. McGill* 939.  
 Bredt, Christopher D. « The Right to Equality and *Oakes* : Time for Change » (2009), 27 *R.N.D.C.* 59.  
 Butts, Jeffrey A., Gretchen Ruth Cusick and Benjamin Adam. *Delays in Youth Justice*, Chicago, University of Chicago, 2009.  
 Canada. Bibliothèque du Parlement. Service d'information et de recherche parlementaires. *Condamnations injustifiées au Canada*, Étude générale 77-F, par Robert Mason, Division des affaires juridiques et sociales, 23 septembre 2020.  
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le Projet de loi C-53*, n° 1, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 5 octobre 1987, p. 17.  
 Canada. Ministère de la Justice. Comité sur la délinquance juvénile. *Délinquance juvénile au Canada : rapport du comité du ministère de la justice sur la délinquance juvénile*, Ottawa, 1965.

- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-53*, No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., October 5, 1987, p. 17.
- Canada. Library of Parliament. Parliamentary Information and Research Service. *Wrongful Convictions in Canada*, Background Paper 77-E, by Robert Mason, Legal and Social Affairs Division, September 23, 2020.
- Cesaroni, Carla, Chris Grol and Kaitlin Fredericks. “Overrepresentation of Indigenous youth in Canada’s Criminal Justice System: Perspectives of Indigenous young people” (2019), 52 *Austl. & N.Z. J. Crim.* 111.
- Davis-Barron, Sherri. *Youth and the Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis, 2015.
- Drizin, Steven A., and Greg Luloff. “Are Juvenile Courts a Breeding Ground for Wrongful Convictions?” (2007), 34 *N. Ky. L. Rev.* 257.
- Fitzgerald, Robin T., and Peter J. Carrington. “Disproportionate Minority Contact in Canada: Police and Visible Minority Youth” (2011), 53 *C.J.C.C.J.* 449.
- Flemming, Roy B. *Tournament of Appeals: Granting Judicial Review in Canada*. Vancouver: UBC Press, 2004.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2019, release 1).
- Iacobucci, Frank. “The Supreme Court of Canada: Its History, Powers and Responsibilities” (2002), 4 *J. App. Prac. & Process* 27.
- Jackson, Nate. “Aboriginal Youth Overrepresentation in Canadian Correctional Services: Judicial and Non-Judicial Actors and Influence” (2015), 52 *Alta. L. Rev.* 927.
- Jackson, Vicki C. “Proportionality and Equality”, in Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, eds., *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. New York: Cambridge University Press, 2017, 171.
- Kassin, Saul M., et al. “Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations” (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3.
- Lawrence, Sonia. “Equality and Anti-discrimination: The Relationship between Government Goals and Finding Discrimination in Section 15”, in Peter Oliver, Patrick Macklem and Nathalie Des Rosiers, eds., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*. New York: Oxford University Press, 2017, 815.
- Martin, Sheilah. “Balancing Individual Rights To Equality And Social Goals” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 299.
- Meehan, Eugene, et al. *Supreme Court of Canada Manual: Practice and Advocacy*. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated March 2021, release 1).
- Monahan, Patrick. J., Byron Shaw and Padraic Ryan. *Constitutional Law*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2017.
- Canada. Sous-comité Fédéral/Provincial/Territorial des chefs des poursuites pénales sur la prévention des erreurs judiciaires. *L’innocence en péril : la nécessité de vigilance continue afin de prévenir les condamnations injustifiées au Canada*, 2018 (en ligne : <https://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/ip-is/ip-is-fra.pdf>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC19\\_1\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC19_1_fra.pdf)).
- Cesaroni, Carla, Chris Grol and Kaitlin Fredericks. « Overrepresentation of Indigenous youth in Canada’s Criminal Justice System : Perspectives of Indigenous young people » (2019), 52 *Austl. & N.Z. J. Crim.* 111.
- Cour suprême du Canada. *2020 Rétrospective annuelle*, Ottawa, 2021.
- Cour suprême du Canada. *Lignes directrices pour la préparation des documents à déposer à la Cour suprême du Canada (versions imprimée et électronique)*, 27 janvier 2021 (en ligne : <https://www.scc-csc.ca/parties/gl-ld2021-01-27-fra.aspx>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC19\\_2\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC19_2_fra.pdf)).
- Davis-Barron, Sherri. *Youth and the Law in Canada*, 2nd ed., Toronto, LexisNexis, 2015.
- Drizin, Steven A., and Greg Luloff. « Are Juvenile Courts a Breeding Ground for Wrongful Convictions? » (2007), 34 *N. Ky. L. Rev.* 257.
- Fitzgerald, Robin T., and Peter J. Carrington. « Disproportionate Minority Contact in Canada : Police and Visible Minority Youth » (2011), 53 *R.C.C.J.P.* 449.
- Flemming, Roy B. *Tournament of Appeals : Granting Judicial Review in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2004.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp., Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2019, release 1).
- Iacobucci, Frank. « The Supreme Court of Canada : Its History, Powers and Responsibilities » (2002), 4 *J. App. Prac. & Process* 27.
- Jackson, Nate. « Aboriginal Youth Overrepresentation in Canadian Correctional Services : Judicial and Non-Judicial Actors and Influence » (2015), 52 *Alta. L. Rev.* 927.
- Jackson, Vicki C. « Proportionality and Equality », in Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, eds., *Proportionality : New Frontiers, New Challenges*, New York, Cambridge University Press, 2017, 171.
- Kassin, Saul M., et al. « Police-Induced Confessions : Risk Factors and Recommendations » (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3.
- Lawrence, Sonia. « Equality and Anti-discrimination : The Relationship between Government Goals and Finding Discrimination in Section 15 », in Peter Oliver, Patrick Macklem and Nathalie Des Rosiers, eds., *The Oxford*

- Proulx, Daniel. “Droit à l’égalité”, dans *JurisClasseur Québec — Collection droit public — Droit constitutionnel*, vol. 2, par Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir. Montréal: LexisNexis, 2011, fascicule 9 (feuilles mobiles mises à jour novembre 2020, envoi n° 18).
- Russell, Peter H. “The Jurisdiction of the Supreme Court of Canada: Present Policies and a Programme for Reform” (1968), 6 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Schauer, Frederick. “Slippery Slopes” (1985), 99 *Harv. L. Rev.* 361.
- Supreme Court of Canada. *2020 Year in Review*, Ottawa, 2021.
- Supreme Court of Canada. *Guidelines for Preparing Documents to be Filed with the Supreme Court of Canada (Print and Electronic)*, January 27, 2021 (online: <https://www.scc-csc.ca/parties/gl-ld2021-01-27-eng.aspx>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC19\\_2\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC19_2_eng.pdf)).
- Tepfer, Joshua A., Laura H. Nirider and Lynda M. Tricarico. “Arresting Development: Convictions of Innocent Youth” (2010), 62 *Rutgers L. Rev.* 887.
- Vauclair, Martin, et Tristan Desjardins. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 27<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2020.
- Weinrib, Jacob. “The Modern Constitutional State: A Defence” (2014), 40 *Queen’s L.J.* 165.
- Weinrib, Lorraine Eisenstat. “The Body and the Body Politic: Assisted Suicide under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*” (1994), 39 *McGill L.J.* 618.
- West, Emily, and Vanessa Meterko. “Innocence Project: DNA Exonerations, 1989-2014: Review of Data and Findings from the First 25 Years” (2016), 79 *Alb. L. Rev.* 717.
- Handbook of the Canadian Constitution, New York, Oxford University Press, 2017, 815.
- Martin, Sheilah. « Balancing Individual Rights To Equality And Social Goals » (2001), 80 *R. du B. can.* 299.
- Meehan, Eugene, et al. *Supreme Court of Canada Manual : Practice and Advocacy*, Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated March 2021, release 1).
- Monahan, Patrick. J., Byron Shaw and Padraic Ryan. *Constitutional Law*, 5th ed., Toronto, Irwin Law, 2017.
- Proulx, Daniel. « Droit à l’égalité », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit public — Droit constitutionnel*, vol. 2, par Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir., Montréal, LexisNexis, 2011, fascicule 9 (feuilles mobiles mises à jour novembre 2020, envoi n° 18).
- Russell, Peter H. « The Jurisdiction of the Supreme Court of Canada : Present Policies and a Programme for Reform » (1968), 6 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Schauer, Frederick. « Slippery Slopes » (1985), 99 *Harv. L. Rev.* 361.
- Tepfer, Joshua A., Laura H. Nirider and Lynda M. Tricarico. « Arresting Development : Convictions of Innocent Youth » (2010), 62 *Rutgers L. Rev.* 887.
- Vauclair, Martin, et Tristan Desjardins. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 27<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2020.
- Weinrib, Jacob. « The Modern Constitutional State : A Defence » (2014), 40 *Queen’s L.J.* 165.
- Weinrib, Lorraine Eisenstat. « The Body and the Body Politic : Assisted Suicide under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* » (1994), 39 *R.D. McGill* 618.
- West, Emily, and Vanessa Meterko. « Innocence Project : DNA Exonerations, 1989-2014 : Review of Data and Findings from the First 25 Years » (2016), 79 *Alb. L. Rev.* 717.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman, MacPherson and Nordheimer JJ.A.), 2019 ONCA 85, 373 C.C.C. (3d) 244, [2019] O.J. No. 644 (QL), 2019 CarswellOnt 1642 (WL Can.), affirming a decision of Crosbie J., 2017 ONCJ 277, [2017] O.J. No. 2221 (QL), 2017 CarswellOnt 6476 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

*Matthew R. Gourlay*, for the appellant.

*Grace Choi and Holly Loubert*, for the respondent.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Feldman, MacPherson et Nordheimer), 2019 ONCA 85, 373 C.C.C. (3d) 244, [2019] O.J. No. 644 (QL), 2019 CarswellOnt 1642 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Crosbie, 2017 ONCJ 277, [2017] O.J. No. 2221 (QL), 2017 CarswellOnt 6476 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

*Matthew R. Gourlay*, pour l’appellant.

*Grace Choi et Holly Loubert*, pour l’intimée.

*John Provart*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Michelle M. Biddulph*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Jane Stewart*, for the intervener Justice for Children and Youth.

*Alison M. Latimer*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of Abella, Karakatsanis and Martin JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — This is an appeal by a young person from a finding of guilt of sexual assault on the ground that the verdict was unreasonable. It is also a challenge to the constitutionality of s. 37(10) of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (“YCJA”), which denies young persons rights of appeal available to all adults convicted of indictable offences, namely an automatic right to appeal to the Supreme Court of Canada when there is a dissent in the court of appeal on a question of law or when the court of appeal enters a finding of guilt on a Crown appeal from an acquittal at trial. These rights of appeal serve as a substantial safeguard against miscarriages of justice. Under the YCJA, they are not available to young persons in the criminal justice system.

[2] The constitutional issue turns on whether this deprivation violates the rights of young people under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and, if so, whether it can be justified. The argument was based both on ss. 15 and 7 of the *Charter*, but in view of my conclusion under s. 15, it is unnecessary to address the s. 7 issue. The essence of the s. 15 argument is that the deprivation perpetuates and reinforces young people’s disadvantage in criminal proceedings and there is therefore a breach of s. 15(1) of the *Charter*.

*John Provart*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Michelle M. Biddulph*, pour l’intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Jane Stewart*, pour l’intervenante Justice for Children and Youth.

*Alison M. Latimer*, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Version française du jugement des juges Abella, Karakatsanis et Martin rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Il s’agit d’un pourvoi interjeté par un adolescent contre une déclaration de culpabilité d’agression sexuelle au motif que le verdict était déraisonnable. Il s’agit en outre d’une contestation de la constitutionnalité du par. 37(10) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1 (« LSJPA »), qui prive les adolescents d’un droit d’appel conféré à tous les adultes déclarés coupables d’actes criminels, à savoir un droit d’appel automatique à la Cour suprême du Canada lorsqu’il y a une dissidence en cour d’appel sur une question de droit ou que la cour d’appel inscrit un verdict de culpabilité à la suite d’un appel formé par la Couronne contre un acquittement au procès. Ces droits d’appel offrent des garanties importantes contre les erreurs judiciaires. Selon la LSJPA, les adolescents aux prises avec le système de justice pénale ne jouissent pas de ces droits.

[2] La question constitutionnelle est tributaire de celle de savoir si cette privation viole les droits garantis aux adolescents par la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l’affirmative, si cette privation peut se justifier. L’argument reposait à la fois sur l’art. 15 et l’art. 7 de la *Charte*, mais étant donné ma conclusion au regard de l’art. 15, il est inutile d’aborder la question relative à l’art. 7. Essentiellement, l’argument fondé sur l’art. 15 est que la privation perpétue et renforce le désavantage dont souffrent les adolescents dans un procès criminel et qu’il y a donc violation du par. 15(1) de la *Charte*.

[3] The Crown's position can be distilled into two main propositions:

- The *YCJA* is ameliorative legislation that provides young people other protections, making this particular safeguard against wrongful convictions for indictable offences unnecessary.
- Appeals prolong the process, and young people need a speedy resolution to criminal proceedings. Under the *YCJA*, timeliness is a key objective so that young persons found guilty can be quickly rehabilitated and reintegrated into society.

[4] The answer to these propositions can be summarized as follows and leads me to conclude, respectfully, that the limitation in s. 37(10) constitutes a *prima facie* breach of s. 15 that cannot be justified under s. 1:

- The fact that the overall purpose of the legislation is ameliorative is of no relevance in determining whether a particular limitation represents a *prima facie* breach of s. 15. It may factor contextually into the justificatory analysis in s. 1, but what is at issue at the breach stage is the impact of the limitation on the claimant group, not the purpose of the legislation as a whole. The crucial fact remains that the *YCJA* does not provide any analogous procedural substitute for a guaranteed right to appeal to this Court.
- The objective of timeliness is not a justification for denying access to a procedural protection that has historically served to guard against miscarriages of justice. There is no justification for a speedy resolution if the resolution is based on an unfair trial.

[5] As to the appeal from the finding of guilt, I agree with the majority in the Court of Appeal that the verdict was reasonable and would dismiss the appeal.

#### Prior Proceedings

[6] When C.P. was 15, he went to a party at a beach to celebrate a friend's birthday with a group of young

[3] La position de la Couronne peut être réduite à deux propositions principales :

- La *LSJPA* est une loi bonifiée qui offre aux adolescents d'autres protections, ce qui rend inutile cette garantie particulière contre les déclarations de culpabilité injustifiées.
- Les appels prolongent le processus, et les adolescents ont besoin que le procès criminel se règle rapidement. D'après la *LSJPA*, la rapidité est un objectif clé pour que les adolescents déclarés coupables puissent être rapidement réadapté et réinsérés dans la société.

[4] La réponse à ces propositions peut être résumée ainsi, et elle m'amène à conclure, avec égards, que la limitation prévue au par. 37(10) constitue une violation à première vue de l'art. 15 qui ne peut se justifier au regard de l'article premier :

- Le fait que la loi vise généralement à apporter des améliorations n'est d'aucune pertinence pour décider si une limitation en particulier représente une violation à première vue de l'art. 15. Il peut s'agir d'un facteur contextuel dans l'analyse de la justification au regard de l'article premier, mais ce qui est en litige au stade de la violation, c'est l'incidence de la limitation sur le groupe de demandeurs, non l'objectif de la loi dans son ensemble. Le fait crucial demeure que la *LSJPA* ne prévoit aucune procédure analogue en guise de substitut pour un droit d'appel garanti à notre Cour.
- L'objectif de rapidité ne justifie pas l'impossibilité d'obtenir une protection procédurale qui a longtemps servi de rempart contre les erreurs judiciaires. Rien ne justifie un règlement rapide découlant d'un procès inéquitable.

[5] Quant à l'appel du verdict de culpabilité, je conviens avec les juges majoritaires de la Cour d'appel que le verdict était raisonnable, et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

#### Historique judiciaire

[6] Alors que C.P. avait 15 ans, il s'est rendu à une fête à la plage pour célébrer l'anniversaire d'un ami



people. The complainant, R.D., was 14. They had both been drinking. Sexual intercourse took place.

[7] C.P. was charged with sexually assaulting R.D. He was tried before Crosbie J. sitting as a youth justice court judge under the *YCJA*.

[8] The Crown's position at trial was that C.P. had sex with R.D. when he knew she was too drunk to be capable of consenting. C.P.'s defence was that R.D. consented to having sex with him before there were any signs that she was too drunk to consent. He said he thought she was "fine" when they had intercourse.

[9] Crosbie J., in thorough and thoughtful reasons, addressed whether R.D. was too intoxicated to consent and whether C.P. had an honest but mistaken belief in R.D.'s consent (2017 ONCJ 277).

[10] R.D. did not testify. Her videotaped statement to the police was admitted at trial. She did not remember the sexual activity.

[11] One of R.D.'s friends, E.G., gave a videotaped statement to the police that was admitted at trial. She said that she came to the party with a friend later than the rest of the group. The very first thing she saw was R.D. lying on the ground. She went to her right away. She found R.D. extremely intoxicated. She had been vomiting, could not get up, and was incapable of communicating. In her oral evidence, E.G. reiterated that she immediately went to R.D. when she arrived at the party. E.G.'s evidence on this point was not challenged.

[12] The trial judge found that E.G. was a "credible and reliable witness" with "no animus towards C.P."

avec un groupe de jeunes. La plaignante, R.D., avait 14 ans. Ils avaient bu tous les deux. Il y a eu des rapports sexuels.

[7] C.P. a été accusé d'avoir agressé sexuellement R.D. Il a subi son procès devant la juge Crosbie, siégeant à titre de juge d'un tribunal pour adolescents au sens de la *LSJPA*.

[8] Au procès, la Couronne a soutenu que C.P. avait eu des rapports sexuels avec R.D. alors qu'il savait qu'elle était trop ivre pour être capable d'y consentir. Pour sa défense, C.P. a prétendu que R.D. avait consenti à avoir des rapports sexuels avec lui avant qu'elle ne montre des signes qu'elle était trop ivre pour y consentir. Selon ses dires, il avait l'impression qu'elle [TRADUCTION] « se portait bien » lorsqu'ils ont eu les rapports sexuels.

[9] Dans des motifs approfondis et mûrement réfléchis, la juge Crosbie s'est demandé si R.D. était trop ivre pour consentir et si C.P. avait une croyance sincère mais erronée au consentement de R.D. (2017 ONCJ 277).

[10] R.D. n'a pas témoigné. La déclaration enregistrée sur bande vidéo qu'elle a faite à la police a été admise au procès. Elle n'a gardé aucun souvenir des rapports sexuels.

[11] Une amie de R.D., E.G., a fait à la police une déclaration enregistrée sur bande vidéo qui a été admise au procès. Elle a affirmé être venue à la fête avec un ami plus tard que le reste du groupe. La toute première chose qu'elle a vue était R.D. couchée par terre. Elle s'est toute de suite rendue auprès de cette dernière. Elle a trouvé R.D. dans un état d'ébriété avancé. Cette dernière avait vomi, elle ne pouvait pas se lever, et elle était incapable de communiquer. Dans son témoignage au procès, E.G. a réitéré qu'elle s'était rendue immédiatement auprès de R.D. à son arrivée à la fête. Le témoignage d'E.G. sur ce point n'a pas été contesté.

[12] La juge du procès a conclu qu'E.G. était un [TRADUCTION] « témoin crédible et fiable sans animosité envers C.P. ».

[13] C.P.'s evidence was that R.D. consented to sexual intercourse. He testified that he and R.D. arrived at the party with a group of friends. They sat on a mattress by a bonfire, where they talked and kissed. R.D. walked away from the bonfire by herself and sat by some rocks away from the group. C.P. talked to another friend for about five minutes, then returned to R.D. C.P. testified that he and R.D. started kissing, and that at one point she said "Fuck me". He said he was surprised at first, but he believed her and thought she was able to give consent. He did not use protection.

[14] C.P. said that after ejaculating, he stood up and heard E.G. and another young person arrive. He said he went to talk to them for 10 or 15 minutes before returning to R.D. On cross-examination, however, C.P. admitted that E.G. went "directly to [R.D.]" when she arrived.

[15] The trial judge did not believe certain critical aspects of C.P.'s evidence, including that R.D. was "fine" during intercourse and that she asked him for sex. On these points, she found that C.P. was "evasive and rattled" and "trying to downplay the impact of his drunken state on his ability to remember what happened and on his actions that evening". C.P.'s demeanour, based on his tone, manner and language, suggested to her that he was guessing about certain answers, and that at other times, he "desperately wanted it to be the case that something had happened, but in fact, it had not". She was aware, however, that C.P. was

remembering an event from a year ago. C.P. is also only 16 years old and I suspect, was nervous when testifying, especially under the skilled cross-examination of counsel. I am, by no means, criticizing his evidence in its entirety. What I have set out above are the many reasons upon which I rejected his evidence on certain, key points. [para. 114]

[13] C.P. a soutenu que R.D. avait consenti aux rapports sexuels. Dans son témoignage, il a affirmé que lui et R.D. étaient arrivés à la fête avec un groupe d'amis. Ils se sont assis sur un matelas près d'un feu de camp, où ils ont causé et se sont embrassés. R.D. s'est éloignée seule du feu de camp et s'est assise près d'un rocher à distance du groupe. C.P. a parlé à un autre ami pendant environ cinq minutes, puis a rejoint R.D. C.P. a affirmé dans son témoignage que lui et R.D. ont commencé à s'embrasser, puis qu'à un moment donné, elle lui aurait dit [TRADUCTION] « baise-moi ». Selon ses dires, il est d'abord resté surpris, mais il l'a crue et a pensé qu'elle était capable de donner son consentement. Il n'a pas utilisé de moyen de protection.

[14] C.P. a affirmé qu'après avoir éjaculé, il s'est levé et a entendu E.G. et un autre jeune arriver. Selon ses dires, il est allé leur parler pendant 10 ou 15 minutes avant de retourner aux côtés de R.D. Toutefois, en contre-interrogatoire, C.P. a avoué qu'E.G. s'était rendue [TRADUCTION] « immédiatement vers [R.D.] » à son arrivée.

[15] La juge du procès n'a pas cru certains aspects cruciaux du témoignage de C.P., notamment que R.D. [TRADUCTION] « se portait bien » pendant les rapports sexuels et qu'elle lui aurait demandé d'avoir des rapports sexuels. Sur ces points, la juge a conclu que C.P. s'était montré « évasif et déstabilisé » et qu'il « tentait de minimiser l'incidence qu'avait eu son état d'ébriété sur sa capacité de se souvenir de ce qui s'était passé et sur ses gestes ce soir-là ». Le comportement de C.P., d'après le ton de sa voix, sa manière d'agir et ses propos, donnait à la juge l'impression que C.P. devinait certaines réponses et qu'à d'autres moments, il « voulait désespérément que quelque chose se soit produit, alors qu'en fait, ce n'était pas le cas ». Cependant, elle était consciente que C.P.

se remémorait un événement qui remontait à un an. En outre, C.P. n'a que seize ans et, j'imagine, il était nerveux pendant son témoignage, surtout lors du contre-interrogatoire habile par l'avocat. Je ne critique absolument pas son témoignage en entier. Les éléments que j'ai exposés ci-dessus représentent les nombreuses raisons qui m'ont amenée à rejeter son témoignage quant à certains points clés. [par. 114]

[16] Crosbie J. rejected C.P.'s evidence in chief that he spoke with E.G. for 10 to 15 minutes before E.G. attended to R.D., but she accepted his evidence that he heard E.G. arrive at the party right after he finished having sex with R.D., and his admission in cross-examination that E.G. went directly to R.D. when she arrived, which aligned with E.G.'s evidence.

[17] There is no dispute that R.D. was intoxicated to the point of incapacity when E.G. found her. The question, therefore, was how soon after the sexual activity took place did E.G. see R.D. Based on C.P.'s evidence that he heard E.G. arrive right after the intercourse and the evidence from E.G. and C.P. that E.G. went directly to R.D. when she arrived, the trial judge concluded that R.D. was in an incapacitated state at the time of intercourse:

This evidence . . . leads me to conclude beyond a reasonable doubt that R.D. was extremely intoxicated at the time C.P. admitted to being with her and admitted to having sex with her. E.G. found R.D. having already vomited. She was found unconscious and generally unresponsive — all within a very, very short period of time from when C.P., on his own evidence, had just ejaculated inside her. [para. 95]

[18] This led Crosbie J. to conclude beyond a reasonable doubt that R.D. was incapable of consenting at the time of intercourse.

[19] Having found that R.D. was too intoxicated to consent at the time of sexual activity, Crosbie J. turned to whether C.P. had an honest but mistaken belief in communicated consent. She made three key findings. First, she expressly found that “[R.D.] did not ask C.P. to ‘fuck me’”. Second, she concluded that there was “no room to doubt [C.P.’s] knowledge of how drunk” R.D. was when sexual intercourse took place:

[16] La juge Crosbie a rejeté le témoignage de C.P. en interrogatoire principal selon lequel il aurait parlé à E.G. pendant 10 à 15 minutes avant qu’E.G. ne rejoigne R.D., mais elle a accepté son témoignage selon lequel il avait entendu E.G. arriver à la fête tout de suite après avoir eu des rapports sexuels avec R.D., et son aveu en contre-interrogatoire comme quoi E.G. s’était rendue immédiatement aux côtés de R.D. à son arrivée, ce qui concordait avec le témoignage d’E.G.

[17] Nul ne conteste que R.D. était ivre au point d’incapacité lorsqu’E.G. l’a trouvée. Par conséquent, la question était de savoir combien de temps s’était écoulé après l’activité sexuelle lorsqu’E.G. a vu R.D. S’appuyant sur le témoignage de C.P. qui a affirmé avoir entendu E.G. arriver tout de suite après les rapports sexuels et sur les témoignages d’E.G. et de C.P. selon lesquels E.G. s’était rendue immédiatement aux côtés de R.D. à son arrivée, la juge du procès a conclu que R.D. était en état d’incapacité au moment des rapports sexuels :

[TRADUCTION] La preuve [. . .] m’amène à conclure hors de tout doute raisonnable que R.D. était dans un état d’ébriété avancé au moment où C.P., de son propre aveu, était avec elle et, de son propre aveu, avait eu des rapports sexuels avec elle. E.G. a trouvé R.D. alors que cette dernière avait déjà vomi. R.D. a été trouvée inconsciente et généralement inerte — le tout dans un laps de temps très, très court après que C.P., comme il l’a lui-même déclaré, venait d’éjaculer en elle. [par. 95]

[18] Ceci a amené la juge Crosbie à conclure hors de tout doute raisonnable que R.D. était incapable de consentir au moment des rapports sexuels.

[19] Ayant conclu que R.D. était trop ivre pour consentir au moment de l’activité sexuelle, la juge Crosbie s’est ensuite penchée sur la question de savoir si C.P. avait eu une croyance sincère mais erronée au consentement communiqué. Elle a tiré trois conclusions clés. Premièrement, elle a expressément conclu que [TRADUCTION] « [R.D.] n’a[va]it pas demandé à C.P. de “la baiser” ». Deuxièmement, elle a conclu qu’« il n’est pas possible de douter de la connaissance qu’avait [C.P.] du degré d’ivresse dans lequel » R.D. se trouvait lorsque les rapports sexuels ont eu lieu :

. . . within a very short period of time of the sexual activity, R.D. was falling asleep, had vomit on her, did not appear to be comprehending what E.G. [her friend] was saying and was unable to meaningfully respond. In his testimony, C.P. put himself with R.D. during this time period. There is simply no room to doubt his knowledge of how drunk R.D. really was at the relevant time. [para. 120]

[20] Finally, she found that, despite his knowledge of her intoxicated state, C.P. failed to take steps to ascertain whether R.D. was consenting, instead choosing to “forg[e] ahead, knowing there existed a danger or risk that [R.D.] was too drunk”. While he knew there was “a need for some inquiry”, he “did not wish to pursue the truth — he preferred to remain ignorant”.

[21] As a result, the trial judge was satisfied, “beyond a reasonable doubt that C.P. knew or was reckless or wilfully blind to the fact that R.D. was so intoxicated that she could not have consented to sexual activity”.

[22] She found C.P. guilty of sexual assault.

[23] C.P. appealed to the Court of Appeal for Ontario, arguing that the verdict was unreasonable. MacPherson J.A., writing for the majority, dismissed C.P.’s appeal (2019 ONCA 85, 373 C.C.C. (3d) 244). He found that “the trial judge’s careful and comprehensive reasons led to an entirely reasonable verdict”. In his view, the trial judge did not commit any errors in her treatment of C.P.’s evidence or of the applicable law. Her finding, based on the evidence, that E.G. went directly to R.D. when she arrived at the party and that C.P. had heard her arrive as soon as he ejaculated and stood up, reasonably led to the conclusion both that R.D. was incapable of consenting and that C.P. knew she was unable to consent. The trial judge explained the bases for her negative assessment of C.P.’s credibility clearly, and why she expressly rejected key aspects of his evidence, such

. . . très peu de temps après l’activité sexuelle, R.D. s’endormait, elle avait des vomissures sur elle, elle ne semblait pas comprendre ce qu’E.G. [son amie] lui disait et elle était incapable de donner des réponses cohérentes. Dans son témoignage, C.P. a dit être en présence de R.D. pendant cette période. Il n’est tout simplement pas possible de douter de la connaissance qu’il avait du degré d’ivresse dans lequel R.D. se trouvait réellement au moment pertinent. [par. 120]

[20] Enfin, la juge a conclu que malgré sa connaissance de l’état d’ébriété de R.D., C.P. avait omis de prendre des mesures pour déterminer si R.D. était consentante, choisissant plutôt [TRADUCTION] « d’aller de l’avant, sachant qu’il y avait un danger ou un risque que [R.D.] était trop ivre ». Même s’il savait qu’il « devait se renseigner », il « ne voulait pas connaître la vérité — il a préféré rester dans l’ignorance ».

[21] Par conséquent, la juge du procès était convaincue [TRADUCTION] « hors de tout doute raisonnable que C.P. savait que R.D. était dans un état d’ébriété tel qu’elle ne pouvait pas avoir consenti à l’activité sexuelle, qu’il a ignoré volontairement ce fait ou qu’il ne s’en est pas soucié ».

[22] Elle a reconnu C.P. coupable d’agression sexuelle.

[23] C.P. a interjeté appel à la Cour d’appel de l’Ontario, plaidant que le verdict était déraisonnable. Le juge MacPherson, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a rejeté l’appel de C.P. (2019 ONCA 85, 373 C.C.C. (3d) 244). Il a conclu que [TRADUCTION] « les motifs minutieux et détaillés de la juge du procès avaient mené à un verdict tout à fait raisonnable ». À son avis, la juge du procès n’a commis aucune erreur dans son traitement de la preuve de C.P. ou du droit applicable. Sa conclusion, fondée sur la preuve, selon laquelle E.G. s’était rendue immédiatement aux côtés de R.D. à son arrivée à la fête et selon laquelle C.P. l’avait entendue arriver dès qu’il eut éjaculé et qu’il se soit levé, l’a raisonnablement amenée à conclure que R.D. était incapable de consentir et que C.P. savait qu’elle en était incapable. La juge du procès a expliqué clairement

as his evidence that R.D. was “fine” during intercourse and that she had asked him for sex.

[24] Writing in dissent, Nordheimer J.A. would have allowed the appeal, set aside the conviction and entered an acquittal on the basis that “proof of the offence beyond a reasonable doubt was not an available verdict” on a “fair and balanced review of the evidence as a whole”. In his view, the trial judge erred in relying on C.P.’s evidence that he heard E.G. arrive at the beach after he ejaculated, while rejecting all other aspects of his evidence. As C.P.’s evidence regarding the relative timing of his ejaculation and E.G.’s arrival was the “missing link” that tied the sexual activity to R.D.’s incapacitated state, it was incumbent on the trial judge to explain her rationale for relying on this single piece of evidence. He also found that there were significant problems with E.G.’s evidence about the time of her arrival.

[25] C.P. filed a notice of appeal pursuant to s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which provides an automatic appeal as of right to an accused who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal with a dissent on a question of law. The Crown filed a motion to quash, based on the fact that under s. 37(10) of the *YCJA* young persons have no automatic right of appeal. Leave is therefore required even when there is a dissent on a question of law at the court of appeal (*R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012; *R. v. K.J.M.*, 2019 SCC 55, [2019] 4 S.C.R. 39, at para. 35).

[26] C.P. filed a notice of constitutional question and argued that s. 37(10) of the *YCJA* was contrary to ss. 7 and 15 of the *Charter*.

[27] This Court adjourned the Crown’s motion to quash without prejudice to C.P.’s right to seek leave

les fondements de son appréciation négative de la crédibilité de C.P. et pourquoi elle rejetait expressément des aspects fondamentaux de son témoignage, par exemple son affirmation comme quoi R.D. « se portait bien » pendant les rapports sexuels et qu’elle lui avait demandé d’avoir des rapports sexuels.

[24] Le juge Nordheimer, dissident, aurait accueilli l’appel, annulé la déclaration de culpabilité et inscrit un acquittement au motif qu’un [TRADUCTION] « examen juste et équilibré de l’ensemble de la preuve » « ne permettait pas de rendre un verdict comme quoi l’infraction avait été prouvée hors de tout doute raisonnable ». À son avis, la juge du procès a eu tort de s’appuyer sur le témoignage de C.P. selon lequel il avait entendu E.G. arriver à la plage après qu’il eut éjaculé, tout en rejetant tous les autres éléments de son témoignage. Puisque le témoignage de C.P. à propos du moment où il avait éjaculé par rapport à l’arrivée d’E.G. était le « chaînon manquant » qui reliait l’activité sexuelle à l’état d’incapacité de R.D., il incombait à la juge du procès d’expliquer la raison pour laquelle elle s’appuyait sur ce seul élément de preuve. Il a en outre conclu que le témoignage d’E.G. quant au moment de son arrivée posait des problèmes importants.

[25] C.P. a déposé un avis d’appel en vertu de l’al. 691(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui confère un appel automatique de plein droit à l’accusé déclaré coupable d’un acte criminel et dont la déclaration de culpabilité est confirmée par la cour d’appel avec une dissidence sur une question de droit. La Couronne a déposé une requête en cassation, vu qu’en application du par. 37(10) de la *LSJPA*, les adolescents n’ont pas de droit d’appel automatique. L’autorisation est donc nécessaire, et ce, même lorsqu’il y a une dissidence sur une question de droit en cour d’appel (*R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012; *R. c. K.J.M.*, 2019 CSC 55, [2019] 4 R.C.S. 39, par. 35).

[26] C.P. a déposé un avis de question constitutionnelle et a plaidé que le par. 37(10) de la *LSJPA* contrevenait aux art. 7 et 15 de la *Charte*.

[27] Notre Cour a ajourné la requête de la Couronne en cassation sans préjudice du droit de C.P. de

to appeal, including on the question of the constitutionality of s. 37(10) of the *YCJA*. The Court granted leave to appeal both the verdict and the constitutional issue.

### Analysis on Finding of Guilt

[28] When a verdict is reached by a judge sitting alone and explained in reasons for judgment, there are two bases on which a court of appeal may find the verdict unreasonable. First, a verdict is unreasonable if it is not one that a “properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered” (*R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 36, quoting *R. v. Yebe*s, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 185). In *Biniaris*, Arbour J. clarified that this standard, despite being expressed in terms of a verdict reached by a jury, also applies to the decisions of a judge sitting without a jury. She explained, however, that review for unreasonableness on appeal is “somewhat easier when the judgment under attack is that of a single judge”, since judges give reasons whereby

the reviewing appellate court may be able to identify a flaw in the evaluation of the evidence, or in the analysis, that will serve to explain the unreasonable conclusion reached, and justify the reversal. [para. 37]

[29] Arbour J.’s comments in *Biniaris* led to the adoption, in *R. v. Beaudry*, [2007] 1 S.C.R. 190, and *R. v. Sinclair*, [2011] 3 S.C.R. 3, of a narrowly expanded, second avenue of review for unreasonableness. A verdict reached by a judge may be unreasonable, even if supported by the evidence, if it is reached “illogically or irrationally” (*Beaudry*, at paras. 96-97, per Fish J. (dissenting in the result); *Sinclair*, at paras. 4 and 15-17, per Fish J. (dissenting in the result), and at para. 44, per LeBel J.). This may occur if the trial judge draws an inference or makes a finding of fact essential to the verdict that is plainly contradicted by the evidence relied on by the judge in support of that inference or finding, or shown to be incompatible with evidence that has neither been contradicted by other evidence nor rejected by the

demandeur l’autorisation d’appel, notamment sur la question de la constitutionnalité du par. 37(10) de la *LSJPA*. La Cour a accordé l’autorisation d’interjeter appel du verdict et de la question constitutionnelle.

### Analyse du verdict de culpabilité

[28] Lorsqu’un verdict est rendu par un juge siégeant seul et expliqué dans les motifs de jugement, il y a deux fondements sur lesquels une cour d’appel peut conclure que le verdict est déraisonnable. Premièrement, un verdict est déraisonnable s’il n’est pas l’un de ceux qu’un « jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d’une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre » (*R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 36, citant *R. c. Yebe*s, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 185). Dans l’arrêt *Biniaris*, la juge Arbour a précisé que cette norme, bien qu’elle soit énoncée en fonction d’un verdict rendu par un jury, s’applique également aux décisions d’un juge siégeant sans jury. Toutefois, elle a expliqué que l’examen en appel du caractère déraisonnable est « un peu plus facile lorsque le jugement contesté est celui d’un juge seul », puisque les juges donnent des motifs dans lesquels

le tribunal d’appel qui procède à l’examen est parfois en mesure de déceler une lacune dans l’évaluation de la preuve ou dans l’analyse, qui servira à expliquer la conclusion déraisonnable qui a été tirée, et à justifier l’annulation. [par. 37]

[29] Les commentaires de la juge Arbour dans *Biniaris* ont mené à l’adoption, dans *R. c. Beaudry*, [2007] 1 R.C.S. 190, et dans *R. c. Sinclair*, [2011] 3 R.C.S. 3, à une deuxième voie d’examen, quelque peu élargie, du caractère déraisonnable. Le verdict d’un juge peut être déraisonnable, même s’il est étayé par la preuve, si le juge y arrive « d’une façon illogique ou irrationnelle » (*Beaudry*, par. 96-97, le juge Fish (dissentant quant au résultat); *Sinclair*, par. 4 et 15-17, le juge Fish (dissentant quant au résultat), et par. 44, le juge LeBel). Cela peut se produire si le juge du procès tire une inférence ou une conclusion de fait essentielle au verdict qui est clairement contredite par la preuve qu’il invoque à l’appui de cette inférence ou conclusion, ou dont on peut démontrer qu’elle est incompatible avec une preuve qui

trial judge (*Sinclair*, at paras. 4, 16 and 19-21; *R. v. R.P.*, [2012] 1 S.C.R. 746, at para. 9).

[30] The *Beaudry* and *Sinclair* inquiry into illogical or irrational findings or inferences is not an invitation for reviewing judges to substitute their preferred findings of fact for those made by the trial judge (*Beaudry*, at para. 98). As MacPherson J.A. noted in the Court of Appeal, the “fact that an appeal court judge would have had a doubt when the trial judge did not is insufficient to justify the conclusion that the trial judgment was unreasonable” (para. 67, quoting *R. v. A.G.*, [2000] 1 S.C.R. 439, at para. 29). Nor is it an invitation to unjustifiably interfere with a trial judge’s credibility assessments. A court of appeal reviewing credibility assessments in order to determine whether the verdict is reasonable cannot interfere with those assessments unless they cannot be supported on any reasonable view of the evidence (*R.P.*, at para. 10; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474, at para. 7). The inquiry into the logic or rationality of a judge’s essential findings under *Beaudry* and *Sinclair* is narrowly targeted at “fundamental flaws in the reasoning process” which means that the verdict was not reached judicially or in accordance with the rule of law (*Sinclair*, at paras. 4, 26 and 77).

[31] Relying on *Beaudry* and *Sinclair*, C.P. argued that it was illogical for the trial judge to find that E.G. discovered R.D. in a state of incapacity very shortly after the intercourse. Building on the reasons of Nordheimer J.A. in dissent, C.P. submitted that the fundamental flaw in the trial judge’s reasoning was that she accepted his evidence that E.G. arrived right after the intercourse, but rejected his evidence on all other material points. Relying on the traditional *Biniaris* standard, C.P. also argued that the verdict was not one that a properly instructed trier of fact could reasonably have rendered based on the available evidence, because the evidence could not establish the timing of the intercourse with any precision.

n’est ni contredite par d’autres éléments de preuve ni rejetée par le juge du procès (*Sinclair*, par. 4, 16 et 19-21; *R. c. R.P.*, [2012] 1 R.C.S. 746, par. 9).

[30] L’analyse des conclusions ou inférences illogiques ou irrationnelles en application des arrêts *Beaudry* et *Sinclair* ne saurait permettre aux juges siégeant en révision de substituer leurs propres conclusions de fait à celles du juge du procès (*Beaudry*, par. 98). Comme l’a fait observer le juge MacPherson à la Cour d’appel, le « fait qu’un juge d’une cour d’appel aurait eu un doute que le juge du procès n’a pas eu est insuffisant pour justifier la conclusion que le jugement de première instance était déraisonnable » (par. 67, citant *R. c. A.G.*, [2000] 1 R.C.S. 439, par. 29). Elle ne permet pas non plus de modifier de manière injustifiée les appréciations de la crédibilité par le juge du procès. Une cour d’appel qui contrôle les appréciations de la crédibilité pour déterminer si le verdict est raisonnable ne peut écarter ces appréciations que si elles ne peuvent pas s’appuyer sur quelque interprétation raisonnable que ce soit de la preuve (*R.P.*, par. 10; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474, par. 7). L’analyse de la logique ou de la rationalité des conclusions essentielles d’un juge en application des arrêts *Beaudry* et *Sinclair* cible étroitement les « vices fondamentaux du raisonnement », ce qui veut dire que le verdict n’a pas été rendu de manière judiciaire ou conformément au principe de légalité (*Sinclair*, par. 4, 26 et 77).

[31] S’appuyant sur *Beaudry* et *Sinclair*, C.P. a plaidé qu’il était illogique pour la juge du procès de conclure qu’E.G. avait découvert R.D. en état d’incapacité très peu de temps après les rapports sexuels. Partant du raisonnement du juge Nordheimer, dissident, C.P. a prétendu que le vice fondamental du raisonnement de la juge du procès était qu’elle avait accepté son témoignage selon lequel E.G. était arrivée tout de suite après les rapports sexuels, mais que la juge avait rejeté son témoignage sur tous les autres points importants. S’appuyant sur la norme classique de *Biniaris*, C.P. a plaidé en outre que le verdict n’en était pas un qu’un juge des faits ayant reçu des directives appropriées aurait pu raisonnablement rendre eu égard à la preuve disponible, puisque celle-ci ne permettait pas d’établir avec précision quand les rapports sexuels avaient eu lieu.

[32] In my respectful view, the reasoning that led the trial judge to conclude that E.G. discovered R.D. in her incapacitated state right after the intercourse was both logical and rational.

[33] C.P. argued that the trial judge’s “selective reliance” on his evidence regarding E.G.’s arrival was illogical because her reason for rejecting other parts of his evidence was that he was too drunk to be relied upon. In particular, C.P. argued that the judge could not logically reject his evidence, based on his drunkenness, that he spoke with E.G. for 10 or 15 minutes before she went to R.D., while accepting his evidence, in the same sequence of events, that E.G. arrived right after the intercourse.

[34] This argument misapprehends the trial judge’s reasons. She rejected C.P.’s evidence that he spoke with E.G. before she attended to R.D. because it was internally inconsistent with his own evidence on cross-examination, externally contradicted by the evidence of E.G., *and* because C.P. was intoxicated, particularly in comparison to E.G., whose memory was “not suspect”. More broadly, C.P.’s intoxication *and* his dishonesty about his intoxication were among numerous factors relevant to the trial judge’s assessment of C.P.’s credibility. At no point did the judge find that C.P. was so drunk that his memory was categorically unreliable. The effect of intoxication on a witness’s testimony is not all or nothing.

[35] It is a well-established principle that a judge or jury may “believe some, none, or all of the testimony of any witness, including that of an accused” (*R. v. J.H.S.*, [2008] 2 S.C.R. 152, at para. 10). Here, the trial judge rejected certain key points in C.P.’s evidence but believed his evidence that he heard E.G. arrive right after intercourse. She provided sound reasons for what she believed and what she did not, explaining why she found that some of his evidence

[32] Selon moi, le raisonnement qui a amené la juge du procès à conclure que c’est tout de suite après les rapports sexuels qu’E.G. avait découvert R.D. dans l’état d’incapacité dans laquelle elle se trouvait était à la fois logique et rationnel.

[33] C.P. a soutenu que le « recours sélectif » de la juge du procès à son témoignage concernant l’arrivée d’E.G. était illogique, puisque sa raison de rejeter d’autres parties de son témoignage était qu’il était trop ivre pour que l’on puisse s’y fier. En particulier, C.P. a plaidé que la juge ne pouvait pas logiquement rejeter son témoignage, compte tenu de son état d’ébriété, suivant lequel il avait parlé à E.G. pendant 10 à 15 minutes avant qu’elle se rende aux côtés de R.D., tout en acceptant son témoignage, dans la même séquence d’événements, selon lequel E.G. était arrivée tout de suite après les rapports sexuels.

[34] Cet argument s’appuie sur une mauvaise interprétation des motifs de la juge du procès. La juge a rejeté le témoignage de C.P. selon lequel il s’était entretenu avec E.G. avant qu’elle se rende aux côtés de R.D. parce que ce témoignage était intrinsèquement incompatible avec son propre témoignage en contre-interrogatoire, contredit extrinsèquement par le témoignage d’E.G., *et* parce que C.P. était ivre, particulièrement en comparaison avec E.G., dont le souvenir [TRADUCTION] « n’était pas suspect ». Plus généralement, l’ivresse de C.P. *et* sa malhonnêteté au sujet de son ivresse faisaient partie des nombreux facteurs pertinents dont la juge du procès a tenu compte dans son appréciation de la crédibilité de C.P. La juge n’a à aucun moment conclu que C.P. était à ce point ivre que sa mémoire était catégoriquement non fiable. L’effet de l’ivresse sur le témoignage d’un témoin n’est pas une question de tout ou rien.

[35] Il est un principe bien établi qu’un juge ou un jury peut « croire une partie ou la totalité des témoignages, notamment de celui de l’accusé, ou n’en rien croire » (*R. c. J.H.S.*, [2008] 2 R.C.S. 152, par. 10). En l’espèce, la juge du procès a rejeté des points essentiels du témoignage de C.P., mais a cru son témoignage selon lequel il avait entendu E.G. arriver tout de suite après les rapports sexuels. La juge a fourni des motifs solides au soutien de ce qu’elle



did not suffer from the same flaws that led her to reject other aspects of his testimony.

[36] The verdict was also clearly one that “a properly instructed [judge or] jury acting judicially, could reasonably have rendered” (*Biniaris*, at para. 36, quoting *Yeves*, at p. 185). There was evidence to support the trial judge’s finding that E.G. discovered R.D. in an incapacitated state shortly after the intercourse occurred. Crosbie J. was well aware that the time of intercourse could not be ascertained in absolute terms. She understood that “there was a lack of clarity with respect to the timing of the sexual activity”. The Crown witnesses were only able to “make a guess” about when the group arrived at the beach, and none of the Crown witnesses could “pinpoint the time” the intercourse happened. But what mattered, as the Court of Appeal majority explained, was not the precise time, but the “*relative* time of [E.G.’s] arrival in relation to the sexual activity” (para. 56 (emphasis added)).

[37] The combination of E.G.’s evidence and C.P.’s evidence satisfied the trial judge that E.G. went to R.D. as soon as she arrived, and that, on C.P.’s own evidence, her arrival at the party was right after intercourse had taken place. This entitled the trial judge logically to conclude that the totally incapacitated condition E.G. found the victim in when she arrived was the condition she was in *during* the sexual activity.

[38] For these reasons, I agree with the majority in the Court of Appeal that there is no basis for finding the verdict to be unreasonable. Crosbie J.’s reasons for finding C.P. guilty of sexual assault are model trial reasons: rigorous and thoughtfully explained.

[39] I would therefore dismiss the appeal.

croyait et de ce qu’elle ne croyait pas, expliquant pourquoi elle avait conclu que certaines parties du témoignage de C.P. n’étaient pas frappées des mêmes vices qui l’ont amené à rejeter d’autres aspects du témoignage de ce dernier.

[36] En outre, le verdict en était assurément un qu’un « [juge ou un] jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d’une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre » (*Biniaris*, par. 36, citant *Yeves*, p. 185). Des éléments de preuve étayaient la conclusion de la juge du procès selon laquelle E.G. avait découvert R.D. en état d’incapacité peu de temps après les rapports sexuels. La juge Crosbie savait très bien que le moment auquel les rapports sexuels s’étaient déroulés ne pouvait pas être déterminé en termes absolus. Elle a constaté [TRADUCTION] « qu’il y avait absence de clarté quant au moment où l’activité sexuelle avait eu lieu ». Les témoins à charge ne pouvaient qu’« estimer » quand le groupe était arrivé à la plage, et aucun témoin à charge ne pouvait « déterminer avec précision à quel moment » les rapports sexuels avaient eu lieu. Mais, comme l’ont expliqué les juges majoritaires de la Cour d’appel, ce qui importait n’était pas le moment précis, mais [TRADUCTION] « le moment *relatif* de l’arrivée d’[E.G.] par rapport à l’activité sexuelle » (par. 56 (je souligne)).

[37] Les témoignages conjugués d’E.G. et de C.P. ont convaincu la juge du procès qu’E.G. s’était rendue auprès de R.D. dès son arrivée, et que, selon le propre témoignage de C.P., elle était arrivée à la fête tout de suite après les rapports sexuels. Il était donc loisible à la juge du procès de conclure logiquement que l’état d’incapacité totale dans lequel E.G. a trouvé la victime à son arrivée était l’état dans lequel cette dernière se trouvait *pendant* l’activité sexuelle.

[38] Pour ces motifs, je souscris à l’opinion exprimée par les juges majoritaires de la Cour d’appel que rien ne permet de conclure que le verdict était déraisonnable. Les motifs rendus par la juge Crosbie au soutien de son verdict de culpabilité d’agression sexuelle prononcé contre C.P. sont des motifs de première instance exemplaires de par leur rigueur et leur minutie.

[39] En conséquence, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

The Constitutionality of Section 37(10) of the YCJA

[40] There remains the issue of the constitutionality of s. 37(10) of the *YCJA*, which deprives young persons of the automatic rights of appeal to this Court in s. 691 of the *Criminal Code*.

[41] On March 11, 2019, C.P. filed a notice of appeal pursuant to s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, which grants an automatic right of appeal to persons convicted of an indictable offence when there is a dissent on a question of law in the court of appeal.

[42] In response, the Crown filed a motion to quash pursuant to s. 44 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, which says:

**44** The Court may quash proceedings in cases brought before it in which an appeal does not lie, or whenever such proceedings are taken against good faith.

[43] It based its motion on the requirement, under s. 37(10) of the *YCJA*, that a young person obtain leave before they can appeal to this Court. In response to the Crown's motion to quash, C.P. filed a notice of constitutional question pursuant to r. 33(2) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156. After receiving written submissions, the Court adjourned the Crown's motion to quash "without prejudice to C.P.'s right to serve and file an application for leave to appeal" (*Bulletin of Proceedings*, November 15, 2019, at p. 36). The Court's order stated that C.P. could "raise as a ground for leave to appeal any constitutional issue in respect of s. 37(10) of the *Youth Criminal Justice Act*" (p. 36).

[44] C.P. filed an application for leave to appeal in which he raised two grounds: the reasonableness of his verdict and the constitutionality of s. 37(10) of the *YCJA*.

[45] The Crown filed a response to the leave application, submitting that this Court did not have jurisdiction to hear the constitutional issue because

La constitutionnalité du par. 37(10) de la LSJPA

[40] Il reste à trancher la question de la constitutionnalité du par. 37(10) de la *LSJPA*, qui prive les adolescents des droits d'appel automatique à notre Cour prévus à l'art. 691 du *Code criminel*.

[41] Le 11 mars 2019, C.P. a déposé un avis d'appel en vertu de l'al. 691(1)a) du *Code criminel*, qui confère un droit d'appel automatique aux personnes déclarées coupables d'un acte criminel lorsqu'il y a une dissidence sur une question de droit en cour d'appel.

[42] En réponse, la Couronne a déposé une requête en cassation fondée sur l'art. 44 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, qui dispose :

**44** La Cour peut casser les procédures dans les causes portées devant elle qui ne peuvent faire l'objet d'appel ou quand les procédures sont entachées de mauvaise foi.

[43] La Couronne a fondé sa requête sur l'exigence, prévue au par. 37(10) de la *LSJPA*, qu'un adolescent obtienne l'autorisation avant de pouvoir interjeter appel à notre Cour. En réponse à la requête de la Couronne en cassation, C.P. a déposé un avis de question constitutionnelle fondé sur le par. 33(2) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156. Après avoir reçu des observations écrites, la Cour a ajourné la requête de la Couronne en cassation « sans préjudice du droit de C.P. de signifier et de déposer une demande d'autorisation d'appel » (*Bulletin des procédures*, 15 novembre 2019, p. 36). Dans son ordonnance, notre Cour a mentionné que C.P. pouvait « soulever comme motif d'autorisation d'appel toute question constitutionnelle relative au par. 37(10) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* » (p. 36).

[44] C.P. a déposé une demande d'autorisation d'appel dans laquelle il a invoqué deux moyens : la raisonabilité de son verdict et la constitutionnalité du par. 37(10) de la *LSJPA*.

[45] La Couronne a déposé une réponse à la demande d'autorisation, plaidant que notre Cour n'avait pas compétence pour connaître de la question

there was no final order or judgment with respect to the constitutionality of s. 37(10) for C.P. to appeal from. Secondly, while acknowledging that this Court has discretion to consider new constitutional issues raised for the first time before it, the Crown submitted that this discretion should only be exercised when there is a meaningful nexus between the constitutional issue and the judgment or order under appeal.

[46] This Court granted leave to appeal. The Attorney General of Canada intervened on the constitutional question.

[47] At the hearing, the Crown again asserted its position that the Court had no jurisdiction to decide the constitutional issue, but it did not press the point since all parties were present and prepared to argue the constitutional question.

[48] This Court’s decision in *Guindon v. Canada*, [2015] 3 S.C.R. 3, governs. In *Guindon*, the majority held that once an appeal is before the Court, the decision about

[w]hether to hear and decide a constitutional issue when it has not been properly raised in the courts below is a matter for the Court’s discretion, taking into account all of the circumstances, including the state of the record, fairness to all parties, the importance of having the issue resolved by this Court, its suitability for decision and the broader interests of the administration of justice.

...

... The Court’s discretion to hear and decide new issues should only be exercised exceptionally and never unless the challenger shows that doing so causes no prejudice to the parties. [paras. 20 and 23]

[49] In this case, there is no prejudice to the parties. All Attorneys General were given notice of the constitutional question and the Attorney General of Canada exercised its right to intervene. As in

constitutionnelle, puisqu’il n’y avait ni ordonnance ni jugement définitif portant sur la constitutionnalité du par. 37(10) dont C.P. pouvait interjeter appel. Deuxièmement, tout en reconnaissant que notre Cour a le pouvoir discrétionnaire d’examiner de nouvelles questions constitutionnelles soulevées pour la première fois devant elle, la Couronne a soutenu que ce pouvoir discrétionnaire ne pouvait être exercé que lorsqu’il y a un lien significatif entre la question constitutionnelle et le jugement ou l’ordonnance dont il est interjeté appel.

[46] Notre Cour a accordé l’autorisation d’appel. Le procureur général du Canada est intervenu sur la question constitutionnelle.

[47] À l’audience, la Couronne a réitéré sa position suivant laquelle la Cour n’avait pas compétence pour trancher la question constitutionnelle, mais elle n’a pas insisté sur ce point puisque toutes les parties étaient présentes et disposées à débattre de la question constitutionnelle.

[48] L’arrêt de notre Cour dans *Guindon c. Canada*, [2015] 3 R.C.S. 3, régit cette question. Dans *Guindon*, les juges majoritaires ont statué que dès que la Cour est saisie d’un pourvoi, la décision

[d’e]xaminer puis [de] trancher une question constitutionnelle qui n’a pas été régulièrement soulevée dans le cadre des instances antérieures relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour, compte tenu de l’ensemble des circonstances, dont la teneur du dossier, l’équité envers toutes les parties, l’importance que la question soit résolue par la Cour, le fait que l’affaire se prête ou non à une décision et les intérêts de l’administration de la justice en général.

...

... La Cour ne doit exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui permet d’examiner puis de trancher une question nouvelle qu’à titre exceptionnel et jamais sans que le plaideur ne démontre que les parties n’en subiront pas un préjudice. [par. 20 et 23]

[49] En l’espèce, les parties ne subissent aucun préjudice. Tous les procureurs généraux ont été avisés de la question constitutionnelle, et le procureur général du Canada a exercé son droit d’intervenir.

*Guindon*, no party “suggested that any additional evidence is required, let alone requested permission to supplement the record” (para. 35).

[50] But of particular relevance is the fact that it is clearly in the interests of the administration of justice for this Court to exercise its discretion to hear and decide the issue, since it is one which could only come before this Court for the first time on an appeal from a court of appeal. Declining to hear C.P.’s constitutional argument would mean leaving an access-to-justice issue of fundamental importance to young persons in jurisdictional limbo.

[51] The procedural history in this matter provides further support for the Court’s jurisdiction to decide the constitutional issue. It is beyond dispute that it would have been necessary for the Court to determine the validity of s. 37(10) in order to properly dispose of the Crown’s motion to quash C.P.’s initial notice of appeal as of right. By adjourning that motion and permitting C.P. to raise the constitutional question in his application for leave to appeal, the Court retained the jurisdiction to decide the question, which it had acquired as a result of the motion to quash, on the appeal proper.

[52] Turning then to the merits of the constitutional question, namely, whether s. 37(10) of the *YCJA* is a breach of ss. 15 or 7 of the *Charter*.

[53] Section 691 of the *Criminal Code* sets out the appeal routes to this Court for indictable offences. It gives an accused the benefit of automatic rights to appeal to this Court in specific circumstances. Section 691(1)(a)<sup>1</sup> gives a person whose conviction for an indictable offence is upheld at the court of appeal an automatic right to appeal to this Court on any question of law on which a judge at the court

Comme dans l’affaire *Guindon*, « [n]ul ne soutient qu’une preuve supplémentaire s’impose, sans compter qu’aucune demande d’autorisation d’ étoffer la preuve n’a été présentée » (par. 35).

[50] Cependant, le fait qu’il y va manifestement des intérêts de l’administration de la justice que notre Cour exerce son pouvoir discrétionnaire pour instruire et trancher la question est particulièrement pertinente, puisqu’il s’agit d’une question dont notre Cour ne peut être saisie pour la première fois qu’en appel d’une cour d’appel. Refuser d’entendre l’argument constitutionnel de C.P. reviendrait à laisser planer l’incertitude, au chapitre de la compétence, sur une question d’accès à la justice d’importance fondamentale pour les adolescents.

[51] Le déroulement des procédures en l’espèce fournit un appui supplémentaire au pouvoir de la Cour de trancher la question constitutionnelle. Il ne fait aucun doute que la Cour aurait eu à statuer sur la validité du par. 37(10) afin de décider convenablement de la requête présentée par la Couronne pour faire casser le premier avis d’appel de plein droit déposé par C.P. En ajournant cette requête et en permettant à C.P. de soulever la question constitutionnelle dans sa demande d’autorisation d’appel, la Cour est restée compétente pour trancher la question, une compétence acquise par suite de la requête en cassation, dans le cadre du pourvoi en tant que tel.

[52] J’en viens au fond de la question constitutionnelle, à savoir si le par. 37(10) de la *LSJPA* viole les art. 15 ou 7 de la *Charte*.

[53] L’article 691 du *Code criminel* trace les voies d’appel à notre Cour en ce qui concerne les actes criminels. Il confère à l’accusé le bénéfice de droits d’appel automatiques à notre Cour dans des situations particulières. L’alinéa 691(1)a)<sup>1</sup> confère à la personne dont la condamnation pour un acte criminel est confirmée par la cour d’appel un droit d’appel automatique à notre Cour sur toute question de droit

<sup>1</sup> **691 (1)** A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada:

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents.

<sup>1</sup> **691 (1)** La personne déclarée coupable d’un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d’appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada :

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d’appel est dissident;

of appeal dissents. Additionally, s. 691(2)<sup>2</sup> gives a person whose acquittal is overturned at the court of appeal an automatic right to appeal to this Court on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents, or on any question of law if the court of appeal enters a verdict of guilty against that person.

[54] Section 37(1)<sup>3</sup> of the *YCJA* incorporates the appeal routes for indictable offences under the *Criminal Code* into the youth justice system. But s. 37(10) of the *YCJA* denies young persons the automatic rights to appeal to this Court set out in ss. 691(1)(a) and 691(2) of the *Criminal Code*, and instead requires them to seek leave before they can appeal. Section 37(10) states:

**(10)** No appeal lies under subsection (1) from a judgment of the court of appeal in respect of a finding of guilt or an order dismissing an information or indictment to the Supreme Court of Canada unless leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

[55] That brings us to whether this provision violates s. 15 of the *Charter*. Section 15(1) states:

**15.** (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

<sup>2</sup> (2) A person who is acquitted of an indictable offence other than by reason of a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder and whose acquittal is set aside by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents;

(b) on any question of law, if the Court of Appeal enters a verdict of guilty against the person . . .

<sup>3</sup> **37 (1)** An appeal in respect of an indictable offence or an offence that the Attorney General elects to proceed with as an indictable offence lies under this Act in accordance with Part XXI (appeals — indictable offences) of the *Criminal Code*, which Part applies with any modifications that the circumstances require.

au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident. En outre, le par. 691(2)<sup>2</sup> confère à la personne dont l'acquittement a été infirmé à la cour d'appel un droit d'appel automatique à notre Cour sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident, ou sur toute question de droit si la cour d'appel a consigné un verdict de culpabilité.

[54] Le paragraphe 37(1)<sup>3</sup> de la *LSJPA* incorpore les voies d'appel en ce qui concerne les actes criminels prévues au *Code criminel* dans le système de justice pour les adolescents. Toutefois, le par. 37(10) de la *LSJPA* prive les adolescents des droits d'appel automatiques à notre Cour prévus à l'al. 691(1)a) et au par. 691(2) du *Code criminel*, et les oblige plutôt à demander l'autorisation avant qu'ils puissent interjeter appel. Le paragraphe 37(10) dispose :

**(10)** Les jugements de la cour d'appel portant sur la déclaration de culpabilité ou sur l'ordonnance ayant rejeté une dénonciation ou un acte d'accusation ne sont pas susceptibles d'appel à la Cour suprême du Canada en vertu du paragraphe (1), sauf si celle-ci a donné une autorisation d'appel.

[55] Ceci nous amène à la question de savoir si cette disposition viole l'art. 15 de la *Charte*. Le paragraphe 15(1) dispose :

**15.** (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

<sup>2</sup> (2) La personne qui est acquittée de l'accusation d'un acte criminel — sauf dans le cas d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux — et dont l'acquittement est annulé par la cour d'appel peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada :

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

b) sur toute question de droit, si la cour d'appel a consigné un verdict de culpabilité;

<sup>3</sup> **37 (1)** En vertu de la présente loi, il peut être interjeté appel relativement à un acte criminel ou à une infraction que le procureur général choisit de poursuivre par mise en accusation, conformément à la partie XXI (appels — actes criminels) du *Code criminel*, laquelle s'applique avec les adaptations nécessaires.

[56] This Court recently reaffirmed the test for identifying breaches of s. 15(1) in *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113. To prove a *prima facie* violation of s. 15(1), a claimant must demonstrate that the impugned law:

- on its face or in its impact, creates a distinction based on enumerated or analogous grounds; and
- imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage. [para. 27]

[57] Substantive equality requires attention to the full context of the claimant group's situation and to the impact of the limitation on that situation (*Fraser*, at para. 42). But context must not be confused with justification. Neither stage of the test for determining whether there is a breach of s. 15 under our jurisprudence permits the objectives of the legislation to infuse the analysis into whether the limitation itself is a distinction that has the effect of perpetuating, reinforcing, or exacerbating the disadvantage of the claimant group. Only at the s. 1 justificatory stage are the statutory objectives relevant, and then only to the extent that they justify the limitation (*Fraser*, at para. 79).

[58] The parties acknowledge that the first step of the s. 15(1) test is satisfied because there is a distinction between the appeal rights to this Court available to adults and young people on the basis of age. As a result, the dispute in this appeal revolves around whether the second step of the test has been met. Does depriving young people of the automatic rights to appeal that adults have reinforce, perpetuate or exacerbate their disadvantage? If it does, a *prima facie* breach of s. 15 is made out.

[59] Determining this constitutional issue requires us to first consider what benefit an automatic right to appeal to this Court provides. An appeal as of right to this Court when a judge of the court of appeal dissents on a question of law in a criminal case has

[56] Notre Cour a récemment réaffirmé le critère servant à identifier les violations du par. 15(1) dans l'arrêt *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 113. Pour prouver une violation à première vue du par. 15(1), le demandeur doit démontrer que la loi contestée :

- crée, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue;
- impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage. [par. 27]

[57] L'égalité réelle exige que l'on porte attention à tous les éléments contextuels de la situation du groupe de demandeurs et à l'effet de la limitation sur leur situation (*Fraser*, par. 42). Il ne faut toutefois pas confondre le contexte et la justification. Aucun volet du critère à appliquer pour déterminer s'il y a violation de l'art. 15 selon notre jurisprudence ne permet que les objectifs de la loi intègrent à l'analyse la question de savoir si la limitation elle-même est une distinction qui a pour effet de perpétuer, de renforcer ou d'accentuer le désavantage subi par le groupe de demandeurs. Ce n'est qu'au volet de la justification au regard de l'article premier que les objectifs de la loi sont pertinents, et ils ne le sont que dans la mesure où ils justifient la limitation (*Fraser*, par. 79).

[58] Les parties reconnaissent qu'il est satisfait au premier volet de l'analyse relative au par. 15(1) parce qu'il y a une distinction entre les droits d'appel à notre Cour dont bénéficient les adultes et ceux dont bénéficient les adolescents sur le fondement de l'âge. Par conséquent, la question litigieuse dans le présent pourvoi est de savoir s'il a été satisfait au deuxième volet de l'analyse. Le fait de priver les adolescents des droits d'appel automatiques dont bénéficient les adultes a-t-il pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer leur désavantage? Dans l'affirmative, une violation à première vue de l'art. 15 est établie.

[59] Pour trancher cette question constitutionnelle, nous devons d'abord examiner quel avantage procure un droit d'appel automatique à notre Cour. L'appel de plein droit à notre Cour lorsqu'un juge de la cour d'appel est dissident au sujet d'une question de droit

existed since this Court was established in 1875 (*Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11, s. 49). The right was transferred to the *Criminal Code* in 1892 (see *Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 750). Professor Peter H. Russell explains that the “principal object” of an appeal as of right to this Court in a criminal case is to rectify legal errors in the trial of serious offences. Disagreement between members of the provincial court of appeal is considered sufficient evidence of the possibility of such an error, providing grounds for this Court’s review (“The Jurisdiction of the Supreme Court of Canada: Present Policies and a Programme for Reform” (1968), 6 *Osgoode Hall L.J.* 1, at pp. 13-14).

[60] In *Biniaris*, Arbour J. echoed this view in her discussion of why a dissent on a question of law, including an unreasonable conviction, or one that cannot be supported by the evidence, automatically triggers a right of appeal to this Court:

Criminal appeals on questions of law are based in part on the desire to ensure that criminal convictions are the product of error-free trials. Error-free trials are desirable as such, but even more so as a safeguard against wrongful convictions. [para. 26]

No one before us challenged the merits of this proposition, namely, that the purpose of these automatic appeal rights is to guard against miscarriages of justice. The *Criminal Code* provisions themselves reflect Parliament’s acknowledgment that a dissent on a question of law in a court of appeal, or a conviction entered for the first time on appeal, demands automatic review.

[61] The importance of preventing wrongful convictions cannot be overstated. As this Court held in *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, “[t]he avoidance of conviction and punishment of the innocent has long been in the forefront of ‘the basic

dans une affaire criminelle existe depuis que la Cour a été établie en 1875 (*Acte de la Cour Suprême et de l’Échiquier*, S.C. 1875, c. 11, art. 49). Le droit a été transféré au *Code criminel* en 1892 (voir *Code criminel de 1892*, S.C. 1892, c. 29, art. 750). Le professeur Peter H. Russell explique que le [TRADUCTION] « principal objet » d’un appel de plein droit à notre Cour dans une affaire criminelle est de rectifier les erreurs de droit entachant le procès pour infractions graves. Un désaccord entre les juges de la cour d’appel provinciale est considéré comme une preuve suffisante de la possibilité d’une telle erreur, justifiant le contrôle par notre Cour (« The Jurisdiction of the Supreme Court of Canada : Present Policies and a Programme for Reform » (1968), 6 *Osgoode Hall L.J.* 1, p. 13-14).

[60] Dans *Biniaris*, la juge Arbour a abondé dans ce sens dans son examen de la raison pour laquelle une dissidence au sujet d’une question de droit, y compris une déclaration de culpabilité qui est déraisonnable ou qui ne peut pas s’appuyer sur la preuve, donne automatiquement un droit d’appel à notre Cour :

Les appels sur des questions de droit en matière criminelle reposent en partie sur la volonté d’assurer que les déclarations de culpabilité criminelle résultent de procès dénués de toute erreur. Les procès dénués de toute erreur sont souhaitables en soi, mais à plus forte raison en tant que moyen d’éviter les déclarations de culpabilité erronées. [par. 26]

Personne n’a mis en doute devant nous le bien-fondé de cette proposition, à savoir que ces droits d’appel automatiques ont pour objet d’éviter les erreurs judiciaires. Les dispositions du *Code criminel* témoignent elles-mêmes de la reconnaissance par le Parlement qu’une dissidence sur une question de droit à la cour d’appel, ou une condamnation inscrite pour la première fois en appel, commande un contrôle automatique.

[61] L’importance d’empêcher les déclarations de culpabilité erronées ne saurait être surestimée. Comme l’a conclu notre Cour dans *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, « [l]e désir d’éviter que des innocents soient déclarés coupables et punis

tenets of our legal system'. It is reflected in the presumption of innocence under s. 11(d) of the *Charter* and in the elaborate rules governing the collection and presentation of evidence, fair trial procedures, and the availability of appeals" (para. 95). Robust procedural protections against wrongful convictions are crucial. The history of wrongful convictions such as those of Steven Truscott, David Milgaard and Donald Marshall Jr. are evidence of the unconscionable consequences of their absence. The very existence of wrongful convictions shows that the risk of miscarriages of justice is far from theoretical.

[62] The automatic appeal right under s. 691(1)(a) — available to any adult convicted of an indictable offence if a judge on a court of appeal has doubts about the validity of the conviction — is a significant safeguard against wrongful convictions and miscarriages of justice. It is premised on the common sense understanding that a dissent on a question of law at the court of appeal raises a legitimate question as to the validity of the conviction, necessitating final review by this Court regardless of whether or not the case would otherwise meet the Court's standard for leave to appeal.

[63] Where a court of appeal sets aside an acquittal and enters a guilty verdict for the first time on appeal, s. 691(2)(b) likewise provides a critical check on the safety of the verdict. When s. 691(2)(b) is triggered, the right of appeal to this Court is the accused person's *first* right of appeal. Without it, an offender acquitted at trial and then convicted by the court of appeal is left without a guarantee that his conviction will be reviewed by any court.

[64] Section 691(2)(b) operates when a court of appeal substitutes a finding of guilt for an acquittal entered at trial. When s. 691(2)(b) is triggered and a judge on the court of appeal dissents, the premise underlying s. 691(1)(a) continues to hold true. The dissent against the court of appeal's decision

est depuis longtemps à l'avant plan des "préceptes fondamentaux de notre système juridique". Cela se reflète dans la présomption d'innocence prévue à l'al. 11d) de la *Charte*, ainsi que dans les règles détaillées régissant la façon de recueillir la preuve et de la présenter, les règles de procédure visant à assurer un procès équitable et l'existence d'appels » (par. 95). Des protections procédurales solides contre les déclarations de culpabilité erronées sont cruciales. L'histoire des déclarations de culpabilité erronées comme celles de Steven Truscott, David Milgaard et Donald Marshall fils, témoigne des conséquences inacceptables de leur absence. L'existence même des déclarations de culpabilité erronées démontre que le risque d'erreur judiciaire est loin d'être théorique.

[62] Le droit d'appel automatique prévu à l'al. 691(1)a) — accordé à tout adulte condamné pour un acte criminel si le juge d'une cour d'appel a des doutes quant à la validité de la condamnation — est un garde-fou de taille contre les déclarations de culpabilité erronées et les erreurs judiciaires. Il repose sur l'idée logique qu'une dissidence sur une question de droit à la cour d'appel suscite un doute légitime quant à la validité de la condamnation, d'où la nécessité que notre Cour procède à un contrôle en dernier ressort, que la cause réponde ou non à la norme établie par la Cour en matière d'autorisation d'appel.

[63] Lorsqu'une cour d'appel annule un acquittement et inscrit un verdict de culpabilité pour la première fois en appel, l'al. 691(2)b) procure pareillement un contrôle essentiel de la sûreté du verdict. Lorsque l'al. 691(2)b) entre en jeu, le droit d'appel à notre Cour est le *premier* droit d'appel de l'accusé. Sans lui, le contrevenant acquitté au procès, puis déclaré coupable par la cour d'appel, se retrouve sans garantie que sa condamnation sera contrôlée par quelque tribunal que ce soit.

[64] L'alinéa 691(2)b) intervient lorsqu'une cour d'appel substitue un verdict de culpabilité à un acquittement inscrit au procès. Quand cet alinéa entre en jeu et un juge de la cour d'appel exprime une dissidence, la prémisse qui sous-tend l'al. 691(1)a) demeure exacte. La dissidence contre la décision de



to substitute a finding of guilt raises doubt as to the validity of that decision.

[65] Even when the decision to substitute a guilty finding is unanimous, however, s. 691(2)(b) serves, for adults, as an important check against miscarriages of justice. The purpose of the provision is plain. The reviewability of criminal convictions has “been an integral part of our criminal law system at least since the enactment of the *Criminal Code*” in 1892 (*R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (Ont. C.A.), at p. 42). Appeals are an “integral part of the criminal justice system in Canada”, which “protect against wrongful convictions and enhance the fairness of the process” (*R. v. R. (R.)*, 2008 ONCA 497, 90 O.R. (3d) 641, at para. 16). Accordingly, the *Criminal Code* provides for “virtually unfettered” first level appeals from findings of guilt (*R. (R.)*, at para. 19). Section 691(2)(b) is an expression of the basic concept that it is essential to a fair criminal justice system that anyone convicted of an indictable offence is entitled to at least one appeal from the initial finding of guilt, whether that finding is first entered at trial or on appeal. In this section, Parliament has determined that the availability of an appeal with leave does not provide a sufficient guarantee of first level review for adult offenders.

[66] These automatic appeal rights, are, of course, no guarantee against miscarriages of justice, but at the very least, in providing an automatic additional layer of judicial scrutiny, they offer a significant procedural safeguard. The question then is whether denying this procedural safeguard to young people violates s. 15 of the *Charter*.

[67] Having considered the substance of the benefit provided by an automatic appeal to this Court, some historical context about the youth justice system is now required.

[68] Young people have been subject to a separate criminal justice system since 1908. The philosophy of this system has evolved over time. A review of the system’s history shows a shift from a paternalistic model that limited young people’s procedural rights,

la cour d’appel de substituer un verdict de culpabilité fait douter de la validité de cette décision.

[65] Même si la décision de substituer un verdict de culpabilité est unanime, cependant, l’al. 691(2)(b) sert, pour les adultes, de garde-fou important contre les erreurs judiciaires. L’objectif de la disposition est clair. La possibilité de revoir les condamnations au criminel [TRADUCTION] « fait partie intégrante de notre système de droit criminel depuis au moins l’adoption du *Code criminel* » en 1892 (*R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.), p. 42). Les appels « font partie intégrante de la justice pénale au Canada », et ils « protègent contre les erreurs judiciaires et renforcent l’équité du système » (*R. c. R. (R.)*, 2008 ONCA 497, 90 O.R. (3d) 641, par. 16). Par conséquent, le *Code criminel* prévoit des appels de premier niveau « pratiquement sans limites » à l’encontre de verdicts de culpabilité (*R. (R.)*, par. 19). L’alinéa 691(2)(b) exprime l’idée de base voulant qu’il soit indispensable à un système de justice pénale équitable que toute personne reconnue coupable d’un acte criminel a droit à au moins un appel du premier verdict de culpabilité, que ce verdict ait été inscrit en premier lieu au procès ou en appel. À cet article, le Parlement a décidé que la possibilité de se pourvoir en appel sur autorisation n’offre pas une garantie suffisante de contrôle au premier niveau pour les délinquants adultes.

[66] Ces droits d’appel automatiques ne sont pas, bien entendu, des garanties contre les erreurs judiciaires, mais, en fournissant une étape supplémentaire d’examen judiciaire, ils offrent, à tout le moins, une protection procédurale importante. Il s’agit donc de savoir si le fait de refuser cette garantie procédurale aux adolescents viole l’art. 15 de la *Charte*.

[67] Ayant examiné la substance de l’avantage que procure un appel automatique devant notre Cour, un bref aperçu du contexte historique du système de justice pour les adolescents s’impose à ce stade.

[68] Les adolescents sont assujettis à un système de justice pénale distinct depuis 1908. La philosophie de ce système a évolué avec le temps. Un examen de l’histoire du système indique que celui-ci est passé d’un modèle paternaliste, qui limitait les

towards a due process model that recognizes young people as rights-bearing individuals who require enhanced procedural protections to accommodate their vulnerability. The evolution of rights of appeal within the youth justice system has followed a similar trajectory. Crucially, however, young people's access to this Court has lagged behind.

[69] Canada's first separate youth justice system was established under the *Juvenile Delinquents Act, 1908*, S.C. 1908, c. 40. The *Juvenile Delinquents Act* was animated by a welfare-oriented philosophy, with the court acting as *parens patriae*. Its purpose was expressed as follows:

31. . . . That the care and custody and discipline of a juvenile delinquent shall approximate as nearly as may be that which should be given by its parents, and that as far as practicable every juvenile delinquent shall be treated, not as a criminal, but *as a misdirected and misguided child, and one needing aid, encouragement, help and assistance.*

[70] In furtherance of the *Juvenile Delinquents Act's* underlying philosophy, young people's legal rights were deliberately limited. The "treatment-based philosophy underlying the legislation necessitated a system based on both procedural and dispositional paternalism because the emphasis in the [*Juvenile Delinquents Act*] was on helping the juvenile delinquent as quickly as possible" (Janet Bolton, et al., "The *Young Offenders Act*: Principles and Policy — The First Decade in Review" (1993), 38 *McGill L.J.* 939, at p. 947).

[71] Consequently, under the *Juvenile Delinquents Act*, young people were afforded few procedural protections. A first level of appeal was only available by special leave, if a judge of the Superior Court was of the view that "in the particular circumstances of the case it is essential in the public interest or for the due administration of justice that such leave be granted" (*Juvenile Delinquents Act, 1929*, S.C. 1929, c. 46, s. 37(1) and (2)). The restriction on appeals was justified by the view that the expeditious resolution

droits procéduraux des adolescents, à un modèle d'application régulière de la loi, qui reconnaît les adolescents comme des individus porteurs de droits qui ont besoin de mesures procédurales supplémentaires pour prendre en compte leur vulnérabilité. L'évolution des droits d'appel au sein du système de justice pour les adolescents a suivi une trajectoire semblable. Un point essentiel, toutefois, l'accès des adolescents à notre Cour traîne de la patte.

[69] Le premier système de justice distinct pour les adolescents a été établi sous le régime de la *Loi des jeunes délinquants, 1908*, S.C. 1908, c. 40. La *Loi des jeunes délinquants* était animée par une philosophie axée sur le bien-être, le tribunal agissant comme *parens patriae*. Son objet était exprimé en ces termes :

31. . . . que le soin, la surveillance et la discipline d'un jeune délinquant ressemblent autant que possible à ceux qui lui seraient donnés par ses parents, et que, autant qu'il est praticable, chaque jeune délinquant soit traité, non comme un criminel, mais *comme un enfant mal dirigé, ayant besoin d'aide, d'encouragement et de secours.*

[70] Conformément à la philosophie sous-jacente de la *Loi des jeunes délinquants*, les droits juridiques des adolescents étaient délibérément limités. La [TRADUCTION] « philosophie axée sur le traitement qui sous-tendait la loi nécessitait un système fondé sur le paternalisme, tant au plan de la procédure qu'à celui du résultat, parce que la [*Loi des jeunes délinquants*] avait pour objet principal de venir en aide au jeune délinquant le plus vite possible » (Janet Bolton et autres, « The *Young Offenders Act* : Principles and Policy — The First Decade in Review » (1993), 38 *R.D. McGill* 939, p. 947).

[71] Par conséquent, sous le régime de la *Loi des jeunes délinquants*, les adolescents jouissaient de peu de protections procédurales. Il n'était possible de former un appel de premier niveau que sur autorisation spéciale, si un juge de la cour supérieure considérait que « dans les circonstances particulières du cas il est essentiel dans l'intérêt public ou pour la bonne administration de la justice que cette permission soit accordée » (*Loi des jeunes délinquants, 1929*, S.C. 1929, c. 46, par. 37(1) et (2)). La restriction touchant

of young people's criminal cases should be prioritized over due process rights (see Nicholas Bala and Sanjeev Anand, *Youth Criminal Justice Law* (3rd ed. 2012), at p. 466; see also Department of Justice, Committee on Juvenile Delinquency, *Juvenile Delinquency in Canada: The Report of the Department of Justice Committee on Juvenile Delinquency* (1965), at pp. 154-55 (“*Juvenile Delinquency in Canada*”).

[72] By the 1960s, the *Juvenile Delinquents Act* had attracted attention for failing to provide adequate legal rights to young people. The limitation on appeals was subject to specific criticism. The Department of Justice Report entitled *Juvenile Delinquency in Canada* argued that the existing system for accessing appeals was “unduly restrictive” and recommended that the young person and the Crown be given direct access to the court of appeal on questions of law (pp. 154-55).

[73] The *Juvenile Delinquents Act* was replaced in 1984 by the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1, marking a significant shift in Canada's philosophical approach to youth justice. The enactment of the *Charter* in 1982 provided the impetus for Parliament to expand the legal protections given to young people facing criminal charges (see Nicholas Bala, “Changing Professional Culture and Reducing Use of Courts and Custody For Youth: *The Youth Criminal Justice Act* and Bill C-10” (2015), 78 *Sask. L. Rev.* 127, at p. 131).

[74] One of the *Young Offenders Act*'s guiding themes was that young people should be afforded the same rights to due process and fair and equal treatment as adults (see *R. v. J. (J.T.)*, [1990] 2 S.C.R. 755, at p. 779, per L'Heureux-Dubé J. (dissenting), citing the Solicitor General's Office report, *The Young Offenders Act: Highlights* (1981), at p. 4). Its Declaration of Principle, articulated in s. 3, announced that “young persons have rights and freedoms in their own right, including those stated in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*” (see s. 3(1)(e)), giving young people a substantial suite of procedural protections for the first time. These rights

les appels était justifiée par l'idée que le règlement rapide des affaires criminelles intéressant les adolescents devait l'emporter sur les droits à l'application régulière de la loi (voir Nicholas Bala et Sanjeev Anand, *Youth Criminal Justice Law* (3<sup>e</sup> éd. 2012), p. 466; voir aussi ministère de la Justice, Comité sur la délinquance juvénile, *Délinquance juvénile au Canada : rapport du Comité du ministère de la Justice sur la délinquance juvénile* (1965), p. 168-169 (« *Délinquance juvénile au Canada* »).

[72] Déjà dans les années 1960, on reprochait à la *Loi sur les jeunes délinquants* de ne pas fournir des droits juridiques adéquats aux adolescents. La limitation des appels faisait l'objet de critiques particulières. Le rapport du ministère de la Justice intitulé *Délinquance juvénile au Canada* soutenait que le mécanisme d'accès aux appels était « indûment restrictif » et recommandait que l'adolescent et la Couronne se voient donner l'accès direct à la cour d'appel sur des questions de droit (p. 168-169).

[73] La *Loi sur les jeunes délinquants* a été remplacée en 1984 par la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, c. Y-1, ce qui marquait un virage important dans l'approche philosophique du Canada à l'égard de la justice pour les adolescents. L'adoption de la *Charte* en 1982 a poussé le Parlement à étendre les protections juridiques conférées aux adolescents qui font face à des accusations criminelles (voir Nicholas Bala, « Changing Professional Culture and Reducing Use of Courts and Custody For Youth : *The Youth Criminal Justice Act* and Bill C-10 » (2015), 78 *Sask. L. Rev.* 127, p. 131).

[74] Un des thèmes directeurs de la *Loi sur les jeunes contrevenants* était que les jeunes devaient pouvoir bénéficier des mêmes droits que les adultes à l'application régulière de la loi et à un traitement juste et égal (voir *R. c. J. (J.T.)*, [1990] 2 R.C.S. 755, p. 779, la juge L'Heureux-Dubé (dissidente), citant le rapport du bureau du Solliciteur général, *La Loi sur les jeunes contrevenants : Points saillants* (1981), p. 4). Sa déclaration de principes, formulée à l'art. 3, annonçait que « les adolescents jouissent, à titre propre, de droits et libertés, au nombre desquels figurent ceux qui sont énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* » (voir l'al. 3(1)(e)),

included rights of appeal, which acknowledged that unless there is a valid conviction in accordance with correct legal principles, there is no “offender” to hold accountable (Bala and Anand, at p. 466).

[75] Section 27(1)<sup>4</sup> of the *Young Offenders Act* incorporated the provisions respecting appeals for indictable offences in the *Criminal Code* into the youth justice system. This would have included automatic rights to appeal to this Court, but s. 27(5)<sup>5</sup> stipulated that a young person was required to obtain leave before an appeal to this Court could be heard:

(5) No appeal lies pursuant to subsection (1) from a judgment of the court of appeal in respect of a finding of guilt or an order dismissing an information to the Supreme Court of Canada unless leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada within twenty-one days after the judgment of the court of appeal is pronounced or within such extended time as the Supreme Court of Canada or a judge thereof may, for special reasons, allow.

[76] In a case involving statutory interpretation, this Court said in *obiter* that this limitation reflected “[t]he policy favouring the early resolution of the adjudicative stage in order to facilitate commencement of rehabilitation” (*C. (T.L.)*, at p. 1016). In this way, it aligned with the *parens patriae* approach to youth justice that prevailed under the predecessor legislation, the *Juvenile Delinquents Act*.

[77] The *Young Offenders Act* was replaced in 2003 by the current legislation, the *Youth Criminal Justice Act*. Like the *Young Offenders Act*, the *YCJA*’s Declaration of Principle recognizes that “young persons have rights and freedoms in their own right” (s. 3(1)(d)(i)). But the *YCJA*’s Declaration of Principle goes further. It states that the criminal justice system for young persons must emphasize “*enhanced procedural protection* to ensure that

conférant aux jeunes une série considérable de protections procédurales pour la première fois. Ces droits comprenaient des droits d’appel, qui confirmaient qu’à défaut d’une déclaration de culpabilité valide fondée sur les bons principes de droit, il n’y a aucun « contrevenant » à qui on peut imputer de responsabilité (Bala et Anand, p. 466).

[75] Le paragraphe 27(1)<sup>4</sup> de la *Loi sur les jeunes contrevenants* a incorporé les dispositions du *Code criminel* relatives aux appels en ce qui concerne les actes criminels dans le système de justice pour les adolescents. Ceci aurait compris les droits d’appel automatiques à notre Cour, mais le par. 27(5)<sup>5</sup> prévoyait qu’un adolescent devait obtenir l’autorisation avant qu’un appel à notre Cour puisse être instruit :

(5) Les jugements de la cour d’appel portant sur la déclaration de culpabilité ou sur l’ordonnance ayant rejeté une dénonciation ne sont pas susceptibles d’appel à la Cour suprême du Canada en vertu du paragraphe (1), sauf si celle-ci a donné une autorisation d’appel dans les vingt et un jours du prononcé du jugement ou dans un délai plus long qu’elle ou un de ses juges a accordé pour des motifs spéciaux.

[76] Dans une affaire en matière d’interprétation législative, notre Cour a affirmé, dans une remarque incidente, que cette restriction reflétait « [l]a politique générale consistant à privilégier une résolution rapide de l’étape judiciaire afin de faciliter le passage à l’étape de réinsertion » (*C. (T.L.)*, p. 1016). La restriction était ainsi conforme à l’approche *parens patriae* de la justice pour adolescents qui prévalait sous le régime de la loi précédente, la *Loi sur les jeunes délinquants*.

[77] La *Loi sur les jeunes contrevenants* a été remplacée en 2003 par la loi actuelle, la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*. À l’instar de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, la déclaration de principes de la *LSJPA* reconnaît que « les adolescents jouissent, et ce personnellement, de droits et libertés » (sous-al. 3(1)d(i)). Toutefois, la déclaration de principes de la *LSJPA* va plus loin. Elle affirme que le système de justice pénale pour

<sup>4</sup> rep. & sub. c. 24 (2nd supp.), s. 20.

<sup>5</sup> rep. & sub. c. 24 (2nd supp.), s. 20.

<sup>4</sup> abr. & rempl. c. 24 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 20.

<sup>5</sup> abr. & rempl. c. 24 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 20.

young persons are treated fairly and that their rights . . . are protected” (s. 3(1)(b)(iii)). In accordance with this principle, the *YCJA* affords young people a wide range of supplementary rights and procedural protections (see *K.J.M.*, at para. 142, per Abella and Brown JJ.).

[78] Subsections 27(1) and (5) of the *Young Offenders Act* were replaced without substantive changes by subsections 37(1) and (10) of the *YCJA*. In other words, despite its emphasis on providing young people with procedural protection, access to this Court by way of appeal remained limited under the *YCJA* as it had been under the *Young Offenders Act*. C.P. argues that the deprivation of this procedural benefit perpetuates young people’s unique disadvantage within the criminal justice system.

[79] This Court has repeatedly recognized that young people are distinctively vulnerable in the criminal justice context. In *R. v. D.B.*, [2008] 2 S.C.R. 3, this Court held that the *YCJA*’s presumptive offence regime, which listed a set of offences to which an adult sentence presumptively applied, violated s. 7 of the *Charter*. The Court explained that Canada has a separate youth justice system for a reason, namely, that “because of their age, young people have heightened vulnerability” (para. 41). Further, the Court held that:

A young person should receive, at the very least, *the same procedural benefit afforded to a convicted adult on sentencing*, namely, that the burden is on the Crown to demonstrate why a more severe sentence is necessary and appropriate in any given case. The onus on the young person reverses this traditional onus on the Crown and is, consequently, a breach of s. 7. [Emphasis added; para. 82.]

[80] *D.B.* constitutionalized the special status of young people in the criminal justice system in light of their distinctive vulnerability. It also recognized, in the context of sentencing, that procedural rules

les adolescents doit mettre l’accent sur « *la prise de mesures procédurales supplémentaires* pour leur assurer un traitement équitable et la protection de leurs droits » (sous-al. 3(1)(b)(iii)). Conformément à ce principe, la *LSJPA* confère aux adolescents une vaste gamme de droits et de mesures procédurales supplémentaires (voir *K.J.M.*, par. 142, les juges Abella et Brown).

[78] Les paragraphes 27(1) et (5) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* ont été remplacés sans modifications de fond par les par. 37(1) et (10) de la *LSJPA*. Autrement dit, même si la *LSJPA* dit conférer aux adolescents des mesures procédurales, l’accès à notre Cour par voie d’appel est demeuré restreint sous le régime de cette loi, comme il l’avait été sous le régime de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. C.P. plaide que le déni de cet avantage procédural perpétue le désavantage unique dont souffrent les adolescents dans le système de justice pénale.

[79] Notre Cour a reconnu à maintes reprises que les adolescents sont particulièrement vulnérables dans le contexte de la justice pénale. Dans *R. c. D.B.*, [2008] 2 R.C.S. 3, notre Cour a statué que le régime d’infractions désignées de la *LSJPA* — qui énumérait un ensemble d’infractions emportant la peine applicable aux adultes par présomption — violait l’art. 7 de la *Charte*. La Cour a expliqué que le Canada a un système distinct de justice pour les adolescents pour une raison, à savoir « qu’en raison de leur âge les adolescents sont plus vulnérables, moins matures et moins aptes à exercer un jugement moral » (par. 41). De plus, la Cour a tiré la conclusion suivante :

Un adolescent devrait bénéficier, tout au moins, *du même avantage procédural dont l’adulte déclaré coupable bénéficie au moment de la détermination de la peine*, à savoir qu’il incombe au ministère public de démontrer pourquoi une peine plus sévère est nécessaire et appropriée dans un cas donné. Le fardeau qui incombe à l’adolescent a pour effet d’inverser ce fardeau traditionnel du ministère public et viole donc l’art. 7. [Je souligne; par. 82.]

[80] L’arrêt *D.B.* a constitutionnalisé le statut particulier des adolescents dans le système de justice pénale, vu leur vulnérabilité particulière. Il a en outre reconnu, dans le contexte de la détermination de la

that benefit adults must apply equally in youth proceedings.

[81] That same year, in *R. v. L.T.H.*, [2008] 2 S.C.R. 739, Fish J. emphasized the importance of the enhanced procedural protections that govern the admissibility of statements made by young people to authority figures. He explained that these protections are justified on the basis that the “procedural and evidentiary safeguards available to adults do not adequately protect young persons, who are presumed on account of their age and relative unsophistication to be more vulnerable than adults” (para. 3). In particular, Fish J. found that young people are vulnerable because they “generally do not understand their legal rights as well as adults, are less likely to assert those rights in the face of a confrontation with a person in authority and are more susceptible to the pressures of interrogation” (para. 24).

[82] One year later, in *R. v. S.J.L.*, [2009] 1 S.C.R. 426, this Court held that if a young person and an adult are alleged to have committed an offence in tandem, they must be tried separately. Deschamps J. held that the creation of the youth justice system “was based on recognition of the presumption of diminished moral blameworthiness of young persons and on their heightened vulnerability in dealing with the justice system” (para. 64). A joint trial would “be inconsistent with the governing principle of the *YCJA*, which maintains a justice *system* for young people that is separate from the system for adults” (para. 56 (emphasis in original)).

[83] In response to these cases, Parliament amended the *YCJA* in 2012<sup>6</sup> and updated its Declaration of Principle at s. 3(1)(b). The emphasis on enhanced procedural protection for young people was preserved at s. 3(1)(b)(iii).

[84] Professors Nicholas Bala and Sanjeev Anand explain the relationship between young people’s

peine, que les règles de procédure dont bénéficient les adultes doivent s’appliquer également dans les procédures intentées contre des adolescents.

[81] La même année, dans l’arrêt *R. c. L.T.H.*, [2008] 2 R.C.S. 739, le juge Fish a souligné l’importance des mesures procédurales supplémentaires qui régissent l’admissibilité de déclarations faites par des adolescents à des personnes en autorité. Il a expliqué que ces protections étaient justifiées du fait que « les garanties offertes aux adultes en matière de procédure et de preuve ne protègent pas adéquatement les adolescents qui, du fait de leur âge et de leur discernement relativement moins élevé, sont présumés être plus vulnérables que les adultes » (par. 3). En particulier, le juge Fish a conclu que les adolescents sont vulnérables parce que, « en règle générale, les adolescents comprennent moins bien leurs garanties juridiques que les adultes, sont moins susceptibles de les faire valoir lorsqu’ils sont en présence d’une personne en autorité et sont plus faciles à influencer pendant un interrogatoire » (par. 24).

[82] Un an plus tard, dans l’arrêt *R. c. S.J.L.*, [2009] 1 R.C.S. 426, notre Cour a statué que si un adolescent et un adulte ont prétendument commis une infraction ensemble, ils doivent être jugés séparément. La juge Deschamps a statué que la création du système de justice pour les adolescents « est fondée sur la reconnaissance de la présomption de culpabilité morale moindre des adolescents et de leur plus grande vulnérabilité face au système judiciaire » (par. 64). Un procès conjoint serait « incompatible avec le principe directeur de la *LSJPA* qui maintient, pour les adolescents, un *système* de justice distinct de celui des adultes » (par. 56 (en italique dans l’original)).

[83] En réaction à ces arrêts, le Parlement a modifié la *LSJPA* en 2012<sup>6</sup> et mis à jour sa déclaration de principes à l’al. 3(1)(b). L’accent mis sur la prise de mesures procédurales supplémentaires pour les adolescents a été maintenu au sous-al. 3(1)(b)(iii).

[84] Les professeurs Nicholas Bala et Sanjeev Anand expliquent de façon convaincante la relation

<sup>6</sup> See 2012, c. 1, s. 168(2).

<sup>6</sup> Voir 2012, c. 1, par. 168(2).

vulnerability and their concomitant need for enhanced procedural protection compellingly:

The underlying rationale for giving greater legal protections to young persons than to adults — like the rationale for the limited accountability of adolescents — is their intellectual, social, and psychological immaturity. Adolescents are less likely to appreciate the significance of the legal process and the legal consequences of the decisions they are required to make. They generally do not fully understand and appreciate their rights and are likely unable to exercise them fully without assistance. Adolescents are also likely to have greater difficulty in formulating realistic plans and advocating for their views in the youth justice system. They may also be more vulnerable to pressure from the police and other agents of the state. [p. 164]

[85] In short, the enhanced procedural protections afforded to young people in the youth justice system are not gratuitous benefits. They are directly responsive to the vulnerability and concomitant disadvantage that inheres in young people because of their age. Sometimes young people will be entitled to the same procedural protections as adults, and sometimes different protections will be required. The *YCJA* does not and need not strive for line by line parity with the *Criminal Code* and none of our *YCJA* jurisprudence advances this hyperbolic proposition. The question before us is not whether young people should be entitled to *all* procedural rights afforded to adults; it is about s. 37(10) of the *YCJA*, and whether s. 15(1) of the *Charter* entitles young people to the automatic rights of appeal available to adults. The answer to this question depends on whether the deprivation of the rights to appeal to this Court reinforces, perpetuates or exacerbates young people's disadvantage within the criminal justice system.

[86] Clearly it does. It deprives young people of what is acknowledged to be a significant safeguard against wrongful convictions for adults, despite the evidence that young people are more vulnerable to them than adults. A recent report of the Federal/

entre la vulnérabilité des adolescents et leur besoin corrélatif de mesures procédurales supplémentaires :

[TRADUCTION] La raison d'être de l'octroi de protections juridiques plus importantes aux adolescents qu'aux adultes — à l'instar de la raison d'être de la responsabilité limitée des adolescents — est leur immaturité intellectuelle, sociale et psychologique. Les adolescents sont moins susceptibles d'apprécier l'importance du processus judiciaire et les conséquences juridiques des décisions que l'on attend d'eux. En règle générale, ils ne comprennent ni n'apprécient entièrement leurs droits et ils sont vraisemblablement incapables de les exercer pleinement sans assistance. Qui plus est, les adolescents ont vraisemblablement plus de difficulté à formuler des plans réalistes et à faire valoir leurs points de vue dans le système de justice pour adolescents. Ils peuvent de surcroît être plus vulnérables aux pressions exercées par des policiers et d'autres agents de l'État. [p. 164]

[85] En somme, les mesures procédurales supplémentaires accordées aux adolescents dans le système de justice qui leur est réservé ne sont pas des avantages gratuits. Elles pallient directement la vulnérabilité et le désavantage corrélatif qui sont propres aux adolescents en raison de leur âge. Parfois, les adolescents ont droit aux mêmes protections procédurales que les adultes, et parfois, des mesures différentes s'imposeront. La *LSJPA* ne vise pas la concordance, ligne par ligne, avec le *Code criminel* et elle n'a pas à le faire, et aucun de nos arrêts sur la *LSJPA* ne fait valoir cette proposition hyperbolique. La question dont nous sommes saisis ne consiste pas à décider si les adolescents devraient bénéficier de *tous* les droits procéduraux accordés aux adultes; elle concerne le par. 37(10) de la *LSJPA*, et consiste à se demander si le par. 15(1) de la *Charte* confère aux adolescents les droits d'appel automatiques dont disposent les adultes. La réponse à cette question est tributaire de celle de savoir si la privation des droits de se pourvoir en appel à notre Cour renforce, perpétue ou accentue le désavantage subi par les adolescents dans le système de justice pénale.

[86] C'est manifestement le cas. Elle prive les adolescents de ce qui est reconnu comme une garantie importante contre les condamnations injustifiées visant des adultes, en dépit de la preuve que les adolescents sont plus enclins à faire l'objet de telles

Provincial/Territorial Heads of Prosecutions Subcommittee on the Prevention of Wrongful Convictions identifies young people as a population that is at risk of wrongful convictions, explaining:

Ample research now suggests that young persons are also more vulnerable to wrongful convictions, as compared to adults, for a variety of age-related reasons. The nature of the young developing brain is considered a key factor. In essence, youthful brains are wired differently, and those underdeveloped brains result in young persons being poor decision-makers, in contrast to adults. Experts across disciplines point to a trilogy of judgments by the United States Supreme Court, including *Roper v Simmons* where the Court acknowledged the scientific evidence that young persons are less mature, less able to assess risks and long-term consequences of their conduct, more vulnerable to external pressures and more compliant to authority. As a result, the traits that make young persons different from adults cognitively, socially and emotionally, may also make them particularly susceptible to the recognized systemic factors that contribute to wrongful convictions.

*(Innocence at Stake: The Need for Continued Vigilance to Prevent Wrongful Convictions in Canada, 2018 (online), at p. 243.)*

[87] Research from the United States also develops the contours of the unique vulnerability of young people, including that they are more suggestible and compliant than adults during police questioning and are less likely to understand their legal rights. These traits are significant risk factors for wrongful findings of guilt (Emily West and Vanessa Meterko, “Innocence Project: DNA Exonerations, 1989-2014: Review of Data and Findings from the First 25 Years” (2016), 79 *Alb. L. Rev.* 717, at pp. 728, 759-60, 763 and 783; Saul M. Kassin, et al., “Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations” (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3). The research also demonstrates that the risk of wrongful findings of guilt is increased when young people are denied the due process protections afforded to adults (Steven

condamnations que les adultes. Un rapport récent du Sous-comité fédéral-provincial-territorial des chefs des poursuites pénales sur la prévention des erreurs judiciaires identifie les adolescents comme une population à risque de condamnations injustifiées, expliquant ce qui suit :

De nombreux travaux de recherche laissent entendre que les jeunes sont également plus enclins à faire l’objet de condamnations injustifiées que les adultes, et ce pour diverses raisons liées à l’âge. Un facteur essentiel est la nature de leur développement cérébral. En substance, les cerveaux des jeunes fonctionnent de manière différente et lorsqu’ils ne sont pas complètement développés, ceux-ci prennent de mauvaises décisions, contrairement aux adultes. Les experts dans tous les domaines soulignent 3 jugements de la Cour suprême des États-Unis, notamment *Roper v. Simmons* dans laquelle celle-ci a reconnu la preuve scientifique selon laquelle les jeunes sont moins matures, moins en mesure d’évaluer les risques et les conséquences à long terme de leur conduite, plus vulnérables aux pressions externes et plus influençables relativement à l’autorité. Par conséquent, il se peut que les caractéristiques qui différencient les jeunes des adultes en matière cognitive, sociale et émotionnelle les rendent toutefois particulièrement vulnérables aux facteurs systémiques reconnus qui contribuent aux condamnations injustifiées.

*(L’innocence en péril : la nécessité de vigilance continue afin de prévenir les condamnations injustifiées au Canada, 2018 (en ligne), p. 263.)*

[87] Des études provenant des États-Unis font elles aussi état de la vulnérabilité particulière des adolescents, notamment qu’ils sont plus influençables et soumis que les adultes pendant des interrogatoires policiers et moins susceptibles de comprendre leurs droits. Ces traits sont des facteurs de risque importants pour des verdicts erronés de culpabilité (Emily West et Vanessa Meterko, « Innocence Project : DNA Exonerations, 1989-2014 : Review of Data and Findings from the First 25 Years » (2016), 79 *Alb. L. Rev.* 717, p. 728, 759-760, 763 et 783; Saul M. Kassin et autres, « Police-Induced Confessions : Risk Factors and Recommendations » (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3). Les études démontrent aussi que le risque de verdicts erronés de culpabilité augmente lorsque les adolescents sont



A. Drizin and Greg Luloff, “Are Juvenile Courts a Breeding Ground for Wrongful Convictions?” (2007), 34 *N. Ky. L. Rev.* 257, at p. 260; Joshua A. Tepfer, Laura H. Nirider and Lynda M. Tricarico, “Arresting Development: Convictions of Innocent Youth” (2010), 62 *Rutgers L. Rev.* 887).

[88] *D.B.* explained the unique disadvantages of young people in the criminal justice system: their “heightened vulnerability, less maturity and a reduced capacity for moral judgment” (para. 41). Moreover, it is important to stress that the vulnerability experienced by young people in general is amplified for those young people who are indigenous or members of racial minorities. The unfortunate reality, as this Court recently pointed out in *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692, is that “being frequently targeted, stopped, and subjected to pointed and familiar questions” by police is a “common and shared experience” for racialized youth (para. 97). These young people disproportionately interact with the criminal justice system for a complex variety of reasons, which include both direct and systemic racial discrimination within the system (Bala and Anand, at pp. 58-59; Robin T. Fitzgerald and Peter J. Carrington, “Disproportionate Minority Contact in Canada: Police and Visible Minority Youth” (2011), 53 *C.J.C.C.J.* 449, at pp. 450-54 and 473; Carla Cesaroni, Chris Grol and Kaitlin Fredericks, “Overrepresentation of Indigenous youth in Canada’s Criminal Justice System: Perspectives of Indigenous young people” (2019), 52 *Austl. & N.Z. J. Crim.* 111, at p. 112; Nate Jackson, “Aboriginal Youth Overrepresentation in Canadian Correctional Services: Judicial and Non-Judicial Actors and Influence” (2015), 52 *Alta. L. Rev.* 927, at pp. 929-32).

[89] This is not a new phenomenon, either in the public’s or in the judiciary’s consciousness. Since *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), courts have acknowledged the wide range of ways the criminal justice system can disproportionately affect accused persons in these groups (*R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, [2012] 1 S.C.R. 433). If being indigenous or a racial minority can

privés des garanties d’application régulière de la loi accordées aux adultes (Steven A. Drizin et Greg Luloff, « Are Juvenile Courts a Breeding Ground for Wrongful Convictions? » (2007), 34 *N. Ky. L. Rev.* 257, p. 260; Joshua A. Tepfer, Laura H. Nirider et Lynda M. Tricarico, « Arresting Development : Convictions of Innocent Youth » (2010), 62 *Rutgers L. Rev.* 887).

[88] L’arrêt *D.B.* explique les désavantages uniques que subissent les adolescents dans le système de justice pénale : ils « sont plus vulnérables, moins matures et moins aptes à exercer un jugement moral » (par. 41). Qui plus est, il est important de souligner que la vulnérabilité vécue par les adolescents en général est amplifiée dans le cas des jeunes qui sont autochtones ou membres de minorités raciales. La triste réalité, comme notre Cour l’a récemment rappelé dans *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692, est que l’« expérience commune » des adolescents racialisés est qu’ils sont « fréquemment pris pour cibles, appréhendés et appelés à répondre à des questions ciblées et familières » par les policiers (par. 97). Ces jeunes interagissent de façon disproportionnée avec le système de justice pénale pour une variété complexe de raisons, qui comprennent de la discrimination directe et systémique au sein du système (Bala et Anand, p. 58-59; Robin T. Fitzgerald et Peter J. Carrington, « Disproportionate Minority Contact in Canada : Police and Visible Minority Youth » (2011), 53 *C.J.C.C.J.* 449, p. 450-454 et 473, Carla Cesaroni, Chris Grol et Kaitlin Fredericks, « Overrepresentation of Indigenous youth in Canada’s Criminal Justice System : Perspectives of Indigenous young people » (2019), 52 *Austl. & N.Z. J. Crim.* 111, p. 112; Nate Jackson, « Aboriginal Youth Overrepresentation in Canadian Correctional Services : Judicial and Non-Judicial Actors and Influence » (2015), 52 *Alta. L. Rev.* 927, p. 929-932).

[89] Ce phénomène n’a rien de nouveau, que ce soit dans l’esprit du public ou dans celui de la magistrature. Depuis l’arrêt *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), les tribunaux ont reconnu les nombreuses façons dont le système de justice pénale peut toucher de manière disproportionnée les accusés qui font partie de ces groupes (*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, [2012] 1 R.C.S. 433). Si le

have a disparately negative impact on *adult* accused persons, the double jeopardy vulnerability of being both a young accused *and* a member of a racial minority follows regrettably and inexorably (see Robert Mason, Library of Parliament, *Wrongful Convictions in Canada*, Background Paper 77-E, September 23, 2020, at p. 10).

[90] All this confirms that young people are particularly vulnerable to wrongful convictions in the criminal justice system, and are in any event no less vulnerable to them than are adults. Yet s. 37(10) of the *YCJA* deprives young people of the benefit of an automatic right to appeal to this Court when a judge on the court of appeal has identified a risk of legal error, a benefit that has long been available to adult accused people. Moreover, by virtue of its effect on s. 691(2) of the *Criminal Code*, s. 37(10) of the *YCJA* deprives young people who are found guilty for the first time by a court of appeal of the right to have their case reviewed *at all*. This deprivation demonstrably perpetuates young people's disadvantage within the criminal justice system. It is a holdover from an antiquated and paternalistic model of youth justice and deprives young people of a procedural safeguard designed to reduce the risk of miscarriages of justice.

[91] It would be untenable to suggest that young persons are less worthy of protection from miscarriages of justice than adults. As *D.B.* pointed out, the very philosophy and purpose of the *YCJA*, with its emphasis on providing substantial procedural protections for young persons, argues for procedures to prevent the ultimate disadvantage, namely, a wrongful conviction.

[92] The Crown argues that the leave to appeal process is an adequate substitute for an automatic right of appeal. But the process in the regular application for leave to appeal stage is by its very nature less intensive than the scrupulous search for legal error conducted during a hearing on the merits. As the Crown acknowledges in its factum, “[t]he leave process is designed to be more streamlined than the

fait d’être autochtone ou d’appartenir à une minorité raciale peut avoir un effet démesurément négatif sur les accusés *adultes*, le fait d’être un adolescent accusé *et* un membre d’une minorité raciale donne regrettamment et inexorablement lieu à une sorte de double péril (voir Robert Mason, Bibliothèque du Parlement, *Condamnations injustifiées au Canada*, étude générale 77-F, 23 septembre 2020, p. 10).

[90] Tout ceci confirme que les adolescents sont particulièrement vulnérables aux condamnations injustifiées au sein du système de justice pénale et qu’ils sont, en tout état de cause, non moins vulnérables à celles-ci que les adultes. Pourtant, le par. 37(10) de la *LSJPA* prive les adolescents de l’avantage d’un droit d’appel automatique à notre Cour lorsqu’un juge de la cour d’appel a cerné un risque d’erreur de droit, un avantage dont bénéficient depuis longtemps les accusés adultes. Qui plus est, de par l’effet qu’il a sur le par. 691(2) du *Code criminel*, le par. 37(10) de la *LSJPA* prive les adolescents reconnus coupables la première fois par une cour d’appel du droit à *quelque* examen *que ce soit* de leur dossier. Cette privation perpétue manifestement le désavantage dont souffrent les adolescents au sein du système de justice pénale. C’est un vestige du modèle désuet et paternaliste de justice pour les adolescents qui prive ces derniers d’une garantie procédurale conçue pour réduire le risque d’erreurs judiciaires.

[91] Il serait insoutenable de prétendre que les adolescents méritent moins de protection contre les erreurs judiciaires que les adultes. Comme le souligne l’arrêt *D.B.*, la philosophie et l’objet mêmes de la *LSJPA*, qui met l’accent sur la fourniture de mesures procédurales solides aux adolescents, militent en faveur de procédures pour empêcher le désavantage à son comble, à savoir une condamnation injustifiée.

[92] La Couronne prétend que le processus d’autorisation d’appel est un substitut adéquat à un droit d’appel automatique. Toutefois, la marche à suivre à l’étape de la demande d’autorisation d’appel ordinaire est, de par sa nature même, moins intensive que la recherche minutieuse d’une erreur de droit effectuée lors d’une instruction sur le fond. Ainsi que le reconnaît la Couronne dans son mémoire,

appeal process” (para. 56). While this Court strives to detect any sign that a miscarriage of justice may have occurred at the leave to appeal stage, the fact remains that an application for leave to appeal does not involve a screening for error in the level of depth that characterizes an appeal on the merits. Leave to appeal decisions are made without an oral hearing or the benefit of the full record on which to assess any legal infirmities.

[93] The Crown also argues that this Court could alleviate the disadvantageous impact of s. 37(10) by applying a lower standard to leave to appeal decisions involving youth justice. It is worth noting that the Crown’s argument on discretion was used, unsuccessfully, to justify the sentencing provisions that were deemed unconstitutional in *D.B.* Those provisions left the ultimate issue of whether to impose an adult sentence on a young person in the discretion of the sentencing judge. The Court found, however, that the existence of discretion did not make them any less infringing of young people’s s. 7 right to liberty. The same reasoning applies here. Even though this Court could theoretically exercise its discretion in a way that reduces the unconstitutional effects of s. 37(10), this does not render an unconstitutional provision constitutional.

[94] Nor am I persuaded by the Crown’s argument that there is no disadvantage because there are many other procedural benefits available to young people in the *YCJA*. This evokes Sopinka J.’s *obiter* statement in 1994 in *C. (T.L.)* that it is “difficult to accept that a young offender can select one aspect of the [adult] scheme and claim entitlement to the equal benefit of it with adults without taking into account the many related benefits accorded to young persons which are denied to adults” (pp. 1017-18). It is important to remember not only that these comments were made in *obiter*, but that the issue in that case

[TRANSLATION] « [l]e processus d’autorisation d’appel est censé être plus simple que la procédure d’appel » (par. 56). Bien que notre Cour s’efforce de déceler tout signe qu’une erreur judiciaire est peut-être survenue à l’étape de l’autorisation d’appel, il n’en demeure pas moins qu’une demande d’autorisation d’appel ne donne pas lieu à un contrôle d’erreurs aussi approfondi que celui qui caractérise un pourvoi sur le fond. Les décisions portant sur la demande d’autorisation d’appel sont prises sans la tenue d’une audience, ou l’avantage de l’intégralité du dossier pour évaluer tout vice juridique.

[93] La Couronne soutient en outre que notre Cour pourrait alléger l’effet désavantageux du par. 37(10) en appliquant une norme moins rigoureuse aux décisions sur autorisation d’appel en matière de justice pour adolescents. Il vaut la peine de signaler que l’argument de la Couronne quant au pouvoir discrétionnaire a été invoqué sans succès pour justifier les dispositions de détermination de la peine qui ont été jugées inconstitutionnelles dans *D.B.* Ces dispositions conféraient au juge chargé de déterminer la peine le pouvoir discrétionnaire de trancher la question ultime d’infliger ou non une peine applicable aux adultes à un adolescent. Toutefois, la Cour a conclu que l’existence du pouvoir discrétionnaire ne les rendait pas moins attentatoires au droit à la liberté que garantit l’art. 7 aux adolescents. Le même raisonnement s’applique en l’espèce. Même si notre Cour pouvait exercer en théorie son pouvoir discrétionnaire d’une façon qui réduit les effets inconstitutionnels du par. 37(10), ceci ne rend pas constitutionnel une disposition qui ne l’est pas.

[94] Je ne suis pas non plus convaincue par l’argument de la Couronne selon lequel il n’existerait aucun désavantage parce qu’il y a plusieurs autres avantages procéduraux offerts aux adolescents dans la *LSJPA*. Cet argument évoque la remarque faite en *obiter dictum* en 1994 par le juge Sopinka dans l’arrêt *C. (T.L.)*, lequel disait « [avoir] du mal à accepter qu’un jeune contrevenant puisse choisir un élément du régime et prétendre en bénéficier au même titre que les adultes, sans tenir compte des nombreux avantages connexes accordés aux adolescents, mais refusés aux adultes » (p. 1017-1018). Il importe de

was one of statutory interpretation, not constitutional validity.

[95] Moreover, the case was about the rule against multiple convictions for a single criminal act, not an unsafe verdict. There is no basis for assuming that in those circumstances, Sopinka J. would have turned his mind to the role of appeal rights in preventing miscarriages of justice. Most significantly, his comments were made well before this Court's decisions in *D.B.*, *L.T.H.* and *S.J.L.*, all of which underscore the importance of providing procedural protection to young people in recognition of their vulnerability. Despite the range of procedural protections afforded to young people by the *YCJA*, the fact remains that s. 37(10) of the *YCJA* provides young people with less robust rights of appellate review than adults on the basis of their age, in a context where they are already uniquely vulnerable. The existence of other procedural safeguards provides no legal comfort to a young person subjected to a dubious finding of guilt.

[96] And my colleague's assertion that the objective of timeliness in the *YCJA* should form part of the context at the s. 15 stage, confuses context with justification. Timeliness was in fact advanced by the Crown as a justification for the limitation under s. 1. This is where it belongs (*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 178; *Quebec (Attorney General) v. A.*, [2013] 1 S.C.R. 61, at para. 331; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, [2015] 2 S.C.R. 548, at para. 16; *Fraser*, at para. 42). It has no place in determining whether there is a *prima facie* breach of s. 15(1). *Fraser* emphasized this point:

The perpetuation of disadvantage . . . does not become less serious under s. 15(1) simply because it was relevant to a legitimate state objective. . . . The test for a *prima facie* breach of s. 15(1) is concerned with the discriminatory impact of legislation on disadvantaged groups, not with

se rappeler, outre le fait que ces commentaires ont été formulés en *obiter*, que la question litigieuse dans cette affaire en était une d'interprétation législative, et non de validité constitutionnelle.

[95] De plus, il était question dans cette affaire de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples pour un seul acte criminel, et non d'un verdict imprudent. Il n'y a aucune raison de supposer que, dans ces circonstances, le juge Sopinka se serait attardé au rôle que jouent les droits d'appel dans la prévention des erreurs judiciaires. Plus important encore, ses commentaires ont été faits bien avant les arrêts de notre Cour dans *D.B.*, *L.T.H.* et *S.J.L.*, qui soulignent tous l'importance de fournir des mesures procédurales aux adolescents compte tenu de leur vulnérabilité. Malgré la gamme des mesures procédurales offertes aux adolescents par la *LSJPA*, il n'en demeure pas moins que le par. 37(10) de la *LSJPA* confère aux adolescents des droits de révision en appel moins robustes que ceux des adultes en raison de leur âge, dans un contexte où ils sont déjà particulièrement vulnérables. L'existence d'autres garanties procédurales n'est d'aucun secours, en droit, à un adolescent faisant l'objet d'un verdict de culpabilité douteux.

[96] L'affirmation de mon collègue suivant laquelle l'objectif de rapidité fixé dans la *LSJPA* devrait faire partie du contexte analysé à l'étape de l'art. 15 confond le contexte et la justification. La Couronne a en fait plaidé la rapidité pour justifier la limitation au sens de l'article premier. C'est à cette étape qu'elle doit être examinée (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 178; *Québec (Procureur général) c. A.*, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 331; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, [2015] 2 R.C.S. 548, par. 16; *Fraser*, par. 42). Il ne convient pas d'en tenir compte pour décider s'il y a violation à première vue du par. 15(1). L'arrêt *Fraser* l'a souligné :

. . . la perpétuation du désavantage ne devient pas moins grave au regard du par. 15(1) simplement parce qu'elle était pertinente à l'égard d'un objectif légitime de l'État. [. . .] Le critère à appliquer pour déterminer s'il y a violation à *première vue* du par. 15(1) concerne l'effet

whether the distinction is justified, an inquiry properly left to s. 1 . . . . [Emphasis in original; para. 79.]

[97] The fact that timeliness is one of the objectives of the limitation or of the *YCJA* is irrelevant to whether depriving young people of a significant safeguard against miscarriages of justice perpetuates their disadvantage. It amounts to telling them that as long as they are processed through the system quickly, they should be grateful for not having to go through an added layer of protection from miscarriages of justice.

[98] My colleague’s reliance on *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 396, to suggest that young accused people’s interest in timeliness must be balanced against their interest in procedural protection as a part of a “contextual” s. 15(1) analysis is misplaced. *Withler* was specifically concerned with “how an analysis under s. 15(1) is to proceed where the impugned law is part of a wide-reaching legislative scheme of government benefits” (para. 25). Against that background, we held that the “multiplicity of interests” balanced by the impugned law will “colour the discrimination analysis”, as it is necessary to take “into account the universe of potential beneficiaries” (paras. 3 and 38). *Withler* does not support the proposition that a legislative provision that perpetuates a claimant group’s disadvantage will pass s. 15(1) scrutiny as long as a “contextual” inquiry shows that the broader legislative scheme is intended to promote that group’s other interests in different ways.

[99] Parliament has determined that where the judges of a court of appeal are divided on whether an adult’s conviction for an indictable offence is legally sustainable, or where they overturn an acquittal in favour of a guilty verdict, the accused person should have an automatic right to appeal to this Court to ensure that the trial was a fair one and that no miscarriage of justice occurred. The absence of that protection for young persons is the denial of a procedural benefit that perpetuates and reinforces their inherent

discriminatoire de la loi sur les groupes défavorisés et non la question de savoir si la distinction est justifiée, un examen qu’il convient d’effectuer au regard de l’article premier. [En italique dans l’original, par. 79.]

[97] Le fait que la rapidité est l’un des objectifs de la limitation ou de la *LSJPA* est étranger à la question de savoir si l’on perpétue le désavantage des adolescents en les privant d’une protection importante contre les erreurs judiciaires. Cela revient à leur dire que, tant que leur dossier est traité rapidement au sein du système, ils devraient être reconnaissants de ne pas avoir à subir une couche supplémentaire de protection contre les erreurs judiciaires.

[98] Mon collègue a tort de s’appuyer sur l’arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396, pour suggérer qu’il faut concilier l’intérêt des adolescents à ce que leur dossier soit traité rapidement et leur intérêt à la protection procédurale dans l’analyse du « contexte » fondée sur le par. 15(1). Dans l’arrêt *Withler*, il était expressément question de déterminer « comment procéder à cette analyse dans le cas où les dispositions contestées s’inscrivent dans un vaste régime légal de prestations gouvernementales » (par. 25). Dans ce contexte, nous avons conclu que la « multiplicité des intérêts » mise en balance par la loi attaquée « jouer[a] dans l’analyse du caractère discriminatoire », car il faut tenir « compte [. . .] de l’ensemble des bénéficiaires potentiels » (par. 3 et 38). *Withler* ne permet pas d’affirmer qu’une disposition législative perpétuant le désavantage d’un groupe de demandeurs réussira l’examen fondé sur le par. 15(1) pourvu qu’une analyse « contextuelle » démontre que le régime législatif général vise à favoriser de différentes manières les autres intérêts de ce groupe.

[99] Le Parlement a décidé que lorsque les juges d’une cour d’appel sont divisés sur la question de savoir si la déclaration de culpabilité d’un adulte pour un acte criminel se tient, sur le plan juridique, ou lorsqu’ils infirment un acquittement pour lui substituer un verdict de culpabilité, l’accusé devrait automatiquement avoir le droit de se pourvoir devant notre Cour pour s’assurer que le procès était équitable et qu’il n’y a eu aucune erreur judiciaire. L’absence de cette protection pour les adolescents

vulnerability in the criminal justice system. There is therefore a *prima facie* breach of s. 15.

[100] Turning to s. 1, the Crown submits that the pressing and substantial objective for s. 37(10)'s deprivation of an automatic right of appeal is

to grant the Supreme Court of Canada the discretion to decide when criminal cases involving young persons merit a second level of appellate review. There is a societal interest in vesting with the Supreme Court the decision-making power to decide when a young person's criminal case merits further review and when there would be minimal or no utility to further prolonging the appellate process in the light of the primacy of the *YCJA* principles of timeliness, rehabilitation and reintegration. [R.F., at para. 55]

[101] Even accepting that quick decision-making by this Court is an important goal for limiting appeal rights for young people, it fails at the final stage of the proportionality analysis because any benefits of the denial are far outweighed by the deleterious effects. This is an access to justice issue of fundamental importance to young people seeking to prevent wrongful convictions.

[102] I accept that promoting timeliness, early rehabilitation and reintegration are salutary goals, but s. 37(10)'s actual contribution to achieving them is minimal. The most that will be saved is a few months in those cases where leave is denied. On the other hand, requiring a young accused person to go through the leave to appeal process before they are entitled to a hearing has the effect of prolonging the process, not abbreviating it in cases when leave is granted, since if leave is granted, the appeal will not be heard for several more months. If, however, an appeal is immediately scheduled because there is an automatic right of appeal, the process of fulsome scrutiny for error will get underway months earlier. That means that s. 37(10) exposes young people to

équivalent au déni d'un avantage procédural qui perpétue et renforce leur vulnérabilité inhérente dans le système de justice pénale. Il y a par conséquent violation à première vue de l'art. 15.

[100] En ce qui concerne l'article premier, la Couronne prétend que l'objectif réel et urgent de la privation d'un droit automatique d'appel au par. 37(10) est

[TRADUCTION] d'accorder à la Cour suprême du Canada le pouvoir discrétionnaire de décider dans quelles circonstances des affaires criminelles impliquant des adolescents méritent un contrôle en appel de second niveau. La société a intérêt à ce que la Cour suprême soit investie du pouvoir de décider quand l'affaire criminelle intéressant un adolescent mérite un examen plus approfondi et quand il serait peu utile, voir inutile, de prolonger davantage le processus d'appel, vu la primauté des principes de la *LSJPA* que sont la rapidité, la réadaptation et la réinsertion sociale. [m.i., par. 55]

[101] Même si l'on accepte qu'une prise de décision rapide par notre Cour constitue un objet important de la restriction des droits d'appel accordés aux adolescents, elle échoue à la dernière étape de l'analyse de la proportionnalité car tout avantage du refus est largement supplanté par ses effets préjudiciables. C'est un enjeu d'accès à la justice d'importance fondamentale pour les adolescents qui cherchent à prévenir des condamnations injustifiées.

[102] Je reconnais que la rapidité ainsi que la réadaptation et la réinsertion sociale hâtives sont des objectifs salutaires, mais la contribution réelle du par. 37(10) à leur réalisation est minime. On peut gagner tout au plus quelques mois dans les cas où l'autorisation est refusée. En revanche, obliger un adolescent accusé à vivre le processus d'autorisation d'appel avant qu'il n'ait droit à une audience a pour effet de prolonger le processus, et non de l'abrégé dans les cas où l'autorisation est accordée, car si l'autorisation est octroyée, l'appel ne sera pas entendu avant plusieurs autres mois. Si, par contre, un appel est immédiatement mis au rôle parce qu'il y a un droit d'appel automatique, la recherche approfondie d'erreur se mettra en branle des mois plus tôt. Cela

a greater risk of miscarriages of justice in aid of the possibility of saving a few months of time.

[103] It is also important to point out the critical difference between the capacity for scrutiny in an application for leave to appeal and in an actual appeal. Leave decisions are made by this Court without the benefit of a full hearing. Without these assessment tools, the Court is screening for miscarriages of justice with one hand tied behind its back. That is why Parliament decided that heightened scrutiny is automatically required *for adults* when the criteria under s. 691 of the *Criminal Code* are satisfied.

[104] Denying young people the automatic full scrutiny of an appeal and accepting a less rigorous appeal process makes justice the servant of expedition for young people, rather than the other way around. There is no doubt that expedition is important for young people, but not at the expense of procedural protections designed to minimize the risk of miscarriages of justice.

[105] Preventing miscarriages of justice is at the core of every layer of scrutiny in the criminal justice system for every accused person. A wrongful finding of guilt under the *YCJA* is no less a miscarriage of justice than a wrongful conviction for adults under the *Criminal Code*.

[106] Yet section 37(10) not only denies access to an automatic appeal for young people when there is a dissent, it even denies it when the Attorney General has filed a notice of intention to seek an adult sentence thereby depriving them of a right guaranteed to an adult even when the state wants to treat them like one.

[107] The counter argument, that the benefit of the denial of an automatic right of appeal facilitates the prioritization of immediate rehabilitation and reintegration, reflects the paternalism that prevailed under the previous *Juvenile Delinquents Act*. It suggests that young people do not need the procedural

signifie que le par. 37(10) expose les adolescents à un risque accru d'erreurs judiciaires en vue de pouvoir gagner quelques mois.

[103] Il importe également de souligner la différence essentielle entre la capacité d'examen dans le cadre d'une demande d'autorisation d'appel et dans le cadre d'un appel. Les décisions en matière d'autorisation sont prises par notre Cour sans le bénéfice d'une audience complète. Faute de ces outils d'évaluation, la Cour cherche des erreurs judiciaires avec une main attachée derrière le dos. Voilà pourquoi le Parlement a décidé qu'un examen plus attentif s'impose *dans le cas des adultes* lorsque les critères prévus à l'art. 691 du *Code criminel* sont remplis.

[104] Refuser aux adolescents l'examen complet automatique qu'offre un appel et accepter un processus d'appel moins rigoureux subordonne la justice à l'expéditivité dans le cas des adolescents, plutôt que l'inverse. Il ne fait aucun doute que l'expéditivité compte pour les adolescents, mais non aux dépens des protections procédurales conçues pour réduire au minimum le risque d'erreurs judiciaires.

[105] La prévention des erreurs judiciaires est au cœur de toutes les couches d'examen dans le système de justice pénale pour chaque accusé. Un verdict de culpabilité injustifié sous le régime de la *LSJPA* est tout autant une erreur judiciaire qu'une déclaration de culpabilité injustifiée pour les adultes sous le régime du *Code criminel*.

[106] Pourtant, le par. 37(10) ne fait pas que refuser aux adolescents la possibilité d'un appel automatique en cas de dissidence, il leur refuse même cette possibilité lorsque le procureur général dépose un avis d'intention de réclamer l'infliction d'une peine applicable aux adultes, ce qui les prive d'un droit garanti à un adulte même si l'État veut les traiter comme un adulte.

[107] Le contre-argument — l'avantage du déni d'un droit d'appel automatique facilite la priorisation de la réadaptation et de la réinsertion sociale immédiates — reflète le paternalisme qui prévalait sous le régime de la *Loi sur les jeunes délinquants* précédente. Suivant ce contre-argument, les adolescents

protection of an automatic appeal available to adults because starting on their rehabilitative journey is more important than ensuring that the convictions that launched them into that journey are the result of fair trials.

[108] This is an argument that justifies an increased risk of wrongful findings of guilt as an acceptable cost of doing business within the youth justice system, based on timeliness and early rehabilitation and reintegration. But timeliness, rehabilitation and reintegration are not legitimate objectives if the underlying finding of guilt resulted from an unfair trial. The objectives of timeliness, rehabilitation and reintegration are based on an assumption that the finding of guilt is not based on a miscarriage of justice. They are meaningless if wrongful findings of guilt are tolerated in the service of speed. The *YCJA* is not intended to promote swift *injustice*. There is no need for rehabilitation or reintegration if the young person should not have been found guilty in the first place.

[109] The profoundly harmful impact of fast-tracking rehabilitation and reintegration over the right to have the basic procedural appeal protection from miscarriages of justice as adults far outweighs the benefit of the potential shaving of a few months off the appeal process.

[110] Finally, an argument raised at the hearing that this Court should not find a breach of s. 15 because it could provide the precedential basis for findings of other s. 15 breaches in the *YCJA* calls for a response. The proposition is, with respect, problematic not only jurisprudentially, but conceptually.

[111] The underlying jurisprudential problem with the suggestion is that it relies on an approach to s. 15 that this Court has never applied — equality as sameness — in order to warn that finding a breach in this case could lead, by logical extension, to increased

n'auraient pas besoin de la protection procédurale que constitue l'appel automatique dont bénéficient les adultes parce qu'il est plus important d'amorcer leur parcours vers la réadaptation que de voir à ce que les condamnations marquant le début de ce parcours résultent de procès équitables.

[108] Il s'agit d'un argument qui justifie le risque accru de verdicts erronés de culpabilité comme un coût acceptable de fonctionnement du système de justice pénale pour les adolescents, sur la base des objectifs de rapidité ainsi que de réadaptation et réinsertion sociale hâtives. Mais la rapidité, la réadaptation et la réinsertion sociale ne constituent pas des objectifs légitimes si le verdict de culpabilité sous-jacent découle d'un procès inéquitable. Les objectifs que sont la rapidité, la réadaptation et la réinsertion sociale reposent sur l'hypothèse selon laquelle la conclusion de culpabilité n'est pas fondée sur une erreur judiciaire. Ces objectifs ne valent rien si l'on tolère des verdicts erronés de culpabilité au service de la célérité. La *LSJPA* n'est pas censée promouvoir l'*injustice* rapide. Il n'y a nul besoin de réadaptation ou de réinsertion sociale si l'adolescent n'aurait pas dû être déclaré coupable au départ.

[109] Les répercussions profondément néfastes qu'a l'accélération de la réadaptation et de la réinsertion sociale sur le droit à la même protection procédurale de base en appel contre les erreurs judiciaires que les adultes l'emportent largement sur l'avantage de pouvoir retrancher quelques mois au processus d'appel.

[110] Enfin, il y a lieu de répondre à l'argument présenté à l'audience suivant lequel notre Cour ne devrait pas conclure à une violation de l'art. 15 parce que cela constituerait peut-être le précédent qui permet de conclure à d'autres violations de l'art. 15 dans la *LSJPA*. Avec égards, la proposition pose problème non seulement sur le plan jurisprudentiel, mais aussi sur le plan conceptuel.

[111] Le problème jurisprudentiel sous-jacent de la thèse, c'est qu'elle mise sur une conception de l'art. 15 que notre Cour n'a jamais appliquée — l'égalité en tant que synonyme de similarité — afin de mettre en garde que conclure à une violation en



access to procedural protections like jury trials and preliminary inquiries for young people. In this Court's very first equality case, *Andrews*, the Court rejected a "sameness", or formal theory of equality, adopting substantive equality instead, an approach that recognizes, respects, and accommodates difference (pp. 164-65, 168 and 171). The rejection of "identical treatment" under s. 15 was confirmed in, among others, *R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483, at paras. 14-16 and 27-28, *Withler*, at paras. 2 and 39-66, and most recently in *Fraser*, at paras. 40-41 and 47. Instead, this Court looks to whether the specific limitation before the Court is a distinction that has the *effect* of reinforcing, perpetuating or exacerbating the claimant's disadvantage.

[112] There is also a conceptual problem with what amounts to an argument that there should be no finding of a *prima facie* breach of s. 15 in this case because it could potentially lead to finding other s. 15 breaches. This adds a troubling factor to our *Charter* analysis. The idea that the Court should decline to find that a limiting distinction has the effect of perpetuating disadvantage for the claimant group if it would encourage other rights claimants to come forward, undermines the whole of the s. 15 analysis. The burden at the breach stage is on the claimant to satisfy this Court's two-part test. We do not ask claimants to anticipate what other claims their success may inspire, the potential consequences of those claims, or to justify why they should succeed anyway.

[113] Nor, in fact, has this kind of "slippery slope" argument ever played an analytical role in determining whether or not a *Charter* right has been breached. To inject it now, as a potential barrier to s. 15 claims, or any other *Charter* claim, would hold the Court hostage to the fear of unknown consequences. By engaging in this type of argument, judges risk giving "short shrift" to the case before the court and deciding future claims without the factual foundation and legal arguments necessary for a proper assessment (Lorraine Eisenstat Weinrib, "The Body and the Body Politic: Assisted Suicide under the *Canadian*

*l'espèce* risque d'entraîner, par déduction logique, un plus grand accès à des protections procédurales tels les procès devant jury et les enquêtes préliminaires dans le cas des adolescents. Dans le tout premier arrêt de notre Cour sur l'égalité, *Andrews*, elle a rejeté la « similarité » ou principe de l'égalité formelle, retenant plutôt la notion d'égalité réelle, une démarche qui reconnaît et respecte la différence (p. 164-165, 168 et 171). Le rejet du « traitement identique » au regard de l'art. 15 a été confirmé, entre autre, dans les arrêts *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 14-16 et 27-28, *Withler*, par. 2 et 39-66, et tout récemment dans *Fraser*, par. 40-41 et 47. Notre Cour se demande plutôt si la limite précise dont elle est en présence est une distinction qui a pour *effet* de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage du demandeur.

[112] Il est aussi problématique au plan conceptuel de faire valoir qu'on ne devrait pas conclure à une violation à première vue de l'art. 15 en l'espèce, parce que cela pourrait mener à la conclusion qu'il y a d'autres violations de l'art. 15. Cela ajoute un facteur troublant à notre analyse fondée sur la *Charte*. L'idée que notre Cour devrait refuser de conclure qu'une distinction restrictive a pour effet de perpétuer le désavantage du groupe demandeur si cela inciterait d'autres revendicateurs de droits à se manifester compromet l'ensemble de l'analyse fondée sur l'art. 15. À l'étape de la violation, il incombe au demandeur de satisfaire à ce critère à deux volets de notre Cour. Nous ne demandons pas aux demandeurs d'anticiper les autres demandes que peut inspirer leur succès, les retombées potentielles de ces demandes, ni de dire pourquoi ils devraient avoir gain de cause de toute façon.

[113] Ce genre d'argument dit de la « pente glissante » n'a jamais non plus en fait rempli une fonction analytique quand il s'agit de décider si un droit garanti par la *Charte* a été violé. En l'insérant aujourd'hui, en tant qu'obstacle potentiel à des demandes fondées sur l'art. 15, ou à toute autre demande fondée sur la *Charte*, on retiendrait la Cour en otage par crainte de conséquences inconnues. En se livrant à un argument de cette nature, les juges risquent d'« expédier » l'affaire portée devant le tribunal et de trancher les futures demandes sans le fondement factuel et l'argumentation juridique

*Charter of Rights and Freedoms*” (1994), 39 *McGill L.J.* 618, at pp. 636-37; see also Frederick Schauer, “Slippery Slopes” (1985), 99 *Harv. L. Rev.* 361).

[114] The purpose of the as-of-right appeal denied by s. 37(10) is straightforward — to ensure the safety of a verdict in circumstances where that verdict is called into question by a judge on the court of appeal, or when a guilty verdict is entered for the first time on appeal. The concern that a claim could be advanced for jury trials and preliminary inquiries if a young person wins an automatic appeal right in this case, ignores the significant differences between the procedures, differences best explored in a case where the issue is before the court and the parties have had the chance to argue the merits.

[115] In this case, there is a direct link between the denial of a procedural protection available to adults, and youth vulnerability to miscarriages of justice. The denial has the effect of perpetuating that vulnerability. In examining whether a provision perpetuates a disadvantage under s. 15, it is far from obvious that there is anything like the same link with jury trials and preliminary inquiries that engages the risk of a miscarriage of justice. There is only one purpose of the procedural benefit denied here, namely to ensure the safety of a verdict in circumstances where that verdict is called into question by a judge on the court of appeal. This is simply not comparable to the multifaceted complexity of jury trials. The attempt to speculatively analogize them emblemizes the fallacy of the slippery slope.

[116] Ultimately, in my respectful view, this type of argument seems to me to be fundamentally incompatible with the purpose of the *Charter*. The *Charter* was intended to impose a set of justiciable constraints and obligations on government that are enforceable by individuals and groups (see Jacob Weinrib, “The Modern Constitutional State: A Defence” (2014), 40 *Queen’s L.J.* 165). As this Court explained in

nécessaires à une évaluation adéquate (Lorraine Eisenstat Weinrib, « The Body and the Body Politic : Assisted Suicide under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* » (1994), 39 *R.D. McGill* 618, p. 636-637; voir aussi Frederick Schauer, « Slippery Slopes » (1985), 99 *Harv. L. Rev.* 361).

[114] La raison d’être de la procédure d’appel de plein droit que refuse le par. 37(10) est simple : voir à la sûreté d’un verdict dans des circonstances où celui-ci est remis en question par un juge de la cour d’appel, ou lorsqu’un verdict de culpabilité est inscrit pour la première fois en appel. La crainte que l’on revendique des procès devant jury et des enquêtes préliminaires si un adolescent obtient un droit automatique d’appel en l’espèce néglige les différences de taille entre les procédures, des différences qu’il vaut mieux étudier dans une cause où la question est soumise au tribunal et les parties ont eu l’occasion de débattre sur le fond.

[115] Dans la présente affaire, il y a un lien direct entre le refus d’une protection procédurale dont jouissent les adultes et la vulnérabilité des adolescents aux erreurs judiciaires. Le refus a pour effet de perpétuer cette vulnérabilité. Quand on se demande si une disposition perpétue un désavantage au regard de l’art. 15, il est loin d’être évident que le même genre de lien avec les procès devant jury et les enquêtes préliminaires crée le risque d’erreur judiciaire. L’avantage procédural refusé en l’espèce n’a qu’un seul objectif, à savoir garantir la sûreté d’un verdict dans des circonstances où ce verdict est remis en question par un juge de la cour d’appel. Ce n’est tout simplement pas comparable à la complexité multiforme des procès devant jury. La tentative d’établir un parallèle entre eux incarne le caractère fallacieux de la pente glissante.

[116] Au bout du compte, à mon humble avis, ce genre d’argument me semble fondamentalement incompatible avec l’objectif de la *Charte*. Celle-ci était censée imposer un ensemble de contraintes et d’obligations justiciables au gouvernement que peuvent faire respecter des particuliers et des groupes (voir Jacob Weinrib, « The Modern Constitutional State : A Defence » (2014), 40 *Queen’s L.J.* 165). Comme

*Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, “[c]itizens must have the right to challenge laws which they consider to be beyond the powers of the legislatures. When such a challenge is properly made, the courts must, pursuant to their constitutional duty, rule on the challenge” (para. 56). Implicit in this statement is the proposition that the Court must rule on the case that is actually before it, not a hypothetical future claim.

[117] The only question before us is whether s. 37(10) of the *YCJA* violates the *Charter*. In my respectful view, it does.

[118] For all the foregoing reasons, the *prima facie* breach of s. 15 cannot be justified, making s. 37(10) of the *YCJA* unconstitutional.

[119] Given this conclusion, it is unnecessary to address C.P.’s submission that s. 37(10) of the *YCJA* also breaches his s. 7 *Charter* right as a violation of the suggested principle of fundamental justice that young persons are entitled to enhanced procedural protections in the criminal justice system.

[120] This constitutional issue does not affect C.P.’s appeal from the finding of guilt. I would dismiss the appeal.

The reasons of Wagner C.J. and Moldaver, Brown and Rowe JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Introduction

[121] This appeal raises two distinct issues. The first concerns the reasonableness of a finding of guilt on a charge of sexual assault. The appellant, C.P., maintains that the verdict was reached illogically and was not reasonably available on the evidence. For the same reasons as my colleague Abella J., I would dismiss the appeal from the finding of guilt. The trial judge’s reasons were rigorous and cogent,

l’a expliqué notre Cour dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, « [I]es citoyens doivent avoir le droit de contester les lois qui outrepassent à leur avis les pouvoirs d’une législature. Lorsqu’un tel recours est dûment exercé, les tribunaux sont constitutionnellement tenus de trancher » (par. 56). Cette affirmation indique implicitement que la Cour doit statuer sur l’affaire dont elle est saisie, et non sur une demande éventuelle et hypothétique.

[117] La seule question dont nous sommes saisis consiste à savoir si le par. 37(10) de la *LSJPA* viole la *Charte*. À mon humble avis, c’est le cas.

[118] Pour toutes les raisons qui précèdent, la violation à première vue de l’art. 15 ne peut se justifier, ce qui rend le par. 37(10) de la *LSJPA* inconstitutionnel.

[119] Vu cette conclusion, il est inutile d’aborder l’argument de C.P. selon lequel le par. 37(10) de la *LSJPA* viole en outre le droit que lui garantit l’art. 7 de la *Charte* en tant que transgression du principe de justice fondamentale voulant que les adolescents aient droit à des mesures procédurales supplémentaires dans le système de justice pénale.

[120] Cette question constitutionnelle n’a aucune incidence sur l’appel formé par C.P. contre le verdict de culpabilité. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Brown et Rowe rendus par

LE JUGE EN CHEF —

## I. Introduction

[121] Le présent pourvoi soulève deux questions distinctes. La première concerne le caractère raisonnable d’une déclaration de culpabilité relativement à une accusation d’agression sexuelle. L’appellant, C.P., soutient que le verdict a été rendu de manière illogique, sans que la preuve ne le justifie raisonnablement. Pour les mêmes motifs que ceux exposés par ma collègue la juge Abella, je rejetterais le

and there is no basis for finding that the verdict was unreasonable.

[122] The second issue is the constitutionality of s. 37(10) of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (“YCJA”), which requires young offenders to seek leave before they can appeal to this Court. In the appellant’s view, this provision infringes ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, because it deprives young persons of a procedural benefit that is available to adults under s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, namely an automatic right of appeal where an appellate court affirms a conviction for an indictable offence, but one judge of that court dissents on a question of law.

[123] I agree with the conclusion of my colleague Abella J. on the preliminary matter of jurisdiction. However, for the reasons that follow, I would dismiss the constitutional challenge.

## II. Constitutionality of Section 37(10) of the YCJA

### A. *Analysis With Respect to Section 7*

[124] Section 7 of the *Charter* guarantees that:

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

[125] Two elements must be established in order to show a violation of s. 7: (1) that the impugned law or government action deprives the claimant of the right to life, liberty or security of the person; and (2) that the deprivation in question does not accord with the principles of fundamental justice (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 55; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, at para. 37).

[126] In this appeal, the requirements of the first step are readily satisfied, as a limit on young persons’

pourvoi interjeté à l’encontre du verdict de culpabilité. Les motifs de la juge du procès étaient rigoureux et convaincants, et rien ne permet de conclure que le verdict était déraisonnable.

[122] La seconde question porte sur la constitutionnalité du par. 37(10) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1 (« *LSJPA* »), qui oblige les jeunes contrevenants à demander l’autorisation avant de pouvoir interjeter appel devant notre Cour. Selon l’appelant, cette disposition viole les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu’elle prive les adolescents d’un avantage procédural conféré aux adultes par l’al. 691(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, à savoir un droit d’appel automatique lorsqu’une cour d’appel confirme une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel, mais qu’un juge de cette cour est dissident sur une question de droit.

[123] Je souscris à la conclusion de ma collègue la juge Abella sur la question préliminaire de compétence. Cependant, pour les motifs qui suivent, je rejetterais la contestation constitutionnelle.

## II. Constitutionnalité du par. 37(10) de la LSJPA

### A. *Analyse relative à l’article 7*

[124] L’article 7 de la *Charte* prévoit ce qui suit :

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

[125] Pour prouver qu’il y a violation de l’art. 7, il faut établir deux éléments : (1) que la loi ou mesure de l’État contestée prive le demandeur du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne; et (2) que la privation en cause n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 55; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 37).

[126] Dans le présent pourvoi, les exigences de la première étape sont facilement respectées, car

right to appeal to this Court engages residual liberty interests that are cognizable under s. 7 (*R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at p. 645; *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (Ont. C.A.), at p. 40). Both parties acknowledge this. The outcome thus hinges on whether this deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice.

[127] The appellant asks this Court to recognize a new principle of fundamental justice — that young persons are entitled to “enhanced procedural protections” in the criminal justice system. A cornerstone of his argument is this Court’s decision in *D.B.* in which Abella J., writing for the majority, recognized “a *presumption* of diminished moral blameworthiness or culpability” for young persons as a principle of fundamental justice and held that, accordingly, “[a] young person should receive, at the very least, the same procedural benefit afforded to a convicted adult on sentencing” (paras. 41 and 82 (emphasis in original)). The appellant argues that *D.B.* constitutionalized the special status of young persons in the criminal justice system and established enhanced procedural protection as a guiding principle in the youth justice jurisprudence. In his opinion, the time has come for the Court to constitutionalize the latter principle under s. 7.

[128] The appellant submits that the principle of enhanced procedural protection satisfies the three criteria reiterated by Abella J. in *D.B.*, namely that for a principle of justice to be “fundamental” within the meaning of s. 7: (i) it must be a legal principle; (ii) there must be a consensus that the rule or principle is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate; and (iii) it must be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person (para. 46).

une limite imposée au droit des adolescents de se pourvoir en appel devant notre Cour fait entrer en jeu des droits résiduels à la liberté qui relèvent de l’art. 7 (*R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, p. 645; *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.), p. 40). Les deux parties le reconnaissent. Le résultat dépendra donc de la question de savoir si la privation en cause est conforme aux principes de justice fondamentale.

[127] L’appelant demande à notre Cour de reconnaître un nouveau principe de justice fondamentale, à savoir le droit des adolescents à la « prise de mesures procédurales supplémentaires » au sein du système de justice pénale. Son argument trouve ses assises fondamentales notamment dans l’arrêt *D.B.* de notre Cour, où la juge Abella, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a reconnu que les adolescents bénéficiaient d’une « *présomption* de culpabilité morale moins élevée » à titre de principe de justice fondamentale et déclaré qu’en conséquence, « [u]n adolescent devrait bénéficier, tout au moins, du même avantage procédural dont l’adulte déclaré coupable bénéficie au moment de la détermination de la peine » (par. 41 et 82 (en italique dans l’original)). L’appelant soutient que l’arrêt *D.B.* a constitutionnalisé le statut particulier des adolescents dans le système de justice pénale et a érigé la prise de mesures procédurales supplémentaires en principe directeur dans la jurisprudence en matière de justice pour adolescents. Selon lui, le temps est venu pour la Cour de constitutionnaliser ce dernier principe sous le régime de l’art. 7.

[128] L’appelant fait valoir que le principe de la prise de mesures procédurales supplémentaires satisfait aux trois conditions que la juge Abella a rappelées dans l’arrêt *D.B.*, conditions selon lesquelles, pour qu’un principe de justice soit « fondamental » au sens de l’art. 7 : (i) il doit s’agir d’un principe juridique; (ii) il doit exister un consensus sur le fait que cette règle ou ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice; et (iii) ce principe doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d’évaluer l’atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne (par. 46).

[129] But it is somewhat unclear from the appellant's submissions if this principle of enhanced procedural protection entails a comparative assessment of procedural rights of young persons and those of adults, or if it is a freestanding standard that applies independently to young persons in light of their unique circumstances irrespective of what is available to adults. At times, the appellant seems to interpret the principle as requiring that procedural protections afforded to young persons be greater than, or at least equal to, those that are provided to adults throughout the criminal justice system. According to this approach, s. 7 guarantees that young persons will not be deprived of any significant procedure available to adults without good reason.

[130] If the content of the principle is indeed strictly contingent on a comparative assessment, one that fluctuates depending on the procedural benefits Parliament sees fit to extend to or withhold from adults at a given time, then it yields neither a meaningful standard nor one upon which any consensus is conceivable. To the extent that the concern is solely how young persons are treated *in comparison* to adults, the argument appears better suited to a s. 15 *Charter* analysis, not to one that engages principles of fundamental justice under s. 7.

[131] But the appellant, who is aware of these difficulties, also suggests that enhanced procedural protection can be a freestanding principle, which means that any procedural safeguard for young persons must account for their unique status in the criminal justice system. He submits that, rather than requiring procedures *identical* to those accorded to adults,

the principle of “enhanced procedural protection” allows for a reasoned evaluation of legislative choices against the assumption that young people must enjoy special consideration in the justice system. It does *not* mean that for every procedure “X” adopted for adults, Parliament must accord

[129] Cependant, les observations de l'appellant n'indiquent pas clairement si le principe de la prise de mesures procédurales supplémentaires suppose d'effectuer une analyse comparative entre les droits procéduraux des adolescents et ceux des adultes, ou s'il s'agit d'une norme distincte qui s'applique de façon indépendante aux adolescents en fonction de leur situation particulière sans égard à ce qui est offert aux adultes. L'appellant semble parfois considérer que ce principe exige que les garanties procédurales conférées aux adolescents soient supérieures, ou au moins égales, aux mesures accordées aux adultes dans l'ensemble du système de justice pénale. Suivant cette approche, l'art. 7 garantit que les adolescents ne seront pas privés sans raison valable d'une mesure procédurale importante offerte aux adultes.

[130] Si son contenu dépend dans les faits strictement d'une analyse comparative appelée à fluctuer en fonction des avantages procéduraux que le Parlement aura jugé bon de consentir ou de retirer aux adultes à un moment donné, ce principe ne constitue ni une norme valable, ni une norme susceptible de faire consensus. Dans la mesure où il s'attache uniquement à la question de savoir de quelle manière les adolescents sont traités *comparativement* aux adultes, l'argument soulevé à cet égard paraît mieux convenir à une analyse fondée sur l'art. 15 de la *Charte*, et non à une analyse faisant intervenir les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7.

[131] Cependant, conscient de ces difficultés, l'appellant soutient également que la prise de mesures procédurales supplémentaires peut constituer un principe distinct, ce qui signifie que toute garantie procédurale offerte aux adolescents doit tenir compte de leur statut particulier au sein du système de justice pénale. Il fait valoir que, plutôt que d'exiger la prise de mesures procédurales *identiques* à celles accordées aux adultes,

[TRADUCTION] le principe de « la prise de mesures procédurales supplémentaires » permet une évaluation raisonnée des choix du législateur au regard du postulat selon lequel les adolescents doivent bénéficier de règles spéciales dans le système de justice. Cela *ne veut pas* dire que, pour

“X + 1” or even “X” to young people. Differences in procedure — even ones that appear to confer less elaborate rights on young people — can be fully consistent with this principle provided that, when viewed in context, the procedure in question vindicates rather than derogates from the interests of the young accused. [Emphasis in original.]

(A.F., at para. 71)

[132] The difficulty with this freestanding interpretation of the principle, then, is that it quite simply offers nothing new. There is already a well-established principle of fundamental justice that *all* accused must be accorded *adequate* procedural safeguards against wrongful convictions or other miscarriages of justice in the criminal process (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 5). As for the requirements that afford adequate procedural protection, they “are not immutable”, but “vary according to the context in which they are invoked”, which means that “certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another” (*R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361; see also *United States of America v. Cobb*, 2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587, at para. 32; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at pp. 656-57). In other words, the adequacy of procedural protections will necessarily be sensitive to the unique circumstances of young persons that have been identified by this Court, including their diminished moral culpability and their need for enhanced procedural protection in the criminal justice system (*D.B.*, at para. 41). If enhanced procedural protection is construed as a freestanding principle, the appellant’s s. 7 argument, worded differently, depends on whether s. 37(10) deprives young persons of a liberty interest without *adequate* procedural safeguards.

chaque mesure procédurale « X » adoptée à l’égard des adultes, le Parlement doit accorder « X + 1 » ou même « X » aux adolescents. Des différences sur le plan procédural — même dans le cas de mesures qui paraissent conférer des droits moins élaborés aux adolescents — peuvent être pleinement conformes à ce principe, pourvu que, considérée dans son contexte, la mesure procédurale en cause défende les intérêts des inculpés adolescents plutôt que d’y déroger. [En italique dans l’original.]

(m.a., par. 71.)

[132] La difficulté que soulève cette interprétation selon laquelle il s’agit d’un principe distinct tient donc au fait qu’elle ne propose tout simplement rien de nouveau. Il existe déjà un principe de justice fondamentale bien établi voulant qu’en matière criminelle, *tous* les accusés doivent bénéficier de garanties procédurales *suffisantes* contre les déclarations de culpabilité injustifiées ou autres erreurs judiciaires (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 5). En ce qui a trait aux exigences qui confèrent des garanties procédurales suffisantes, elles « ne sont pas immuables », mais « varient selon le contexte dans lequel on les invoque », ce qui signifie que « certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l’être dans une autre » (*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 361; voir aussi *États-Unis d’Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587, par. 32; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 656-657). Autrement dit, le caractère suffisant des garanties procédurales s’évaluera nécessairement en fonction de la situation particulière des adolescents qui a été reconnue par la Cour, y compris leur culpabilité morale moins élevée et leur besoin de mesures procédurales supplémentaires dans le système de justice pénale (*D.B.*, par. 41). Si la prise de mesures procédurales supplémentaires est interprétée comme un principe distinct, l’argument de l’appellant fondé sur l’art. 7, pour le formuler autrement, dépend de la question de savoir si le par. 37(10) prive les adolescents d’un droit à la liberté sans que ceux-ci puissent bénéficier de garanties procédurales *suffisantes*.

[133] In my view, denying young persons an automatic right to a hearing in this Court where a court of appeal judge has dissented on a question of law cannot in itself contravene their constitutional entitlement to adequate procedural protection in the youth criminal justice system. This Court has steadfastly affirmed in various contexts that “there is no constitutional right to an appeal”, let alone an automatic one at the apex of the judicial system, including in circumstances that unequivocally engaged liberty interests and principles of fundamental justice that are cognizable under s. 7 (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at para. 136, citing *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; see also *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 739). Fundamental justice does not entail “the most favourable procedures that could possibly be imagined” (*Lyons*, at p. 362). Although I do not foreclose the theoretical possibility that s. 7 would ever provide a right of appeal in some other context — an issue which need not be decided here — I cannot see how the principles of fundamental justice could require something as specific as an automatic hearing in this Court in the narrow circumstances in which a court of appeal affirms a conviction for an indictable offence, but a judge of that court dissents on a question of law.

[134] Such a requirement would have the effect of constitutionalizing the application of s. 691(1)(a) of the *Criminal Code* to young persons, thereby implying that Parliament would be under a positive obligation to enact such a provision if one did not already exist. This conclusion would appear all the more anomalous in light of the fact that a leave requirement for criminal cases in this Court is the rule, not an exception. There is of course no automatic statutory right to appeal to this Court in a summary conviction case even when an appellate court has set aside an acquittal and entered a conviction for the first time, just as there is no right to appeal on a question of fact even when a judge of the court of appeal has dissented. What is more, the summary

[133] À mon avis, le fait de refuser aux adolescents le droit automatique d’être entendus devant notre Cour lorsqu’un juge de la cour d’appel a exprimé une dissidence sur une question de droit ne saurait en soi porter atteinte à leur droit constitutionnel d’obtenir une protection procédurale suffisante au sein du système de justice pénale pour les adolescents. La Cour a fermement affirmé dans divers contextes qu’il n’y a pas de « droit d’appel [. . .] garanti par la Constitution », et encore moins de droit d’appel automatique devant la juridiction de dernière instance du système judiciaire, notamment dans des situations mettant clairement en jeu les droits à la liberté et les principes de justice fondamentale relevant de l’art. 7 (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 136, citant *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; voir aussi *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 739). La justice fondamentale n’emporte pas le droit de bénéficier des « procédures les plus favorables que l’on puisse imaginer » (*Lyons*, p. 362). Bien que je n’écarte pas la possibilité théorique que l’art. 7 puisse conférer un droit d’appel dans un autre contexte — une question qu’il n’est pas nécessaire de trancher en l’espèce —, je ne vois pas comment les principes de justice fondamentale pourraient exiger quelque chose d’aussi précis qu’une audience automatique devant notre Cour dans le cas restreint où une cour d’appel confirme une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel, mais où un juge de cette cour est dissident sur une question de droit.

[134] Une telle exigence aurait pour effet de constitutionnaliser l’application de l’al. 691(1)a) du *Code criminel* aux adolescents et d’assujettir ainsi le Parlement à l’obligation positive d’adopter une telle disposition si elle n’existe pas déjà. Cette conclusion semblerait d’autant plus anormale que, pour les affaires criminelles soumises à la Cour, l’obligation d’obtenir une autorisation constitue la règle plutôt que l’exception. Il n’existe bien entendu pas de droit d’appel automatique à notre Cour prévu par la loi en cas de déclaration sommaire de culpabilité, même quand une cour d’appel a annulé un acquittement et a consigné une déclaration de culpabilité pour la première fois, tout comme il n’existe pas de droit d’appel à l’égard d’une question de fait, même quand



conviction procedure, which is the default procedure for young persons (s. 142 of the *YCJA*) and in which the avenues of appeal available to an accused are generally more limited, has consistently been held to be constitutional (*R. v. R.L.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 417 (Ont. C.A.); *R. v. K.G.* (1986), 31 C.C.C. (3d) 81 (Alta. C.A.); *R. v. B. (S.)* (1989), 50 C.C.C. (3d) 34 (Sask. C.A.)). In other words, automatic appeals for young persons are not — in the words this Court used in rejecting a similar request to entrench the “best interests of the child” as a principle of fundamental justice — a “foundational requirement for the dispensation of justice” (*Canadian Foundation for Children*, at paras. 10-12).

[135] A contextual assessment of the adequacy of procedural protections should also be sensitive to the unique costs of a prolonged appellate process in the youth justice system — for the young accused, but also for victims, who themselves are often young persons (N. Bala and S. Anand, *Youth Criminal Justice Law* (3rd ed. 2012), at p. 154, citing National Council of Welfare, *Justice and the Poor* (2000)). The governing principles of timely intervention and prompt action stated in s. 3(1)(b)(iv) and s. 3(1)(b)(v) of the *YCJA*, which I will discuss in greater detail in my analysis with respect to s. 15, also colour the s. 7 analysis. The principles of fundamental justice “reflect a spectrum of interests, from the rights of the accused to broader societal concerns”, and while the fairness of a procedure will be assessed primarily from the point of view of the accused, “it must as well be looked at from the point of view of fairness in the eyes of the community and the complainant” (*R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 603; *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155, at p. 198).

[136] It also bears emphasizing at this juncture that the threat of wrongful conviction which my colleague Abella J. seeks to address is, on the record before us, entirely theoretical. The appellant has provided no evidence that the absence of an automatic appeal in any way increases the likelihood of

un juge de la cour d’appel est dissident. Qui plus est, il est de jurisprudence constante que la procédure sommaire, qui est la procédure applicable par défaut aux adolescents (art. 142 de la *LSJPA*) et dans laquelle les voies d’appel dont dispose l’accusé sont généralement plus limitées, est constitutionnelle (*R. c. R.L.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Ont.); *R. c. K.G.* (1986), 31 C.C.C. (3d) 81 (C.A. Alb.); *R. c. B. (S.)* (1989), 50 C.C.C. (3d) 34 (C.A. Sask.)). En d’autres termes, les appels automatiques pour les adolescents ne sont pas — pour reprendre les termes qu’a utilisés notre Cour pour rejeter une demande similaire qui visait à consacrer l’« intérêt supérieur de l’enfant » en tant que principe de justice fondamentale — « une condition essentielle à l’exercice de la justice » (*Canadian Foundation for Children*, par. 10-12).

[135] Une appréciation contextuelle du caractère suffisant des garanties procédurales offertes devrait également tenir compte des coûts particuliers associés à une procédure d’appel prolongée dans le système de justice pour les adolescents — pour l’adolescent accusé, mais aussi pour les victimes, qui sont souvent elles-mêmes des adolescents (N. Bala et S. Anand, *Youth Criminal Justice Law* (3<sup>e</sup> éd. 2012), p. 154, citant Conseil national du bien-être social, *La justice et les pauvres* (2000)). Les principes directeurs de la rapidité et de la diligence énoncés aux sous-al. 3(1)b)(iv) et 3(1)b)(v) de la *LSJPA*, principes que j’analyserai plus en détail dans mon analyse relative à l’art. 15, influent également sur l’analyse fondée sur l’art. 7. Les principes de justice fondamentale « touchent toute une gamme d’intérêts qui vont des droits de l’accusé à des préoccupations sociales plus globales », et, bien que l’équité d’une procédure doive être appréciée surtout du point de vue de l’accusé, « elle doit être aussi considérée du point de vue de la collectivité et du plaignant » (*R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 603; *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155, p. 198).

[136] Il est également utile de souligner, à ce stade-ci, que la menace de déclaration de culpabilité injustifiée à laquelle ma collègue la juge Abella vise à parer est, à la lumière du dossier dont nous disposons, entièrement théorique. L’appelant n’a présenté aucun élément de preuve portant que l’absence d’un

wrongful convictions or other miscarriages of justice for young persons tried for indictable offences. Nor is there any evidence before us suggesting that the Court's leave process affords inadequate procedural protection. In other words, it has not been shown that there is an actual problem with the way the Court has been exercising its discretion to grant leave, let alone one that warrants a finding of a constitutional violation.

[137] On the contrary, the leave process in this Court is rigorous. While it is true that leave applications are not subject to the same in-depth screening for errors as is the case in an appeal on the merits, the Court has a wide discretion to consider factors that might suggest a possibility of error, including the fact that a judge dissented on a question of law or a conviction entered for the first time on appeal. There is no basis to believe that a serious argument pointing to a miscarriage of justice would not meet the public interest standard for leave to appeal to the Court. As former Justice Iacobucci observed, "even where there has been no dissent or reversal of an acquittal at the Court of Appeal, leave to appeal in criminal cases often is granted given that criminal cases are frequently considered to raise issues of public importance because they involve the liberty of the subject" (F. Iacobucci, "The Supreme Court of Canada: Its History, Powers and Responsibilities" (2002), 4 *J. App. Prac. & Process* 27, at pp. 34-35). The Supreme Court would and does exercise its leave requirement in accordance with the principles of fundamental justice.

[138] In my view, the dearth of evidence of a problem in this regard belies the conclusion that s. 37(10) denies young persons adequate procedural safeguards as was the case under past youth justice legislation, which did indeed provide for paternalistic practices and left young persons vulnerable to

appel automatique accroît d'une quelconque manière le risque que des adolescents jugés pour des actes criminels soient déclarés coupables à tort ou soient victimes d'une autre erreur judiciaire. Nous ne sommes pas non plus saisis d'une preuve suggérant que le processus d'autorisation à la Cour confère une protection procédurale insuffisante. Autrement dit, il n'a pas été démontré qu'il y a un véritable problème dans la manière dont notre Cour exerce son pouvoir discrétionnaire d'accorder l'autorisation, et encore moins un problème qui justifie une conclusion de violation constitutionnelle.

[137] Au contraire, le processus d'autorisation à la Cour est rigoureux. S'il est vrai que les demandes d'autorisation ne font pas l'objet du même contrôle approfondi des erreurs que celui auquel est assujéti un pourvoi sur le fond, la Cour jouit d'un large pouvoir discrétionnaire lui permettant de prendre en considération certains facteurs qui pourraient dénoter une possibilité d'erreur, notamment le fait qu'un juge ait exprimé une dissidence sur une question de droit ou encore une déclaration de culpabilité consignée pour la première fois en appel. Il n'y a aucune raison de croire qu'un argument sérieux faisant état d'une erreur judiciaire ne satisferait pas à la norme de l'intérêt public justifiant une autorisation d'appel à la Cour. Comme l'a fait remarquer l'ancien juge Iacobucci, [TRADUCTION] « même dans les cas où il n'y a pas eu de dissidence ou d'annulation d'un acquittement en cour d'appel, l'autorisation d'appel est souvent accordée dans les affaires criminelles vu que celles-ci sont fréquemment considérées comme soulevant des questions d'importance pour le public, car elles mettent en jeu la liberté de l'intéressé » (F. Iacobucci, « The Supreme Court of Canada : Its History, Powers and Responsibilities » (2002), 4 *J. App. Prac. & Process* 27, p. 34-35). La Cour suprême appliquerait et applique de fait son exigence d'autorisation conformément aux principes de justice fondamentale.

[138] À mon avis, le manque de preuve d'un problème à cet égard dément la conclusion selon laquelle le par. 37(10) prive les adolescents de garanties procédurales suffisantes comme c'était le cas sous le régime des anciennes mesures législatives en matière de justice pour adolescents, lesquelles

miscarriages of justice. On the contrary, our modern youth justice system has long left those problematic practices behind, providing young persons with enhanced procedural protections commensurate with their unique circumstances and inherent vulnerability in the justice system.

[139] For these reasons, I conclude that s. 37(10) of the *YCJA* is consistent with s. 7 of the *Charter* even in a case in which a court of appeal judge has dissented on a question of law. Nonetheless, I would not foreclose the theoretical possibility that s. 7 may guarantee an appeal as of right where a court of appeal has entered a conviction for the first time, but this is an issue which need not be decided on the facts of this case.

#### B. *Analysis With Respect to Section 15*

[140] The appellant also maintains that s. 37(10) of the *YCJA* discriminates against young persons on the basis of age by denying them an important procedural benefit that is granted to adults in similar circumstances. Section 15(1) of the *Charter* sets out the following guarantee:

Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[141] A law or a government action will contravene this guarantee: (1) if, on its face or in its impact, it creates a distinction based on enumerated or analogous grounds; and (2) if it imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating a disadvantage (*Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113, at para. 27; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548, at paras. 19-20).

prévoient en effet des pratiques paternalistes et exposaient les adolescents à des erreurs judiciaires. Au contraire, notre système moderne de justice pour les adolescents s'est depuis longtemps éloigné de ces pratiques discutables; il offre désormais aux adolescents des mesures procédurales supplémentaires qui correspondent à leur situation particulière et à leur vulnérabilité inhérente dans le système de justice.

[139] Pour ces motifs, je conclus que le par. 37(10) de la *LSJPA* est compatible avec l'art. 7 de la *Charte* même dans le cas où un juge d'une cour d'appel est dissident sur une question de droit. Néanmoins, je n'écarterais pas la possibilité théorique que l'art. 7 puisse garantir un appel de plein droit lorsqu'une cour d'appel consigne une déclaration de culpabilité pour la première fois; il s'agit cependant d'une question qu'il n'est pas nécessaire de trancher à la lumière des faits de l'espèce.

#### B. *Analyse relative à l'article 15*

[140] L'appelant soutient également que le par. 37(10) de la *LSJPA* exerce à l'égard des adolescents une discrimination fondée sur l'âge en les privant d'un important avantage procédural accordé aux adultes se trouvant dans une situation similaire. Voici la garantie prévue par le par. 15(1) de la *Charte* :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[141] Une loi ou une mesure prise par l'État contreviendra à cette garantie : (1) si elle crée, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue; et (2) si elle impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer un désavantage (*Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 113, par. 27; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548, par. 19-20).

[142] The parties agree that s. 37(10) of the *YCJA* creates a distinction based on age. The issue is whether it draws a *discriminatory* distinction by denying a benefit in a manner that reinforces, perpetuates or exacerbates young persons' disadvantage. In this respect, it should also be borne in mind that age-based distinctions are generally a "common and necessary way of ordering our society" and are "not strongly associated with discrimination and arbitrary denial of privilege" (*Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, at para. 31).

[143] This is not the first time that an equality argument has been raised in this Court with respect to the relatively limited avenues of appeal that are available to young persons in the criminal justice system. In *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012, the Court considered the statutory interpretation of s. 27(5) of the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1, a functionally equivalent provision of the precursor to the *YCJA*. In that case, Sopinka J. noted that, in light of "[t]he policy favouring the early resolution of the adjudicative stage", "there is no anomaly" in the fact "that a young person found guilty of an offence should enjoy more restricted rights of appeal than an adult who is convicted of an offence" (pp. 1015-16). Although he did not definitively rule out an equality challenge, Sopinka J. found it "difficult to accept that a young offender can select one aspect of the scheme and claim entitlement to the equal benefit of it with adults without taking into account the many related benefits accorded to young persons which are denied to adults" (p. 1017).

[144] While *C. (T.L.)* was not formally dispositive of the issue, part of its underlying rationale remains relevant to the instant case. Sopinka J.'s *obiter* remarks caution against artificially cherry-picking individual features from a multifaceted legislative scheme in order to reveal inequities between fundamentally distinct systems. The Court of Appeal for British Columbia has made similar comments

[142] Les parties s'accordent pour dire que le par. 37(10) de la *LSJPA* crée une distinction fondée sur l'âge. La question qui se pose est de savoir s'il établit une distinction *discriminatoire* en niant un avantage d'une manière qui renforce, perpétue ou accentue un désavantage pour les adolescents. À cet égard, il convient aussi de garder à l'esprit que, de façon générale, les distinctions fondées sur l'âge sont « courantes et nécessaires pour maintenir l'ordre dans notre société » et ne sont « pas fortement associées à la discrimination et à la dénégation arbitraire de privilèges » (*Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 31).

[143] Il ne s'agit pas ici de la première fois qu'un argument fondé sur le droit à l'égalité est invoqué devant la Cour au sujet des voies d'appel relativement limitées offertes aux adolescents dans le système de justice pénale. Dans l'arrêt *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012, notre Cour s'est attachée à l'interprétation législative du par. 27(5) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, c. Y-1, une disposition fonctionnellement équivalente qui figurait dans la loi ayant précédé la *LSJPA*. Dans cette affaire, le juge Sopinka a souligné qu'au vu de « [l]a politique générale consistant à privilégier une résolution rapide de l'étape judiciaire », « il n'y a rien [...] d'anormal » à ce « qu'un adolescent reconnu coupable d'une infraction ait des droits d'appel plus restreints que ceux d'un adulte se trouvant dans la même situation » (p. 1015-1016). Bien qu'il n'ait pas fermé définitivement la porte à une contestation fondée sur le droit à l'égalité, le juge Sopinka a conclu avoir « du mal à accepter qu'un jeune contrevenant puisse choisir un élément du régime et prétendre en bénéficier au même titre que les adultes, sans tenir compte des nombreux avantages connexes accordés aux adolescents mais refusés aux adultes » (p. 1017).

[144] Bien que la question n'ait pas été formellement tranchée dans *C. (T.L.)*, une partie du raisonnement suivi dans cet arrêt reste pertinente en l'espèce. Les remarques incidentes du juge Sopinka mettent en garde contre le fait de sélectionner artificiellement certains éléments particuliers d'un régime législatif à multiples facettes afin de révéler des iniquités entre des régimes fondamentalement distincts. La Cour

warning “against artificially isolating a single provision from a comprehensive criminal justice regime intended to benefit youth and thereby finding a constitutional violation” and stating that “it is improper to single out a particular subsection”, because each subsection “is so much a detail of the over-all comprehensive scheme that it cannot be, and should not be, considered separately” (*R. v. M. (J.S.)*, 2005 BCCA 417, 200 C.C.C. (3d) 400, at para. 31; *R. v. D.F.G.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 451, at pp. 453-54).

[145] In other words, it is the actual impact of the provision in its full context that should govern the analysis, and s. 37(10) should not be divorced from its entire legislative context. An approach requiring line-by-line parity with the *Criminal Code* without reference to the distinct nature of the underlying scheme of the *YCJA* would indeed be contrary to the contextual approach mandated in *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at paras. 73, 76 and 79. The analysis instead requires a “contextual understanding of a claimant’s place within a legislative scheme and society at large”; the court must ask “whether the lines drawn are generally appropriate, having regard to the circumstances of the persons impacted and the objects of the scheme” (paras. 65 and 67). Understanding the distinct legislative scheme underlying s. 37(10) is crucial to the assessment of the *actual* impact of the law on young persons (see P. J. Monahan, B. Shaw and P. Ryan, *Constitutional Law* (5th ed. 2017), at p. 469).

[146] In this case, the appeal options set out in s. 37 of the *YCJA* form part of a comprehensive scheme designed to implement the Declaration of Principle made in s. 3 together with the restorative and rehabilitative concepts outlined in the preamble to the *YCJA*. Section 3(1)(b) in particular provides:

(b) the criminal justice system for young persons must be separate from that of adults, must be based on the principle of diminished moral blameworthiness or culpability and must emphasize the following:

d’appel de la Colombie-Britannique a formulé des observations similaires en mettant en garde [TRANSDUCTION] « contre le fait d’isoler artificiellement une seule disposition appartenant à un régime de justice pénale complet censé procurer un avantage aux adolescents et de conclure ainsi à une violation constitutionnelle », et en affirmant qu’« il est inapproprié d’isoler un paragraphe en particulier », parce que chaque paragraphe « représente à ce point un détail par rapport au régime dans sa totalité qu’il ne peut ni ne doit être examiné séparément » (*R. c. M. (J.S.)*, 2005 BCCA 417, 200 C.C.C. (3d) 400, par. 31; *R. c. D.F.G.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 451, p. 453-454).

[145] Autrement dit, c’est l’effet réel de la disposition à la lumière de tout son contexte qui devrait régir l’analyse et le par. 37(10) ne devrait pas être dissocié de son contexte législatif global. Une approche qui exigerait une parité absolue avec le *Code criminel* sans tenir compte de la nature distincte du régime qui sous-tend la *LSJPA* serait en fait contraire à l’approche contextuelle dictée dans l’arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 73, 76 et 79. L’analyse requiert plutôt une « compréhension contextuelle de la situation du demandeur dans le cadre d’un régime législatif et dans la société en général »; le tribunal doit s’interroger « sur l’opportunité générale de[s] [. . .] limites [établies], compte tenu de la situation des personnes touchées et des objets du régime » (par. 65 et 67). Une compréhension du régime législatif distinct qui sous-tend le par. 37(10) est cruciale pour pouvoir évaluer l’effet *réel* de la loi sur les adolescents (voir P. J. Monahan, B. Shaw et P. Ryan, *Constitutional Law* (5<sup>e</sup> éd. 2017), p. 469).

[146] En l’espèce, les options d’appel énoncées à l’art. 37 de la *LSJPA* s’inscrivent dans un régime complet destiné à mettre en œuvre la Déclaration de principes énoncée à l’art. 3, ainsi que les principes correctifs et de réadaptation mentionnés dans le préambule de la *LSJPA*. L’alinéa 3(1)(b), en particulier, dispose que :

(b) le système de justice pénale pour les adolescents doit être distinct de celui pour les adultes, être fondé sur le principe de culpabilité morale moins élevée et mettre l’accent sur :

(i) rehabilitation and reintegration,

(ii) fair and proportionate accountability that is consistent with the greater dependency of young persons and their reduced level of maturity,

(iii) enhanced procedural protection to ensure that young persons are treated fairly and that their rights, including their right to privacy, are protected,

(iv) timely intervention that reinforces the link between the offending behaviour and its consequences, and

(v) the promptness and speed with which persons responsible for enforcing this Act must act, given young persons' perception of time.

(i) leur réadaptation et leur réinsertion sociale,

(ii) une responsabilité juste et proportionnelle, compatible avec leur état de dépendance et leur degré de maturité,

(iii) la prise de mesures procédurales supplémentaires pour leur assurer un traitement équitable et la protection de leurs droits, notamment en ce qui touche leur vie privée,

(iv) la prise de mesures opportunes qui établissent clairement le lien entre le comportement délictueux et ses conséquences,

(v) la diligence et la célérité avec lesquelles doivent intervenir les personnes chargées de l'application de la présente loi, compte tenu du sens qu'a le temps dans la vie des adolescents.

[147] It is evident that the *YCJA* is designed to balance multiple interests. First, as Fish J. noted in *R. v. R.C.*, 2005 SCC 61, [2005] 3 S.C.R. 99, “[i]n keeping with its international obligations, Parliament has sought as well to extend to young offenders enhanced procedural protections” which they alone enjoy (para. 41). These wide-ranging procedural safeguards were aptly summarized by Abella and Brown JJ. in *R. v. K.J.M.*, 2019 SCC 55, [2019] 4 S.C.R. 39, at para. 142 (dissenting, though not on this point):

Such enhanced procedural rights in the *YCJA* include: extrajudicial measures (ss. 4 to 12); notice to parents (s. 26); the possibility of compelling parents to attend court (s. 27); an enhanced right to counsel (ss. 10(2)(d), 25 and 32); specific obligations for youth justice court judges to ensure that young persons are treated fairly (s. 32); reducing the possibility of bail (s. 29); creating the option of releasing young persons who would otherwise be denied bail (s. 31); *de novo* bail reviews (s. 33); the right of young persons to be separated from adults in temporary detention (s. 30); enhanced procedural safeguards surrounding the admissibility of statements made by young persons to authorities (s. 146); and a distinct sentencing regime (ss. 38 to 82).

[147] Il est évident que la *LSJPA* vise à établir un équilibre entre divers intérêts. Premièrement, comme l’a souligné le juge Fish dans *R. c. R.C.*, 2005 CSC 61, [2005] 3 R.C.S. 99, « [le Parlement] a cherché également, pour se conformer à ses obligations internationales, à accorder une protection procédurale accrue aux jeunes contrevenants », protection qui leur est conférée à eux seuls (par. 41). Ces garanties procédurales étendues ont été bien résumées par les juges Abella et Brown dans *R. c. K.J.M.*, 2019 CSC 55, [2019] 4 R.C.S. 39, par. 142 (dissidents, mais non sur ce point) :

Parmi les droits procéduraux supplémentaires conférés par la *LSJPA*, mentionnons le recours à des mesures extrajudiciaires (art. 4-12); l’avis aux père et mère (art. 26); la possibilité d’exiger la présence des père et mère devant le tribunal (art. 27); un droit amélioré à l’assistance d’un avocat (al. 10(2)d) et art. 25 et 32); des obligations spécifiques que les juges du tribunal pour adolescents doivent respecter pour s’assurer que ceux-ci sont traités de manière équitable (art. 32); une réduction de la possibilité d’ordonner la détention sous garde (art. 29); la possibilité de mettre en liberté des adolescents qui seraient autrement placés sous garde (art. 31); la révision *de novo* de l’ordonnance relative à la mise en liberté sous caution (art. 33); le droit d’être détenu séparément des adultes dans le cadre d’une détention temporaire (art. 30); des mesures procédurales supplémentaires à l’égard de l’admissibilité des déclarations faites par les adolescents aux personnes en autorité (art. 146) et un régime distinct de détermination de la peine (art. 38-82).

[148] Second, the long-recognized need for enhanced timeliness and promptness in the resolution of youth cases, a principle that has been a leitmotif of this Court’s jurisprudence as well as of Canada’s international obligations, is codified in s. 3(1)(b)(iv) and s. 3(1)(b)(v) of the *YCJA*. Internationally, the United Nations *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, which is named in the *YCJA*’s preamble, guarantees the right of young persons to have criminal proceedings against them determined without delay (art. 40(2)(b)(iii)). Likewise, Rule 20.1 of the *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice*, A/RES/40/33 (November 29, 1985), provides that cases involving young persons “shall from the outset be handled expeditiously, without any unnecessary delay”. It is significant that s. 3(1)(b)(iv) and s. 3(1)(b)(v) had no equivalent in the former *Young Offenders Act* (Bala and Anand, at p. 441).

[149] In a similar vein, the Court, in determining how presumptive ceilings with respect to unreasonable delays apply in youth cases, recognized in *K.J.M.* that the interest in timeliness in such cases requires a more holistic approach, one that is multifaceted rather than being focused only on rehabilitation. It identified five main reasons why timeliness has special significance for young persons:

**Reinforcing the connection between actions and consequences.** First, because young persons have “a different perception of time and less well-developed memories than adults”, their ability to appreciate the connection between actions and consequences is impaired. . . .

**Reducing psychological impact.** Second, bearing in mind that any time spent awaiting trial occupies a greater proportion of a young person’s life than an adult’s, and that young persons perceive time differently than adults do, delay may have a greater psychological impact on a young person. . . .

[148] Deuxièmement, la nécessité reconnue depuis longtemps de régler plus rapidement et plus diligemment les affaires qui mettent en cause des adolescents, un principe qui constitue un leitmotiv de la jurisprudence de notre Cour ainsi que des obligations internationales du Canada, est codifiée aux sous-al. 3(1)b(iv) et 3(1)b(v) de la *LSJPA*. À l’échelle internationale, la *Convention relative aux droits de l’enfant* des Nations Unies, R.T. Can. 1992 n° 3, mentionnée dans le préambule de la *LSJPA*, garantit aux adolescents le droit à ce que les poursuites criminelles engagées contre eux soient tranchées sans retard (sous-al. 40(2)b(iii)). De même, l’art. 20.1 de l’*Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l’administration de la justice pour mineurs*, A/RES/40/33 (29 novembre 1985), énonce que les affaires mettant en cause des adolescents « doi[vent], dès le début, être traitée[s] rapidement, sans retard évitable ». Il est important de souligner que les sous-al. 3(1)b(iv) et 3(1)b(v) n’avaient pas d’équivalent dans l’ancienne *Loi sur les jeunes contrevenants* (Bala et Anand, p. 441).

[149] Dans le même ordre d’idées, lorsqu’elle a défini de quelle manière les plafonds présumés en matière de délais déraisonnables s’appliquaient dans les affaires mettant en cause des adolescents, la Cour a reconnu dans *K.J.M.* que l’intérêt à ce que de telles affaires soient traitées rapidement exige une approche plus globale, soit une approche à multiples facettes plutôt qu’une approche axée uniquement sur la réadaptation. Elle a relevé cinq raisons principales pour lesquelles la rapidité revêt une importance particulière pour les adolescents :

**Renforcer le lien entre les actes et leurs conséquences.** Premièrement, comme les adolescents ont [TRA-DUCTION] « une perception différente du temps et une mémoire moins bien développée que les adultes », leur capacité d’évaluer le lien entre les actes et leurs conséquences est amoindrie . . .

**Réduire l’incidence psychologique.** Deuxièmement, en gardant à l’esprit que le temps passé à attendre le procès représente une plus grande proportion de la vie d’un adolescent que de celle d’un adulte et que les adolescents perçoivent le temps différemment, un délai peut avoir une plus grande incidence psychologique sur eux . . .

**Preserving the right to make full answer and defence.** Third, memories tend to fade faster for young persons than for adults. The increased rapidity with which a young person’s memory fades may make it more difficult for him or her to recall past events, which may in turn impair his or her ability to make full answer and defence, a right which is protected by s. 7 of the *Charter* . . . .

**Avoiding potential unfairness.** Fourth, . . . [w]here a prolonged delay separates the offending conduct from the corresponding punishment, the young person may experience a sense of unfairness, as his or her thoughts and behaviours may well have changed considerably since the offending conduct took place. Therefore, to avoid punishing young persons for “who they used to be”, delay should be minimized.

**Advancing societal interests.** Fifth, trying young persons in a timely manner advances societal interests. Society has an interest in seeing young persons rehabilitated and reintegrated into society as swiftly as possible. [Citations omitted; paras. 51-55.]

[150] Also of significance is the role of timeliness in relation to the psychological state of victims, themselves often children, as illustrated in the instant case. This flows from the rule regarding “special considerations” in s. 3(1)(d)(ii) of the *YCJA* to the effect that “victims . . . should suffer the minimum degree of inconvenience as a result of their involvement with the youth criminal justice system”.

[151] Thus, promptness and enhanced procedural protection are both core tenets of the youth criminal justice system (see S. Davis-Barron, *Youth and the Law in Canada* (2nd ed. 2015), at p. 177). In creating a separate youth system with distinct procedures, Parliament has acknowledged that, while young persons are uniquely vulnerable to miscarriages of justice, they are also uniquely vulnerable to harms resulting from protracted legal proceedings. These unique vulnerabilities are two sides of the same coin, and will at times even overlap. As Abella and Brown JJ. noted in *K.J.M.*, “timeliness as a procedural safeguard takes on heightened significance for young persons” in the context of a trial, not least because

**Préserver le droit de présenter une défense pleine et entière.** Troisièmement, les souvenirs ont tendance à s’estomper plus rapidement chez les adolescents que chez les adultes. La rapidité accrue avec laquelle les souvenirs des adolescents s’estompent peut faire en sorte qu’il soit plus difficile pour eux de se souvenir de situations passées, ce qui peut ensuite nuire à leur capacité de présenter une défense pleine et entière, un droit qui est protégé par l’art. 7 de la *Charte* . . . .

**Éviter une éventuelle iniquité.** Quatrièmement, [. . .] [l]orsqu’un long délai sépare la commission de l’infraction de la peine correspondante, l’adolescent peut avoir un sentiment d’injustice, car, entre temps, sa vision des choses et ses comportements peuvent avoir considérablement changé. Afin d’éviter de punir des adolescents pour « ce qu’ils étaient dans le passé », les délais devraient donc être minimisés.

**Promouvoir les intérêts de la société.** Cinquièmement, le traitement rapide des dossiers mettant en cause des adolescents favorise l’intérêt de la société. En effet, celle-ci a un intérêt à voir les adolescents réadaptés et réinsérés dans la société le plus rapidement possible. [Références omises; par. 51-55.]

[150] Comme l’illustre la présente affaire, le rôle que joue la rapidité dans l’état psychologique des victimes, lesquelles sont souvent elles-mêmes des enfants, présente aussi une importance. Cela découle de la prescription relative aux « règles spéciales » énoncée à l’al. 3(1)(d)(ii) de la *LSJPA*, selon laquelle « les victimes [. . .] doivent subir le moins d’inconvénients possible du fait de leur participation au système de justice pénale pour les adolescents ».

[151] En conséquence, la diligence et la prise de mesures procédurales supplémentaires constituent deux principes fondamentaux du système de justice pénale pour les adolescents (voir S. Davis-Barron, *Youth and the Law in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 2015), p. 177). En créant un système de justice distinct ayant des procédures distinctes, le Parlement a reconnu le fait que, bien qu’ils soient particulièrement vulnérables aux erreurs judiciaires, les adolescents sont aussi particulièrement vulnérables aux préjudices résultant de procédures judiciaires prolongées. Ces vulnérabilités particulières constituent deux facettes d’un même problème, et elles se recouperont parfois. Comme le soulignent les juges Abella et Brown dans l’arrêt



delays could also affect their ability to make full answer and defence (para. 151 (underlining added)).

[152] I am of the opinion that a contextual understanding of the place of young persons in the procedural scheme of the *YCJA* must also account both for their interest in prompt resolution and for the general prejudice of interacting with the criminal justice system, given that “the ameliorative effect of the law on others and the multiplicity of interests it attempts to balance will also colour the discrimination analysis” (*Withler*, at para. 38).

[153] I hasten to emphasize, however, that in considering the relevance of timeliness to the question whether s. 37(10) perpetuates a disadvantage faced by young persons, I am not seeking to justify any such disadvantage on the basis that it is relevant to a legitimate state objective or on the basis of the ameliorative effect of the *YCJA* as a whole — such concerns are properly left to the inquiry under s. 1 of the *Charter*, and then only to the extent that they can specifically justify the impugned limitation (*Fraser*, at para. 69). Rather, I am simply giving full effect to the contextual analysis mandated by this Court’s approach to substantive equality (*Fraser*, at para. 42). The inquiry under s. 15(1) of the *Charter* into the perpetuation of a disadvantage requires attention to “the full context of the claimant group’s situation” and to “the actual impact of the law on that situation” (*Withler*, at para. 43; see also *Taypotat*, at para. 17). The result of this contextual inquiry may in turn be to reveal that differential treatment is discriminatory because it perpetuates disadvantage, that it is neutral, or “that differential treatment is required in order to ameliorate the actual situation of the claimant group” (*Withler*, at para. 39). This Court must, therefore, in assessing the actual impact of a leave requirement, have regard to the full context of the situation of young persons, which, I find, includes the fact that a

*K.J.M.*, dans le contexte d’un procès, « la rapidité revêt une plus grande importance à titre de protection procédurale dans le cas d’adolescents », notamment parce que les retards pourraient également nuire à leur capacité de présenter une défense pleine et entière (par. 151 (je souligne)).

[152] Selon moi, une compréhension contextuelle de la situation des adolescents dans le cadre du régime procédural établi par la *LSJPA* doit également prendre en compte à la fois leur intérêt à ce que les affaires qui les mettent en cause soient résolues diligemment et le préjudice général qu’entraîne le fait d’interagir avec le système de justice pénale, étant donné que « l’effet d’amélioration [de la mesure législative] sur la situation des autres participants et la multiplicité des intérêts qu’elle tente de concilier joueront également dans l’analyse du caractère discriminatoire » (*Withler*, par. 38).

[153] Cependant, je m’empresse de souligner qu’en examinant la pertinence de la rapidité en ce qui concerne la question de savoir si le par. 37(10) perpétue un désavantage pour les adolescents, je ne cherche pas à justifier un tel désavantage au motif qu’il est pertinent à l’égard d’un objectif légitime de l’État ou en raison de l’effet d’amélioration de la *LSJPA* dans son ensemble — des considérations de ce genre devraient relever de l’analyse fondée sur l’article premier de la *Charte*, et ce, uniquement dans la mesure où elles sont susceptibles de justifier plus particulièrement la restriction contestée (*Fraser*, par. 69). Je donne plutôt simplement plein effet à l’analyse contextuelle que commande l’approche de notre Cour à l’égard de l’égalité réelle (*Fraser*, par. 42). L’analyse fondée sur le par. 15(1) de la *Charte* en ce qui a trait à la perpétuation d’un désavantage exige que l’on porte attention à « tous les éléments contextuels de la situation du groupe de demandeurs » et à « l’effet réel de la mesure législative sur leur situation » (*Withler*, par. 43; voir aussi *Taypotat*, par. 17). Cette analyse contextuelle peut pour sa part révéler qu’un traitement différent est discriminatoire parce qu’il perpétue un désavantage, qu’il est neutre ou qu’il est « nécessaire pour améliorer la situation véritable du groupe de demandeurs » (*Withler*, par. 39). Dans l’appréciation de l’effet réel de l’obligation d’obtenir

structurally prolonged appellate review can be more prejudicial to them.

[154] With respect, Abella J.'s analysis on s. 37(10) does the opposite, as it deviates from the contextual approach mandated by substantive equality. In my view, considered in context, s. 37(10) does not perpetuate any disadvantage but, rather, appropriately balances the overlapping interests of young persons in prompt resolution and in appellate review, given the common sense understanding that there will be an inherent and inevitable trade-off between these interests.

[155] Above all, it should be borne in mind that s. 37(10) applies equally to the Crown. Viewed in context, a leave requirement confers the corollary procedural benefit for young persons of being protected from an as of right appeal by the Crown pursuant to s. 693(1)(a) of the *Criminal Code*, a safeguard that is not afforded to adults. Where a young person is acquitted by the court of appeal but one judge of that court dissents on a question of law, s. 37(10) acts as a bulwark against protracted delays, and the benefit of finality and closure conferred by the provision is far from trivial, not just for the accused, but also for the complainants, who may themselves be young persons. The claim that this provision offers only “the possibility of saving a few months” loses sight of this crucial contextual aspect (Abella J.'s reasons, at para. 102). In other words, this claim disregards the fact that invalidating s. 37(10) would also equip the Crown with an automatic appeal against a young person who has been acquitted. In my view, to dismiss the young person's interest in timeliness as an argument that is relevant only to the justification inquiry under s. 1 would be to bypass the contextual assessment that is needed in order to grasp the actual impact of the provision.

une autorisation, notre Cour doit donc prendre en compte tous les éléments contextuels de la situation des adolescents, ce qui comprend, à mon sens, le fait qu'un contrôle en appel structurellement prolongé peut leur être plus préjudiciable.

[154] Soit dit en tout respect, l'analyse par la juge Abella du par. 37(10) va dans le sens contraire, car elle s'écarte de l'approche contextuelle prescrite par l'égalité réelle. À mon avis, considéré dans son contexte, le par. 37(10) ne perpétue pas un désavantage quelconque, mais établit plutôt un juste équilibre entre des intérêts qui se recoupent, à savoir l'intérêt des adolescents à ce que les affaires qui les mettent en cause soient résolues diligemment et leur intérêt à ce qu'il y ait un contrôle en appel, car le bon sens indique qu'un compromis inhérent et inévitable doit être fait entre ces intérêts.

[155] Par-dessus tout, il convient de se rappeler que le par. 37(10) s'applique également au ministère public. Considérée dans son contexte, l'obligation d'obtenir une autorisation confère aux adolescents l'avantage procédural corollaire d'être protégés contre un appel interjeté de plein droit par le ministère public en vertu de l'al. 693(1)a du *Code criminel*, une garantie qui n'est pas accordée aux adultes. Lorsqu'un adolescent est acquitté par la cour d'appel, mais qu'un juge de cette cour est dissident sur une question de droit, le par. 37(10) sert de rempart contre les délais prolongés, et l'avantage du caractère définitif conféré par la disposition est loin d'être négligeable, non seulement pour l'accusé, mais également pour les plaignants, qui peuvent eux-mêmes être adolescents. L'affirmation selon laquelle cette disposition ne fait que permettre de « gagner quelques mois » perd de vue cet aspect contextuel crucial (motifs de la juge Abella, par. 102). Autrement dit, elle ne tient pas compte du fait que l'invalidation du par. 37(10) conférerait également au ministère public un droit d'appel automatique contre un adolescent acquitté. À mon avis, écarter l'intérêt de l'adolescent à ce que sa cause soit traitée rapidement au motif qu'il s'agit d'un argument n'ayant de pertinence qu'à l'égard de l'examen de la justification fondé sur l'article premier reviendrait à laisser de côté l'analyse contextuelle qu'il faut faire pour appréhender l'effet réel de la disposition.

[156] It is true that, in a case in which leave is ultimately granted, s. 37(10) will have prolonged the process slightly for a young person whose conviction led to a dissent in the court of appeal. But this negates neither the promptness achieved where leave is denied nor the structural disincentive flowing from a leave requirement and its impact on timeliness in the youth criminal justice system as a whole. As well, leave applications can be heard more quickly than appeals and are likely to be expedited where young offenders are involved. Considered in the context of the *YCJA* as a whole, s. 37(10) legitimately fosters promptness and timeliness.

[157] These benefits of the provision must also be considered in conjunction with the absence of evidence that this Court's leave process perpetuates a tangible disadvantage for young persons. Put plainly, Abella J.'s contention that "young people's access to this Court has lagged behind" is not borne out by any evidence in the record before us (para. 68). Neither the appellant nor my colleague could point to a single case in which this Court denied leave to a young person where a judge of a court of appeal had dissented. I would add that young persons are not *denied* access to this Court, given that "[t]he right to apply for leave is itself a right of access to the [c]ourt" (*Krishnapillai v. Canada*, 2001 FCA 378, [2002] 3 F.C. 74, at para. 24, quoting *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317 (F.C.A.), at p. 318). The final bulwark against a miscarriage of justice is not, strictly speaking, a right to an *automatic* appeal, but the right of appeal itself, whether by leave or as of right; moreover, "continuous re-litigation is not a guarantee of factual accuracy" (*Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 41). Where a young person brings an application for leave to appeal against an affirmed conviction after a judge of the court of appeal dissents on a question of law, this Court is uniquely suited in such circumstances to consider all relevant factors, including arguments pointing to a miscarriage of justice. Given the particular costs for young persons

[156] Il est vrai que, dans le cas où une autorisation est finalement accordée, le par. 37(10) aura eu pour effet de prolonger quelque peu le processus pour l'adolescent dont la déclaration de culpabilité a donné lieu à une dissidence en cour d'appel. Cependant, cela n'annule ni la diligence assurée dans le cas où l'autorisation est refusée, ni le caractère dissuasif structurel découlant de l'obligation d'obtenir une autorisation et son effet sur la rapidité au sein du système de justice pénale pour les adolescents dans son ensemble. De plus, les demandes d'autorisation peuvent être instruites plus rapidement que les pourvois et elles seront probablement traitées dans les meilleurs délais possibles lorsque des adolescents sont en cause. Considéré dans le contexte de la *LSJPA* dans son ensemble, le par. 37(10) favorise légitimement la diligence et la rapidité.

[157] Ces avantages de la disposition doivent également être pris en compte conjointement avec l'absence de preuve portant que le processus d'autorisation de notre Cour perpétue un désavantage concret pour les adolescents. En termes simples, aucune preuve au dossier dont nous disposons n'étaye la prétention de la juge Abella selon laquelle « l'accès des adolescents à notre Cour traîne de la patte » (par. 68). Ni l'appellant ni ma collègue n'ont pu invoquer une seule affaire où notre Cour a refusé d'accorder une autorisation à un adolescent lorsqu'un juge d'une cour d'appel était dissident. J'ajouterais que les adolescents ne sont pas *privés* d'un accès à la Cour, étant donné que « [l]e droit de demander une [. . .] autorisation est en soi un droit d'accès à la [c]our » (*Krishnapillai c. Canada*, 2001 CAF 378, [2002] 3 C.F. 74, par. 24, citant *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317 (C.A.F.), p. 318). Le dernier rempart contre l'erreur judiciaire n'est pas, à proprement parler, le droit à un appel *automatique*, mais le droit d'appel lui-même, que ce soit sur autorisation ou de plein droit; de plus, « la remise en cause perpétuelle n'est pas [. . .] garante de l'exactitude factuelle » (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 41). Lorsqu'un adolescent présente une demande d'autorisation d'appel contre une déclaration de culpabilité confirmée, après qu'un juge de la cour d'appel a exprimé une dissidence sur une question de droit, la Cour est particulièrement

of an automatic oral hearing and an in-depth review of the record by a full panel, such a proceeding will not serve their interests in every case. This is especially true in light of the dictum that “[s]ometimes the opportunity for more opinions does not serve the ends of justice” (*Kourtessis*, at p. 70).

[158] Needless to say, no member of this Court would tolerate having a dubious conviction rest undisturbed simply to ensure a prompt resolution. And I am of the opinion that nothing in a leave requirement implies that wrongful convictions are somehow more tolerable in the youth justice system. This Court is not to rely on a dissent as a blanket proxy for merit in all cases, although that might be a convenient metric in the adult system. Rather, s. 37(10) allows it to take an individualized and sensitive approach which can also account for the harm of protracted appellate review in the youth justice system.

[159] A decontextualized analysis fails to capture these essential features, and effectively equates equal treatment with identical treatment, which is an approach this Court has consistently rejected (*Canadian Foundation for Children*, at para. 51). The vulnerability of young persons in the criminal justice system is not exacerbated simply because a provision of the *YCJA* fails to offer the maximum imaginable procedural benefit available to adults. This is all the more true of a benefit that is unrelated, or has at best a dubious link, to their actual vulnerability and their unique needs.

[160] In my view, the leave requirement under s. 37(10) is one of several legitimate ways in which the youth justice system can provide different

bien placée dans une telle situation pour examiner tous les facteurs pertinents, y compris les arguments qui font état d’une erreur judiciaire. Vu les coûts particuliers que représentent pour les adolescents une audience automatique et un examen approfondi du dossier par une formation complète, une telle procédure ne servira pas leurs intérêts dans tous les cas. Cela est particulièrement vrai à la lumière de la remarque incidente selon laquelle « [p]arfois, il n’est pas dans l’intérêt de la justice de donner la possibilité d’obtenir d’autres opinions » (*Kourtessis*, p. 70).

[158] Il va sans dire qu’aucun juge de la Cour ne tolérerait qu’une déclaration de culpabilité douteuse soit maintenue simplement en vue d’assurer la résolution diligente de l’affaire. De plus, à mon sens, l’obligation d’obtenir une autorisation n’implique nullement que des déclarations de culpabilité injustifiées sont d’une façon ou d’une autre plus tolérables dans le système de justice pour les adolescents. Notre Cour ne doit pas s’appuyer sur une dissidence comme indicateur général du bien-fondé dans tous les cas, bien qu’il puisse s’agir d’une mesure commode dans le système pour adultes. Le paragraphe 37(10) permet plutôt à la Cour d’adopter une approche individualisée et sensée qui peut également prendre en compte le préjudice attribuable à un long contrôle en appel dans le système de justice pour les adolescents.

[159] Une analyse décontextualisée ne permet pas de prendre en considération ces éléments essentiels, et assimile en réalité traitement égal à traitement identique, une approche que la Cour a toujours rejetée (*Canadian Foundation for Children*, par. 51). La vulnérabilité des adolescents dans le système de justice pénale n’est pas accentuée simplement parce qu’une disposition de la *LSJPA* ne confère pas le plus grand avantage procédural imaginable dont bénéficient les adultes. Cela est encore plus vrai dans le cas d’un avantage qui n’a rien à voir, ou qui a tout au plus un lien douteux, avec leur vulnérabilité réelle et leurs besoins particuliers.

[160] À mon avis, l’obligation d’obtenir une autorisation prévue au par. 37(10) constitue un des divers moyens légitimes permettant au système de justice

procedural avenues than the ones available to adults without degrading young persons' equal worth or reinforcing their disadvantage. Another is that young offenders are not entitled to a jury trial in every case in which an adult can elect trial by jury. Nor do they enjoy the same right to a preliminary hearing, which has historically been narrower for young persons than for adults. And yet, in deciding whether direct indictments were available to the Crown under the *YCJA*, the Court has previously acknowledged that Parliament's decision to restrict preliminary hearings for youth can actually be construed as a benefit:

Furthermore, it could even be said that there will be cases in which a direct indictment will advance the objectives and principles of the *YCJA*. To preclude prosecutors from ever using it might place those objectives and principles in jeopardy. For example, the reason related to the psychological state of witnesses is especially significant in light of the special rule set out in s. 3(1)(d)(ii) of the *YCJA* that “victims should be treated with courtesy, compassion and respect for their dignity and privacy and should suffer the minimum degree of inconvenience as a result of their involvement with the youth criminal justice system”. Similarly, it is recognized that the preliminary inquiry lengthens the judicial process, which has a greater impact on accused young persons, “given [their] perception of time”, and given that holding a preliminary inquiry could conflict with the objectives of promptness and speed provided for in s. 3(1)(b)(v) of the *YCJA*. [Emphasis in original; text in brackets in original.]

(*R. v. S.J.L.*, 2009 SCC 14, [2009] 1 S.C.R. 426, at para. 40; it should be noted that the case preceded amendments to the *Criminal Code* which restricted preliminary inquiries to offences punishable by 14 years or more.)

[161] My colleague Abella J. and I agree that it is trite to say that the *Charter's* guarantee of equality requires neither a sameness or formal equality

pour les adolescents de fournir des voies procédurales différentes par rapport à celles offertes aux adultes sans porter atteinte à l'égalité de valeur des adolescents ni renforcer leur désavantage. Le fait que les jeunes contrevenants n'aient pas le droit à un procès avec jury dans chaque cas où un adulte peut choisir cette option en est un autre. Ils n'ont pas non plus le même droit à une enquête préliminaire, droit qui a historiquement été plus limité pour les adolescents que pour les adultes. Pourtant, en se prononçant sur la question de savoir si le ministère public pouvait recourir à la mise en accusation directe sous le régime de la *LSJPA*, la Cour a déjà reconnu que la décision du Parlement de restreindre la possibilité de tenir des enquêtes préliminaires dans le cas des adolescents pouvait en fait être considérée comme un avantage :

De surcroît, il est même possible d'affirmer que, dans certains cas, la procédure de mise en accusation directe permet de favoriser les objectifs et principes de la *LSJPA*. Le fait d'empêcher tout recours à celle-ci pourrait compromettre leur mise en œuvre. Par exemple, le motif qui concerne l'état psychologique des témoins revêt une importance particulière à la lumière de la règle spéciale, mentionnée au sous-al. 3(1)(d)(ii) de la *LSJPA*, suivant laquelle « les victimes doivent être traitées avec courtoisie et compassion, sans qu'il ne soit porté atteinte à leur dignité ou à leur vie privée, et doivent subir le moins d'inconvénients possible du fait de leur participation au système de justice pénale pour les adolescents ». De même, il est reconnu que l'enquête préliminaire rallonge le processus judiciaire, ce qui a un effet plus important pour les prévenus adolescents « compte tenu du sens qu'a le temps » dans leur vie et que tenir une enquête préliminaire pourrait aller à l'encontre des objectifs de diligence et de célérité prévus au sous-al. 3(1)(b)(v) *LSJPA*. [Soulignement dans l'original; texte entre crochets dans l'original.]

(*R. c. S.J.L.*, 2009 CSC 14, [2009] 1 R.C.S. 426, par. 40; il convient de souligner que cet arrêt est antérieur aux modifications apportées au *Code criminel* qui ont restreint les enquêtes préliminaires aux infractions punissables d'un emprisonnement de 14 ans ou plus.)

[161] Ma collègue la juge Abella et moi convenons que c'est un lieu commun de dire que la garantie d'égalité prévue dans la *Charte* ne commande ni une

nor line-by-line parity with the *Criminal Code*, but rather a search for substantive equality. Young persons have different needs and vulnerabilities than adults, which is precisely why Canada’s youth justice system “stands separate” from that of adults (*K.J.M.*, at para. 49; *R.C.*, at para. 41). In my view, a leave requirement corresponds to that reality.

[162] In choosing to deny young persons an automatic right to appeal to this Court, Parliament did not discriminate against them, but responded to the reality of their lives by balancing the benefits of appellate review against the harms inherent in that process, in keeping with the dictum that “there should not be unnecessary delay in the final disposition of proceedings, particularly proceedings of a criminal character” (*Kourtessis*, at p. 70). The fact that one specific feature of the youth system does not mirror a feature of the adult system is not a basis for a finding of discrimination.

### III. Conclusion

[163] Accordingly, s. 37(10) of the *YCJA* is consistent with ss. 7 and 15 of the *Charter*, and there is no need to proceed to an analysis under s. 1.

[164] I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

KASIRER J. —

#### I. Overview

[165] I have had the advantage of reading the reasons prepared by my colleagues the Chief Justice and Abella and Côté JJ. With respect for other views, I have come to the conclusion, like the Chief Justice, that s. 37(10) of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (“*YCJA*”), is constitutionally valid. I also conclude the guilty verdict rendered against the

similitude ou une égalité formelle, ni une parité absolue avec le *Code criminel*, mais plutôt une recherche de l’égalité réelle. Les adolescents ont des besoins et des vulnérabilités qui diffèrent de ceux des adultes, et c’est précisément pour cette raison que le système canadien de justice pour les adolescents « est distinct » de celui pour les adultes (*K.J.M.*, par. 49; *R.C.*, par. 41). À mon avis, l’obligation d’obtenir une autorisation correspond à cette réalité.

[162] En choisissant de refuser aux adolescents un droit d’appel automatique à la Cour, le Parlement n’a pas exercé de discrimination à leur endroit, mais il a plutôt tenu compte de la réalité de leur vie en soupesant les avantages d’un contrôle en appel par rapport aux préjudices inhérents à ce processus, en conformité avec la remarque incidente selon laquelle « le règlement final de poursuites, particulièrement celles de nature criminelle, ne devrait pas être retardé inutilement » (*Kourtessis*, p. 70). Le fait qu’un aspect particulier du système de justice pour les adolescents ne corresponde pas à un aspect du régime pour adultes ne saurait servir de fondement à une conclusion de discrimination.

### III. Conclusion

[163] En conséquence, le par. 37(10) de la *LSJPA* est compatible avec les art. 7 et 15 de la *Charte*, et il n’est pas nécessaire de procéder à une analyse fondée sur l’article premier.

[164] Je rejeterais le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE KASIRER —

#### I. Survol

[165] J’ai eu l’avantage de lire les motifs de mes collègues le juge en chef et les juges Abella et Côté. En tout respect pour l’opinion contraire, je suis d’avis, à l’instar du juge en chef, que le par. 37(10) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1 (« *LSJPA* »), est constitutionnel. Je conclus en outre que le verdict de

appellant, C.P., was not unreasonable and the appeal should be dismissed on this basis.

[166] To be most plain on the various matters before the Court, I agree with Abella J.'s reasons, and with those of the majority of the Court of Appeal, that the guilty verdict rendered against the appellant, C.P., was not unreasonable. In respect of the second issue bearing on the constitutionality of s. 37(10) of the *YCJA*, I agree with Abella J. that this Court has jurisdiction to decide the constitutional questions. I also share the Chief Justice's view that s. 37(10) is consistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Like him, I would leave the matter of whether s. 7 requires a first right to appeal from a conviction entered by a court of appeal — a question not before this Court — to another day.

[167] My reasons differ from those of my colleagues on whether s. 37(10) of the *YCJA* infringes the equality guarantee in s. 15(1) of the *Charter*. Our differences bear, in particular, on the application of s. 1 of the *Charter* to the requirement that a young person seek leave to appeal to this Court where a court of appeal affirms a conviction on an indictable offence but there is a dissent on a question of law. Like Abella J., and based in particular on the judgments of this Court in *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113, and *Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629, I conclude that s. 37(10) of the *YCJA* does constitute a limit on s. 15(1) *Charter* rights. But in my respectful opinion the Crown has shown here that the limit to the equality right of young persons prescribed by s. 37(10) of the *YCJA*, when read in conjunction with s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is justified in a free and democratic society. In the result, I would conclude that s. 37(10) is constitutionally valid.

culpabilité rendu contre l'appellant, C.P., n'était pas déraisonnable et qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi pour ce motif.

[166] Par souci de clarté quant aux différentes questions soumises à la Cour, je souscris aux motifs de la juge Abella, de même qu'à ceux des juges majoritaires de la Cour d'appel, selon lesquels le verdict de culpabilité rendu contre l'appellant, C.P., n'était pas déraisonnable. Quant à la seconde question influant sur la constitutionnalité du par. 37(10) de la *LSJPA*, je suis d'accord avec la juge Abella que notre Cour a compétence pour trancher les questions constitutionnelles. Par ailleurs, je partage l'avis du juge en chef selon lequel le par. 37(10) est conforme à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Tout comme lui, je remettrais à une autre occasion l'examen de la question de savoir si l'art. 7 nécessite un premier droit d'appel d'une déclaration de culpabilité inscrite par une cour d'appel, une question dont notre Cour n'est pas saisie.

[167] Mes motifs diffèrent de ceux de mes collègues sur le point de savoir si le par. 37(10) de la *LSJPA* porte atteinte à la garantie d'égalité au par. 15(1) de la *Charte*. Nos divergences portent notamment sur l'application de l'article premier de la *Charte* à l'exigence qu'un adolescent demande l'autorisation de se pourvoir en appel devant notre Cour lorsqu'une cour d'appel confirme une déclaration de culpabilité relativement à un acte criminel, mais qu'il y a dissidence sur une question de droit. À l'instar de la juge Abella, et compte tenu en particulier des arrêts de notre Cour dans *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 113, et *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629, je conclus que le par. 37(10) de la *LSJPA* limite les droits garantis au par. 15(1) de la *Charte*. Mais, soit dit en tout respect, je suis d'avis que, en l'espèce, la Couronne a démontré que la restriction du droit à l'égalité des adolescents prescrite par le par. 37(10) de la *LSJPA*, lue en corrélation avec l'al. 691(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Par conséquent, je conclus que le par. 37(10) est constitutionnellement valide.

[168] I hasten to say that I agree with many of the observations made by the Chief Justice in respect of the importance of timeliness to the rule in s. 37(10) of the *YCJA* and many of his remarks regarding the safeguards against a miscarriage of justice that are afforded to young persons who seek leave to appeal to this Court in a criminal matter. I agree too with his view that the Court's leave process is sufficiently flexible to guard against the injustice brought by the leave requirement alleged by C.P. The Chief Justice sees these considerations of timeliness and the safeguards as relevant features of the context for the determination of whether s. 15(1) has been limited; instead, as I shall endeavour to explain, I understand them as pertinent to the demonstration that the limit on s. 15(1) rights is justified under s. 1 of the *Charter*, which is a task that falls to the state. I conclude that s. 37(10) of the *YCJA* is constitutionally compliant, but I propose to come to that conclusion using some of the Chief Justice's arguments on this different path.

[169] It is best to acknowledge, from the outset, that the burden of showing the limit on s. 15(1) rights is justified that falls to the Crown under s. 1 is a heavy one. It is best to recognize, too, that the benefit of timeliness to youth rehabilitation and reintegration into society afforded by s. 37(10) represents, at least in terms of time saved in the justice system, a relatively modest advantage over an appeal as of right. Furthermore, it is plain that if the risk of a miscarriage of justice brought by the leave requirement in s. 37(10) were a real one, that risk would likely outweigh the modest advantage of timeliness under the s. 1 analysis. I share Abella J.'s view — I am inclined to think that all members of this Court would share her view — that swift injustice for a young person would be no justice at all. There is no virtue in timely rehabilitation of an innocent young person. Section 37(10) would be a failed project if it championed rehabilitation over unsafe verdicts.

[168] Je m'empresse de dire que je souscris à bon nombre des observations faites par le juge en chef au sujet de l'importance de la rapidité à la règle établie au par. 37(10) de la *LSJPA* et à bon nombre de ses commentaires sur les mesures protégeant contre une erreur judiciaire les adolescents qui sollicitent l'autorisation d'interjeter appel devant notre Cour en matière criminelle. Je partage également son avis que la procédure d'autorisation d'appel de la Cour est assez souple pour prévenir l'injustice qui, aux dires de C.P., est causée par l'obligation d'obtenir l'autorisation d'appel. Le juge en chef estime que ces considérations de rapidité et les mesures de protection contre une erreur judiciaire sont des caractéristiques pertinentes du contexte à analyser pour décider s'il y a eu restriction du par. 15(1); comme je m'efforcerai de l'expliquer, je suis plutôt d'avis qu'elles sont pertinentes afin de démontrer que la restriction des droits garantis au par. 15(1) est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, une tâche qui revient à l'État. Selon moi, le par. 37(10) de la *LSJPA* est conforme à la Constitution, mais je propose d'arriver à cette conclusion sur la base de certains des arguments du juge en chef en empruntant cette voie alternative.

[169] Il vaut mieux reconnaître d'emblée le lourd fardeau — incombant à la Couronne — de démontrer que la restriction des droits reconnus au par. 15(1) est justifiée. Il vaut mieux reconnaître également que l'avantage qu'offre le par. 37(10) au chapitre de la rapidité pour la réadaptation des adolescents et leur réinsertion sociale représente, du moins quant au temps épargné dans le système de justice, un avantage relativement modeste par rapport à un appel de plein droit. De plus, il est clair que, si l'exigence d'autorisation d'appel prévue au par. 37(10) créait un véritable risque d'erreur judiciaire, ce risque l'emporterait vraisemblablement sur l'avantage modeste de célérité dans l'analyse fondée sur l'article premier. Je partage l'avis de la juge Abella — je suis enclin à penser que tous les juges de notre Cour soient de son avis — qu'une injustice résultant d'un processus expéditif pour un adolescent constituerait un déni total de justice. Il ne sert à rien de réadapter promptement un adolescent innocent. Le par. 37(10) serait un échec total s'il privilégiait la réadaptation au détriment de verdicts sûrs.



[170] But in my respectful view, s. 37(10) does not, practically speaking, expose a young person to a real risk of swift injustice and, notwithstanding the *prima facie* s. 15(1) breach for age discrimination, it is nevertheless constitutionally valid. However modest, the timeliness advantage outweighs any true risk of a miscarriage of justice for young persons associated with the added leave requirement. There is no trivializing the risks of miscarriages of justice in the criminal law but, to my mind, the Crown has demonstrated that any additional risk of a juridical error pointed to by C.P. is more theoretical than real. Where a young person seeks leave to appeal against a conviction on a question of law on which there was a dissent below, and the proposed appeal has a reasonable prospect of success, there is every reason to believe that leave would be granted. Avoiding the risk of a miscarriage of justice — even if the question of law was a matter of interest only to the parties — would in my view be a matter of public importance warranting leave to appeal under the applicable provisions in the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, and the *Criminal Code*.

[171] It was argued here, in particular, that the danger of miscarriage of justice is heightened when a young person must seek leave to appeal where, in the court of appeal, the dissent bears on an unreasonable verdict as the relevant question of law. I disagree. When the leave process discloses an arguable case pointing to a possible miscarriage of justice on this basis, the matter would be elevated to one meeting the requisite standard of public importance. This is because all of society has a stake in the particular young person's liberty interest even if the question of law in issue is not jurisprudentially significant. Where the proposed appeal has a reasonable prospect of success — disclosed by the reasons of the dissenting judge, the application for leave, or the record filed in support thereof — leave would be granted because the public importance criterion will have been met. The notion that leave would be denied in such circumstances — that, for reasons of dispatch, leave would be denied to a reasonably arguable appeal from a young person's conviction supported

[170] J'estime cependant, en tout respect, que, d'un point de vue pratique, le par. 37(10) n'expose pas un adolescent à un véritable risque d'injustice résultant d'un processus expéditif et que, malgré la violation *prima facie* du par. 15(1) pour discrimination fondée sur l'âge, il est néanmoins constitutionnel. Aussi modeste soit-il, l'avantage de célérité l'emporte sur tout véritable risque d'erreur judiciaire associé à l'obligation supplémentaire pour les adolescents d'obtenir l'autorisation d'appel. Il ne faut pas banaliser les risques d'erreurs judiciaires en droit criminel, mais à mon avis, la Couronne a démontré que tout risque supplémentaire d'erreur judiciaire invoqué par C.P. est plus théorique que réel. Lorsqu'un adolescent demande l'autorisation d'interjeter appel d'une déclaration de culpabilité sur une question de droit à l'égard de laquelle il y a eu dissidence en cour d'appel, et que l'appel proposé a une chance raisonnable de succès, tout porte à croire que l'autorisation serait accordée. Éviter le risque d'erreur judiciaire — même si la question de droit était une question qui intéressait seulement les parties — serait à mon sens une question d'importance pour le public qui justifie l'autorisation d'appel en vertu des dispositions applicables de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, et du *Code criminel*.

[171] On plaide en l'espèce, tout particulièrement, que le danger d'erreur judiciaire est exacerbé lorsqu'un adolescent doit solliciter l'autorisation d'appel dans un cas où, en cour d'appel, la dissidence porte sur un verdict déraisonnable quant à la question de droit pertinente. Je ne partage pas cet avis. Lorsque la procédure d'autorisation révèle l'existence d'une cause défendable tendant vers une possible erreur judiciaire pour ce motif, la question en deviendrait une qui répondrait à la norme voulue d'importance pour le public. Il en est ainsi parce que l'ensemble de la société a un intérêt dans le droit à la liberté de l'adolescent même si la question de droit en cause est négligeable sur le plan jurisprudentiel. Lorsque l'appel proposé a une chance raisonnable de succès — selon les motifs du juge dissident, la demande d'autorisation d'appel ou le dossier déposé à l'appui de cette demande — l'autorisation d'appel serait accordée car il aura été satisfait au critère de l'importance pour le public. L'idée que l'autorisation d'appel serait refusée en pareilles circonstances — que,

by a dissent below — is to suggest that this Court would act in a manner contrary to the principles of fundamental justice, which is untenable. Importantly, given the generous interpretation of leave criteria relevant in these circumstances, this Court is able to identify such cases on a leave application and distinguish them from those which should not go forward to the merits.

[172] Imposing a leave requirement for young persons in the limited circumstances in which an appeal as of right to this Court is available to adults under the *Criminal Code* is thus a proportionate measure open to Parliament in pursuit of the objective of timeliness, early rehabilitation, and reintegration of young people in criminal matters. This Court is institutionally equipped to identify and grant leave, based on the leave application including the evidence filed, which allows it to guard against potential miscarriages of justice in circumstances where young persons would otherwise have had an appeal as of right pursuant to s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*. Where there is no reasonable prospect of success for the proposed appeal, the leave requirement can bring an end to cases that manifestly do not raise this potential injustice in a timely manner, before proceeding to a full hearing. In that light, it was open to Parliament, as the Crown argues, to enact s. 37(10) of the *YCJA*, as a rule that brings an advantage of timeliness to young persons in a manner that outweighs any negative effects brought by the requirement of leave. For the reasons that follow, I conclude the limit on the guarantee against age discrimination is justified.

## II. The Applicable Legal Principles

[173] The burden is on the party seeking to rely on the impugned provision to establish that the limit

pour des raisons de célérité, l'autorisation serait refusée pour l'appel raisonnablement défendable d'une déclaration de culpabilité d'un adolescent appuyé par une dissidence en cour d'appel — laisse entendre que notre Cour agirait d'une manière contraire aux principes de justice fondamentale, ce qui est insoutenable. Fait important, vu l'interprétation généreuse des critères d'autorisation applicables dans ces circonstances, notre Cour peut identifier les cas de ce type dans le cadre d'une demande d'autorisation d'appel et les distinguer de ceux qui ne devraient pas aller de l'avant sur le fond.

[172] Imposer aux adolescents l'obligation d'obtenir une autorisation d'appel dans les rares cas où les adultes peuvent interjeter un appel de plein droit devant notre Cour selon le *Code criminel* est donc une mesure proportionnée que le Parlement est autorisé à prendre en vue de réaliser l'objectif consistant à favoriser la rapidité, la réadaptation précoce et la réinsertion sociale des adolescents en matière criminelle. Notre Cour est institutionnellement outillée pour cerner les cas qui se prêtent à une telle mesure et octroyer l'autorisation d'appel, eu égard à la demande d'autorisation d'appel et à la preuve déposée, ce qui lui permet de prévenir les erreurs judiciaires potentielles dans les situations où les adolescents pourraient autrement former un appel de plein droit en vertu de l'al. 691(1)a) du *Code criminel*. En l'absence de chance raisonnable de succès de l'appel proposé, l'obligation d'obtenir l'autorisation peut mettre fin en temps opportun aux affaires dans lesquelles cette injustice ne risque manifestement pas de se produire, avant que l'on procède avec une audition complète. De ce point de vue, il était loisible au Parlement, comme le soutient la Couronne, d'adopter le par. 37(10) de la *LSJPA*, en tant que règle qui offre aux adolescents un avantage de rapidité d'une manière qui l'emporte sur tout effet préjudiciable entraîné par l'obligation d'obtenir l'autorisation d'appel. Pour les motifs qui suivent, je conclus que la restriction de la garantie contre la discrimination fondée sur l'âge est justifiée.

## II. Les principes de droit applicables

[173] Il incombe à la partie qui s'appuie sur la disposition attaquée d'établir que la restriction du

on s. 15(1) is justified under s. 1 of the *Charter* (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 136-37). The law is well settled here: that party must demonstrate a pressing and substantial objective for the limit and that the means chosen to advance this objective do not disproportionately limit the s. 15(1) right. Proportionality demands that the limit be rationally connected to the stated pressing and substantial objective, that it be minimally impairing, and that its benefits outweigh its negative effects (*Ontario v. G*, at para. 71).

[174] The right to equality, like all *Charter* rights, must sometimes give way to legitimate societal objectives. I am mindful, however, that the relationship between s. 15(1) and s. 1 requires careful attention. As one scholar has observed, there is something of a “normative mismatch” between these two provisions of the *Charter*, in that “section 15 could be seen as an attempt to protect from the ‘tyranny of the majority’, . . . and section 1 brings back the idea that the needs of the whole might, on balance, justify discrimination” (S. Lawrence, “Equality and Anti-discrimination: The Relationship between Government Goals and Finding Discrimination in Section 15”, in P. Oliver, P. Macklem and N. Des Rosiers, eds., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution* (2017), 815, at p. 829).

[175] Wilson J. explained in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, that the burden resting on the state to justify a limit on s. 15(1) rights is rightly an onerous one (p. 154). I agree with Professor S. Martin, writing before she was a judge, that “a strong understanding of the interrelationship of equality, freedom and democracy under the *Charter* will provide the basis to distinguish between infringements which are reasonable and demonstrably justified” and those which are not (“Balancing Individual Rights To Equality And Social Goals” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 299, at p. 364). The focus of the inquiry must be “on the seriousness of the discrimination and its relationship

par. 15(1) se justifie au regard de l’article premier de la *Charte* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136-137). Le droit en la matière est bien établi : cette partie doit démontrer que la limite poursuit un objectif urgent et réel et que les moyens choisis pour favoriser la réalisation de cet objectif ne limite pas de manière disproportionnée le droit garanti au par. 15(1). La proportionnalité exige que la limite ait un lien rationnel avec l’objectif urgent et réel énoncé, qu’elle porte atteinte de façon minimale, et que ses avantages l’emportent sur ses effets préjudiciables (*Ontario c. G*, par. 71).

[174] À l’instar de tous les autres droits garantis par la *Charte*, le droit à l’égalité doit parfois céder le pas à des objectifs sociétaux légitimes. Je suis toutefois conscient que le rapport entre le par. 15(1) et l’article premier requiert une attention particulière. Comme l’a fait remarquer une chercheuse, il y a une sorte [TRADUCTION] « d’inadéquation normative » entre ces deux dispositions de la *Charte*, en ce que « l’article 15 peut être perçu comme une tentative de se prémunir contre la “tyrannie de la majorité” [. . .] et l’article premier nous ramène à l’idée que les besoins de l’ensemble pourraient, tout compte fait, justifier la discrimination » (S. Lawrence, « Equality and Anti-discrimination : The Relationship between Government Goals and Finding Discrimination in Section 15 », dans P. Oliver, P. Macklem et N. Des Rosiers, dir., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution* (2017), 815, p. 829).

[175] La juge Wilson a expliqué dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, que le fardeau imposé à l’État de justifier une restriction des droits garantis au par. 15(1) est onéreux à juste titre (p. 154). Je conviens avec la professeure S. Martin, écrivant avant son accession à la magistrature, [TRADUCTION] « qu’une solide compréhension de l’interrelation de l’égalité, de la liberté et de la démocratie sous le régime de la *Charte* permettra de distinguer les atteintes raisonnables dont la justification peut se démontrer » de celles qui ne le sont pas (« Balancing Individual Rights To Equality And Social Goals » (2001), 80 *R. du B. can.* 299, p. 364). L’analyse doit être axée sur « la gravité de

with the underlying values in a free and democratic society” (pp. 366-67; see also p. 365).

[176] On this latter point, I note that a limit on s. 15(1) rights based on a person’s age has been viewed in some contexts as less serious and thus more easily justified. As Professor P. W. Hogg wrote, a “minority defined by age is much less likely to suffer from the prejudice of the majority than is a minority defined by race or religion or any other characteristic that the majority has never possessed and will never possess” (*Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp. (loose-leaf)), vol. 2, at p. 55-66). Moreover, it is notable that this Court has found limits on s. 15(1) rights on the basis of age to be more susceptible to justification based on legitimate state objectives (see, e.g., *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at pp. 297 and following; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, at pp. 520-31; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451, at pp. 463-64; see also, relatedly, *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181, at para. 110).

[177] The justification analysis must be attentive to the context of the legislative objectives at issue (see, e.g., C. D. Brecht, “The Right to Equality and *Oakes*: Time for Change” (2009), 27 *N.J.C.L.* 59, at p. 73). The state must not only identify a pressing and substantial objective (*Fraser*, at paras. 125-29), but that objective must also be scrutinized so that state conduct resulting in the most odious forms of discrimination is not excused. As Iacobucci J., dissenting, put it in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, “a constitutionally impermissible purpose will not save a law under s. 1” (para. 210; see also *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paras. 115-16). When considering whether the objective is pressing and substantial, for example, an avowed purpose of “injuring or degrading” a group would be plainly illegitimate (V. C. Jackson, “Proportionality and Equality”, in V. C. Jackson and M. Tushnet, eds.,

la discrimination et son rapport avec les valeurs qui sous-tendent une société libre et démocratique » (p. 366-367; voir aussi p. 365).

[176] Au sujet de ce dernier point, je souligne qu’une restriction des droits garantis au par. 15(1) qui repose sur l’âge de la personne a été perçue dans certains contextes comme étant moins grave et donc plus facile à justifier. Comme l’a écrit le professeur P. W. Hogg, une [TRADUCTION] « minorité définie par l’âge est beaucoup moins susceptible d’être lésée par la majorité qu’une minorité définie par la race, la religion ou toute autre caractéristique que la majorité n’a jamais possédée et ne possédera jamais » (*Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 55-66). Qui plus est, il est notable que notre Cour a constaté que les restrictions aux droits garantis au par. 15(1) — fondées sur l’âge — sont plus susceptibles de se justifier sur la base d’objectifs étatiques légitimes (voir, p. ex., *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 297 et suiv.; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, p. 520-531; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451, p. 463-464; voir aussi, dans la même veine, *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l’enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181, par. 110).

[177] L’analyse de la justification doit être sensible au contexte des objectifs législatifs en cause (voir, p. ex., C. D. Brecht, « The Right to Equality and *Oakes* : Time for Change » (2009) 27 *N.J.C.L.* 59, p. 73). L’État doit non seulement identifier un objectif urgent et réel (*Fraser*, par. 125-29), mais cet objectif doit également être examiné de manière à ne pas excuser le comportement de l’État entraînant les formes de discrimination les plus odieuses. Comme le juge Iacobucci, dissident, l’a expliqué dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, « l’objectif inconstitutionnel ne pourra pas sauvegarder une loi au regard de l’article premier » (par. 210; voir aussi *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 115-16). Lors de l’examen du caractère urgent et réel de l’objectif, par exemple, l’objectif avoué de [TRADUCTION] « léser ou de dégrader » un groupe serait clairement illégitime (V. C. Jackson, « Proportionality and

*Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (2017), 171, at p. 175).

[178] This does not, however, preclude limits that “promote other values and principles” (*M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 107 (emphasis in original); D. Proulx, “Droit à l’égalité”, in *JurisClasseur Québec — Collection droit public — Droit constitutionnel* (loose-leaf), vol. 2, by S. Beaulac and J.-F. Gaudreault-DesBiens, eds., fasc. 9, at Nos. 6 and 47). At the rational connection stage, the key question is whether the *prima facie* discrimination at issue furthers the legitimate legislative objectives (see *Egan*, at paras. 191-98, per Iacobucci J., dissenting; *M. v. H.*, at paras. 109-16; *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522, at para. 44; *Ontario v. G*, at para. 73).

[179] If these hurdles can be overcome, a margin of appreciation is afforded to legislatures in selecting the means to achieve their objectives (*Québec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at paras. 439-40, per McLachlin C.J., concurring, and at paras. 401-5, per Deschamps J., dissenting in part; *Centrale*, at paras. 45-50). The means must fall within a range of reasonable alternatives open to a legislature to achieve its objectives so as to be minimally impairing (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at paras. 93-94). Finally, the benefits of the legislative objectives must, of course, outweigh their negative effects (*Centrale*, at paras. 51-54).

### III. The Limit on Section 15(1) Is Justified Under Section 1

[180] Mindful of these principles, I turn to the constitutional question at issue. The notice of constitutional question summarizes C.P.’s specific concern with s. 37(10) of the *YCJA* as it relates to s. 15(1) of the *Charter*, and connects it to s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*:

Equality », dans V. C. Jackson et M. Tushnet, dir., *Proportionality : New Frontiers, New Challenges* (2017), 171, p. 175).

[178] Cela n’exclut toutefois pas les limites qui « prom[euvent] d’autres valeurs et principes » (*M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 107 (souligné dans l’original); D. Proulx, « Droit à l’égalité », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit public — Droit constitutionnel* (feuilles mobiles), vol. 2, par S. Beaulac et J.-F. Gaudreault-DesBiens, dir., fasc. 9, n° 6 et 47). À l’étape du lien rationnel, la question principale est de savoir si la discrimination *prima facie* en cause favorise la réalisation des objectifs législatifs légitimes (voir *Egan*, par. 191-198, le juge Iacobucci, dissident; *M. c. H.*, par. 109-116; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522, par. 44; *Ontario c. G*, par. 73).

[179] S’il est possible de surmonter ces obstacles, une marge d’appréciation est accordée au législateur dans le choix des moyens pour réaliser ses objectifs (*Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 439-440, la juge en chef McLachlin, motifs concordants, et par. 401-405, la juge Deschamps, dissidente en partie; *Centrale*, par. 45-50). Les moyens doivent se situer à l’intérieur d’une gamme de mesures raisonnables que peut prendre une législature pour atteindre ses objectifs de la manière la moins attentatoire possible (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 93-94). Enfin, les avantages des objectifs législatifs doivent, bien entendu, l’emporter sur leurs effets préjudiciables (*Centrale*, par. 51-54).

### III. La restriction du par. 15(1) se justifie au regard de l’article premier

[180] Tenant compte de ces principes, j’aborde la question constitutionnelle en cause. L’avis de question constitutionnelle résume ce qui préoccupe précisément C.P. au sujet du rapport entre le par. 37(10) de la *LSJPA* et le par. 15(1) de la *Charte*, et il le relie à l’al. 691(1)a) du *Code criminel* :

Does s. 37(10) of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by impermissibly discriminating against young people to the extent that it purports to deny a young person whose conviction was upheld by a majority of the court of appeal the procedural benefit of an appeal as of right to the Supreme Court of Canada pursuant to s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, where such benefit is granted to an identically situated adult offender?

[181] For indictable appeals in youth matters, the *YCJA* incorporates the *Criminal Code* appeal provisions (*YCJA*, s. 37(1)). Like an adult, a young person convicted of an indictable offence and whose conviction is unanimously affirmed by the court of appeal has an appeal to this Court with leave on any question of law (*Criminal Code*, s. 691(1)(b)). However, because s. 37(10) of the *YCJA* provides that the judgment of a court of appeal in a youth criminal matter cannot be appealed to this Court except with leave, young persons, unlike adults, do not have an automatic right to appeal to this Court where a conviction on an indictable offence is affirmed at the court of appeal and there is a dissent on a question of law (*Criminal Code*, s. 691(1)(a)). The constitutional question before this Court is particularized to this s. 691(1)(a) appeal route. It is this narrow instance of *prima facie* age discrimination that the Crown must therefore justify.

[182] While the constitutional issue is being argued for the first time before this Court, it bears noting that the question pertains to proceedings unique to this forum and, as the Crown noted in its argument in support of the constitutionality of s. 37(10), engages its particular institutional knowledge of the leave process (R.F., at para. 38). Indeed, when, as in this case, an enactment that limits the right to equality relating to the criminal justice system is scrutinized under s. 1, judges' "knowledge and understanding" of the workings of the courts may provide them with a "higher degree of certainty" than in some other settings when measuring whether the limit is justified in a free and democratic society (*McKinney*, at

[TRANSLATION] Le paragraphe 37(10) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en faisant preuve de discrimination inacceptable à l'égard des adolescents dans la mesure où il vise à nier à un adolescent dont la déclaration de culpabilité a été confirmée à la majorité par la cour d'appel l'avantage procédural d'un appel de plein droit à la Cour suprême du Canada en vertu de l'al. 691(1)a) du *Code criminel*, alors que cet avantage est accordé à un contrevenant adulte qui se trouve dans une situation semblable?

[181] Pour ce qui est des appels concernant des actes criminels dans les affaires impliquant des adolescents, la *LSJPA* incorpore les dispositions du *Code criminel* relatives aux appels (*LSJPA*, par. 37(1)). À l'instar d'un adulte, un adolescent reconnu coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée à l'unanimité par la cour d'appel peut interjeter appel sur autorisation à notre Cour sur toute question de droit (*Code criminel*, al. 691(1)b)). Or, comme le par. 37(10) de la *LSJPA* prévoit que l'arrêt d'une cour d'appel à l'endroit d'un adolescent n'est pas susceptible d'appel devant notre Cour sauf sur autorisation, les adolescents, contrairement aux adultes, n'ont pas le droit automatique d'interjeter appel devant notre Cour d'une déclaration de culpabilité relativement à un acte criminel qui a été confirmée en cour d'appel lorsqu'il y a dissidence sur une question de droit (*Code criminel*, al. 691(1)a)). La question constitutionnelle soumise à la Cour n'intéresse que cette voie d'appel prévue à l'al. 691(1)a). C'est donc ce cas précis de discrimination *prima facie* fondée sur l'âge que doit justifier la Couronne.

[182] Bien que la question constitutionnelle soit débattue pour la première fois devant notre Cour, il convient de noter qu'elle a trait aux procédures propres au présent tribunal et, comme la Couronne l'a souligné dans son argumentation à l'appui de la constitutionnalité du par. 37(10), met en jeu la connaissance institutionnelle particulière qu'a la Cour du processus d'autorisation (m.i., par. 38). En effet, dans un cas comme celui qui nous occupe, où un texte législatif qui restreint le droit à l'égalité dans le système de justice pénale est examiné au regard de l'article premier, le « savoir et le discernement » qu'ont les juges au sujet du fonctionnement des tribunaux leur permet de se prononcer « de façon

p. 305). I also note the Attorney General of Canada intervened in this case and made submissions on s. 1 of the *Charter* with a view to justifying a provision enacted by Parliament.

#### A. *Pressing and Substantial Objective*

[183] C.P. does not accept that s. 37(10) of the *YCJA* has a pressing and substantial objective (A.F., at para. 92; transcript, at p. 41). I must respectfully disagree.

[184] According to the statutory Declaration of Principle in s. 3 of the *YCJA*, the youth criminal justice system is designed, in part, to promote timeliness, early rehabilitation, and reintegration in youth criminal matters. Section 3(1)(b) of the *YCJA* provides that the criminal justice system for young persons must emphasize “(i) rehabilitation and reintegration, . . . (iv) timely intervention that reinforces the link between the offending behaviour and its consequences, and (v) the promptness and speed with which persons responsible for enforcing this Act must act, given young persons’ perception of time”.

[185] While the case did not concern issues of constitutionality, in *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012, Sopinka J. recognized that the policy favouring early resolution and rehabilitation was served by an analogous appeal provision under the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1 (p. 1016; R.F., at paras. 16 and 27; I.F., AGC, at para. 12). Likewise, in the case of s. 37(10) of the *YCJA*, I agree with the Attorney General of Canada that “providing for appeals by leave instead of by right favours early resolution of matters involving youth to allow for commencement of the rehabilitation stage” (para. 54).

[186] Timeliness has special significance for young persons. Youth justice scholars have observed in this

beaucoup plus sûre » que dans d’autres contextes au moment de décider si la limite se justifie dans le cadre d’une société libre et démocratique (*McKinney*, p. 305). Je signale également que le procureur général du Canada est intervenu en l’espèce et a présenté des arguments sur l’article premier de la *Charte* afin de justifier une disposition adoptée par le Parlement.

#### A. *Objectif urgent et réel*

[183] C.P. n’accepte pas que le par. 37(10) de la *LSJPA* vise un objectif urgent et réel (m.a., par. 92; transcription, p. 41). Soit dit en tout respect, je ne partage pas cet avis.

[184] Selon la déclaration de principes qui figure à l’art. 3 de la *LSJPA*, le système de justice pénale pour les adolescents est conçu notamment pour favoriser la rapidité, la réadaptation précoce et la réinsertion sociale des adolescents en matière criminelle. L’alinéa 3(1)b) de la *LSJPA* dispose que le système de justice pénale pour les adolescents doit mettre l’accent sur « (i) leur réadaptation et leur réinsertion sociale, [. . .] (iv) la prise de mesures opportunes qui établissent clairement le lien entre le comportement délictueux et ses conséquences, et (v) la diligence et la célérité avec lesquelles doivent intervenir les personnes chargées de l’application de la présente loi, compte tenu du sens qu’a le temps dans la vie des adolescents ».

[185] Bien que la cause ne portait pas sur des enjeux de constitutionnalité, dans l’arrêt *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012, le juge Sopinka a reconnu que la politique favorisant le règlement et la réadaptation rapides était servie par une disposition analogue en matière d’appel dans la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, c. Y-1 (p. 1016; m.i., par. 16 et 27; m.i. du PGC, par. 12). De même, dans le cas du par. 37(10) de la *LSJPA*, je conviens avec le procureur général du Canada que [TRADUCTION] « prévoit des appels sur autorisation plutôt que des appels de plein droit favorise le règlement rapide des affaires impliquant des adolescents pour pouvoir amorcer le stade de la réadaptation » (par. 54).

[186] La rapidité revêt une importance particulière pour les adolescents. Les chercheurs spécialistes

context that young people perceive time differently and have less well developed memories than adults (N. Bala and S. Anand, *Youth Criminal Justice Law* (3rd ed. 2012), at p. 144). Timeliness reinforces the connection between the actions and consequences, reduces psychological impact, avoids a sense of potential unfairness, and advances societal interest in seeing young persons rehabilitated and reintegrated into society as swiftly as possible (*R. v. K.J.M.*, 2019 SCC 55, [2019] 4 S.C.R. 39, at paras. 51-52 and 54-55). It has consequently been said that “[t]he effectiveness of the juvenile justice process depends at least in part on its timeliness” (J. A. Butts, G. R. Cusick and B. Adam, *Delays in Youth Justice* (2009), at p. 8; see also Department of Justice, Committee on Juvenile Delinquency, *Juvenile Delinquency in Canada: The Report of the Department of Justice Committee on Juvenile Delinquency* (1965), at p. 154).

[187] In light of the above, I have no difficulty concluding that promoting timeliness, early rehabilitation, and reintegration in youth criminal matters is a pressing and substantial objective.

#### B. *Rational Connection*

[188] A reasonable inference that s. 37(10) of the *YCJA* will help to bring about the pressing and substantial objective is sufficient to establish a rational connection (*Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at para. 40; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, at para. 143).

[189] C.P. says s. 37(10) of the *YCJA* is not connected to the pressing and substantial objective of timeliness, early rehabilitation, and reintegration. The total time to process and decide a leave application, he says, is not materially shorter than the time to hear and decide an as of right appeal and, if leave is granted, the total time is longer than an as of right appeal.

de la justice pour les adolescents ont observé dans ce contexte que les adolescents ont une perception du temps différente de celle des adultes et ont une mémoire moins bien développée qu’eux (N. Bala et S. Anand, *Youth Criminal Justice Law* (3<sup>e</sup> éd. 2012), p. 144). La rapidité renforce le lien entre les actes et leurs conséquences, réduit l’impact psychologique, évite le sentiment d’injustice potentielle, et promeut l’intérêt sociétal à voir les adolescents réadaptés et réinsérés dans la société le plus rapidement possible (*R. c. K.J.M.*, 2019 CSC 55, [2019] 4 R.C.S. 39, par. 51-52 et 54-55). On a donc affirmé que [TRANSDUCTION] « [l]’efficacité du processus de justice juvénile dépend au moins en partie de sa rapidité » (J. A. Butts, G. R. Cusick et B. Adam, *Delays in Youth Justice* (2009), p. 8; voir aussi ministère de la Justice, Comité sur la délinquance juvénile, *Délinquance juvénile au Canada : rapport du Comité du ministère de la Justice sur la délinquance juvénile* (1965), p. 168-169).

[187] À la lumière de ce qui précède, je n’ai aucune difficulté à conclure que la promotion de la rapidité, de la réadaptation précoce et de la réinsertion sociale dans les affaires criminelles impliquant des adolescents est un objectif urgent et réel.

#### B. *Lien rationnel*

[188] Une inférence raisonnable que le par. 37(10) de la *LSJPA* aidera à réaliser l’objectif urgent et réel est suffisante pour établir un lien rationnel (*Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610, par. 40; *Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 143).

[189] C.P. affirme que le par. 37(10) de la *LSJPA* n’a aucun lien avec l’objectif urgent et réel consistant à favoriser la rapidité, la réadaptation précoce et la réinsertion sociale. Le temps nécessaire pour traiter et trancher une demande d’autorisation, dit-il, n’est pas sensiblement plus court que le temps pour entendre et trancher un appel de plein droit et, si l’autorisation est accordée, le temps total est plus long qu’un appel de plein droit.



[190] I disagree. Section 37(10) of the *YCJA* is rationally connected to the relevant objective. By requiring leave in those circumstances where there would otherwise be appeals as of right, this provision serves the goal of timeliness. The leave requirement may well serve as a disincentive to bringing an unmeritorious appeal. Moreover, leave applications are generally decided more quickly than appeals. On average, this Court renders leave decisions in approximately four months (Supreme Court of Canada, *2020 Year in Review* (2021), at p. 34). Conversely, it takes cases at this Court an average of eight months to be heard after leave is granted or a notice of appeal as of right is filed. Should the appeal be taken on reserve, further time will elapse prior to the time judgment is rendered. As the Attorney General of Canada argues, the leave to appeal process can bring an early end to the proceedings of applicants whose potential appeals are without merit (para. 55). Such applications for leave will be dismissed, rather than proceeding to a full appeal. In this way, and while it should be acknowledged the time saved is not always substantial, s. 37(10) of the *YCJA* is rationally connected to the goal of promoting timeliness, early rehabilitation, and reintegration. When C.P. argues that s. 37(10) “does vanishingly little” (A.F., at para. 90) to advance the objective of early resolution of the adjudicative process for young people in order to facilitate rehabilitation, he is not denying a rational connection but proposing an argument that is best left to the final step of the proportionality analysis.

[191] I do recognize the appeal process may be longer on average for those young persons who are successful in their leave applications to this Court, as compared to a scenario in which there was no leave requirement.

[192] The comparison proposed by C.P. is, however, a difficult one to make. When the Court grants leave, it does so on the unstated presumption that the proposed appeal is an arguable one or the question of law requires the guidance of the Court. No such

[190] Je m’inscris en faux contre cet argument. Le par. 37(10) de la *LSJPA* a un lien rationnel avec l’objectif pertinent. En exigeant l’autorisation dans les circonstances où il y aurait autrement des appels de plein droit, cette disposition sert l’objectif de rapidité. L’obligation d’obtenir l’autorisation peut fort bien servir de mesure dissuasive contre un appel non fondé. En outre, les demandes d’autorisation d’appel sont généralement tranchées plus rapidement que les appels. En moyenne, notre Cour prend environ quatre mois pour statuer sur les demandes d’autorisation d’appel (Cour suprême du Canada, *Rétrospective annuelle 2020* (2021), p. 34). À l’inverse, il faut en moyenne huit mois pour que notre Cour entende une cause après l’octroi de l’autorisation ou le dépôt de l’avis d’appel de plein droit. Si l’appel est mis en délibéré, le temps continuera de s’écouler avant que l’arrêt soit rendu. Comme le plaide le procureur général du Canada, le processus d’autorisation d’appel peut mettre fin rapidement aux procédures des demandeurs dont les appels potentiels sont dénués de fondement (par. 55). On rejettera ces demandes d’autorisation d’appel, plutôt que de procéder à un appel en bonne et due forme. Ainsi, et bien qu’il faille reconnaître que le temps épargné ne soit pas toujours substantiel, le par. 37(10) de la *LSJPA* a un lien rationnel avec l’objectif de favoriser la rapidité, la réadaptation précoce et la réinsertion sociale. Lorsque C.P. soutient que le par. 37(10) [TRADUCTION] « ne fait quasiment rien » (m.a., par. 90) pour atteindre l’objectif de règlement rapide du processus décisionnel à l’égard des adolescents afin de faciliter la réadaptation, il ne nie pas l’existence d’un lien rationnel, mais soulève un argument qui est mieux examiné à la dernière étape de l’analyse de la proportionnalité.

[191] Je reconnais que la procédure d’appel peut s’avérer plus longue en moyenne pour les adolescents dont la demande d’autorisation d’appel devant notre Cour est accueillie, que dans un scénario où il n’y a aucune obligation d’obtenir pareille autorisation.

[192] La comparaison que propose C.P. est toutefois difficile à faire. Quand la Cour accorde l’autorisation, elle le fait en présumant tacitement que l’appel proposé est défendable ou que la question de droit nécessite l’encadrement de la Cour. Aucune

presumption obtains in respect of an appeal as of right. I note further that when leave is granted, an appellant is not necessarily confined to arguing the narrow question of law identified by the dissent in the court below as in an appeal as of right. Unless this Court restricts the issues that will be heard, leave to appeal is generally understood to be granted at large (*R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381, at para. 28). This makes the comparison difficult.

[193] But, in any event, C.P.’s observation, as it relates to appeals in which the Court sees some *prima facie* merit at the leave stage, does not preclude a finding that s. 37(10) of the *YCJA* is rationally connected to the legislative objective. Section 37(10) of the *YCJA* is designed to bring a rapid conclusion to those cases where there is no reason to hear the appeal which raises a question of law that is without merit. This is broadly analogous to the power courts of appeal have to dismiss summarily an appeal as of right on a question of law that is frivolous without a full hearing on the merits (*Criminal Code*, s. 685(1)). Section 37(10) of the *YCJA* therefore furthers the legislative goal of timeliness, early rehabilitation, and reintegration in youth criminal matters.

### C. Minimal Impairment

[194] The question at this step of the analysis is whether s. 37(10) of the *YCJA* falls within a range of reasonable alternatives open to Parliament to achieve its objective. This margin of appreciation afforded to legislatures, as McLachlin C.J. explained in *Quebec v. A*, is particularly important where the measure seeks to balance legitimate competing social values (para. 439). In that case, the provincial legislature sought to balance equal treatment of property rights and support obligations in conjugal relationships against individual freedom to choose whether or not to marry or enter into a civil union. McLachlin C.J. explained that the question the Court must ask is whether “the law goes too far *in relation to the goal the legislature seeks to achieve*” (para. 442 (emphasis

présomption de ce type n’intervient dans le cas d’un appel de plein droit. Ajoutons que, lorsque l’autorisation est accordée, l’appelant n’est pas forcément tenu de ne débattre que de la question de droit étroite soulevée par le juge dissident de la cour d’appel comme dans le cas d’un appel de plein droit. À moins que notre Cour restreigne les questions qui seront débattues, il est généralement admis que l’autorisation est octroyée pour l’ensemble de l’appel (*R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, par. 28). La comparaison est dès lors difficile.

[193] Mais quoi qu’il en soit, l’argument de C.P., en ce qui concerne les appels auxquels la Cour attribue un certain bien-fondé à première vue à l’étape de l’autorisation, n’empêche pas de conclure que le par. 37(10) de la *LSJPA* a un lien rationnel avec l’objectif législatif. Le paragraphe 37(10) de la *LSJPA* vise à amener une conclusion rapide aux dossiers où il n’y a aucune raison d’entendre l’appel qui soulève une question de droit dénuée de fondement. Cela est largement analogue au pouvoir qu’ont les cours d’appel de rejeter sommairement un appel de plein droit soulevant une question de droit frivole sans procéder à une audition complète sur le fond (*Code criminel*, par. 685(1)). Le paragraphe 37(10) de la *LSJPA* aide par conséquent à réaliser l’objectif législatif qui consiste à favoriser la rapidité, la réadaptation précoce et la réinsertion sociale dans les affaires criminelles impliquant des adolescents.

### C. Atteinte minimale

[194] À cette étape de l’analyse, il s’agit de savoir si le par. 37(10) de la *LSJPA* appartient à une gamme de solutions raisonnables qui s’offrent au Parlement pour atteindre son objectif. Comme l’a expliqué la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *Québec c. A*, cette marge d’appréciation accordée au législateur est particulièrement importante lorsque la mesure en question tente d’établir un équilibre entre des valeurs sociales légitimes mais opposées (par. 439). Dans cette affaire, la législature provinciale a cherché à atteindre un équilibre entre, d’une part, le traitement égal des droits patrimoniaux et du soutien alimentaire dans les relations conjugales et, d’autre part, la liberté d’une personne de se marier ou de contracter une union civile ou non. D’après la juge

in original)). Likewise, in this case, Parliament set out to balance the various social objectives identified in the Declaration of Principle in designing a system of youth criminal justice (*YCJA*, s. 3). The question is whether Parliament's imposition of a leave requirement in s. 37(10) goes too far to achieve its objective of timeliness, early rehabilitation, and reintegration in youth criminal matters.

[195] C.P. says s. 37(10) of the *YCJA* is not minimally impairing because the leave to appeal process is no substitute for an appeal as of right. I acknowledge that imposing a leave requirement on an otherwise meritorious appeal could raise a potential for miscarriage of justice that is not present in the case of adults who have an appeal as of right. Youth must first convince this Court to grant leave before their appeal is heard on the merits, even though they are at least as susceptible to wrongful conviction. However, in my view, the leave to appeal process serves as an effective bulwark against miscarriages of justice and is sufficient to fulfill the requirement of minimal impairment.

[196] This Court exercises its leave power in a manner that allows it to hear appeals in cases raising a potential miscarriage of justice. I acknowledge the observations that, as a general matter, leave to appeal is granted exceptionally (M. Vauclair and T. Desjardins, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (27th ed. 2020), at para. 341), and that “[t]he single most important criterion determining the success or failure of a leave application is the public importance of the issues it raises” (E. Meehan, et al., *Supreme Court of Canada Manual: Practice and Advocacy* (loose-leaf), at p. 3-3). But commentators have also long recognized that the concept of “public importance” does not necessarily mean that the issue raised in the application has a far-reaching impact on the law in criminal matters, as the Crown observes (R.F., at para. 39). Sopinka J., speaking

en chef McLachlin, la question que la Cour doit se poser est de savoir si « l’atteinte qui découle de la loi va trop loin *par rapport à l’objectif du législateur* » (par. 442 (en italique dans l’original)). De même, en l’espèce, le Parlement a décidé d’établir un équilibre entre les différents objectifs sociaux mentionnés dans la déclaration de principes au moment de concevoir un système de justice pénale pour les adolescents (*LSJPA*, art. 3). Il s’agit de savoir si, en imposant l’obligation d’obtenir une autorisation au par. 37(10), le Parlement va trop loin pour atteindre son objectif consistant à favoriser la rapidité, la réadaptation précoce et la réinsertion sociale dans les affaires criminelles impliquant des adolescents.

[195] Selon C.P., le par. 37(10) de la *LSJPA* ne porte pas une atteinte minimale car le processus d’autorisation d’appel ne peut remplacer l’appel de plein droit. Je reconnais qu’imposer l’obligation d’obtenir l’autorisation pour un appel par ailleurs fondé pourrait créer un risque d’erreur judiciaire qui est absent dans le cas des adultes pouvant interjeter appel de plein droit. Les adolescents doivent d’abord convaincre notre Cour d’accorder l’autorisation avant que leur appel ne soit entendu sur le fond, alors qu’ils sont au moins aussi vulnérables à une déclaration de culpabilité injustifiée. J’estime toutefois que le processus d’autorisation d’appel s’avère un rempart efficace contre les erreurs judiciaires et qu’il suffit à remplir l’exigence d’atteinte minimale.

[196] Notre Cour exerce son pouvoir en matière d’autorisation de manière à pouvoir entendre des appels qui soulèvent un risque d’erreur judiciaire. Je prends acte des commentaires selon lesquels, en règle générale, l’autorisation d’appel est accordée exceptionnellement (M. Vauclair et T. Desjardins, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (27<sup>e</sup> éd. 2020), par. 341), et [TRADUCTION] « [l]e critère le plus important qui détermine le succès ou l’échec d’une demande d’autorisation est l’importance pour le public des questions qu’elle soulève » (E. Meehan et autres, *Supreme Court of Canada Manual : Practice and Advocacy* (feuilles mobiles), p. 3-3). Les auteurs reconnaissent toutefois depuis longtemps que le concept d’« importance pour le public » ne signifie pas nécessairement que la question soulevée dans la demande a un impact considérable

extra-judicially, noted that in criminal matters the public importance criterion is “not applied as strictly. If an applicant has not had a fair trial or was possibly wrongfully convicted, we may grant leave even in the absence of an ‘earth-shaking’ issue of law” (Meehan, at pp. 3-4 to 3-4.1, quoting an address by Sopinka J. given on April 10, 1997). This principle was corroborated by Iacobucci J., writing extra-judicially, who stated that “even where there has been no dissent or reversal of an acquittal at the Court of Appeal, leave to appeal in criminal cases often is granted given that criminal cases are frequently considered to raise issues of public importance because they involve the liberty of the subject” (F. Iacobucci, “The Supreme Court of Canada: Its History, Powers and Responsibilities” (2002), 4 *J. App. Prac. & Process* 27, at pp. 34-35).

[197] There is only one circumstance we are called upon to consider by the constitutional question in this appeal: when a young person who is convicted of an indictable offence, and whose conviction is affirmed by the court of appeal, seeks to appeal to this Court. Like an adult, the young person has a right of appeal on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents. Unlike an adult, by reason of s. 37(10), the young person’s right of appeal requires leave.

[198] C.P. says this constitutes a limit on his s. 15(1) right to equality that cannot be justified under s. 1. He argues — and in this he is joined by the intervenor Criminal Lawyers’ Association (Ontario) (“CLA”) — that when that question of law upon which the dissent rests is an unreasonable verdict, the added requirement of leave creates a serious risk that leave will be denied because the question of law will not be seen as one of “public importance”.

sur le droit en matière criminelle, comme le fait remarquer la Couronne (m.i., par. 39). Dans des propos tenus lors d’une allocution, le juge Sopinka a souligné qu’en matière criminelle, le critère de l’importance pour le public [TRADUCTION] « n’est pas appliqué aussi strictement. Si le demandeur n’a pas bénéficié d’un procès équitable ou a peut-être été déclaré coupable à tort, nous pourrions accorder l’autorisation d’appel même en l’absence d’une question de droit “époustouflante” » (Meehan, p. 3-4 à 3-4.1, citant une allocution prononcée le 10 avril 1997 par le juge Sopinka). Ce principe a été corroboré par le juge Iacobucci, celui-ci écrivant dans un article de doctrine que [TRADUCTION] « même dans les cas où il n’y a pas eu de dissidence ou d’annulation d’un acquittement en cour d’appel, l’autorisation d’appel est souvent accordée dans les affaires criminelles vu que celles-ci sont fréquemment considérées comme soulevant des questions d’importance pour le public, car elles mettent en jeu la liberté de l’intéressé » (F. Iacobucci, « The Supreme Court of Canada : Its History, Powers and Responsibilities » (2002), 4 *J. App. Prac. & Process* 27, p. 34-35).

[197] La question constitutionnelle en l’espèce nous oblige à examiner un seul cas de figure : celui où un adolescent reconnu coupable d’un acte criminel et dont la déclaration de culpabilité est confirmée par la cour d’appel sollicite l’autorisation de se pourvoir en appel devant notre Cour. À l’instar d’un adulte, l’adolescent peut interjeter appel sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d’appel est dissident. Contrairement à un adulte, l’adolescent doit obtenir l’autorisation d’exercer son droit d’appel par l’effet du par. 37(10).

[198] Aux dires de C.P., cette règle constitue une restriction de son droit à l’égalité garanti par le par. 15(1) qui ne saurait se justifier au regard de l’article premier. Il soutient — tout comme l’intervenante la Criminal Lawyers’ Association (Ontario) (« CLA ») — que, lorsque la question de droit sur laquelle porte la dissidence est un verdict déraisonnable, l’obligation additionnelle d’obtenir une autorisation risque sérieusement d’entraîner le rejet de la demande d’autorisation, car la question de droit ne sera pas perçue comme étant une d’« importance pour le public ».

[199] The CLA says that “a test of ‘public importance’ implies that the legal issues at stake in the case must transcend the particular dispute between the two parties” (I.F., at para. 12). The CLA submits that an unreasonable verdict, while a question of law, does not typically raise a question that transcends the parties’ particular dispute. Generally speaking, an appeal based on a dissent that has identified a verdict as unreasonable does not raise a novel or unsettled point of law that requires direction from this Court. As a result, submits the intervener, “an unreasonable conviction, will, largely, not be reviewed by this Court and errors upon which provincial Courts of Appeal cannot agree will not be corrected. Wrongful convictions will result” (para. 2).

[200] I disagree. This risk of wrongful convictions decried by C.P. and the CLA rests on a flawed understanding of the leave process.

[201] In my view, the public importance criterion is best understood in this context as one that is engaged not only by jurisprudentially important legal issues that qualify as issues of public importance on that basis, but also by those that raise serious questions of law about the safety of the verdict in criminal matters. The issue of a wrongful conviction transcends the particular defendant and engages the integrity of our system of justice as a whole, thereby raising issues of public importance for the purposes of granting leave to appeal.

[202] By way of example, I note that in *R. v. Hay*, 2010 SCC 54, [2010] 3 S.C.R. 206, the defendant sought leave to this Court on the ground that the guilty verdict was unreasonable (para. 1). Cromwell J., writing for the panel of three judges, found it was in the interests of justice to order the release of certain exhibits for the purpose of this leave application, due to the possible significance of this evidence to the unreasonable verdict issue (para. 9). Ultimately, leave to appeal was granted, fresh evidence related to the released exhibits was admitted and the appeal

[199] La CLA affirme [TRADUCTION] « qu’un test d’“importance pour le public” suppose que les questions de droit en jeu doivent transcender le différend entre les parties » (m. interv., par. 12). D’après l’intervenante, bien qu’un verdict déraisonnable constitue une question de droit, il ne soulève habituellement pas de question qui transcende le différend entre les parties. En général, un appel fondé sur une dissidence suivant laquelle un verdict est déraisonnable ne soulèverait pas un point de droit nouveau ou non résolu qui nécessite l’encadrement de notre Cour. En conséquence, soutient l’intervenante, « la Cour n’examinera pas en grande partie une déclaration de culpabilité déraisonnable, et les erreurs sur lesquelles les cours d’appel provinciales ne parviennent pas à s’entendre ne seront pas corrigées. Des condamnations injustifiées en résulteront » (par. 2).

[200] Je ne souscris pas à cet argument. Ce risque de déclarations de culpabilité injustifiées décrié par C.P. et la CLA repose sur une mauvaise compréhension du processus d’autorisation d’appel.

[201] À mon avis, il faut interpréter le critère d’importance pour le public dans ce contexte comme étant mis en jeu non seulement par des questions de droit d’importance jurisprudentielle qui constituent des questions d’importance pour le public, mais aussi par celles qui soulèvent de sérieuses questions de droit quant au caractère sûr du verdict en matière criminelle. La question d’une condamnation injustifiée transcende le défendeur concerné et met en jeu l’intégrité de notre système de justice dans son ensemble, soulevant par le fait même des questions d’importance pour le public lorsqu’il s’agit d’occulter l’autorisation d’appel.

[202] À titre d’exemple, je note que, dans *R. c. Hay*, 2010 CSC 54, [2010] 3 R.C.S. 206, le défendeur a sollicité l’autorisation d’interjeter appel devant notre Cour au motif que le verdict de culpabilité était déraisonnable (par. 1). S’exprimant au nom de la formation de trois juges, le juge Cromwell a conclu qu’il était dans l’intérêt de la justice d’ordonner la communication de certaines pièces pour les besoins de cette demande d’autorisation, étant donné l’importance que peut avoir cette preuve à l’égard de la question du verdict déraisonnable (par. 9).

was allowed on that basis (*R. v. Hay*, 2013 SCC 61, [2013] 3 S.C.R. 694, at paras. 74-75 and 78). These proceedings suggest strongly that this Court is alive to issues of unreasonable verdicts at the leave to appeal stage even if those issues do not necessarily demonstrate a broad legal importance that transcends the interests of the parties beyond the possibility of a wrongful conviction. This Court is unquestionably concerned with the possibility of miscarriages of justice (see, e.g., *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 26) and can be expected to exercise its power to grant leave accordingly.

[203] I note as well that in *R. v. R. (R.)*, 2008 ONCA 497, 90 O.R. (3d) 641, Doherty J.A. discussed leave to appeal to a provincial court of appeal from a decision upholding a conviction on a summary offence and, in doing so, analogized to this Court's ability to grant leave to appeal for indictable offences (para. 20). Notably, he explained that the interests of justice require granting leave where there is a "strong likelihood" an error of law by the lower court caused the conviction to be sustained (para. 34). In the same way, I am of the view that this Court has the power to grant leave in youth criminal matters when the application for leave to appeal raises the risk that a miscarriage of justice will occur if the appeal is not heard and where the proposed appeal has a reasonable prospect of success.

[204] Indeed, as a guardian of rights under the *Charter* (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169), this Court has not only an ability to exercise its power to grant leave mindful of those rights and the fundamental principles of justice, but, in my view, has a responsibility to do so.

[205] I also note that this Court has the institutional capacity to identify possible miscarriages of justice

Finally, l'autorisation d'appel a été accordée, les nouveaux éléments de preuve liés aux pièces communiquées ont été admis, et l'appel a été accueilli pour ce motif (*R. c. Hay*, 2013 CSC 61, [2013] 3 R.C.S. 694, par. 74-75 et 78). Ces procédures tendent fortement à indiquer que notre Cour est à l'affût des questions de verdict déraisonnable à l'étape de l'autorisation d'appel même si ces questions ne revêtent pas nécessairement une grande importance juridique qui transcende les intérêts des parties au-delà de la possibilité qu'il y ait une condamnation injustifiée. Notre Cour est sans aucun doute préoccupée par la possibilité d'erreurs judiciaires (voir, p. ex., *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 26), et on peut s'attendre à ce qu'elle exerce son pouvoir pour octroyer l'autorisation en conséquence.

[203] J'ajoute que, dans l'arrêt *R. c. R. (R.)*, 2008 ONCA 497, 90 O.R. (3d) 641, le juge Doherty a examiné l'autorisation de se pourvoir en appel devant une cour d'appel provinciale d'une décision confirmant une déclaration de culpabilité par procédure sommaire et, ce faisant, il a établi un parallèle avec la faculté de notre Cour d'accorder l'autorisation d'appel dans les cas d'actes criminels (par. 20). Il a notamment expliqué que l'intérêt de la justice nécessite l'octroi de l'autorisation lorsqu'il y a de [TRADUCTION] « fortes chances » qu'une erreur de droit de la juridiction inférieure ait entraîné la confirmation de la déclaration de culpabilité (par. 34). De la même manière, j'estime que notre Cour a le pouvoir d'accorder l'autorisation d'appel dans une affaire criminelle impliquant un adolescent lorsque la demande d'autorisation d'appel soulève le risque qu'une erreur judiciaire surviendra si l'appel n'est pas entendu et si l'appel proposé a une chance raisonnable de succès.

[204] De fait, en qualité de gardien des droits reconnus par la *Charte* (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 169), notre Cour a non seulement la faculté d'exercer son pouvoir d'accorder l'autorisation d'appel en tenant compte de ces droits et des principes de justice fondamentale, mais elle a également, à mon avis, l'obligation de le faire.

[205] Je souligne aussi que notre Cour a la capacité institutionnelle de relever les erreurs judiciaires

through the leave to appeal process. In an application for leave, the applicant must file not only the lower court decisions and argument, but also any relevant excerpts of the transcripts or evidence, including exhibits, on which it intends to rely (*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, r. 25(1)). These materials must be filed with the Court electronically, in addition to printed versions (r. 26(1)), and, pursuant to the *Guidelines for Preparing Documents to be Filed with the Supreme Court of Canada (Print and Electronic)*, January 27, 2021 (online), electronically filed material must be searchable. The overall result is that the evidentiary record relevant, for example, to advancing an argument based on an unreasonable verdict may be filed at the leave stage.

[206] Further, I recall that the as of right appeal from which C.P. would have benefited had he been an adult is restricted to instances where there is a dissent in the court of appeal on a question of law. The grounds for such dissent will be explicitly recorded in the formal judgment pursuant to s. 677 of the *Criminal Code*. In these circumstances, this Court's attention is not only drawn to the dissent, but to the question of law that meant the dissenting judge would have arrived at a different outcome. In deciding whether a proposed appeal meets the criteria for granting leave, this Court will naturally consider, as a practical matter, the presence of a dissent in the court below as one sign that the appeal may well have a reasonable prospect of success. In some measure, one might be inclined to say that the very fact of the dissent is something of a red flag; it serves as a signal to the possible seriousness of the appeal for which leave is sought. In fact, a study of leave decisions between 1993 and 1995 noted that a "dissenting vote in the lower appellate court also catches the eye of the Court; dissents are significantly and positively related to leave decisions" (R. B. Flemming, *Tournament of Appeals: Granting Judicial Review in Canada* (2004), at p. 70; see also p. 10). It follows that the leave process provides an effective safeguard for young persons in those cases

potentielles par le truchement du processus d'autorisation d'appel. Dans une demande d'autorisation, le demandeur doit déposer non seulement les décisions des juridictions inférieures et l'argumentation, mais aussi tout extrait pertinent de la transcription ou de la preuve, y compris les pièces, sur lesquels il compte s'appuyer (*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, par. 25(1)). Ces documents doivent être déposés à la Cour électroniquement, en plus de leurs versions imprimées (par. 26(1)), et, selon les *Lignes directrices pour la préparation des documents à déposer à la Cour suprême du Canada (versions imprimée et électronique)*, 27 janvier 2021 (en ligne), il doit être possible d'effectuer des recherches dans le document déposé électroniquement. Le résultat global est que la preuve pertinente au dossier, entre autres, pour avancer un argument fondé sur un verdict déraisonnable peut être déposée à l'étape de l'autorisation.

[206] En outre, je rappelle que l'appel de plein droit dont aurait bénéficié C.P. s'il avait été un adulte ne peut être interjeté que dans les cas où il y a une dissidence en cour d'appel sur une question de droit. Les motifs de cette dissidence seront explicitement consignés dans le jugement formel en application de l'art. 677 du *Code criminel*. Dans ces circonstances, l'attention de la Cour est attirée non seulement sur la dissidence, mais aussi sur la question de droit en raison de laquelle le juge dissident serait arrivé à un résultat différent. En décidant si un appel proposé répond aux critères d'autorisation, notre Cour considérera évidemment, d'un point de vue pratique, la présence d'une dissidence en cour d'appel comme un signe que l'appel pourrait bien avoir une chance raisonnable de succès. Dans une certaine mesure, on pourrait être enclin à dire que la présence même d'une dissidence est une sorte de drapeau rouge; elle sert à signaler le sérieux possible de l'appel pour lequel l'autorisation est demandée. En fait, une étude des décisions sur demande d'autorisation d'appel rendues entre 1993 et 1995 a révélé qu'une [TRADUCTION] « voix dissidente en cour d'appel inférieure capte aussi l'attention de la Cour; il existe un rapport important et positif entre les dissidences et les décisions sur demande d'autorisation » (R. B. Flemming, *Tournament of Appeals : Granting*

where a similarly situated adult would have an appeal as of right under s. 691(1)(a).

[207] For these reasons, I conclude that Parliament's decision to impose a leave requirement in these circumstances in pursuit of the goal of timeliness, early rehabilitation, and reintegration in youth criminal justice matters is one that minimally impairs the s. 15(1) right.

#### D. Overall Proportionality

[208] The final question is whether the Crown has met its burden to show that the benefits of s. 37(10) of the *YCJA* outweigh its negative effects. This case requires the Court to balance the benefits of the timely conclusion of youth criminal matters against the discriminatory impact of imposing a leave requirement in circumstances where adults can appeal as of right.

[209] Section 37(10) of the *YCJA* addresses the heightened degree of prejudice associated with structurally drawn-out appellate review. As Doherty J.A. noted in *R. (R.)*, “[p]rolonged appellate proceedings detract from the timeliness and finality of criminal verdicts. Dispositions in criminal matters made in the detached, rarefied climate of the appeal court, years after the relevant events, by a court with virtually no connection to the place or people affected by the allegation are not the ideal way to resolve criminal cases” (para. 16). Timeliness is an especially important goal in youth criminal justice with demonstrable and long-recognized benefits (*K.J.M.*, at paras. 51-52 and 54-55) and s. 37(10) of the *YCJA* confers those benefits by allowing this Court to filter out appeals that are without merit at the leave stage. As I noted

*Judicial Review in Canada* (2004), p. 70; voir aussi p. 10). Le processus d'autorisation d'appel offre donc une protection efficace aux adolescents dans les cas où un adulte se trouvant dans une situation similaire pourrait interjeter un appel de plein droit en vertu de l'al. 691(1)a).

[207] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que la décision du Parlement d'imposer l'obligation d'obtenir une autorisation dans ces circonstances en vue d'atteindre l'objectif consistant à favoriser la rapidité, la réadaptation précoce et la réinsertion sociale dans les affaires de justice pénale impliquant des adolescents porte atteinte de façon minimale au droit garanti par le par. 15(1).

#### D. Proportionnalité générale

[208] La dernière question à trancher est de savoir si la Couronne s'est acquittée de son fardeau de démontrer que les avantages offerts par le par. 37(10) de la *LSJPA* l'emportent sur ses effets préjudiciables. Dans la présente affaire, la Cour doit mettre en balance les avantages de la conclusion en temps opportun des affaires criminelles impliquant des adolescents et l'effet discriminatoire de l'imposition de l'obligation d'obtenir l'autorisation d'appel dans les cas où des adultes peuvent interjeter appel de plein droit.

[209] Le paragraphe 37(10) de la *LSJPA* s'attaque au préjudice accru associé à un examen en appel structurellement long. Comme l'a fait remarquer le juge Doherty dans l'arrêt *R. (R.)*, [TRADUCTION] « des procédures d'appel prolongées nuisent à la rapidité et au caractère définitif des verdicts en droit criminel. Les décisions rendues en matière criminelle dans le climat neutre et raréfié de la cour d'appel, des années après les faits pertinents, par un tribunal qui n'a pratiquement aucun lien avec le lieu ou les gens touchés par les allégations ne sont pas le moyen idéal de régler des affaires criminelles » (par. 16). La rapidité est un objectif particulièrement important de la justice pénale pour les adolescents et elle présente des avantages éprouvés et reconnus depuis longtemps (*K.J.M.*, par. 51-52 et 54-55), et le par. 37(10)



above, the leave process is, on average, completed sooner than the hearing of an appeal as of right.

[210] This benefit must be weighed against the negative effects caused by the *prima facie* discrimination. In this case, this is the fact that young persons whose conviction for an indictable offence is affirmed by a court of appeal, but with a dissent on a question of law, must seek leave to appeal to this Court.

[211] I acknowledge that the appeal as of right to this Court has been described as “very meaningful” (House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-53*, No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., October 5, 1987, at p. 17 (Robert Kaplan)). It is no doubt true that this Court retains jurisdiction as a so-called “court of error” on some questions of law in criminal matters. But, when compared carefully to the right of appeal with leave, the different role of the appeal as of right should not be overstated. As the Crown underscores, s. 37(10) of the *YCJA* does not deny a young person the possibility of an appeal to this Court (R.F., at para. 38). It affords young persons the ability to seek leave to appeal on the basis of the process I have described above. Even where leave is required, this Court is alerted to the fact that a dissent by a court of appeal judge raises doubt, in the mind of that judge, about the safety of the verdict and is able to measure the seriousness of the argument that there has been a miscarriage of justice. The leave process allows this Court to identify and grant leave in those cases where there is a reasonable prospect that an appeal may correct a miscarriage of justice.

[212] To summarize on this point, I recall that Parliament, in enacting s. 37(10) of the *YCJA*, did not choose to take away a young person’s access to this Court, it only added a leave requirement. When deciding the leave application, this Court will have the

de la *LSJPA* confère ces avantages en permettant à notre Cour de filtrer les appels dépourvus de fondement à l’étape de l’autorisation. Comme je l’ai déjà souligné, le processus d’autorisation se termine en moyenne plus rapidement que l’audition d’un appel de plein droit.

[210] Cet avantage doit être mis en balance avec les effets préjudiciables de la discrimination *prima facie*. En l’espèce, il s’agit du fait que les adolescents dont la déclaration de culpabilité relative à un acte criminel est confirmée par une cour d’appel, quoiqu’avec une opinion dissidente sur une question de droit, doivent solliciter l’autorisation d’interjeter appel devant notre Cour.

[211] Je reconnais que l’appel de plein droit devant notre Cour a été qualifié de « très significatif » (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-53*, n° 1, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 5 octobre 1987, p. 17 (Robert Kaplan)). Il est sans doute vrai que notre Cour demeure compétente, à titre de ce qu’on appelle une « cour d’erreur », sur certaines questions de droit en matière criminelle. Mais, lorsqu’on le compare au droit d’appel sur autorisation, le rôle différent que joue l’appel de plein droit ne doit pas être exagéré. Comme le souligne la Couronne, le par. 37(10) de la *LSJPA* ne nie pas à un adolescent la possibilité de faire appel devant notre Cour (m.i., par. 38). Il accorde aux adolescents la faculté de demander l’autorisation d’appel en suivant le processus décrit précédemment. Même si l’autorisation est requise, notre Cour est avisée du fait que la dissidence d’un juge de la cour d’appel soulève un doute, dans l’esprit de ce juge, au sujet du caractère sûr du verdict et peut mesurer la gravité de l’argument selon lequel il y a eu une erreur judiciaire. Le processus d’autorisation d’appel permet à notre Cour d’identifier les cas où il est raisonnablement possible qu’un appel permette de corriger une erreur judiciaire, et d’y accorder l’autorisation.

[212] Pour résumer sur ce point, je rappelle que le Parlement, au moment d’adopter le par. 37(10) de la *LSJPA*, n’a pas choisi d’enlever à un adolescent l’accès à notre Cour; il a seulement ajouté l’obligation d’en obtenir l’autorisation. Au moment de statuer sur

benefit of the reasons offered in the dissent below on the question of law on appeal, as isolated by s. 677 of the *Criminal Code*. The Court will have the argument in support of leave and the required supporting materials, including evidence at trial, that will allow the Court to measure whether the question of law raises a meritorious appeal. Most importantly, and contrary to what C.P. and some of the interveners have argued before us, the criteria for granting leave as relevant to youth criminal matters means that when the liberty of the young person is at stake, a *prima facie* meritorious appeal on the question of law — including an unreasonable verdict argument — would meet the public importance standard even if the matter does not, on its face, transcend in jurisprudential importance the interest of the parties. Where, in such cases, the leave application discloses a reasonable prospect of success, this Court can grant leave.

[213] For the reasons outlined above, I am confident that the leave process provides a safeguard for youth in circumstances where an adult would have an appeal as of right. It was open to Parliament to seek a legislative path that places greater weight on the negative effect of longer appellate proceedings that have no utility while simultaneously maintaining access for meritorious appeals through the leave process.

[214] For these reasons, I conclude that the benefits in terms of timeliness outweigh the negative effects of the *prima facie* discrimination at issue. Any enhanced risk of miscarriage of justice as a result of having to seek leave to appeal in the circumstances raised in the notice of constitutional question is minimized by the leave to appeal process. Imposing a leave requirement in service of the broader goals of youth criminal justice is consistent with the place of equality in a free and democratic society.

la demande d'autorisation, notre Cour disposera des motifs exposés par le juge dissident en cour d'appel sur la question de droit, isolée par l'art. 677 du *Code criminel*. La Cour aura le mémoire au soutien de la demande d'autorisation et les documents nécessaires à l'appui, y compris la preuve présentée au procès, qui permettra à la Cour de décider si la question de droit donne naissance à un appel méritoire. Surtout, et contrairement à ce que C.P. et certains des intervenants ont soutenu devant nous, les critères d'octroi de l'autorisation qui s'appliquent dans les affaires criminelles impliquant des adolescents indiquent que, lorsque la liberté de l'adolescent est en jeu, un appel méritoire à première vue sur la question de droit — y compris un argument selon lequel le verdict est déraisonnable — répondrait à la norme de l'importance pour le public même si l'affaire, à sa face même, ne transcende pas les intérêts des parties au chapitre de l'importance jurisprudentielle. Si la demande d'autorisation révèle une chance raisonnable de succès en pareilles circonstances, notre Cour peut l'accueillir.

[213] Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis persuadé que le processus d'autorisation offre une protection aux adolescents dans les cas où un adulte pourrait interjeter appel de plein droit. Il était loisible au Parlement de chercher une voie législative qui accorde plus d'importance à l'effet préjudiciable causé par des procédures d'appel plus longues et dépourvues d'utilité tout en maintenant la possibilité de former des appels méritoires au moyen du processus d'autorisation.

[214] Pour ces motifs, je conclus que les avantages au plan de la rapidité l'emportent sur les effets préjudiciables de la discrimination *prima facie* en cause. Tout risque accru d'erreur judiciaire qu'entraîne l'obligation de demander l'autorisation d'appel dans les circonstances dont fait état l'avis de question constitutionnelle est réduit au minimum par le processus d'autorisation d'appel. Imposer l'obligation de solliciter l'autorisation dans la poursuite des objectifs plus généraux de la justice pénale pour les adolescents concorde avec la place qu'occupe l'égalité dans une société libre et démocratique.

#### IV. Conclusion

[215] I would dismiss the appeal.

[216] In answer to the constitutional questions raised here, I conclude that s. 37(10) of the *YCJA* does not infringe s. 7 of the *Charter*. It amounts to a limit of s. 15(1) of the *Charter*, but one that is justified by s. 1. Accordingly, I would conclude that s. 37(10) of the *YCJA* is constitutionally valid.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

##### I. Overview

[217] This is an appeal from a verdict of guilty of sexual assault entered by Crosbie J. of the Ontario Court of Justice. The appellant, C.P., was 15 years old at the time of the events and was therefore tried pursuant to the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1.

[218] It was not in dispute that C.P. had had sexual intercourse with the complainant, R.D., who was 14 years old at the time, at a beach party where both had been drinking alcohol. Because R.D. had no memory of the intercourse, she was unable to provide direct evidence that she had not consented. The central question in this case was thus whether R.D. had been too intoxicated to consent when the intercourse took place, and not whether she did or did not in fact consent. Pinpointing the time of the sexual activity was key to answering this question. If it had occurred *early in the evening* when R.D. was only beginning to experience some of the effects of the alcohol she was drinking, a capacity to consent could be inferred. However, if the intercourse had occurred *later in the evening* when R.D. was severely intoxicated, it would be open to the trial judge to infer that R.D. was incapable of consenting.

#### IV. Conclusion

[215] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

[216] En réponse à la question constitutionnelle soulevée dans la présente affaire, je conclus que le par. 37(10) de la *LSJPA* ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*. Il constitue une restriction du par. 15(1) de la *Charte*, mais il s'agit d'une restriction qui se justifie au regard de l'article premier. Par conséquent, je conclus que le par. 37(10) de la *LSJPA* est constitutionnellement valide.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

##### I. Aperçu

[217] Il s'agit d'un pourvoi interjeté contre un verdict de culpabilité pour agression sexuelle prononcé par la juge Crosbie de la Cour de justice de l'Ontario. L'appelant, C.P., avait 15 ans au moment des faits et a donc subi son procès sous le régime de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1.

[218] Il n'était pas contesté que C.P. avait eu des rapports sexuels avec la plaignante, R.D., alors âgée de 14 ans, lors d'une fête à la plage où les 2 avaient consommé de l'alcool. Comme R.D. n'avait aucun souvenir des rapports sexuels, elle ne pouvait fournir une preuve directe qu'elle n'était pas consentante. La question centrale dans cette affaire était donc de savoir si R.D. était trop intoxiquée au moment des rapports sexuels pour consentir, et non de savoir si elle avait ou non effectivement consenti. Pour répondre à cette question, il était essentiel de déterminer avec précision à quel moment les rapports sexuels avaient eu lieu. S'ils avaient eu lieu *tôt dans la soirée*, alors que R.D. ne faisait que commencer à ressentir les effets de l'alcool qu'elle consommait, la capacité de consentir pouvait être inférée. Cependant, s'ils avaient eu lieu *plus tard dans la soirée*, alors que R.D. était très intoxiquée, il était loisible à la juge du procès d'inférer que R.D. était incapable de consentir.

[219] The trial judge (2017 ONCJ 277) found that the intercourse had occurred later in the evening. She therefore concluded beyond a reasonable doubt that R.D. had been too intoxicated to be capable of consenting at the time of the intercourse and that C.P. had had knowledge of her incapacity.

[220] A majority of the Court of Appeal for Ontario (2019 ONCA 85, 373 C.C.C. (3d) 244) upheld C.P.'s conviction. Nordheimer J.A., dissenting, would have entered an acquittal. C.P. is asking this Court to set aside his conviction and to enter a verdict of acquittal. In the alternative, he asks us to order a new trial. I agree with C.P. that the verdict is unreasonable.

[221] C.P. also submits that s. 37(10) of the *YCJA*, which deprives young persons of the automatic right of appeal that is available to adults where there is a dissent on a question of law in a court of appeal, violates ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the violations are not justified under s. 1 of the *Charter*. Given that leave has been granted in this case, and given the conclusion I reach on the merits of the appeal, I decline to take a position on the *Charter* arguments. However, I feel a need to reiterate the importance of a dissent on a question of law. More particularly, in matters involving young persons, I am of the view that such a dissent, especially a powerful one like that of Nordheimer J.A. in this case, clearly indicates that an appeal has some merit and that the conviction must be reviewed.

[222] For the following reasons, I would allow the appeal, set aside the conviction and enter an acquittal.

## II. Context

[223] On April 23, 2016, a number of teenagers met outside a liquor store (“LCBO”) in Toronto to “shoulder tap”, that is, to ask adults to go into the store and buy alcohol for them. The group of teenagers had planned to take alcohol to a nearby beach

[219] La juge du procès (2017 ONCJ 277) a conclu que les rapports sexuels avaient eu lieu plus tard dans la soirée. Elle a donc conclu hors de tout doute raisonnable que R.D. était trop intoxiquée pour être capable de donner son consentement au moment des rapports sexuels et que C.P. avait connaissance de son incapacité.

[220] Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario (2019 ONCA 85, 373 C.C.C. (3d) 244) ont confirmé la déclaration de culpabilité de C.P. Le juge Nordheimer, dissident, aurait prononcé un acquittement. C.P. demande à notre Cour d’annuler sa déclaration de culpabilité et de prononcer un verdict d’acquittement. Subsidiairement, il nous demande d’ordonner un nouveau procès. Je suis d’accord avec C.P. que le verdict est déraisonnable.

[221] C.P. soutient également que le par. 37(10) de la *LSJPA*, qui prive les adolescents du droit d’appel automatique conféré aux adultes en présence d’une dissidence sur une question de droit en cour d’appel, viole les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que ces violations ne sont pas justifiées au regard de l’article premier de la *Charte*. Comme une autorisation a été accordée en l’espèce et vu la conclusion que je tire sur le bien-fondé du pourvoi, je ne me prononce pas sur les arguments relatifs à la *Charte*. Cependant, j’estime nécessaire de rappeler l’importance d’une dissidence sur une question de droit. Plus particulièrement, dans les affaires qui mettent en cause des adolescents, j’estime qu’une telle dissidence, surtout une forte dissidence comme celle du juge Nordheimer en l’espèce, indique clairement qu’un appel a un certain fondement et que la déclaration de culpabilité doit être revue.

[222] Pour les motifs qui suivent, j’accueillerais le pourvoi, j’annulerais la déclaration de culpabilité et je prononcerais un acquittement.

## II. Contexte

[223] Le 23 avril 2016, plusieurs adolescents se sont réunis à l’extérieur d’un magasin de vins et spiritueux (« LCBO ») à Toronto afin de demander à des adultes d’y entrer et de leur acheter de l’alcool. Le groupe avait prévu apporter de l’alcool sur une

to celebrate the birthday of a certain T. Among them were R.D. and C.P.

[224] R.D. and C.P. had known each other for about two months. They became friends by frequently spending time together with other teenagers after school and on weekends at a coffee shop.

[225] It is not clear exactly when the group was at the LCBO. C.P. testified that he had arrived around 8:30 or 9:00 p.m. and was there for about 30 to 45 minutes, whereas R.D. said they had been at the LCBO at about 9:00 or 10:00 p.m. In any event, it is not in dispute that the LCBO closed at 10:00 p.m. and that the group would thus not have left later than that.

[226] After obtaining bottles of vodka for their party, the group of teenagers made their way to the beach. C.P. and R.D. walked together to a streetcar that went in that direction. They sat close to each other in the streetcar and talked. On the way to the beach, the teenagers were drinking straight from the bottles and passing them around.

[227] To get to the beach, they had to walk through a parking lot and then down a steep hill. When they arrived at the beach, a group of older youths, who were already there, had started a bonfire. The older group agreed to let the new arrivals join them. According to her friend G.G., R.D. was not drunk when they arrived at the beach.

[228] Once again, it is not clear exactly when the group got to the beach, although the evidence places the time of arrival somewhere between 10:00 and 11:00 p.m. R.D. told the police that the group had arrived during that period, and G.G. testified that they had arrived around 10:30 p.m. C.P.'s account of the duration of the trip from the LCBO to the beach, which the trial judge did not reject, points to the same period.

plage située à proximité afin de célébrer l'anniversaire d'une certaine T. Dans ce groupe, il y avait notamment R.D. et C.P.

[224] R.D. et C.P. se connaissaient depuis environ deux mois. Passant souvent du temps ensemble dans un café en compagnie d'autres adolescents après l'école et les fins de semaine, ils s'étaient liés d'amitié.

[225] On ne sait pas exactement à quelle heure le groupe d'adolescents se trouvait à la LCBO. C.P. a témoigné être arrivé vers 20 h 30 ou 21 h et y être resté pendant environ 30 à 45 minutes, tandis que R.D. a dit qu'ils étaient à la LCBO vers 21 h ou 22 h. Quoiqu'il en soit, il n'est pas contesté que la LCBO fermait à 22 h et que le groupe ne peut donc être parti plus tard que ça.

[226] Après avoir obtenu des bouteilles de vodka pour la fête, le groupe d'adolescents s'est rendu à la plage. C.P. et R.D. ont marché ensemble pour se rendre au tramway menant dans cette direction. Ils se sont assis proches l'un de l'autre dans celui-ci et ont parlé. En se dirigeant vers la plage, les adolescents buvaient à même les bouteilles, qu'ils s'échangeaient.

[227] Pour se rendre à la plage, ils devaient traverser un stationnement, puis descendre une pente raide. Quand ils sont arrivés à la plage, un groupe de jeunes plus âgés était déjà là et avait allumé un feu de camp. Le groupe de jeunes plus âgés a accepté de laisser les nouveaux venus se joindre à lui. Selon son amie G.G., R.D. n'était pas ivre lorsqu'ils sont arrivés à la plage.

[228] Là encore, on ne sait pas exactement à quelle heure le groupe d'adolescents est arrivé à la plage, bien que, selon la preuve, ce serait entre 22 h et 23 h. R.D. a dit aux policiers que le groupe était arrivé pendant cette période, et G.G. a témoigné que le groupe était arrivé vers 22 h 30. Le récit de C.P. concernant la durée du trajet entre la LCBO et la plage, qui n'a pas été rejeté par la juge du procès, fait état de la même période.

[229] C.P. and R.D. sat down together on a mattress by the fire. They talked and drank together. After 15 to 20 minutes, they started French kissing on the mattress. Their kissing was interrupted, however, when some people from the older group decided to throw the mattress into the fire.

[230] Having been forced to move, R.D. went to sit by some rocks about 5 to 10 feet away from the fire and C.P. went to talk with one of his friends for 5 minutes.

[231] R.D. did not testify at trial and was never cross-examined. Instead, the Crown filed a videotaped statement R.D. had made to the police and a transcript of that statement. In her statement, R.D. had told the police that her memory was blurry, but that she remembered kissing C.P. on the mattress until it was thrown into the fire and sitting by the rocks.

[232] C.P. testified that he had decided to leave his friend and join R.D. by the rocks because he wanted to continue kissing her. According to C.P., they began again where they had left off. Despite her allegedly blurry memory, R.D. did remember lying on the sand by the rocks covered with a blanket and kissing C.P.

[233] C.P. added that while they were kissing by the rocks, he started touching her crotch through her clothes. He testified that R.D. had then asked him to “Fuck me, [C.]”. C.P. admitted that this had taken him by surprise, but that he had no reason to doubt that she wanted to have intercourse with him. Given the earlier kissing, this may have appeared as the natural culmination of what was happening between them.

[234] C.P. testified that after R.D. had said “Fuck me, [C.]”, he helped her pull down her pants and they had sexual intercourse. He did not use a condom, because he did not have any. He stated that R.D. had been conscious throughout the intercourse and that she did not appear to be too intoxicated to consent.

[229] C.P. et R.D. se sont assis ensemble sur un matelas près du feu. Ils ont parlé et bu ensemble. Après 15 à 20 minutes, ils ont commencé à s’embrasser avec la langue sur le matelas. Ils ont toutefois été interrompus lorsque quelques membres du groupe de jeunes plus âgés ont décidé de jeter le matelas dans le feu.

[230] Ayant été forcés de se déplacer, R.D. est allée s’asseoir près de rochers situés environ 5 à 10 pieds du feu et C.P. est allé parler avec un de ses amis pendant 5 minutes.

[231] R.D. n’a pas témoigné au procès et n’a jamais été contre-interrogée. La Couronne a plutôt déposé une déclaration enregistrée sur bande vidéo que R.D. avait faite à la police ainsi qu’une transcription de cette déclaration. Dans sa déclaration, R.D. a dit aux policiers que ses souvenirs étaient flous, mais qu’elle se rappelait avoir embrassé C.P. sur le matelas jusqu’à ce qu’il soit jeté dans le feu et s’être assise près des rochers.

[232] C.P. a témoigné qu’il avait décidé de laisser son ami pour aller rejoindre R.D. près des rochers parce qu’il voulait continuer à l’embrasser. Selon C.P., ils ont repris là où ils s’étaient arrêtés. Malgré ses souvenirs supposément flous, R.D. se rappelait s’être étendue sous une couverture sur le sable près des rochers et avoir embrassé C.P.

[233] C.P. a ajouté qu’alors qu’ils s’embrassaient près des rochers, il avait commencé à toucher son entrejambe par-dessus ses vêtements. Il a témoigné que R.D. lui avait alors demandé : [TRADUCTION] « Baise-moi, [C.] ». C.P. a avoué avoir été pris par surprise, mais a précisé qu’il n’avait aucune raison de douter qu’elle voulait avoir des rapports sexuels avec lui. Comme ils s’étaient embrassés précédemment, cela pouvait sembler constituer l’aboutissement naturel de ce qui se passait entre eux.

[234] C.P. a témoigné qu’après que R.D. lui eut dit [TRADUCTION] « Baise-moi, [C.] », il l’avait aidée à descendre son pantalon et avait eu des rapports sexuels avec elle. Il n’a pas utilisé de condom parce qu’il n’en avait pas. Il a affirmé que R.D. était consciente pendant toute la durée des rapports

R.D. told the police that she did not remember having had intercourse, but recalled pulling up her pants afterwards.

[235] Significantly, although there were about a dozen people around the fire, that is, within 5 to 10 feet of the place where the intercourse occurred, the Crown did not call a single witness who had witnessed it and could tell the court whether R.D. had been passed out or had simply been tipsy. This is surprising, given that it took place only 5 to 10 feet away and thus must not have occurred unnoticed. In fact, there were a number of people who discussed that “event” among themselves that evening, and on social media the next morning.

[236] C.P. testified that after they had finished, he stood up while R.D. pulled up her pants. As I mentioned above, although R.D. said that she did not remember having had intercourse with C.P., she did recall pulling up her pants.

[237] It is not in dispute that E.G. arrived at the party after the intercourse and found R.D. asleep with vomit on her, and that, on being awakened, R.D. had trouble talking and kept saying that she was cold. What is in dispute, however, is the timing of E.G.’s arrival in relation to the intercourse.

[238] On the one hand, C.P. testified that when he had stood up after having intercourse, he heard that his friends J. and E.G. were arriving at the beach and decided to go talk to them, which he did for 10 to 15 minutes. C.P., J. and E.G. then walked over to see R.D. and found her vomiting. In response to a leading question asked by the Crown in cross-examination, C.P. agreed, however, that E.G. had gone “directly” over to R.D.

[239] On the other hand, E.G., who had had little to drink that evening, testified at trial that she had arrived at the beach after the rest of the group and

sexuels et qu’elle ne semblait pas être trop intoxiquée pour être en mesure de consentir. R.D. a dit à la police qu’elle ne se souvenait pas avoir eu des rapports sexuels, mais qu’elle se rappelait avoir remonté son pantalon après.

[235] Fait important, bien qu’il y ait eu une douzaine de personnes autour du feu, c’est-à-dire 5 à 10 pieds de l’endroit où les rapports sexuels ont eu lieu, la Couronne n’a pas appelé à la barre une seule personne qui en a été témoin et qui aurait pu dire au tribunal si R.D. était inconsciente ou simplement éméchée. Cela est étonnant étant donné qu’ils ont eu lieu à une distance de seulement 5 à 10 pieds et qu’ils ne doivent donc pas être passés inaperçus. En fait, un certain nombre de personnes ont discuté de cet « événement » entre eux cette soirée-là et sur les médias sociaux le lendemain matin.

[236] C.P. a témoigné qu’après les rapports sexuels, il s’était levé pendant que R.D. remontait son pantalon. Comme je l’ai mentionné précédemment, bien que R.D. ait affirmé qu’elle ne se souvenait pas d’avoir eu des rapports sexuels avec C.P., elle se rappelait avoir remonté son pantalon.

[237] Il n’est pas contesté qu’E.G. est arrivée à la fête après les rapports sexuels, qu’elle a trouvé R.D. endormie avec des vomissures sur elle, et qu’à son réveil, R.D. avait de la difficulté à parler et ne cessait de dire qu’elle avait froid. Ce qui est contesté, cependant, c’est le moment où E.G. est arrivée par rapport au moment où ont eu lieu les rapports sexuels.

[238] D’une part, C.P. a témoigné que lorsqu’il s’est levé après avoir eu les rapports sexuels, il a entendu ses amis J. et E.G. arriver à la plage et a décidé d’aller leur parler, ce qu’il a fait pendant 10 à 15 minutes. C.P., J. et E.G. sont ensuite allés voir R.D. et l’ont trouvée en train de vomir. En réponse à une question suggestive posée par la Couronne en contre-interrogatoire, C.P. a cependant convenu qu’E.G. est allée voir R.D. [TRADUCTION] « immédiatement »

[239] D’autre part, E.G., qui n’avait pas eu grand-chose à boire cette soirée-là, a témoigné au procès qu’elle est arrivée à la plage après le reste du groupe

went *directly* over to R.D. upon arriving. But this testimony is inconsistent with E.G.'s statement to the police that she drank some of the vodka that had been left and then stayed with R.D. for the rest of the evening. If she stayed with R.D. throughout the evening, there is no time when she could have drunk vodka other than between her arrival at the beach and her observation of R.D. lying asleep, which has the effect of widening the gap between the time of the intercourse and the time when she went to see R.D.

[240] E.G. also said that C.P. was very drunk when she arrived. According to her testimony, C.P. was having difficulty walking, and kept repeating himself and making random comments.

[241] G.G. who was also at the beach that evening, confirmed that C.P. was quite intoxicated that evening. She also testified that when she left the party around 12:30 a.m., E.G. had not yet arrived. G.G. added that R.D. had started throwing up just before she left.

[242] At either 1:24 or 1:49 a.m., R.D. had a telephone conversation with L.L., another teenager who was not at the party. L.L. testified that R.D. was slurring her words over the phone. She also kept apologizing, but he did not know the reason why. At the time, L.L. and R.D. had been seeing each other romantically, but they were not in a formal relationship.

[243] Later on, the mothers of three of the girls arrived at the beach to take them home. R.D. was helped up the hill to the parking lot. While the mothers were assembling the teenagers in the parking lot, R.D. and C.P. were seen hugging each other: R.D. had her hands around C.P.'s waist and her head was resting on his shoulder. R.D. then got into the vehicle of E.G.'s mother.

[244] E.G.'s mother did not take R.D. home. It had instead been decided that she would be taken to G.G.'s house. G.G.'s mother gave R.D. toast and water and offered her a bed. R.D.'s mother was then

et qu'elle est allée voir R.D. *immédiatement* à son arrivée. Cependant, ce témoignage est incompatible avec la déclaration qu'elle a faite à la police selon laquelle elle avait bu un peu de la vodka qui restait, puis qu'elle était restée auprès de R.D. pour le reste de la soirée. Si elle est restée auprès de R.D. durant toute la soirée, le seul moment où elle aurait pu boire de la vodka est entre le moment où elle est arrivée à la plage et celui où elle a observé R.D. allongée et endormie, ce qui a pour effet d'élargir l'intervalle entre le moment où ont eu lieu les rapports sexuels et le moment où elle est allée voir R.D.

[240] E.G. a également affirmé que C.P. était très ivre quand elle est arrivée. D'après son témoignage, C.P. avait de la difficulté à marcher, ne cessait de se répéter et faisait des commentaires décousus.

[241] G.G., qui était à la plage cette soirée-là, a confirmé que C.P. était très intoxiqué lors de la soirée en question. Elle a aussi témoigné que lorsqu'elle a quitté la fête vers minuit et demi, E.G. n'était pas encore arrivée. G.G. a ajouté que R.D. a commencé à vomir juste avant son départ.

[242] À 1 h 24 ou à 1 h 49, R.D. a eu une conversation téléphonique avec L.L., un autre adolescent qui n'était pas à la fête. L.L. a témoigné que R.D. peinait à articuler correctement au téléphone. Elle n'arrêtait pas non plus de s'excuser, mais il ne savait pas pourquoi. À cette époque, L.L. et R.D. se fréquentaient, mais ils ne formaient pas un couple officiel.

[243] Plus tard, les mères de trois des filles sont arrivées à la plage pour les ramener à la maison. On a aidé R.D. à gravir la pente menant au stationnement. Pendant que les mères rassemblaient les adolescents dans le stationnement, R.D. et C.P. ont été vus en train de s'étreindre : R.D. avait mis ses mains autour de la taille de C.P. et déposé sa tête sur son épaule. R.D. est ensuite montée dans le véhicule de la mère d'E.G.

[244] La mère d'E.G. n'a pas ramené R.D. chez elle. Il avait plutôt été décidé qu'elle serait amenée au domicile de G.G. La mère de cette dernière lui a donné du pain grillé et de l'eau, et lui a offert un lit.



informed that her daughter was staying at G.G.'s house.

[245] The next morning, R.D.'s mother picked her up at G.G.'s house and took her home. R.D. went back to sleep. After waking up, she read a text message from one of her friends, who told her that a picture of her sleeping under a blanket on the beach, with the caption "[s]he fucked [C.] then passed out", was being sent around. Humiliated, R.D. said to her friend, "I wanna die [*sic*]". L.L., the boy R.D. was seeing at the time, also got the message. Clearly upset, he forwarded the picture to R.D. and said "U fucked [C.]. Thats why im done [*sic*]". R.D. answered "I don't remember that tho [*sic*]".

[246] Alarmed by the situation, R.D. called her mother to her bed and told her about the rumour. R.D.'s mother provided double hearsay evidence<sup>7</sup> to the effect that her daughter R.D. had told her that some of her friends were saying that C.P. had had sex with her *while* she was passed out on the beach; at least, that is how R.D.'s mother interpreted the situation. It is noteworthy, however, that none of the text messages R.D. received that morning mentioned that C.P. had had sex with her *while* she was passed out. Rather, the message indicated that she had had sex with C.P. and *then* passed out.

[247] R.D.'s mother decided to take her daughter to the hospital to be examined. The medical staff swabbed R.D. and found DNA that was later confirmed to match that of C.P. R.D. initially refused to report the incident to the police. However, her mother managed to convince her to do so by saying, among other things, that not to report it would amount to condoning the fact that C.P. had had sex with her *while* she was passed out, although R.D. could not confirm that it had in fact occurred *while* she was passed out and the text messages were actually to the

<sup>7</sup> Although the hearsay evidence was admissible because the defence did not object to it, it should nonetheless be of lower probative value.

La mère de R.D. a ensuite été informée que sa fille allait rester chez G.G.

[245] Le lendemain matin, la mère de R.D. est venue la chercher chez G.G. et l'a ramenée à la maison. R.D. est retournée se coucher. Après s'être réveillée, elle a lu un message texte où l'une de ses amies lui disait qu'une photo d'elle endormie sous une couverture sur la plage circulait. Cette photo portait la mention [TRADUCTION] « [e]lle a baisé [C.] et a perdu conscience ». Humiliée, R.D. a dit à son amie : « Je veux mourir ». L.L., le garçon que R.D. fréquentait à cette époque, a aussi reçu le message. Visiblement vexé, il a transféré la photo à R.D. et lui a dit « T'as baisé [C.]. C'est pour ça que j'en ai fini avec toi ». R.D. a répondu : « Pourtant je ne m'en souviens pas ».

[246] Alarmée par la situation, R.D. a appelé sa mère pour que celle-ci vienne la rejoindre à son lit et elle l'a mise au courant de la rumeur. La mère de R.D. a fourni une preuve par double oui-dire<sup>7</sup> selon laquelle sa fille R.D. lui avait dit que quelques-uns de ses amis disaient que C.P. avait eu des rapports sexuels avec elle *alors qu'elle* était inconsciente sur la plage; du moins, c'est ainsi que la mère de R.D. interprétait la situation. Il convient cependant de noter qu'aucun des messages textes que R.D. a reçus ce matin-là ne mentionnait le fait que C.P. avait eu des rapports sexuels avec elle *alors qu'elle* était inconsciente. Le message indiquait plutôt qu'elle avait eu des rapports sexuels avec C.P. et qu'elle avait *ensuite* perdu conscience.

[247] La mère de R.D. a décidé d'amener sa fille à l'hôpital pour qu'elle se fasse examiner. Le personnel médical a fait un prélèvement sur R.D. et a trouvé de l'ADN, dont il a plus tard été confirmé qu'il correspondait à celui de C.P. R.D. a initialement refusé de signaler l'incident à la police. Sa mère a toutefois réussi à la convaincre de le faire en lui disant, entre autres, que le fait de ne pas le signaler reviendrait à cautionner le fait que C.P. avait eu des rapports sexuels avec elle *alors qu'elle* était inconsciente, même si R.D. ne pouvait pas confirmer que cela

<sup>7</sup> Bien qu'admissible parce que la défense ne s'y est pas opposée, la preuve par oui-dire devrait néanmoins avoir une valeur probante moins élevée.

opposite effect. When making her statement to the police later in the day after she went to the hospital, she was asked whether she had wanted to have sex with C.P., and her answer was “I don’t remember it so, I don’t, I don’t think so”.

### III. Decisions of the Courts Below

#### A. *Ontario Court of Justice, 2017 ONCJ 277 (Crosbie J.)*

[248] The trial judge noted that it was not in dispute that C.P. had had sexual intercourse with R.D. Because R.D.’s lack of memory meant that she could not testify that she had not communicated consent, the Crown’s case rested on the theory that her intoxication had made her incapable of consenting in any event. The Crown therefore had to prove the following elements beyond a reasonable doubt: (1) R.D. was too intoxicated to consent; (2) C.P. knew that R.D. could not have consented; and (3) C.P. did not have an honest but mistaken belief in consent. The trial judge concluded that all these elements were established beyond a reasonable doubt, and convicted C.P. of sexual assault.

#### (1) Actus Reus — R.D.’s Incapacity to Consent

[249] The trial judge properly recognized that the timing of the sexual intercourse during the evening was crucial to the determination of whether R.D. had been too intoxicated to consent:

Had the sexual activity occurred closer in time to when the group first arrived — when R.D. was drinking but not yet feeling significant effects of her alcohol consumption — the Crown may well have had more difficulty establishing that R.D. lacked the capacity to consent. The further in time, however, to the point when R.D. was asleep, motionless, incomprehensible, and vomiting, the more likely it is that the Crown would be able to establish that R.D.

s’était effectivement passé *alors qu’elle* était dans cet état et que les messages textes indiquaient en fait le contraire. Lorsqu’elle a fait sa déclaration à la police plus tard dans la journée après être allée à l’hôpital, on lui a demandé si elle avait voulu avoir des rapports sexuels avec C.P. et elle a répondu : [TRADUCTION] « je ne m’en souviens pas donc, je ne, je ne pense pas ».

### III. Décisions des juridictions inférieures

#### A. *Cour de justice de l’Ontario, 2017 ONCJ 277 (la juge Crosbie)*

[248] La juge du procès a souligné qu’il n’était pas contesté que C.P. avait eu des rapports sexuels avec R.D. Comme, en raison de son absence de souvenirs, R.D. ne pouvait pas affirmer dans son témoignage ne pas avoir communiqué son consentement, la théorie de la Couronne reposait sur la thèse selon laquelle son intoxication l’avait de toute façon rendue incapable de consentir. La Couronne devait donc prouver les éléments suivants hors de tout doute raisonnable : (1) R.D. était trop intoxiquée pour consentir; (2) C.P. savait que R.D. n’aurait pas pu donner son consentement; (3) C.P. n’avait pas de croyance sincère mais erronée au consentement. La juge a conclu que tous ces éléments avaient été établis hors de tout doute raisonnable et elle a déclaré C.P. coupable d’agression sexuelle.

#### (1) Actus reus — Incapacité de R.D. à consentir

[249] La juge du procès a reconnu à juste titre que le moment où les rapports sexuels ont eu lieu au cours de la soirée était un élément crucial en vue de déterminer si R.D. était trop intoxiquée pour consentir :

[TRADUCTION] Si les rapports sexuels ont eu lieu plus près du moment où le groupe est arrivé — c’est-à-dire alors que R.D. consommait de l’alcool, mais n’en ressentait pas encore des effets considérables —, la Couronne pourrait fort bien avoir plus de difficulté à prouver que R.D. n’avait pas la capacité de consentir. Cependant, plus tard ceux-ci ont eu lieu, c’est-à-dire alors que R.D. dormait, était immobile, était incompréhensible et vomissait, plus

lacked the minimal capacity to consent. [Emphasis added; para. 90 (CanLII).]

In other words, the question was *how long* after the intercourse R.D. was discovered by her friends in a state of extreme intoxication. If the Crown was unable to determine beyond a reasonable doubt that it had taken place shortly before E.G. saw R.D., a finding of guilt would be unavailable.

[250] Although the trial judge fully understood the importance of the timing, she acknowledged that the evidence was insufficient for her to determine approximately when the intercourse had occurred during the evening:

As the trial unfolded, it seemed there was a lack of clarity with respect to the timing of the sexual activity. As noted in the review of the evidence, the Crown witnesses were only able to make a guess about when the group arrived at the beach. E.G. and G.G. did not witness any sexual activity and therefore could not help pinpoint the time it happened. R.D. had fragments of memory but certainly was not able to specify the timing of the incident. [Emphasis added; para. 90.]

[251] Ultimately, the trial judge found that the intercourse had occurred shortly before E.G. arrived at the beach. She based this finding on “[t]he combination of E.G.’s and C.P.’s evidence” (para. 90).

[252] First, the trial judge noted that E.G. had testified that she went over to R.D. “instantly” upon arriving.

[253] Second, the trial judge opined that E.G.’s testimony was corroborated by that of C.P. In his examination-in-chief, C.P. said that after the intercourse, he stood up and heard “that [J.] and E.G. . . . had arrived” (para. 92). He added that he then went to where they were and had a 10- to 15-minute conversation with them before they went to see R.D. But the trial judge was of the view that C.P. had then

il est probable que la Couronne soit en mesure de prouver que R.D. n’avait pas la capacité minimale requise pour consentir. [Je souligne; par. 90 (CanLII).]

Autrement dit, la question était de savoir *combien de temps* après les rapports sexuels les amis de R.D. avaient trouvé celle-ci dans un état d’intoxication extrême. Si la Couronne était incapable d’établir hors de tout doute raisonnable que les rapports sexuels avaient eu lieu peu avant le moment où E.G. avait vu R.D., il ne serait pas possible de prononcer une déclaration de culpabilité.

[250] Quoiqu’elle ait bien compris l’importance du moment où ont eu lieu les rapports sexuels pendant la soirée, la juge du procès a reconnu que la preuve était insuffisante pour lui permettre de déterminer approximativement celui-ci :

[TRADUCTION] Au fil du procès, il a semblé qu’il y avait absence de clarté quant au moment où l’activité sexuelle avait eu lieu. Comme l’a montré l’examen de la preuve, les témoins de la Couronne n’ont été en mesure que d’estimer vers quel moment le groupe est arrivé à la plage. E.G. et G.G. n’ont pas été témoins d’une quelconque activité sexuelle et ne pouvaient donc pas aider à déterminer avec précision à quel moment elle a eu lieu. R.D. avait des fragments de souvenirs, mais n’était certainement pas en mesure de préciser le moment de l’incident. [Je souligne; par. 90.]

[251] En fin de compte, la juge du procès a conclu que les rapports sexuels ont eu lieu peu avant qu’E.G. arrive à la plage. Elle a fondé cette conclusion sur [TRADUCTION] « [l]a combinaison des témoignages d’E.G. et de C.P. » (par. 90).

[252] Premièrement, la juge du procès a souligné qu’E.G. avait témoigné être allée voir R.D. [TRADUCTION] « immédiatement » à son arrivée.

[253] Deuxièmement, la juge a estimé que le témoignage d’E.G. était corroboré par celui de C.P. Lors de son interrogatoire principal, C.P. a déclaré qu’après les rapports sexuels, il s’était levé et avait entendu [TRADUCTION] « que [J.] et E.G. [. . .] étaient arrivés » (par. 92). Il a ajouté être ensuite allé les rejoindre et avoir conversé avec eux pendant 10 à 15 minutes avant que ceux-ci aillent voir R.D.

confirmed, during his cross-examination, “that E.G. went right over to R.D. when she arrived” (para. 92 (emphasis added)).

[254] To be able to rely on C.P.’s testimony as corroboration of E.G.’s evidence, the trial judge had to reject C.P.’s evidence that he had had a 10- to 15-minute conversation with E.G. before she went over to R.D. The trial judge did so, and she based this conclusion on, among other things, her view (1) that C.P. had contradicted himself under cross-examination, (2) that E.G.’s evidence was more believable and (3) that C.P.’s testimony was unreliable because he had been too intoxicated at that point in the evening. This enabled the trial judge to isolate the answer C.P. had given in cross-examination and to use it to bolster E.G.’s testimony.

[255] Having found that the intercourse occurred shortly before E.G.’s arrival, the trial judge concluded that R.D. must have been incapacitated when it took place owing to her level of intoxication. Indeed, the trial judge had noted that E.G. had found R.D. “unconscious, vomit-laden and generally unresponsive” upon her arrival (para. 100).

(2) Mens Rea — C.P.’s Knowledge That R.D. Was Too Intoxicated to Consent

[256] The trial judge “concluded beyond a reasonable doubt that C.P. knew or was reckless or wilfully blind to the fact that R.D. was so intoxicated that she could not have consented to sexual activity” (para. 117). In her view, R.D.’s impairment was evident to G.G., E.G. and C.P.

[257] The trial judge also found as a fact that R.D. did not say “Fuck me, [C.]” First, she viewed C.P.’s evidence as neither credible nor reliable. Second, she had doubts about the plausibility of that communicated consent. Because their relationship was a “platonic” one, it was unlikely that their kissing would naturally have led to R.D. asking C.P. to have sex with her on a beach where there were people nearby (para. 126). In any event, the trial judge was

Cependant, la juge du procès était d’avis que C.P. a par la suite confirmé, en contre-interrogatoire, [TRADUCTION] « que E.G. est allée voir R.D. immédiatement lorsqu’elle est arrivée » (par. 92 (je souligne)).

[254] Pour être en mesure de se fonder sur le témoignage de C.P. comme une corroboration de celui d’E.G., la juge du procès devait rejeter la déclaration de C.P. selon laquelle il avait conversé pendant 10 à 15 minutes avec E.G. avant qu’elle aille voir R.D. La juge l’a fait et elle a fondé cette conclusion notamment sur son opinion selon laquelle (1) C.P. s’était contredit en contre-interrogatoire, (2) le témoignage d’E.G. était plus crédible et (3) le témoignage de C.P. n’était pas fiable, car il était trop intoxiqué à ce moment-là de la soirée. La juge a pu ainsi isoler la réponse fournie par C.P. en contre-interrogatoire et l’utiliser pour renforcer le témoignage d’E.G.

[255] Ayant conclu que les rapports sexuels ont eu lieu peu avant l’arrivée d’E.G., la juge du procès a conclu que R.D. devait être en état d’incapacité au moment des rapports sexuels en raison de son degré d’intoxication. En effet, la juge a souligné qu’E.G. avait trouvé R.D. [TRADUCTION] « inconsciente, couverte de vomissures et généralement inerte » à son arrivée (par. 100).

(2) Mens rea — la connaissance par C.P. du fait que R.D. était trop intoxiquée pour consentir

[256] La juge du procès [TRADUCTION] « a conclu hors de tout doute raisonnable que C.P. savait que R.D. était dans un état d’ébriété tel qu’elle ne pouvait pas avoir consenti à l’activité sexuelle, qu’il a ignoré volontairement ce fait ou qu’il ne s’en est pas soucié » (par. 117). À son avis, l’affaiblissement des facultés de R.D. était évident pour G.G., E.G. et C.P.

[257] La juge du procès a également conclu que R.D. n’avait pas dit [TRADUCTION] « Baise-moi, [C.] ». Premièrement, elle a considéré que le témoignage de C.P. n’était ni crédible ni fiable. Deuxièmement, elle avait des doutes quant à la plausibilité de ce consentement communiqué. Étant donné le caractère [TRADUCTION] « platonique » de leur relation, il était peu probable que le fait qu’ils se soient embrassés ait naturellement mené R.D. à

of the opinion that even if R.D. had done so, “she was too intoxicated to have given voluntary consent to sexual activity” (para. 121).

(3) Defence of Honest but Mistaken Belief in Consent

[258] Lastly, the trial judge rejected C.P.’s defence of honest but mistaken belief in consent. She concluded that even if R.D. had said “Fuck me, [C.]”, C.P. would not have been entitled to rely on that communicated consent. Without deciding conclusively, the trial judge stated that C.P. was legally barred from relying on the defence either because of his intoxication or because his mind was clear enough for him to be well aware of R.D.’s incapacity and of the need to take reasonable steps to ascertain the voluntariness of her consent.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2019 ONCA 85, 373 C.C.C. (3d) 244*

(1) Dissent (Nordheimer J.A.)

[259] Nordheimer J.A., dissenting, found that the trial judge’s verdict was unreasonable. In his view, her finding that R.D. had been incapable of consenting was “incompatible with the whole of the evidence, especially the uncontradicted evidence” (C.A. reasons, at para. 15). Nordheimer J.A. disagreed with the trial judge’s finding that the intercourse had occurred *later in time* during the evening.

[260] First, Nordheimer J.A. concluded that the trial judge had erred in law by failing to explain why she was isolating a single piece of C.P.’s evidence and rejecting all the rest. He noted that there was only one piece of evidence that could place the intercourse close in time to E.G.’s arrival. It consisted in a single answer given by C.P. in cross-examination in response to an ambiguous suggestion made by the

demandeur à C.P. d’avoir des rapports sexuels avec elle sur une plage où il y avait des gens à proximité (par. 126). Quoi qu’il en soit, la juge était d’avis que, même si R.D. avait fait cela, « elle était trop intoxiquée pour avoir consenti volontairement à l’activité sexuelle » (par. 121).

(3) Défense de croyance sincère mais erronée au consentement

[258] Enfin, la juge du procès a rejeté la défense de croyance sincère mais erronée au consentement invoquée par C.P. Elle a conclu que, même si R.D. avait dit [TRADUCTION] « Baise-moi, [C.] », C.P. n’aurait pas pu se fonder sur ce consentement communiqué. Sans statuer sur la question de manière concluante, la juge a affirmé qu’il était légalement interdit à C.P. d’invoquer cette défense soit parce qu’il était intoxiqué, soit parce qu’il avait l’esprit suffisamment clair pour être bien conscient de l’incapacité de R.D. et de la nécessité de prendre des mesures raisonnables pour s’assurer du caractère volontaire de son consentement.

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2019 ONCA 85, 373 C.C.C. (3d) 244*

(1) Dissidence (le juge Nordheimer)

[259] Le juge Nordheimer, dissident, a conclu que le verdict de la juge du procès était déraisonnable. Selon lui, sa conclusion selon laquelle R.D. était incapable de consentir était [TRADUCTION] « incompatible avec l’ensemble de la preuve, en particulier les éléments de preuve non contredits » (motifs de la C.A., par. 15). Le juge Nordheimer a exprimé son désaccord avec la conclusion de la juge selon laquelle les rapports sexuels avaient eu lieu *plus tard* dans la soirée.

[260] Premièrement, le juge Nordheimer a conclu que la juge du procès avait commis une erreur de droit en n’expliquant pas pourquoi elle isolait un seul élément du témoignage de C.P. et rejetait tout le reste. Il a souligné qu’un seul élément de preuve permettait de situer le moment où avaient eu lieu les rapports sexuels près de celui où était arrivée E.G. Il s’agissait d’une seule réponse donnée par C.P.

Crown that E.G. had gone “directly” to R.D. upon her arrival. This single piece of evidence was crucial to the trial judge’s chain of reasoning. Without it, there was no other evidence that could connect the time of the intercourse with that of E.G.’s arrival. The only evidence E.G. could provide was that R.D. had been asleep when she arrived, but she could not say whether she had arrived shortly after or long after the intercourse, because she had not been there when it happened. Nordheimer J.A. stated that, although it is open to a trier of fact to accept only some of a witness’s evidence, the trial judge had to provide an explanation for her crucial decision to reject all of C.P.’s evidence but this single answer. Her not doing so constituted an error of law.

[261] Second, Nordheimer J.A. was of the opinion that the totality of the evidence demonstrated that “there was a larger gap in time between the sexual activity and E.G.’s arrival than the trial judge allowed for” (para. 31 (emphasis added)). E.G.’s statement that she had upon arriving found R.D. asleep could not therefore be relied on to establish that R.D. was incapacitated during the intercourse. It is quite possible that R.D.’s state changed from being capable to being incapable during that gap between the intercourse and E.G.’s arrival.

[262] Having found that the trial judge’s finding on the *actus reus* was unreasonable, Nordheimer J.A. did not address the reasonableness of the decision to reject C.P.’s defence of honest but mistaken belief in consent. He would have set aside the conviction and entered an acquittal.

(2) Majority (MacPherson J.A. With Feldman J.A. Concurring)

[263] MacPherson J.A., writing for the majority, concluded that the verdict was reasonable. He disagreed with Nordheimer J.A.’s reasoning.

en contre-interrogatoire à une question suggestive ambiguë de la Couronne selon laquelle E.G. était [TRADUCTION] « immédiatement » allée voir R.D. à son arrivée. Ce seul élément de preuve a joué un rôle crucial dans le raisonnement de la juge du procès. Sans lui, rien d’autre dans la preuve ne permettait de relier le moment où avaient eu lieu les rapports sexuels à celui où était arrivée E.G. La seule preuve que pouvait fournir E.G. était que R.D. était endormie lorsqu’elle est arrivée, mais elle ne pouvait pas dire si elle était arrivée peu après ou longtemps après les rapports sexuels parce qu’elle n’était pas là quand ceux-ci ont eu lieu. Le juge Nordheimer a déclaré que, bien qu’il soit loisible au juge des faits d’accepter seulement une partie d’un témoignage, la juge du procès était tenue d’expliquer sa décision cruciale de rejeter l’ensemble du témoignage de C.P., sauf cette réponse. En ne le faisant pas, elle a commis une erreur de droit.

[261] Deuxièmement, le juge Nordheimer a estimé que l’ensemble de la preuve démontrait qu’il [TRADUCTION] « s’est écoulé une plus longue période entre l’activité sexuelle et l’arrivée d’E.G. que celle dont a tenu compte la juge du procès » (par. 31 (je souligne)). La déclaration d’E.G. selon laquelle elle avait trouvé R.D. endormie à son arrivée ne pouvait donc pas être invoquée pour démontrer que R.D. était en état d’incapacité pendant les rapports sexuels. Il se peut fort bien que l’état de R.D. soit passé de la capacité à l’incapacité dans l’intervalle qui s’est écoulé entre les rapports sexuels et l’arrivée d’E.G.

[262] Ayant jugé que la conclusion de la juge du procès concernant l’*actus reus* était déraisonnable, le juge Nordheimer ne s’est pas penché sur le caractère raisonnable de la décision de rejeter la défense de croyance sincère mais erronée au consentement invoquée par C.P. Il aurait annulé la déclaration de culpabilité et prononcé un acquittement.

(2) Majorité (le juge MacPherson, avec l’appui de la juge Feldman)

[263] S’exprimant au nom des juges majoritaires, le juge MacPherson a conclu que le verdict était raisonnable. Il n’a pas souscrit au raisonnement du juge Nordheimer.

[264] First, MacPherson J.A. was of the view that the trial judge had not erred in law by failing to explain her reasons for accepting only part of C.P.'s evidence and rejecting the rest. He stated that the trial judge had explained why she found that C.P. was not credible and why she rejected his evidence on certain key points, such as its veracity on the question of the 10- to 15-minute conversation. It was therefore open to the trial judge to accept only some of C.P.'s evidence.

[265] Second, MacPherson J.A. disagreed that the trial judge's finding that the sexual activity had occurred immediately before E.G. arrived at the beach was incompatible with the rest of the evidence. In his view, what mattered was not "the exact time of E.G.'s arrival and observation of the complainant" (para. 56). Rather, what was critical to the trial judge's finding of incapacity was the relative time of E.G.'s arrival in relation to the intercourse. C.P. had testified that the gap in time between the intercourse and E.G.'s arrival was relatively narrow. 10 or 15 minutes would not have made a difference.

#### IV. Issue

[266] On the merits of C.P.'s appeal, the only question is whether the conviction of C.P. for sexual assault is reasonable.

#### V. Analysis

[267] C.P. asks this Court to set aside his conviction and to enter a verdict of acquittal. In the alternative, he asks us to order a new trial. C.P. raises three grounds of appeal. In my view, the verdict of guilty is unreasonable for two reasons.

[268] First, there is a logical flaw in the trial judge's reasoning that corrupts an evidentiary finding that is crucial to the outcome of the case. The trial judge

[264] Premièrement, le juge MacPherson était d'avis que la juge du procès n'avait pas commis d'erreur de droit en n'expliquant pas les raisons pour lesquelles elle n'avait accepté qu'une partie du témoignage de C.P. et rejeté le reste. Il a affirmé que la juge du procès avait expliqué pourquoi elle avait conclu que C.P. n'était pas crédible et pourquoi elle avait rejeté son témoignage sur certains éléments clés, notamment en ce qui a trait à sa véracité sur la question de la conversation de 10 à 15 minutes. Il était donc loisible à la juge du procès de n'accepter qu'une partie du témoignage de C.P.

[265] Deuxièmement, le juge MacPherson n'était pas d'accord pour dire que la conclusion de la juge du procès selon laquelle l'activité sexuelle avait eu lieu immédiatement avant qu'E.G. arrive à la plage était incompatible avec le reste de la preuve. Selon lui, ce n'était pas [TRADUCTION] « le moment exact où E.G. est arrivée et où elle a observé la plaignante » qui importait (par. 56). Ce qui était essentiel à la conclusion d'incapacité tirée par la juge du procès était plutôt le moment relatif où E.G. est arrivée par rapport à celui où ont eu lieu les rapports sexuels. C.P. avait déclaré dans son témoignage que la période écoulée entre les rapports sexuels et l'arrivée d'E.G. était relativement courte. Une période de 10 ou de 15 minutes n'aurait pas changé les choses.

#### IV. Question en litige

[266] Sur le bien-fondé du pourvoi de C.P., la seule question en litige est celle de savoir si la déclaration de culpabilité de C.P. pour agression sexuelle est raisonnable.

#### V. Analyse

[267] C.P. demande à notre Cour d'annuler sa déclaration de culpabilité et de prononcer un verdict d'acquiescement. Subsidièrement, il nous demande d'ordonner un nouveau procès. C.P. soulève trois moyens d'appel. À mon avis, le verdict de culpabilité est déraisonnable pour deux raisons.

[268] Premièrement, une faille logique dans le raisonnement de la juge du procès vient corrompre une conclusion relative à la preuve qui est cruciale pour

made two irreconcilable findings. On the one hand, she relied on C.P.'s recollection of events contemporaneous with the intercourse in order to convict him. But, on the other hand, she found that C.P. had been too intoxicated at that point in the evening to be subsequently capable of testifying reliably about what had happened. This first reason alone would suffice for this Court to order a new trial.

[269] Second, I am also of the view that the evidence is not capable of supporting the finding of incapacity to consent and that the Court should therefore enter a verdict of acquittal instead of ordering a new trial. An approach to the reliability of C.P.'s testimony that is consistent with the trial judge's repeated findings to the effect that C.P. was quite intoxicated and that his memory of the crucial events was unreliable leads to the conclusion that the balance of the circumstantial evidence simply does not make it possible to pinpoint the time when the intercourse occurred. This means that the intercourse may have occurred at any time within an approximately two-hour window during which R.D.'s state changed from not being drunk to being unconscious.

A. *Whether the Finding of Incapacity Was Reached Illogically*

[270] C.P.'s first ground of appeal is that the trial judge's reasoning is illogical within the meaning of *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, and *R. v. Sinclair*, 2011 SCC 40, [2011] 3 S.C.R. 3. Illogicality may occur in "various ways" (*Sinclair*, at para. 19). In the case at bar, C.P. argues that the trial judge made two irreconcilable findings of fact. On the one hand, she rejected C.P.'s evidence that he had had a 10- to 15-minute conversation with E.G. when she arrived at the beach and before E.G. went over to R.D., because he had been quite intoxicated *at that point in the evening*. But, on the other hand, the trial judge accepted another part of his evidence about what had happened *at that point in the evening*, that is, his testimony that he had heard "that [J.] and E.G. . . . had arrived" shortly after the intercourse.

l'issue de l'affaire. La juge a tiré deux conclusions inconciliables. D'une part, elle s'est fondée sur le souvenir que C.P. avait d'événements contemporains aux rapports sexuels pour le déclarer coupable. Mais, d'autre part, elle a conclu que C.P. était trop intoxiqué à ce moment-là de la soirée pour être par la suite en mesure de témoigner de manière fiable sur ce qui s'est passé. Cette première raison à elle seule suffirait pour permettre à la Cour d'ordonner un nouveau procès.

[269] Deuxièmement, je suis également d'avis que la preuve ne saurait appuyer la conclusion d'incapacité à consentir et que la Cour devrait donc prononcer un verdict d'acquiescement plutôt que d'ordonner un nouveau procès. Le fait d'analyser la fiabilité du témoignage de C.P. de manière cohérente avec les conclusions répétées de la juge du procès portant que C.P. était très intoxiqué et que son souvenir des événements cruciaux n'était pas fiable mène à la conclusion que le reste des éléments de preuve circonstancielle ne permet tout simplement pas de déterminer avec précision à quel moment les rapports sexuels ont eu lieu. Ainsi, les rapports sexuels pourraient avoir eu lieu à n'importe quel moment dans une période d'environ deux heures où l'état de R.D. est passé du fait de ne pas être ivre à celui d'être inconsciente.

A. *La conclusion d'incapacité a-t-elle été tirée de manière illogique?*

[270] Le premier moyen d'appel invoqué par C.P. est que le raisonnement de la juge du procès est illogique au sens des arrêts *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, et *R. c. Sinclair*, 2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3. L'illogisme peut se présenter de « différentes façons » (*Sinclair*, par. 19). En l'espèce, C.P. fait valoir que la juge a tiré deux conclusions de fait inconciliables. D'une part, elle a rejeté le témoignage de C.P. selon lequel il a eu une conversation de 10 à 15 minutes avec E.G. lorsqu'elle est arrivée à la plage et avant qu'elle aille voir R.D., au motif qu'il était très intoxiqué *à ce moment-là de la soirée*. Mais, d'autre part, la juge a accepté une autre partie de son témoignage concernant ce qui s'est passé *à ce moment-là de la soirée*, c'est-à-dire sa déclaration selon laquelle il a entendu [TRADUCTION] « que [J.]



C.P. submits that if he had been too inebriated at that time to be subsequently able to testify reliably about the conversation, he would logically also be unable to testify reliably that E.G. had arrived shortly after the intercourse. Those two things would have occurred at the same time, a time when he was, in the trial judge’s view, too drunk to subsequently remember what had happened. C.P. points out that the trial judge failed to provide an explanation for this “selective reliance” (A.F., para. 120). I agree that the trial judge’s finding of incapacity was reached illogically.

[271] As I mentioned above, the trial judge was well aware that the timing of the intercourse was the central issue of this case. The defence did not dispute E.G.’s testimony that she had found R.D. virtually passed out with vomit on her. If the intercourse had occurred very shortly before E.G.’s arrival, an inference of incapacity would be more plausible than it would if the intercourse had occurred long before that time. According to G.G., R.D. was not drunk when the group arrived at the beach, but she became more and more drunk as time passed until she began throwing up around 12:30 a.m. If the intercourse had occurred early in the evening, at a time when R.D. was either sober or, if drunk, not incapacitated, an inference of incapacity would therefore be too tenuous for C.P. to be found guilty beyond a reasonable doubt. It is important to note that R.D. being intoxicated early in the evening would not mean that she was necessarily incapable of consenting. It was only when she reached the stage at which she became impaired to the point that she no longer had an operating mind — if that did in fact happen — that her consent would have become vitiated at law (see *R. v. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, 359 C.C.C. (3d) 237, at para. 66; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346, at paras. 55-57; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, at para. 88).

[272] The trial judge was of the view that the question of the timing of the intercourse was answered by the “combination of E.G.’s and C.P.’s evidence”

et E.G. [. . .] étaient arrivés » peu après les rapports sexuels. C.P. soutient que s’il était trop ivre à ce moment-là pour être par la suite en mesure de témoigner de manière fiable au sujet de la conversation, il serait logiquement également incapable de témoigner de manière fiable qu’E.G. est arrivée peu après les rapports sexuels. Ces deux choses se seraient passées au même moment, un moment où il était, selon la juge du procès, trop ivre pour se souvenir par la suite de ce qui s’est produit. C.P. souligne que la juge n’a pas expliqué ce [TRADUCTION] « recours sélectif » (m.a., par. 120). Je suis d’accord que la juge a tiré la conclusion d’incapacité de manière illogique.

[271] Comme je l’ai mentionné précédemment, la juge du procès savait très bien que le moment où les rapports sexuels ont eu lieu était la question centrale de la présente affaire. La défense n’a pas contesté le témoignage d’E.G. selon lequel elle avait trouvé R.D. pratiquement inconsciente avec des vomissures sur elle. Si les rapports sexuels avaient eu lieu très peu de temps avant l’arrivée d’E.G., une inférence d’incapacité aurait été plus plausible qu’elle ne l’aurait été si les rapports sexuels avaient eu lieu bien avant ce moment. Selon G.G., R.D. n’était pas ivre quand le groupe est arrivé à la plage, mais elle l’est devenue de plus en plus au fur et à mesure que le temps passait, jusqu’à ce qu’elle commence à vomir vers minuit et demi. Si les rapports sexuels avaient eu lieu tôt dans la soirée, à un moment où R.D. était soit sobre, soit ivre sans être pour autant en état d’incapacité, une inférence d’incapacité aurait donc été trop ténue pour que C.P. puisse être déclaré coupable hors de tout doute raisonnable. Il est important de souligner que le fait que R.D. ait été intoxiquée tôt dans la soirée ne signifierait pas qu’elle était nécessairement incapable de donner son consentement. Ce n’est que lorsque ses capacités sont devenues affaiblies au point qu’elle n’était plus lucide — si cela s’est réellement produit — que son consentement aurait été vicié en droit (voir *R. c. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, 359 C.C.C. (3d) 237, par. 66; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, par. 55-57; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, par. 88).

[272] La juge du procès était d’avis que la [TRADUCTION] « combinaison des témoignages d’E.G. et de C.P. » permettait de répondre à la question de

(para. 90). The combination of their evidence was indeed crucial to her finding of incapacity. E.G. testified that she had gone over to R.D. instantly and found her to be extremely intoxicated (para. 91). However, because E.G. was not at the beach when the intercourse occurred, her evidence alone could not serve to pinpoint the time of the intercourse in relation to the time when she saw that R.D. was asleep. Even if it is assumed that E.G. went over to R.D. instantly upon her arrival, that does not establish whether she observed R.D. within minutes after the intercourse or an hour later. Put simply, E.G.'s evidence alone was insufficient to support a finding of incapacity at the time of the intercourse. Whatever the case may be, additional evidence was necessary in order to narrow the gap between the time of the intercourse and the time when she went to see R.D. In this instance, only C.P.'s evidence could address the timing of the intercourse in relation to E.G.'s arrival and her observation of R.D.

[273] C.P. testified that after the intercourse, he had stood up and heard at the same time “that [J.] and E.G. . . . had arrived”. This statement by C.P. helped narrow the gap between the time of the intercourse and the time when E.G. went to see R.D. The combination of this statement with E.G.'s testimony that she had gone over to R.D. instantly made the two events contemporaneous, if not almost concomitant. However, C.P. added that he had had a 10- to 15-minute conversation with E.G. before she tended to R.D., which meant that there was a gap of 10 to 15 minutes between the events in question. According to C.P., R.D.'s state changed from being capable to being incapable during that time.

[274] The trial judge bridged that 10- to 15-minute gap by rejecting the evidence that “[C.P.] spoke with E.G. before she tended to R.D.” for three reasons (para. 93). So far, there is nothing illogical in the trial judge's reasoning. It is well established that it is open to a trier of fact to accept only some

savoir à quel moment les rapports sexuels avaient eu lieu (par. 90). La combinaison de ces témoignages a effectivement joué un rôle crucial dans sa conclusion d'incapacité. E.G. a témoigné qu'elle était allée voir R.D. immédiatement et qu'elle l'avait trouvée extrêmement intoxiquée (par. 91). Cependant, comme E.G. n'était pas à la plage au moment des rapports sexuels, son témoignage à lui seul ne permettait pas de déterminer avec précision à quel moment ceux-ci avaient eu lieu par rapport au moment où elle avait constaté que R.D. était endormie. Même si on accepte qu'E.G. s'est rendue auprès de R.D. immédiatement à son arrivée, cela ne permet pas d'établir si elle l'a observée dans les minutes qui ont suivi les rapports sexuels ou une heure plus tard. En termes simples, le témoignage d'E.G. à lui seul était insuffisant pour appuyer une conclusion d'incapacité au moment des rapports sexuels. Dans tous les cas, des éléments de preuve additionnels étaient nécessaires pour permettre de restreindre l'intervalle entre le moment où ont eu lieu les rapports sexuels et celui où elle est allée voir R.D. En l'espèce, seul le témoignage de C.P. permettait de déterminer le moment où les rapports sexuels avaient eu lieu par rapport à celui où E.G. est arrivée et a observé R.D.

[273] C.P. a témoigné qu'après les rapports sexuels, il s'était levé et avait alors entendu [TRADUCTION] « que [J.] et E.G. [. . .] étaient arrivés ». Cette déclaration de C.P. a permis de restreindre l'intervalle entre le moment où ont eu lieu les rapports sexuels et celui où E.G. est allée avoir R.D. La combinaison de cette déclaration et du témoignage d'E.G. selon lequel elle s'était rendue immédiatement auprès de R.D. rendait les deux événements contemporains, voire presque concomitants. Cependant, C.P. a ajouté avoir eu une conversation de 10 à 15 minutes avec E.G. avant qu'elle ne s'occupe de R.D., de sorte qu'il y avait un intervalle de 10 à 15 minutes entre les événements en question. Selon C.P., l'état de R.D. est passé de la capacité à l'incapacité dans cet intervalle.

[274] La juge du procès a comblé cet intervalle de 10 à 15 minutes en rejetant le témoignage selon lequel [TRADUCTION] « [C.P.] a parlé avec E.G. avant qu'elle ne s'occupe de R.D. », et ce, pour trois raisons (par. 93). Jusqu'à maintenant, il n'y a rien d'illogique dans le raisonnement de la juge. Il est bien

of a witness's testimony (*R. v. J.H.S.*, 2008 SCC 30, [2008] 2 S.C.R. 152, at para. 10; *R. v. Mathieu* (1994), 90 C.C.C. (3d) 415 (Que. C.A.), at p. 430, per Fish J.A., aff'd [1995] 4 S.C.R. 46). It was therefore open to the trial judge to reject C.P.'s evidence about the conversation and accept only his evidence that he had heard E.G. arriving shortly after the intercourse, provided that she had a logical and reasonable basis for doing so.

[275] Where the trial judge's reasoning becomes illogical, however, is in the three reasons she gave for rejecting C.P.'s evidence about the conversation:

- (a) Internal contradiction: C.P. contradicted himself when he said, in his examination-in-chief, that he had had a conversation with E.G. *before* she went to see R.D., but then indicated, in a single answer to a leading question asked by the Crown in cross-examination, that E.G. had gone *directly* over to R.D. upon arriving.
- (b) External contradiction: The trial judge preferred E.G.'s version that she had not had a conversation with C.P. upon arriving, because she found E.G. more reliable and credible than C.P.
- (c) Unreliability caused by intoxication: C.P.'s evidence was unreliable because "he was [too] intoxicated at this point" in the evening (paras. 91-94).

The source of the illogicality stems from this third reason.

[276] What is illogical is not the trial judge's treatment of the existence or inexistence of the conversation, that is, her acceptance of a single answer from C.P.'s cross-examination that E.G. went directly over to R.D. and her rejection of the rest of his evidence relating to the issue of the conversation. Nordheimer J.A. concluded that the trial judge's relying on this single answer without giving any explanation constituted an error of law (C.A. reasons, at paras. 23-26). However, I am of the view that the trial judge did in

établi qu'un juge des faits peut n'accepter qu'une partie d'un témoignage (*R. c. J.H.S.*, 2008 CSC 30, [2008] 2 R.C.S. 152, par. 10; *R. c. Mathieu* (1994), 189 N.R. 241 (C.A. Qc), par. 55-61, le juge Fish, conf. par [1995] 4 R.C.S. 46). Il était donc loisible à la juge de rejeter la déclaration de C.P. concernant la conversation et d'accepter seulement sa déclaration selon laquelle il avait entendu E.G. arriver peu après les rapports sexuels, à condition d'avoir un fondement logique et raisonnable pour le faire.

[275] Là où le raisonnement de la juge du procès devient illogique, cependant, c'est dans les trois raisons qu'elle a données pour rejeter le témoignage de C.P. concernant la conversation :

- a) Contradiction intrinsèque : C.P. s'est contredit lorsqu'il a dit, lors de son interrogatoire principal, qu'il avait eu une conversation avec E.G. *avant* qu'elle n'aille voir R.D., mais qu'il a ensuite affirmé, en réponse à une question suggestive posée par la Couronne lors du contre-interrogatoire, qu'E.G. était allée voir R.D. *immédiatement* à son arrivée.
- b) Contradiction extrinsèque : La juge du procès a préféré la version d'E.G., qui a déclaré ne pas avoir eu de conversation avec C.P. à son arrivée, parce qu'elle la trouvait plus fiable et plus crédible que C.P.
- c) Non-fiabilité causée par l'intoxication : Le témoignage de C.P. n'était pas fiable parce que ce dernier [TRADUCTION] « était [trop] intoxiqué à ce moment-là » de la soirée (par. 91-94).

La source de l'illogisme vient de cette troisième raison.

[276] Ce qui est illogique, ce n'est pas la façon dont la juge du procès a traité la question de savoir si la conversation a ou non eu lieu, c'est-à-dire le fait qu'elle ait accepté une seule réponse tirée du contre-interrogatoire de C.P. — selon laquelle E.G. est immédiatement allée voir R.D. — et qu'elle ait rejeté le reste de son témoignage relatif à la conversation. Le juge Nordheimer a conclu que le fait que la juge se soit fondée sur cette seule réponse sans fournir aucune explication constituait une erreur de

fact give reasons for relying on this single answer and rejecting the evidence that the conversation took place. She rejected C.P.'s testimony about the conversation because alcohol had impacted his reliability, because he had contradicted himself and because she believed another witness instead of him.

[277] Rather, what was illogical was for the trial judge to find, on the one hand, that C.P. could not testify reliably about what had happened after the intercourse because he had been too intoxicated at that point in the night, while also finding, on the other hand, that C.P. could nevertheless testify reliably about the fact that he had heard “that [J.] and E.G. . . . had arrived”. These findings are irreconcilable. If C.P. was too intoxicated at that time to be subsequently able to testify reliably about the conversation, his testimony about having heard E.G. arriving was also necessarily unreliable. These two events would have occurred at the same point in time, that is, at a time when, in the trial judge’s view, C.P. had been too drunk for his subsequent testimony to be reliable.

[278] The Crown counter-argues that the trial judge’s findings are in fact compatible. In the Crown’s view, it was open to the trial judge to rely on her credibility findings in order to reject most of C.P.’s testimony and accept only some of his evidence. She made detailed adverse credibility findings at paras. 107-14. The Crown adds that the other two reasons the trial judge gave — the internal and external contradictions — were sufficient to justify her rejection of C.P.’s evidence about the conversation and her acceptance of his evidence that E.G.’s arrival was contemporaneous with the intercourse.

[279] I agree with the Crown that those are two valid reasons for doing so. But that is beside the point. Again, the problem is not that the trial judge irrationally rejected the evidence about the

droit (motifs de la C.A., par. 23-26). Cependant, je suis d’avis que la juge du procès a bel et bien exposé les raisons pour lesquelles elle s’est fondée sur cette seule réponse et a rejeté le témoignage voulant que la conversation ait eu lieu. Elle a rejeté le témoignage de C.P. au sujet de la conversation, parce que l’alcool avait eu une incidence sur sa fiabilité, qu’il s’était contredit et qu’elle a cru un autre témoin à la place.

[277] Plutôt, ce qui est illogique, c’est que la juge du procès ait conclu, d’une part, que C.P. ne pouvait pas témoigner de manière fiable sur ce qui s’était passé après les rapports sexuels parce qu’il était trop intoxiqué à ce moment-là dans la soirée, tout en concluant également, d’autre part, que C.P. pouvait néanmoins témoigner de manière fiable sur le fait qu’il avait entendu [TRADUCTION] « que [J.] et E.G. [. . .] étaient arrivés ». Ces conclusions sont inconciliables. Si C.P. était trop intoxiqué à ce moment-là pour être par la suite en mesure de témoigner de manière fiable au sujet de la conversation, son témoignage selon lequel il avait entendu E.G. arriver était également nécessairement non fiable. Ces deux événements se seraient passés au même moment, c’est-à-dire quand, selon la juge du procès, C.P. était trop ivre pour que son témoignage subséquent puisse être fiable.

[278] La Couronne soutient pour sa part que les conclusions de la juge du procès sont en fait compatibles. Selon elle, il était loisible à la juge du procès de se fonder sur ses conclusions relatives à la crédibilité pour rejeter la majeure partie du témoignage de C.P. et n’en accepter que certains éléments. La juge du procès a tiré des conclusions défavorables détaillées quant à la crédibilité aux par. 107 à 114. La Couronne ajoute que les deux autres raisons données par la juge — la contradiction intrinsèque et la contradiction extrinsèque — suffisaient à justifier le rejet du témoignage de C.P. concernant la conversation et l’acceptation de son témoignage selon lequel l’arrivée d’E.G. était contemporaine aux rapports sexuels.

[279] Je suis d’accord avec la Couronne qu’il s’agit là de deux raisons valables pour ce faire, mais là n’est pas la question. Encore une fois, le problème n’est pas que la juge du procès a rejeté de manière

conversation. Rejecting an internally contradictory testimony or believing another more credible and reliable witness is logical. Rather, the problem is that she made two irreconcilable findings. She found that C.P. had been too drunk at that time to subsequently remember some things yet not too drunk to subsequently remember other things that would have happened at the same time.

[280] In other words, if the trial judge had said that she was rejecting C.P.'s testimony about the conversation for only two reasons — the internal and external contradictions — and had not mentioned C.P.'s being intoxicated as an additional reason, her reasons would have been logical. But by adding this third reason, she introduced illogicality into her reasoning.

[281] The trial judge gave no reasons to explain this inconsistency on a crucial piece of evidence. Without C.P.'s evidence that he had heard E.G. arriving after the intercourse, it was impossible to convict him. The trial judge explained why she rejected the evidence about the conversation, not why she cherry-picked “a sort of island of acuity” from “a sea of oblivion” (*R. v. Cedeno*, 2005 ONCJ 91, 27 C.R. (6th) 251, at para. 20).

[282] If I may borrow Stratas J.A.'s words from *South Yukon Forest Corp. v. Canada*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286, at para. 46, and adapt them to the context of the case at bar, a logical flaw that corrupts an evidentiary finding that is crucial to the outcome of the case — the finding of incapacity here — does not merely pull at leaves and branches and leave the tree standing, but causes the entire tree to fall. Because the finding of incapacity has fallen to the ground, the verdict of guilty is unreasonable and the conviction cannot stand.

[283] Where a logical flaw in a trial judge's reasoning renders a verdict unreasonable within the meaning of *Beaudry* and *Sinclair*, a new trial must

irrationnelle le témoignage concernant la conversation. Il est logique de rejeter un témoignage intrinsèquement contradictoire ou de croire un autre témoin plus crédible et plus fiable. Le problème est plutôt que la juge a tiré deux conclusions inconciliables. Elle a conclu que C.P. était trop ivre à ce moment-là pour se souvenir par la suite de certaines choses, mais n'était pas trop ivre pour se souvenir par la suite d'autres choses qui se seraient passées au même moment.

[280] Autrement dit, si la juge du procès avait dit qu'elle rejetait le témoignage de C.P. concernant la conversation pour seulement deux raisons — la contradiction intrinsèque et la contradiction extrinsèque — et qu'elle n'avait pas mentionné l'intoxication de C.P. comme raison additionnelle, ses motifs auraient été logiques. Cependant, en ajoutant cette troisième raison, elle a rendu son raisonnement illogique.

[281] La juge du procès n'a pas expliqué cette incohérence à l'égard d'un élément de preuve crucial. Sans le témoignage de C.P. selon lequel il avait entendu E.G. arriver après les rapports sexuels, il était impossible de le déclarer coupable. La juge a expliqué pourquoi elle a rejeté le témoignage concernant la conversation, mais pas pourquoi elle a retenu [TRADUCTION] « une sorte d'île d'acuité » dans « un océan d'oubli » (*R. c. Cedeno*, 2005 ONCJ 91, 27 C.R. (6th) 251, par. 20).

[282] Pour reprendre les termes utilisés par le juge Stratas dans l'arrêt *South Yukon Forest Corp. c. Canada*, 2012 CAF 165, par. 46, et les adapter au contexte de la présente affaire, une faille logique qui corrompt une conclusion relative à la preuve qui est cruciale pour l'issue de l'affaire — en l'occurrence, la conclusion d'incapacité — ne tire pas seulement sur les feuilles et les branches en laissant l'arbre debout, mais fait tomber l'arbre tout entier. Comme la conclusion d'incapacité est tombée au sol, le verdict de culpabilité est déraisonnable et la déclaration de culpabilité ne saurait être maintenue.

[283] Lorsqu'une faille logique dans le raisonnement du juge du procès rend un verdict déraisonnable au sens des arrêts *Beaudry* et *Sinclair*, un nouveau

be ordered (*Sinclair*, at para. 23). If, however, the verdict is at the same time unavailable on the record, an appellate court must enter a verdict of acquittal instead of ordering a new trial (para. 23). Whether a verdict of acquittal should be entered or a new trial ordered in this case will therefore depend on my answer on C.P.’s second ground of appeal.

B. *Whether the Finding of Incapacity Was Reasonably Available on the Evidence*

[284] C.P.’s second ground of appeal is that the evidence available to the trial judge was capable of supporting neither her finding of incapacity nor, as a result, the verdict of guilty (*R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381). As I mentioned above, if this second ground should succeed, the result will be an acquittal instead of a new trial. Where, as in the instant case, the Crown’s case is based on circumstantial evidence, the appeal court must determine “whether the trier of fact, acting judicially, could reasonably be satisfied that the accused’s guilt was the only reasonable conclusion available on the totality of the evidence” (*R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1000, at para. 55). In contrast with the ground of unreasonableness under *Beaudry* and *Sinclair*, which is concerned with “fundamental flaws in the reasoning process that led to [the trial judge’s verdict]” (*Sinclair*, at para. 4, quoting para. 77 (text in brackets in original); see also *Beaudry*), this second ground of appeal is concerned with the weight of the evidence in the record. It “requires the appellate court to re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence” (*Villaroman*, at para. 55; see also *Biniaris*, at para. 36).

[285] In this case, I am of the view that the trial judge could not reasonably conclude that R.D.’s being incapable of consenting at the time of the intercourse was the only reasonable finding available on the evidence. Without the finding of incapacity, there was no case against C.P., because neither R.D. nor

procès doit être ordonné (*Sinclair*, par. 23). Toutefois, si le verdict ne peut par ailleurs se justifier eu égard à la preuve au dossier, un tribunal d’appel doit prononcer un verdict d’acquiescement plutôt qu’ordonner un nouveau procès (par. 23). La réponse à la question de savoir si un verdict d’acquiescement devrait être prononcé ou si un nouveau procès devrait être ordonné en l’espèce dépendra donc de celle que je donnerai au deuxième moyen d’appel de C.P.

B. *La conclusion d’incapacité pouvait-elle raisonnablement être tirée eu égard à la preuve?*

[284] Le deuxième moyen d’appel invoqué par C.P. est que la preuve dont disposait la juge du procès ne pouvait appuyer ni sa conclusion d’incapacité ni, par voie de conséquence, le verdict de culpabilité (*R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381). Comme je l’ai mentionné précédemment, si ce deuxième moyen d’appel est retenu, il en résultera un verdict d’acquiescement plutôt qu’un nouveau procès. Lorsque la thèse de la Couronne repose sur une preuve circonstancielle, comme c’est le cas en l’espèce, le tribunal d’appel doit déterminer « si le juge des faits, agissant d’une manière judiciaire, pouvait raisonnablement conclure que la culpabilité de l’accusé était la seule conclusion raisonnable qui pouvait être tirée de l’ensemble de la preuve » (*R. c. Villaroman*, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1000, par. 55). Contrairement au moyen relatif au caractère déraisonnable dont il était question dans les arrêts *Beaudry* et *Sinclair* et qui a trait aux « vices fondamentaux du raisonnement qui [...] mène [au verdict du juge du procès] » (*Sinclair*, par. 4, citant le par. 77 (texte entre crochets dans l’original); voir aussi *Beaudry*), ce deuxième moyen d’appel concerne le poids de la preuve au dossier. Il exige que « le tribunal d’appel [...] réexamin[e] l’effet de la preuve et dans une certaine mesure la réévalu[e] » (*Villaroman*, par. 55; voir aussi *Biniaris*, par. 36).

[285] En l’espèce, je suis d’avis que la juge du procès ne pouvait pas raisonnablement conclure que l’incapacité de R.D. à consentir au moment des rapports sexuels était la seule conclusion raisonnable possible eu égard à la preuve. Sans cette conclusion d’incapacité, il n’y a pas de cause qui tienne contre

any other witness had testified that R.D. had not consented as a matter of fact. Consequently, the evidence is not capable of supporting the verdict of guilty, and a verdict of acquittal should be entered in its place.

[286] The starting point of the re-examination of the evidence is the weight attached to C.P.'s testimony. In my opinion, the trial judge should have accorded far less weight to C.P.'s evidence about the timing of the intercourse in relation to E.G.'s arrival than she did in her reasons. The trial judge attached significant weight to C.P.'s evidence that he had heard E.G. arriving shortly after the intercourse. It constituted the centrepiece of her reasons. This was, however, incompatible with her repeated findings to the effect that C.P. had been quite intoxicated and was thus an unreliable witness.

[287] After getting vodka from the LCBO, C.P. began drinking early in the night while the group was walking to the streetcar on the way to the beach. He continued drinking on the streetcar. Once they arrived at the beach, he drank even more vodka around the bonfire. According to E.G. and G.G., all this alcohol made C.P. very drunk. E.G. said that C.P. could not speak coherently or walk properly. G.G. added that C.P. was stumbling. C.P. himself confirmed that he had drunk so much that his friend J. told him to sit down because he could barely walk.

[288] The trial judge made several adverse findings against C.P. based on the evidence of his level of intoxication. First, she rejected his evidence that he had had a conversation with E.G. upon her arrival, because he had been too intoxicated at that point in the night for his testimony to be reliable. Second, the trial judge noted that C.P.'s level of intoxication could explain "his lack of recollection about certain details" (para. 110). She added that, "if [C.P.] was as drunk as witnesses suggest, it would be understandable for him to have gaps in his memory" (para. 114). Third, the trial judge concluded that, because of s. 273.2(a)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, C.P.'s level of intoxication barred him

C.P., parce que ni R.D. ni autre aucun autre témoin n'a déclaré que celle-ci n'avait pas effectivement donné son consentement. En conséquence, la preuve ne saurait appuyer le verdict de culpabilité et celui-ci devrait être remplacé par un verdict d'acquiescement.

[286] Le point de départ du réexamen de la preuve est le poids accordé au témoignage de C.P. À mon avis, la juge du procès aurait dû conférer beaucoup moins de poids au témoignage de C.P. concernant le moment où ont eu lieu les rapports sexuels par rapport à celui où est arrivée E.G. qu'elle ne l'a fait dans ses motifs. La juge du procès a accordé un poids considérable au témoignage de C.P. selon lequel il avait entendu E.G. arriver peu après les rapports sexuels. Il s'agissait là de l'élément central de ses motifs. Cela était cependant incompatible avec ses conclusions répétées que C.P. était très intoxiqué et n'était donc pas un témoin fiable.

[287] Après avoir obtenu de la vodka à la LCBO, C.P. a commencé à boire tôt dans la soirée pendant que le groupe se rendait à pied au tramway en direction de la plage. Il a continué à boire dans le tramway. Une fois le groupe arrivé à la plage, il a bu encore plus de vodka autour du feu de camp. Selon E.G. et G.G., tout cet alcool a rendu C.P. très ivre. E.G. a déclaré que C.P. ne pouvait parler de manière cohérente ni marcher correctement. G.G. a ajouté que C.P. trébuchait. C.P. a lui-même confirmé qu'il avait tellement bu que son ami J. lui avait dit de s'asseoir parce qu'il pouvait à peine marcher.

[288] La juge du procès a tiré plusieurs conclusions défavorables contre C.P. en se fondant sur la preuve de son degré d'intoxication. Premièrement, elle a rejeté la déclaration de C.P. selon laquelle il avait eu une conversation avec E.G. à l'arrivée de celle-ci, parce qu'il était trop intoxiqué à ce moment-là de la soirée pour que son témoignage soit fiable. Deuxièmement, la juge a souligné que le degré d'intoxication de C.P. pouvait expliquer [TRADUCTION] « le fait qu'il ne se souvenait pas de certains détails » (par. 110). Elle a ajouté que, « si [C.P.] était aussi ivre que les témoins le laissent entendre, il serait compréhensible qu'il ait des trous de mémoire » (par. 114). Troisièmement, la juge du procès a conclu

legally from relying on the defence of honest but mistaken belief in consent.

[289] In addition to C.P.'s unreliability based on his level of intoxication, the rest of the evidence relating to the timeline of the evening's events further undermined the probative value of his evidence. The evidence did not permit the time of the intercourse to be determined beyond a reasonable doubt. A reconstruction of the timeline indicates that the intercourse may have occurred at any time during a window of roughly two hours.

[290] First, R.D. and G.G. stated that the group had arrived at the beach sometime between 10:00 and 11:00 p.m. This approximate time of arrival is consistent with the balance of the evidence. The group must have left the LCBO sometime before it closed at 10:00 p.m. According to C.P.'s uncontradicted testimony, they then walked for 15 to 30 minutes, rode the streetcar for about 15 minutes, walked to the beach for 10 minutes and then discussed whether they would join the older group or start their own bonfire — these were all narrative details the trial judge did not reject.

[291] Second, 15 or 20 minutes after C.P. and R.D. sat down together on the mattress, they started kissing until it was thrown into the fire. Shortly thereafter, C.P. joined R.D. by the rocks and had intercourse with her. I agree with Nordheimer J.A. that, on the strength of judicial experience, the sexual activity occurred in all likelihood before R.D. had gotten vomit on her (C.A. reasons, at para. 31). In any event, the Crown did not argue the contrary.

[292] Third, according to G.G.'s testimony, R.D. started throwing up sometime around 12:30 a.m. No witness other than G.G. saw when R.D. started throwing up. C.P. testified that he had not been there, and E.G. arrived after that. G.G. left the party very shortly afterwards, at 12:30 a.m. She was certain

qu'en raison de l'al. 273.2a)(ii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, le degré d'intoxication de C.P. l'empêchait légalement d'invoquer la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

[289] En plus de la non-fiabilité de C.P. fondée sur son degré d'intoxication, le reste de la preuve concernant la chronologie des événements de la soirée a miné encore davantage la valeur probante de son témoignage. La preuve n'a pas permis de déterminer hors de tout doute raisonnable à quel moment les rapports sexuels ont eu lieu. Une reconstitution de la chronologie des événements indique que les rapports sexuels pourraient avoir eu lieu à n'importe quel moment dans une période d'environ deux heures.

[290] Premièrement, R.D. et G.G. ont affirmé que le groupe est arrivé à la plage entre 22 h et 23 h. Cette heure d'arrivée approximative est compatible avec le reste de la preuve. Le groupe doit avoir quitté la LCBO à un moment quelconque avant la fermeture du magasin à 22 h. Selon le témoignage non contredit de C.P., les adolescents ont ensuite marché pendant 15 à 30 minutes, ont pris le tramway pendant environ 15 minutes, ont marché jusqu'à la plage pendant 10 minutes, puis ont discuté pour déterminer s'ils se joindraient au groupe de jeunes plus âgés ou s'ils feraient leur propre feu de camp. Ce sont tous là des détails narratifs que la juge du procès n'a pas rejetés.

[291] Deuxièmement, 15 à 20 minutes après que C.P. et R.D. se soient assis ensemble sur le matelas, ils ont commencé à s'embrasser jusqu'à ce que le matelas soit jeté dans le feu. Peu après, C.P. a rejoint R.D. près des rochers et a eu des rapports sexuels avec elle. Je suis d'accord avec le juge Nordheimer pour dire que, sur la base de l'expérience judiciaire, l'activité sexuelle a, selon toute vraisemblance, eu lieu avant que R.D. n'ait des vomissures sur elle (motifs de la C.A., par. 31). Quoiqu'il en soit, la Couronne n'a pas soutenu le contraire.

[292] Troisièmement, selon le témoignage de G.G., R.D. a commencé à vomir aux environs de minuit et demi. Aucun témoin autre que G.G. n'a remarqué quand R.D. a commencé à vomir. C.P. a témoigné qu'il n'était pas là, et E.G. est arrivée après qu'elle eut vomi. G.G. a quitté la fête très peu de temps par la



that she had left around that time, because she had looked at her phone before leaving. Contrary to other witnesses who were only guessing about the timing of certain events, G.G.'s evidence in this respect was unambiguous.

[293] Fourth, E.G. arrived at the beach sometime after 12:30 a.m. G.G.'s testimony makes this timing limpid. Indeed, G.G. was adamant that when she left at 12:30 a.m., she had not yet seen E.G. In contrast, E.G. admitted that she was unable to affirm with certainty when she arrived. It follows that E.G. necessarily arrived sometime after 12:30 a.m.

[294] Fifth, following an undetermined period of time after her arrival, E.G. went over to R.D. and found her asleep with vomit on her. Whether E.G. went directly over to R.D. upon arriving or had a 10- to 15-minute conversation with C.P. first, as he testified, should not have been given the weight the trial judge gave it. There was in fact ample evidence arising from E.G.'s testimony to support a conclusion that going over to R.D. was not the very first thing she did upon arriving. The first piece of evidence was the fact that E.G. told the police that, when she arrived, she had drunk some vodka that was left. As Nordheimer J.A. noted, E.G. going over to R.D. instantly is inconsistent with her statement that she drank some vodka, because she also said that she had stayed with R.D. for her entire time at the beach until they all left. If she stayed with R.D. constantly after going to see her, she must have drunk the vodka before doing so. The second piece of evidence was E.G.'s statement that she had heard a rumour that C.P. and R.D. had had intercourse earlier in the evening. Her statement implies that when she arrived, she had a conversation with some of the young people around the fire about the intercourse before going over to R.D. This is what she said:

suite, à minuit et demi. Elle était certaine d'être partie vers cette heure-là, parce qu'elle avait regardé son téléphone avant de partir. Contrairement à d'autres témoins qui ne faisaient qu'estimer le moment de certains événements, le témoignage de G.G. à cet égard est non équivoque.

[293] Quatrièmement, E.G. est arrivée à la plage à un moment donné après minuit et demi. Le témoignage de G.G. permet de l'établir clairement. En effet, G.G. a affirmé catégoriquement que, lorsqu'elle est partie à minuit et demi, elle n'avait pas encore vu E.G. En revanche, cette dernière a avoué qu'elle était incapable de confirmer avec certitude l'heure de son arrivée. E.G. est donc nécessairement arrivée à un moment donné après minuit et demi.

[294] Cinquièmement, à la suite d'une période indéterminée après son arrivée, E.G. est allée voir R.D. et l'a trouvée endormie avec des vomissures sur elle. La question de savoir si E.G. est immédiatement allée voir R.D. à son arrivée ou si elle a d'abord eu une conversation de 10 à 15 minutes avec C.P., comme celui-ci l'a affirmé dans son témoignage, n'aurait pas dû se voir accorder l'importance que lui a accordée la juge du procès. Il y avait en fait suffisamment d'éléments de preuve découlant du témoignage d'E.G. pour appuyer une conclusion selon laquelle la toute première chose qu'elle avait faite à son arrivée n'était pas d'aller voir R.D. Le premier élément de preuve était le fait qu'E.G. a dit à la police qu'à son arrivée, elle a bu un peu de la vodka qui restait. Comme le juge Nordheimer l'a souligné, le fait qu'E.G. aille voir R.D. immédiatement est incompatible avec sa déclaration selon laquelle elle a bu un peu de vodka, car elle a aussi dit être restée avec R.D. pendant tout le temps où elle a été à la plage, jusqu'à ce qu'ils partent tous. Si elle est restée sans interruption avec R.D. après être allée la voir, elle doit donc avoir bu de la vodka avant d'être allée la rejoindre. Le deuxième élément de preuve était le fait qu'E.G. a déclaré avoir entendu une rumeur selon laquelle C.P. et R.D. avaient eu des rapports sexuels plus tôt dans la soirée. Sa déclaration laisse entendre que, lorsqu'elle est arrivée, elle a eu une conversation avec quelques-uns des adolescents qui étaient autour du feu à propos des rapports sexuels avant d'aller voir R.D. Voici ce qu'elle a affirmé :

. . . I'm not really too sure who was saying it but a few people were like, oh like, [R.D.] and [C.P.] like, had sex earlier today, tonight and I was like when? And they were like oh like, before you and [G.] showed up . . .

(A.R., vol. II, at p. 30)

[295] This timeline shows that there was roughly a two-hour window between (1) the group's arrival at the beach between 10:00 and 11:00 p.m. and (2) E.G.'s observation of R.D. sometime after 12:30 a.m. The evidence as a whole cannot reasonably be interpreted in such a way that R.D.'s being incapable of consenting is the only reasonable conclusion. The trial judge should have acquitted C.P. Once the reliability of C.P.'s testimony is approached coherently with the trial judge's repeated findings to the effect that he had been quite intoxicated and that his memory of the crucial events was unreliable, it is simply impossible to pinpoint, even roughly, the time when the intercourse occurred on the basis of the rest of the circumstantial evidence. In fact, the available circumstantial evidence indicates that the intercourse may have occurred at any time in the two-hour window. R.D.'s level of intoxication changed considerably during that time from not being drunk, according to G.G., upon arriving at the beach to being passed out later on. The trial judge herself acknowledged that, without C.P.'s evidence, the rest of the circumstantial evidence could not on its own pinpoint the time of the intercourse in that window:

As the trial unfolded, it seemed there was a lack of clarity with respect to the timing of the sexual activity. As noted in the review of the evidence, the Crown witnesses were only able to make a guess about when the group arrived at the beach. E.G. and G.G. did not witness any sexual activity and therefore could not help pinpoint the time it happened. R.D. had fragments of memory but certainly was not able to specify the timing of the incident. . . . The combination of E.G.'s and C.P.'s evidence, however, has answered the question of when during the evening the sexual activity took place. [Emphasis added; para. 90.]

[TRADUCTION] . . . Je ne suis pas vraiment certaine de savoir qui en parlait, mais quelques personnes étaient comme, genre [R.D.] et [C.P.] ont couché ensemble plus tôt aujourd'hui, ce soir et j'étais comme quand? Et ils ont dit genre avant que toi et [G.] arriviez . . .

(d.a., vol. II, p. 30)

[295] Cette chronologie démontre qu'il s'est écoulé environ deux heures entre (1) l'arrivée du groupe à la plage entre 22 h et 23 h et (2) l'observation de R.D. par E.G. à un moment donné après minuit et demi. L'ensemble de la preuve ne peut raisonnablement être interprété de telle sorte que l'incapacité de R.D. à consentir constitue la seule conclusion raisonnable. La juge du procès aurait dû acquitter C.P. Si on examine la fiabilité du témoignage de C.P. de manière cohérente avec les conclusions répétées de la juge selon lesquelles celui-ci était très intoxiqué et que sa mémoire des événements clés n'était pas fiable, il est tout simplement impossible de déterminer, même de façon approximative, à quel moment les rapports sexuels ont eu lieu eu égard au reste de la preuve circonstancielle. En fait, la preuve circonstancielle au dossier indique que les rapports sexuels pourraient avoir eu lieu à n'importe quel moment durant cette période de deux heures. Le degré d'intoxication de R.D. a changé considérablement au cours de celle-ci; n'étant pas ivre, selon G.G., à son arrivée à la plage, R.D. a perdu conscience plus tard. La juge du procès a elle-même reconnu que, sans le témoignage de C.P., le reste de la preuve circonstancielle ne permettait à lui seul de déterminer avec précision le moment où les rapports sexuels avaient eu lieu pendant cette période :

[TRADUCTION] Au fil du procès, il a semblé qu'il y avait absence de clarté quant au moment où l'activité sexuelle avait eu lieu. Comme l'a montré l'examen de la preuve, les témoins de la Couronne n'ont été en mesure que d'estimer vers quel moment le groupe est arrivé à la plage. E.G. et G.G. n'ont pas été témoins d'une quelconque activité sexuelle et ne pouvaient donc pas aider à déterminer avec précision à quel moment elle a eu lieu. R.D. avait des fragments de souvenirs, mais n'était certainement pas en mesure de préciser le moment de l'incident. [ . . . ] La combinaison des témoignages d'E.G. et de C.P. a cependant permis de répondre à la question de savoir à quel moment de la soirée l'activité sexuelle a eu lieu. [Je souligne; par. 90.]

[296] Furthermore, there is other evidence that, although not necessary to a finding that the verdict was unreasonable, should have reinforced the existence of a reasonable doubt in the trial judge's mind.

[297] Although the intercourse occurred at a distance of only 5 to 10 feet from the fire pit where a dozen or so young people were assembled, the Crown did not call a single witness who had seen it happen. The Crown called E.G., who had arrived after it occurred, and G.G., who also had not seen it happen. Yet there were obviously some people who had witnessed the intercourse, as can be seen from the messages exchanged on social media the next morning in which teenagers shared the information that R.D. and C.P. had had sex together. Also, there were some who told E.G., after her arrival, that R.D. and C.P. had had intercourse earlier in the night, which makes clear that their sexual activity had not gone unnoticed.

[298] The phone conversation between R.D. and L.L. that occurred after 1:00 a.m. should also have reinforced the existence of a reasonable doubt. During that conversation, R.D. kept apologizing to L.L., whom she was seeing romantically. When considered together with the rest of the evidence, it tends to indicate that R.D. was aware of and sorry for what had happened. In the same vein, the fact that R.D. remembered kissing C.P. by the rocks and pulling up her pants after the intercourse were further signs that she had been aware of what was happening, which constitutes fertile ground for a reasonable doubt.

[299] Finally, the Crown's case appears to have been constructed on a narrative informed by rumours and double hearsay. As I noted above, R.D.'s mother may not have forced her daughter to report to the police, but she convinced her to do so on the premise that R.D. had been assaulted *while* being passed out. It is this narrative based on the rumour R.D. heard from her friends that appears to have

[296] En outre, il y a d'autres éléments de preuve qui, bien qu'ils ne soient pas nécessaires pour conclure que le verdict était déraisonnable, auraient dû renforcer l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit de la juge du procès.

[297] Bien que les rapports sexuels aient eu lieu à une distance de seulement 5 à 10 pieds de l'emplacement du feu où une douzaine de jeunes étaient rassemblés, la Couronne n'a pas appelé à la barre une seule personne en ayant été témoin. Elle a fait entendre E.G., qui était arrivée après les rapports sexuels, et G.G., qui ne les a pas vus non plus avoir lieu. Pourtant, il y avait manifestement certaines personnes qui en avaient été témoins, comme l'indiquent les messages échangés sur les médias sociaux le lendemain matin, où des adolescents ont échangé l'information selon laquelle R.D. et C.P. avaient couché ensemble. De plus, certains d'entre eux ont dit à E.G., après son arrivée, que R.D. et C.P. avaient eu des rapports sexuels plus tôt dans la soirée, ce qui montre clairement que leur activité sexuelle n'était pas passée inaperçue.

[298] La conversation téléphonique que R.D. et L.L. ont eue après 1 h aurait également dû renforcer l'existence d'un doute raisonnable. Lors de cette conversation, R.D. n'arrêtait pas de s'excuser auprès de L.L., qu'elle fréquentait à cette époque. Lorsqu'on examine cette conversation avec le reste de la preuve, elle tend à indiquer que R.D. était consciente de ce qui s'était passé et le regrettait. Dans le même ordre d'idées, le fait que R.D. se soit souvenue d'avoir embrassé C.P. près des rochers et d'avoir remonté son pantalon après les rapports sexuels sont d'autres indices montrant qu'elle était consciente de ce qui se passait, ce qui constitue un terrain favorable à un doute raisonnable.

[299] Enfin, la théorie de la Couronne semble avoir été construite sur la base d'un récit fondé sur des rumeurs et du double oui-dire. Comme je l'ai mentionné précédemment, la mère de R.D. n'a peut-être pas forcé sa fille à signaler l'incident à la police, mais elle l'a convaincue de le faire sur le fondement de la prémisse selon laquelle R.D. avait été agressée *alors* qu'elle était inconsciente. C'est ce récit fondé sur la

informed the case built by the police and the prosecution. Obviously, this alone does not mean that the Crown's case could not stand, but a trial judge drawing on his or her judicial experience should have approached the theory of the case with an extra layer of caution.

[300] In conclusion, without the crucial finding of incapacity, the Crown could not prove its case, because there was no evidence of absence of consent. The verdict is unreasonable, and the trial judge should have acquitted C.P.

*C. Whether the Trial Judge Erred in Rejecting the Defence of Honest but Mistaken Belief in Consent*

[301] C.P.'s third ground of appeal is that the trial judge erred in law by rejecting his defence of honest but mistaken belief in communicated consent. He argues that she should have considered his youth in assessing the circumstances known to him for purposes of the quasi-objective standard for determining whether an accused can rely on that defence. In C.P.'s view, the principle of diminished moral blameworthiness imposes the application of a lower standard. Although everyone is presumed to know the law, it is absurd to propose that an intoxicated teenager is presumed to know the intricacies of the jurisprudence pertaining to what constitutes valid consent. Therefore, the trial judge should have considered C.P.'s limited understanding of criminal law principles in analyzing his defence.

[302] Despite the question being a matter of doctrinal interest, I do not believe that it should be answered in this case. Doing so would have no impact on the outcome of this appeal. C.P. asks us to rule on this legal issue in order to provide guidance to the court below should a new trial be ordered. Because I have concluded that a verdict of acquittal should be entered, such guidance is not necessary. In any event, even if I had concluded that a new trial should be ordered, the answer to this question would have had no impact on the outcome of the appeal. The

rumeur que R.D. a entendue de ses amis qui semble avoir servi de base à la théorie construite par la police et la poursuite. De toute évidence, cet élément, à lui seul, ne veut pas dire que le dossier de la Couronne ne pouvait tenir, mais un juge du procès se fondant sur son expérience judiciaire aurait dû examiner la thèse invoquée avec un surcroît de prudence.

[300] Pour terminer, sans la conclusion cruciale d'incapacité, la Couronne ne pouvait pas prouver ses allégations, car il n'y avait aucune preuve d'absence de consentement. Le verdict est déraisonnable et la juge du procès aurait dû acquitter C.P.

*C. La juge du procès a-t-elle commis une erreur en rejetant la défense de croyance sincère mais erronée au consentement?*

[301] Le troisième moyen d'appel invoqué par C.P. est que la juge du procès a commis une erreur de droit en rejetant sa défense de croyance sincère mais erronée au consentement communiqué. Il soutient que, pour l'application de la norme quasi objective servant à déterminer si un accusé peut invoquer cette défense, la juge aurait dû prendre en considération sa jeunesse lorsqu'elle a apprécié les circonstances dont il avait connaissance. Selon C.P., le principe de culpabilité morale moins élevée impose l'application d'une norme moins élevée. Bien que nul ne soit censé ignorer la loi, il est absurde de suggérer qu'un adolescent intoxiqué est présumé connaître les subtilités de la jurisprudence sur ce qui constitue un consentement valable. En conséquence, la juge du procès aurait dû prendre en compte la compréhension limitée que C.P. avait des principes du droit pénal quand elle a analysé sa défense.

[302] Malgré son intérêt doctrinal, je ne crois qu'il faille répondre à cette question en l'espèce. Cela n'aurait aucune incidence sur l'issue du présent pourvoi. C.P. nous demande de nous prononcer sur cette question de droit afin de donner des directives au tribunal de juridiction inférieure si un nouveau procès est ordonné. Comme j'ai conclu qu'un verdict d'acquiescement devrait être prononcé, de telles directives ne sont pas nécessaires. Quoi qu'il en soit, même si j'avais conclu qu'un nouveau procès devrait être ordonné, la réponse à cette question n'aurait pas eu

question would be purely theoretical. C.P. does not challenge the trial judge's finding that R.D. did not say "Fuck me, [C.]" — this alleged communicated consent constituted the condition precedent to his defence. Nor does he challenge the trial judge's finding that his level of intoxication barred him legally from relying on the defence — this is another hurdle that made this defence unavailable to him. In brief, the error of law, if any, would be of no consequence. Lastly, it seems that C.P. is raising this issue for the first time in his appeal to this Court.

## VI. Conclusion

[303] As mentioned above, I am of the opinion that it is not necessary to answer the constitutional questions pertaining to the validity of s. 37(10) of the *YCJA*, because they are now moot. Given that this Court has granted leave to appeal, the constitutional analysis of the denial of an automatic right of appeal to this Court would have no impact on the underlying criminal appeal in this case. Therefore, I decline to take a position on those questions.

[304] For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the conviction and enter an acquittal.

*Appeal dismissed, CÔTÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Henein Hutchison, Toronto.*

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

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

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.*

d'incidence sur l'issue du pourvoi. La question serait purement théorique. C.P. ne conteste pas la conclusion de la juge du procès selon laquelle R.D. n'a pas dit [TRADUCTION] « Baise-moi, [C.] » — ce prétendu consentement communiqué constituait la condition préalable à sa défense. Il ne conteste pas non plus la conclusion de la juge selon laquelle son degré d'intoxication l'empêchait légalement d'invoquer la défense — il s'agit là d'un autre obstacle l'empêchant de faire valoir cette défense. En bref, l'erreur de droit, s'il y en a une, serait sans conséquence. Enfin, il semble que C.P. soulève cette question pour la première fois dans son pourvoi devant la Cour.

## VI. Conclusion

[303] Comme je l'ai dit précédemment, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de répondre aux questions constitutionnelles relatives à la validité du par. 37(10) de la *LSJPA*, parce qu'elles sont maintenant théoriques. Vu que la Cour a accordé une autorisation d'appel, l'analyse constitutionnelle relative à l'absence d'un droit d'appel automatique à notre Cour n'aurait aucune incidence sur le pourvoi sous-jacent en matière pénale interjeté en l'espèce. En conséquence, je m'abstiens de me prononcer sur ces questions.

[304] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais le pourvoi, j'annulerais la déclaration de culpabilité et je prononcerais un acquittement.

*Pourvoi rejeté, la juge CÔTÉ est dissidente.*

*Procureurs de l'appelant : Henein Hutchison, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

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

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.*

*Solicitor for the intervener Justice for Children and Youth: Justice for Children and Youth, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante Justice for Children and Youth : Justice for Children and Youth, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Alison M. Latimer, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Alison M. Latimer, Vancouver.*



ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca