

**Pierino Divito** *Appellant*

v.

**Minister of Public Safety and  
Emergency Preparedness** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,  
David Asper Centre for Constitutional  
Rights and British Columbia Civil  
Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: DIVITO v. CANADA (PUBLIC SAFETY  
AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

**2013 SCC 47**

File No.: 34128.

2013: February 18; 2013: September 19.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Right to enter Canada — Minister refusing of-fender transfer request by Canadian citizen imprisoned abroad, on basis of security concerns — Constitutional challenge of provisions governing international transfer of offenders made by Canadian citizen imprisoned abroad — Whether statutory provisions giving Minister discretion to grant or deny transfer request violate right to enter Canada and, if so, whether violation is justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1) — International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, ss. 8(1), 10(1)(a), (2)(a).*

D, a Canadian citizen, was extradited to the U.S. where he pleaded guilty to serious drug offences and was sentenced to seven and a half years in prison. He submitted a request under the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21 (“*ITOA*”), to be transferred

**Pierino Divito** *Appelant*

c.

**Ministre de la Sécurité publique et de la  
Protection civile** *Intimé*

et

**Association canadienne des libertés civiles,  
David Asper Centre for Constitutional  
Rights et Association des libertés civiles de la  
Colombie-Britannique** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : DIVITO c. CANADA  
(SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

**2013 CSC 47**

N° du greffe : 34128.

2013 : 18 février; 2013 : 19 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d’établissement — Droit d’entrer au Canada — Refus par le ministre, fondé sur des préoccupations relatives à la sécurité, d’accéder à la demande de transfèrement d’un délinquant citoyen canadien emprisonné à l’étranger — Contestation constitutionnelle des dispositions régissant le transfèrement international de délinquants par un citoyen canadien emprisonné à l’étranger — Les dispositions législatives qui confèrent au ministre le pouvoir discrétionnaire de consentir ou non à la demande de transfèrement portent-elles atteinte au droit d’entrer au Canada et, dans l’affirmative, l’atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(1) — Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, ch. 21, art. 8(1), 10(1)a), (2)a).*

D, un citoyen canadien, a été extradé aux États-Unis où il a plaidé coupable à des infractions graves liées à la drogue et a été condamné à sept ans et demi d’emprisonnement. Il a présenté une demande sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*,

to Canada to serve the remainder of his American sentence. Under the *ITOA*, the consent of both the foreign state and the Canadian government are required before an offender can be returned to Canada. Sections 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* give the Canadian Minister of Public Safety a discretion whether to consent to the transfer. D's request was approved by the U.S. but refused by the Minister on the basis that the nature of his offence and his affiliations suggested that D's return to Canada would constitute a potential threat to the safety of Canadians and the security of Canada. D sought judicial review of the Minister's decision, arguing that the existence of discretion under the *ITOA* to refuse to consent to the return of a Canadian in a foreign prison violated his right to enter Canada protected by s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Once it was confirmed that D was a Canadian citizen, he had the right to enter Canada and the Minister was required to consent to his return. The Federal Court dismissed D's application for judicial review of the Minister's refusal, concluding that the decision of the Minister was reasonable and that ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* did not violate D's right as a Canadian citizen to enter Canada under s. 6(1) of the *Charter*. D appealed only the issue of the constitutionality of the provisions, not the reasonableness of the Minister's decision. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal.

*Held*: The appeal should be dismissed.

*Per* Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: Mobility rights are protected by s. 6 of the *Charter*. These include the right in s. 6(1) of every citizen to enter, remain in, and leave Canada. The right of a Canadian citizen to enter and to remain in Canada is a fundamental right associated with citizenship. Without the ability to enter one's country of citizenship, the "right to have rights" within that country cannot be fully exercised. The right to enter should therefore be given a generous interpretation consistent with its purpose, the interests it was intended to protect and the broad construction of the right to enter in international law.

However, the mobility rights guaranteed by s. 6(1) of the *Charter* do not give a Canadian citizen an automatic right to serve a sentence in Canada. The *ITOA* and the treaties which it implements provide a statutory mechanism to transfer the supervision of a prison sentence from a foreign jurisdiction to Canada, since as a matter of

L.C. 2004, ch. 21 (« *LTID* »), afin d'être transféré au Canada pour purger le reste de la peine qui lui a été infligée aux États-Unis. Aux termes de la *LTID*, le retour au Canada d'un délinquant nécessite le consentement de l'entité étrangère et du gouvernement canadien. Le paragraphe 8(1) et les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* confèrent au ministre de la Sécurité publique du Canada le pouvoir discrétionnaire de consentir ou non au transfert. Les États-Unis ont approuvé la demande de D, mais le ministre l'a refusée au motif que la nature de son délit ainsi que ses affiliations suggéraient que le retour de D au Canada pourrait constituer une menace pour la sécurité du Canada et la sûreté des Canadiens. D a sollicité le contrôle judiciaire de la décision du ministre, faisant valoir que le pouvoir discrétionnaire conféré par la *LTID* de refuser de consentir au retour d'un Canadien emprisonné à l'étranger violait son droit d'entrer au Canada garanti par le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une fois sa citoyenneté canadienne établie, D estime qu'il avait le droit d'entrer au Canada et que le ministre devait consentir à son retour. La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire du refus du ministre, concluant que la décision de ce dernier était raisonnable et que le par. 8(1) et les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* ne violaient pas le droit de D, en tant que citoyen canadien, d'entrer au Canada, droit protégé par le par. 6(1) de la *Charte*. D a interjeté appel à l'égard de la question de la constitutionnalité des dispositions, et non à l'égard du caractère raisonnable de la décision du ministre. La Cour d'appel fédérale a rejeté le pourvoi.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : La liberté de circulation et d'établissement est protégée par l'art. 6 de la *Charte*. Elle comprend le droit prévu au par. 6(1) pour tout citoyen d'entrer au Canada, d'y demeurer et d'en sortir. Le droit d'un citoyen canadien d'entrer au Canada et d'y demeurer est donc un droit fondamental lié à la citoyenneté. Sans la possibilité d'entrer dans son pays de citoyenneté, le « droit d'avoir des droits » ne peut pas être pleinement exercé. Le droit d'entrer doit donc être interprété généreusement, en fonction de son objet, des intérêts qu'il visait à protéger et de l'interprétation large qui lui est donnée en droit international.

Toutefois, le droit de circulation garanti par le par. 6(1) de la *Charte* ne donne pas à un citoyen canadien le droit automatique de purger une peine au Canada. La *LTID* et les traités qu'elle met en œuvre prévoient un mécanisme législatif permettant de transférer la surveillance de l'exécution d'une peine d'un pays étranger au Canada,

international law, Canada has no legal authority to require the return of a citizen who is lawfully incarcerated by a foreign state. Independent of the *ITOA*, there is no *right* to serve a foreign prison sentence in Canada. The *ITOA* was not intended to create a right for Canadian citizens to require Canada to administer their foreign sentence. Nor does it impose a duty on the Canadian government to permit all such citizens to serve their foreign sentences in Canada. D's submission would result in a positive obligation on Canada to administer the sentences imposed upon Canadian citizens by foreign jurisdictions. This misconstrues what s. 6(1) protects. Although the *ITOA* contemplates a mechanism by which a citizen may return to Canada in the limited context of continuing incarceration for the purpose of serving their foreign sentence, s. 6(1) does not confer a *right* on Canadian citizens to serve their foreign sentences in Canada. The impugned provisions of the *ITOA*, which make a transfer possible, do not, as a result, represent a breach of s. 6(1). Once a foreign jurisdiction consents to a transfer under s. 8(1) of the *ITOA*, however, the Minister's discretion under ss. 10(1)(a) and 10(2)(a) is fully engaged and must be exercised reasonably, including in compliance with relevant *Charter* values. D's argument that the Minister *must* consent to the transfer of a Canadian citizen once a foreign state has provided its consent, calls into constitutional question not the impugned provisions, but the way the discretion is exercised. This calls for scrutiny of the reasonableness of the exercise of discretion, an issue that has not been appealed to this Court.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ.: Section 6(1) should be interpreted generously, in a manner that is consistent with the broad protection of mobility rights under international law and gives full effect to the provision's expansive breadth. Effective exercise of the rights conferred by s. 6(1) will often require the state's active cooperation, in part because of the extra-territorial application of the rights and the principle of sovereignty of nations. The *ITOA* was precisely designed to safeguard and facilitate the exercise of these s. 6(1) rights. Under that regime, once the foreign state has consented to the transfer, the sole impediment to the exercise of the citizen's s. 6(1) right is the Minister's discretion under ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA*. Hence the provisions constitute a limitation on the rights protected by s. 6(1) of the *Charter*.

puisque, en droit international, le Canada n'a pas le pouvoir légal d'exiger le retour d'un citoyen qui est légalement détenu par un pays étranger. Indépendamment de la *LTID*, il n'existe pas de *droit* de purger au Canada une peine de prison infligée à l'étranger. La *LTID* ne visait pas à créer un droit pour les citoyens canadiens d'exiger que le Canada prenne en charge les peines qui leur sont infligées à l'étranger. Elle n'oblige pas non plus le gouvernement canadien à permettre à tous ses citoyens de purger ces peines au Canada. Selon les prétentions de D, le Canada aurait l'obligation de prendre en charge l'exécution des peines infligées aux citoyens canadiens par des pays étrangers. Cela constitue une interprétation erronée des droits protégés par le par. 6(1). Bien que la *LTID* permette à un citoyen de retourner au Canada dans ce but, dans le contexte restreint du maintien en détention, le par. 6(1) ne confère pas aux citoyens canadiens le *droit* de purger au Canada les peines qui leur ont été infligées à l'étranger. Les dispositions contestées de la *LTID*, qui rendent un transfèrement possible, ne constituent donc pas une violation du par. 6(1). Cela dit, une fois que le pays étranger consent au transfèrement en vertu du par. 8(1) de la *LTID*, le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par les al. 10(1)a) et 10(2)a) est entièrement applicable et doit être exercé de manière raisonnable, y compris de manière à respecter les valeurs pertinentes de la *Charte*. L'argument de D selon lequel le ministre *doit* consentir au transfèrement d'un citoyen canadien si le pays étranger y consent remet en question, sur le plan constitutionnel, non pas les dispositions contestées, mais la façon dont le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire. Il faut donc examiner le caractère raisonnable de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, une question qui n'a pas été portée en appel devant la Cour.

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel et Fish : Il faut interpréter généreusement le par. 6(1), d'une manière qui soit cohérente avec la protection large que confère le droit international à la liberté de circulation et qui donne plein effet à la portée étendue de la disposition. L'exercice réel des droits conférés par le par. 6(1) exigera souvent la coopération active de l'État en raison, notamment, de leur application extraterritoriale et du principe de la souveraineté des nations. La *LTID* a été conçue précisément pour sauvegarder les droits garantis au par. 6(1) et pour en faciliter l'exercice. Selon ce régime, dès qu'un pays étranger a consenti à un transfèrement, le pouvoir discrétionnaire que confèrent le par. 8(1) et les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* au ministre devient le seul obstacle à ce qu'un citoyen exerce les droits que lui confère le par. 6(1). Les dispositions constituent donc une limite aux droits garantis par le par. 6(1) de la *Charte*.

The limitation is nonetheless justified under s. 1 of the *Charter*. Ensuring the security of Canada and the prevention of offences related to terrorism and organized crime are pressing and substantial objectives. Properly understood, the factors set out in ss. 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* relate to risks that arise upon the transfer of offenders before their release. Given that, in some cases, the objectives of the *ITOA* would be served by refusing a transfer based on those factors, the Minister's discretion to consider them on a case-by-case basis is rationally connected to the objectives. In addition, at least in some cases, refusing a transfer based on the factors will be the sole — and therefore the most minimally impairing — alternative open to the Minister. In light of both the binary nature of the Minister's decision and the citizen's continued incarceration, it is difficult to conceive of a less drastic means of achieving Parliament's protective purpose. Finally, the impugned provisions are proportionate in their effect. The beneficial effects of permitting the Minister to consider threats to Canadian security in deciding whether to permit a transfer are self-evident, and the prejudicial effect of a refusal on the mobility rights of Canadian citizens incarcerated abroad is palliated by the fact that the citizens in question will be able to enter Canada after serving their sentence in the foreign jurisdiction.

Since D no longer challenges the reasonableness of the Minister's decision, it is unnecessary to consider whether the Minister's discretion under the *ITOA* was properly exercised in this case. However, while the Minister's discretion is broad and flexible and entitled to a large measure of deference given the complex social and political problems being tackled, it must be exercised with due regard for the s. 6(1) *Charter* rights at stake.

### Cases Cited

By Abella J.

**Applied:** *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; **distinguished:** *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; **referred to:** *Divito v. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 39111; *États-Unis d'Amérique v. Divito* (2004), 194 C.C.C. (3d) 148; *R. v. Gauvin* (1997), 187 N.B.R. (2d) 262; *R. v. Rumbaut*, 1998 CanLII 9816; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985]

Cette limite est néanmoins justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Assurer la sécurité du Canada et prévenir les infractions de terrorisme ou d'organisation criminelle constituent des objectifs urgents et réels. Interprétés correctement, les facteurs énoncés aux al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* ont trait à des risques qui surviennent à l'occasion du transfèrement de délinquants, avant leur libération. Puisque, dans certains cas, refuser le transfèrement en se fondant sur les facteurs énoncés dans la *LTID* servirait les objectifs qu'elle vise, le pouvoir discrétionnaire du ministre d'en tenir compte au cas par cas est lié rationnellement aux objectifs visés. De plus, du moins dans certains cas, le ministre n'aura d'autre choix que de refuser le transfèrement sur le fondement des facteurs contestés — ce qui constituera donc la solution la moins attentatoire. À la lumière tant de la nature binaire de la décision du ministre et de l'incarcération du citoyen qui se poursuit, il est difficile de concevoir un moyen moins drastique d'atteindre l'objectif de protection visé par le Parlement. Finalement, les dispositions contestées ont un effet proportionnel. Les effets bénéfiques de l'autorisation donnée au ministre de tenir compte des menaces à la sécurité des Canadiens lorsqu'il est appelé à consentir à un transfèrement sont évidents, et il est pallié à l'effet préjudiciable d'un refus sur la liberté de circulation des citoyens canadiens incarcérés à l'étranger par le fait que les citoyens en question pourront entrer au Canada après avoir purgé leur peine à l'étranger.

Puisque D ne conteste plus le caractère raisonnable de la décision du ministre, il n'est pas nécessaire de décider si le ministre a exercé judicieusement en l'espèce le pouvoir discrétionnaire que lui confère la *LTID*. Cela dit, même si ce pouvoir conféré au ministre est large et souple et qu'il convient d'y accorder une grande déférence compte tenu des problèmes sociaux et politiques complexes en jeu, il doit être exercé en tenant dûment compte des droits en cause protégés par le par. 6(1) de la *Charte*.

### Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Arrêts appliqués :** *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; **distinction d'avec l'arrêt :** *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; **arrêts mentionnés :** *Divito c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 39111; *Divito c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 46681; *R. c. Gauvin* (1997), 187 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 262; *R. c. Rumbaut*, 1998 CanLII 9816; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984]

1 S.C.R. 295; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395.

By LeBel and Fish JJ.

**Applied:** *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; **referred to:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Kamel v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 338, [2009] 1 F.C.R. 59, aff'd 2009 FCA 21, [2009] 4 F.C.R. 449; *Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2009 FC 580, [2010] 1 F.C.R. 267; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 6, 32, 33.  
*International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21, ss. 3, 8, 10(1), (2), 11(2), 31.  
*Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1, ss. 135, 136.  
*Transfer of Offenders Act*, S.C. 1977-78, c. 9.

2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395.

Citée par les juges LeBel et Fish

**Arrêts appliqués :** *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; **arrêts mentionnés :** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Kamel c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 338, [2009] 1 R.C.F. 59, conf. par 2009 CAF 21, [2009] 4 R.C.F. 449; *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2009 CF 580, [2010] 1 R.C.F. 267; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 6, 32, 33.  
*Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, ch. 1, art. 135, 136.  
*Loi sur le transfèrement des délinquants*, S.C. 1977-78, ch. 9.  
*Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21, art. 3, 8, 10(1), (2), 11(2), 31.

### Treaties and Other International Instruments

- International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, arts. 12, 21.
- Treaty Between Canada and the United States of America on the Execution of Penal Sentences*, Can. T.S. 1978 No. 12, arts. II, III, IV.

### Authors Cited

- Arendt, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*, new ed. London: George Allen and Unwin, 1967.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2011, release 1).
- Kesby, Alison. *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Laskin, John B. “Mobility Rights under the *Charter*” (1982), 4 S.C.L.R. 89.
- Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 11th ed. by Roy Wilson and Brian Galpin. London: Sweet & Maxwell, 1962.
- Plachta, Michal. *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation*. Freiburg im Breisgau, Germany: Eigenverlag Max-Planck-Institut, 1993.
- Royce, Sylvia. “International Prisoner Transfer” (2009), 21 *Federal Sentencing Reporter* 186.
- Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2009.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham: LexisNexis, 2008.
- United Nations. Human Rights Committee. “General Comments Adopted by the Human Rights Committee under Article 40, Paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights”, General Comment No. 27 (67), CCPR/C/21, Rev. 1, Add. 9, November 2, 1999.
- United Nations Office on Drugs and Crime. *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*. Vienna: United Nations, 2012.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Trudel and Mainville J.J.A.), 2011 FCA 39, [2012] 4 F.C.R. 31, 413 N.R. 134, 267 C.C.C. (3d) 370, 229 C.R.R. (2d) 142, 96 Imm. L.R. (3d) 85, [2011] F.C.J. No. 100 (QL), 2011 CarswellNat 238, affirming a decision of Harrington J., 2009 FC 983, [2009] F.C.J. No. 1158 (QL), 2009 CarswellNat 5283. Appeal dismissed.

### Traité et autres instruments internationaux

- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, art. 12, 21.
- Traité entre le Canada et les États-Unis d'Amérique sur l'exécution des peines imposées aux termes du droit criminel*, R.T. Can. 1978 n° 12, art. II, III, IV.

### Doctrine et autres documents cités

- Arendt, Hannah. *Les origines du totalitarisme*, t. 2, *L'impérialisme*, trad. par Martine Leiris. Paris : Fayard, 1982.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (updated 2011, release 1).
- Kesby, Alison. *The Right to Have Rights : Citizenship, Humanity, and International Law*. Oxford : Oxford University Press, 2012.
- Laskin, John B. « Mobility Rights under the *Charter* » (1982), 4 S.C.L.R. 89.
- Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 11th ed. by Roy Wilson and Brian Galpin. London : Sweet & Maxwell, 1962.
- Nations Unies. Comité des droits de l'homme. « Observations générales adoptées par le Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », Observation générale n° 27 (67), CCPR/C/21, rev. 1, add. 9, 2 novembre 1999.
- Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*. Vienne : Nations Unies, 2012.
- Plachta, Michal. *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation*. Freiburg im Breisgau, Germany : Eigenverlag Max-Planck-Institut, 1993.
- Royce, Sylvia. « International Prisoner Transfer » (2009), 21 *Federal Sentencing Reporter* 186.
- Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2009.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Nadon, Trudel et Mainville), 2011 CAF 39, [2012] 4 R.C.F. 31, 413 N.R. 134, 267 C.C.C. (3d) 370, 229 C.R.R. (2d) 142, 96 Imm. L.R. (3d) 85, [2011] A.C.F. n° 100 (QL), 2011 CarswellNat 238, qui a confirmé une décision du juge Harrington, 2009 CF 983, [2009] A.C.F. n° 1158 (QL), 2009 CarswellNat 3004. Pourvoi rejeté.

*Clemente Monterosso and Laurent Carignan*, for the appellant.

*Ginette Gobeil and Claude Joyal*, for the respondent.

*Lorne Waldman, Clarisa Waldman and Tamara Morgenthau*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Audrey Macklin and Cheryl Milne*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Gib van Ert, Michael Sobkin and Heather E. Cochran*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — Mobility rights are protected by s. 6 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. These include the right in s. 6(1) of every citizen to enter, remain in, and leave Canada. They are among the most cherished rights of citizenship.

[2] Pierino Divito, a Canadian citizen, was extradited to the United States where he pleaded guilty to serious drug offences and was sentenced to seven and a half years in prison. A few months later, he applied to the Canadian government to let him serve his American sentence in Canada. The Canadian government refused. This refusal, Mr. Divito argued, was a violation of his right as a Canadian citizen to enter Canada.

[3] With respect, I do not share his view that the mobility rights guaranteed by s. 6(1) of the *Charter* give a Canadian citizen in his circumstances an automatic right to serve a sentence in Canada.

*Clemente Monterosso et Laurent Carignan*, pour l'appellant.

*Ginette Gobeil et Claude Joyal*, pour l'intimé.

*Lorne Waldman, Clarisa Waldman et Tamara Morgenthau*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Audrey Macklin et Cheryl Milne*, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Gib van Ert, Michael Sobkin et Heather E. Cochran*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement des juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — La liberté de circulation et d'établissement est protégée par l'art. 6 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle comprend le droit d'entrer au Canada, d'y demeurer et d'en sortir, que le par. 6(1) garantit à tout citoyen. Ces droits sont parmi les plus prisés de ceux qui découlent de la citoyenneté.

[2] Pierino Divito, un citoyen canadien, a été extradé aux États-Unis où il a plaidé coupable à des infractions graves liées à la drogue et a été condamné à sept ans et demi d'emprisonnement. Quelques mois plus tard, il a présenté une demande au gouvernement canadien afin de pouvoir purger au Canada la peine qui lui a été infligée aux États-Unis. Le gouvernement canadien a refusé sa demande. Selon M. Divito, ce refus constituait une violation de son droit, en tant que citoyen canadien, d'entrer au Canada.

[3] Avec égards, je ne partage pas son point de vue selon lequel la liberté de circulation et d'établissement que garantit le par. 6(1) de la *Charte* confère automatiquement à un citoyen canadien se trouvant dans ce genre de situation le droit de purger une peine au Canada.

### Background

[4] Pierino Divito was born in Italy in 1937. He immigrated to Canada when he was 16 and became a Canadian citizen in 1980.

[5] Since his arrival in Canada, Mr. Divito has been convicted of various offences dating back to 1962. In addition, a number of courts have found that Mr. Divito was involved in organized crime: *Divito v. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 39111 (Que. C.A.), at para. 32; *États-Unis d'Amérique v. Divito* (2004), 194 C.C.C. (3d) 148 (Que. C.A.), at para. 5; *R. v. Gauvin* (1997), 187 N.B.R. (2d) 262 (C.A.), at paras. 4-5; *R. v. Rumbaut*, 1998 CanLII 9816 (N.B.Q.B.), at pp. 9-10.

[6] In March 1995, a Canadian court convicted Mr. Divito of conspiring to import and traffic over 5,400 kg of cocaine in Nova Scotia and New Brunswick. The court sentenced Mr. Divito to 18 years in prison. While he was serving his sentence, the United States requested his extradition from Canada on charges of conspiracy to possess over 300 kg of cocaine with the intent to distribute in the state of Florida.

[7] In June 2005, after serving almost two-thirds of his Canadian sentence, Mr. Divito was extradited to the United States where he pleaded guilty in Florida to the American charges. In March 2006, he was sentenced to seven and a half years in prison. In sentencing Mr. Divito, the American court took his Canadian sentence into account and gave him credit for 145 months of time served.

[8] In December 2006, Mr. Divito submitted a request under the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21 (“*ITOA*”), to be transferred to Canada to serve the remainder of his American sentence. Under s. 8 of the *ITOA*, the consent of both the foreign state and the Canadian government are required before an offender can be returned to Canada. Mr. Divito’s request was approved by the United States, but was refused

### Contexte

[4] Pierino Divito est né en Italie en 1937. Il a immigré au Canada à l’âge de 16 ans et a obtenu la citoyenneté canadienne en 1980.

[5] Depuis son arrivée au Canada, M. Divito a été reconnu coupable de diverses infractions qui remontent pour certaines à 1962. De plus, divers tribunaux ont conclu que M. Divito était impliqué dans le crime organisé : *Divito c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 39111 (C.A. Qué.), par. 32; *Divito c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 46681 (C.A. Qué.), par. 5; *R. c. Gauvin* (1997), 187 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 262 (C.A.), par. 4-5; *R. c. Rumbaut*, 1998 CanLII 9816 (B.R.N.-B.), p. 9-10.

[6] En mars 1995, un tribunal canadien a déclaré M. Divito coupable de complot en vue d’importer plus de 5 400 kg de cocaïne en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick et d’en faire le trafic. Le tribunal l’a condamné à 18 ans d’emprisonnement. Pendant qu’il purgeait sa peine, les autorités américaines ont demandé son extradition pour qu’il réponde à des accusations de complot en vue de posséder plus de 300 kg de cocaïne avec l’intention d’en faire le trafic dans l’État de la Floride.

[7] En juin 2005, après avoir purgé près des deux tiers de la peine qui lui avait été infligée au Canada, M. Divito a été extradé aux États-Unis et a plaidé coupable en Floride aux accusations qui y avaient été portées contre lui. En mars 2006, il a été condamné à sept ans et demi d’emprisonnement. Dans la détermination de sa peine, le tribunal américain a tenu compte du temps purgé au Canada et a réduit de 145 mois la durée de son emprisonnement.

[8] En décembre 2006, M. Divito a présenté une demande sous le régime de la *Loi sur le transfert international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21 (« *LTID* »), afin d’être transféré au Canada pour purger le reste de la peine qui lui avait été infligée aux États-Unis. Aux termes de l’art. 8 de la *LTID*, le retour au Canada d’un délinquant nécessite le consentement de l’entité étrangère et du gouvernement canadien. Les États-Unis ont



by the Canadian Minister of Public Safety and Emergency Preparedness in October 2007.

[9] Mr. Divito did not challenge the Minister's refusal. Instead, shortly after the first request was refused, he submitted a second transfer request. The American authorities again agreed. And again the Minister denied Mr. Divito's request, relying on s. 10(1)(a) of the *ITOA* because Mr. Divito was identified as an organized crime member and the offence involved a significant quantity of drugs:

The nature of his offence and his affiliations suggest that the offender's return to Canada would constitute a potential threat to the safety of Canadians and the security of Canada.

[10] Mr. Divito sought judicial review of the Minister's second refusal on two grounds. The first was that the decision was unreasonable. The second was, essentially, that the existence of a discretion in ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* to refuse to consent to the return of a Canadian in a foreign prison violated his right to enter Canada protected by s. 6(1) of the *Charter*. Once it was confirmed that Mr. Divito was a Canadian citizen, he had the right to enter Canada and the Minister was required to consent to his return.

[11] The Federal Court dismissed the application for judicial review (2009 FC 983 (CanLII)). Applying a reasonableness standard of review, the court concluded that, in light of Mr. Divito's history of criminal activity, the decision of the Minister to deny a transfer in this case was reasonable. The court also held that the impugned provisions of the *ITOA* did not violate s. 6(1).

[12] Mr. Divito appealed only the issue of the constitutionality of the provisions of the *ITOA*, not the reasonableness of the Minister's decision. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal (2011 FCA 39, [2012] 4 F.C.R. 31). The majority held that ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* did not infringe s. 6(1) of the *Charter*. The concurring

approuvé la demande de M. Divito, mais le ministre canadien de la Sécurité publique et de la Protection civile l'a refusée en octobre 2007.

[9] M. Divito n'a pas contesté le refus du ministre. Peu de temps après, il a plutôt déposé une deuxième demande de transfèrement. Les autorités américaines y ont consenti de nouveau, mais le ministre canadien a encore refusé, en se fondant sur l'al. 10(1)a de la *LTID* parce que M. Divito était identifié comme étant un membre du crime organisé et que le délit comprenait une quantité importante de drogues :

La nature du délit ainsi que les affiliations du détenu suggèrent que le retour du délinquant au Canada pourrait constituer une menace pour la sécurité du Canada et la sûreté des Canadiens.

[10] M. Divito a sollicité le contrôle judiciaire de ce deuxième refus pour deux motifs. Le premier, selon lequel la décision était déraisonnable. Et le second, selon lequel, essentiellement, le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 8(1) et les al. 10(1)a et 10(2)a de la *LTID* de refuser de consentir au retour d'un Canadien emprisonné à l'étranger violait son droit d'entrer au Canada garanti par le par. 6(1) de la *Charte*. Selon M. Divito, une fois sa citoyenneté canadienne établie, il avait le droit d'entrer au Canada et le ministre devait consentir à son retour.

[11] La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire (2009 CF 983 (CanLII)). En appliquant la norme de contrôle du caractère raisonnable, la cour a conclu que, compte tenu des antécédents d'activités criminelles de M. Divito, la décision du ministre de refuser un transfèrement en l'espèce était raisonnable. La cour a aussi conclu que les dispositions contestées de la *LTID* ne violaient pas le par. 6(1).

[12] M. Divito a interjeté appel à l'égard de la question de la constitutionnalité des dispositions de la *LTID*, et non à l'égard du caractère raisonnable de la décision du ministre. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel (2011 CAF 39, [2012] 4 R.C.F. 31). Les juges majoritaires ont conclu que le par. 8(1) et les al. 10(1)a et 10(2)a de la *LTID* ne violent pas

judge found that the impugned provisions constituted *prima facie* infringements of s. 6(1) of the *Charter* but were justified under s. 1.

[13] On appeal to this Court, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

- (1) Do ss. 10(1)(a) and 10(2)(a), read in conjunction with s. 8(1), of the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21, infringe the right guaranteed by s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- (2) If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

### Analysis

[14] Mr. Divito claims that once a foreign jurisdiction consents to a transfer, he has an absolute right as a citizen to enter Canada. The Canadian government has no discretion to refuse the transfer of a Canadian citizen who is lawfully incarcerated by a foreign state. In this Court, he is not challenging the reasonableness of the Minister's refusal. Nor is there any suggestion that he was denied due process or that there were any human rights abuses in the foreign jurisdiction.

[15] It is helpful to start with the context of the provisions at issue under both the *Charter* and the *ITOA*.

[16] Section 6 of the *Charter* states:

### **MOBILITY RIGHTS**

#### **Mobility of citizens**

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

le par. 6(1) de la *Charte*. Le juge qui a rédigé une opinion concourante a conclu que les dispositions contestées constituaient des atteintes *prima facie* au droit garanti par le par. 6(1) de la *Charte*, mais qu'elles étaient justifiées au sens de l'article premier.

[13] Dans le présent pourvoi, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

- (1) Les alinéas 10(1)a) et 10(2)a), lus en conjonction avec le par. 8(1), de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21, portent-ils atteinte au droit garanti par le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- (2) Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

### Analyse

[14] Selon M. Divito, dès que le pays étranger consent à son transfèrement, il a le droit absolu, en tant que citoyen, d'entrer au Canada. Le gouvernement canadien n'aurait pas le pouvoir discrétionnaire de refuser le transfèrement d'un citoyen canadien incarcéré légalement dans un pays étranger. Devant la Cour, il ne conteste pas le caractère raisonnable du refus du ministre et il ne prétend pas non plus qu'on lui a refusé l'application régulière de la loi ou qu'il y a eu atteinte aux droits de la personne dans le pays étranger.

[15] Il est utile de commencer par le contexte des dispositions de la *Charte* et de la *LTID* en cause.

[16] L'article 6 de la *Charte* est libellé comme suit :

### **LIBERTÉ DE CIRCULATION ET D'ÉTABLISSEMENT**

#### **Liberté de circulation**

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

**Rights to move and gain livelihood**

(2) Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right

(a) to move to and take up residence in any province; and

(b) to pursue the gaining of a livelihood in any province.

**Limitation**

(3) The rights specified in subsection (2) are subject to

(a) any laws or practices of general application in force in a province other than those that discriminate among persons primarily on the basis of province of present or previous residence; and

(b) any laws providing for reasonable residency requirements as a qualification for the receipt of publicly provided social services.

**Affirmative action programs**

(4) Subsections (2) and (3) do not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration in a province of conditions of individuals in that province who are socially or economically disadvantaged if the rate of employment in that province is below the rate of employment in Canada.

[17] There are therefore two sets of mobility rights. The first set, found in s. 6(1), is the right of every Canadian citizen to enter, remain in, and leave Canada. The second set, outlined in s. 6(2) to (4), gives citizens *and* permanent residents the right to move to, live in, and work in any province subject to certain limitations.

[18] The focus of this appeal is on s. 6(1). There are three rights found in s. 6(1): the right to enter, remain in, and leave Canada. Only the right to enter is at issue in this appeal.

[19] We must first consider the scope of the s. 6(1) right. We start with this Court's primordial

**Liberté d'établissement**

(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit :

a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province;

b) de gagner leur vie dans toute province.

**Restriction**

(3) Les droits mentionnés au paragraphe (2) sont subordonnés :

a) aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle;

b) aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics.

**Programmes de promotion sociale**

(4) Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour objet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer, dans une province, la situation d'individus défavorisés socialement ou économiquement, si le taux d'emploi dans la province est inférieur à la moyenne nationale.

[17] La liberté de circulation et d'établissement comprend donc deux catégories de droits. La première, dont il est question au par. 6(1), vise le droit de tout citoyen canadien d'entrer au Canada, d'y demeurer et d'en sortir. La deuxième, énoncée aux par. 6(2) à (4), donne, aux citoyens *et* aux personnes ayant le statut de résident permanent, le droit de se déplacer, d'établir leur résidence et de gagner leur vie dans toute province, sous réserve de certaines limites.

[18] C'est le par. 6(1) qui est au cœur du présent pourvoi. Ce paragraphe garantit trois droits : le droit d'entrer au Canada, celui d'y demeurer et celui d'en sortir. Seul le droit d'entrer est en cause dans le présent pourvoi.

[19] Nous devons d'abord examiner la portée du droit conféré par le par. 6(1). Commençons avec

direction that rights be defined generously in light of the interests the *Charter* was intended to protect: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 53. In *Big M Drug Mart Ltd.*, Dickson J. summarized the requisite approach as follows:

In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; *it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.*

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection. *At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the Charter was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts. [Emphasis added; emphasis in original deleted; p. 344.]

[20] Accordingly, the inquiry necessarily begins with an analysis of the purpose of the guarantee in s. 6(1) and a consideration of what the right of citizens to enter Canada was intended to protect.

[21] The protection for citizens in s. 6(1), like most modern human rights protections, had its origins in the cataclysmic rights violations of WWII. Writing in the aftermath of that war about her own

la directive primordiale de la Cour selon laquelle les droits doivent être interprétés généreusement, en fonction des intérêts que la *Charte* visait à protéger : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 53. Dans *Big M Drug Mart Ltd.*, le juge Dickson a résumé la méthode d'analyse à adopter de la façon suivante :

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; *en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.*

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. *En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la Charte n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de cette Cour Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. [Italiques ajoutés; soulignement dans l'original omis; p. 344.]

[20] Par conséquent, l'examen doit débiter par une analyse de l'objet de la garantie prévue au par. 6(1) et par une analyse de ce que le droit des citoyens d'entrer au Canada visait à protéger.

[21] La protection prévue au par. 6(1), comme la plupart des protections modernes en matière de droits de la personne, tire ses origines des violations cataclysmiques des droits pendant la Seconde

experience, Hannah Arendt observed that a “right to have rights” flows from citizenship and belonging to a distinct national community: *The Origins of Totalitarianism* (new ed. 1967), at p. 296; Alison Kesby, *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law* (2012), at p. 5. Without the ability to enter one’s country of citizenship, the “right to have rights” cannot be fully exercised. The right of a Canadian citizen to enter and to remain in Canada is therefore a fundamental right associated with citizenship.

[22] Canada’s international obligations and relevant principles of international law are also instructive in defining the right: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292. In *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, Dickson C.J., dissenting, described the template for considering the international legal context as follows:

The content of Canada’s international human rights obligations is, in my view, an important indicia of the meaning of “the full benefit of the *Charter*’s protection”. I believe that the *Charter* should generally be presumed to provide protection at least as great as that afforded by similar provisions in international human rights documents which Canada has ratified. [p. 349]

[23] More recently, in *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, McLachlin C.J. and LeBel J. confirmed that, “the *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified” (para. 70). This helps frame the interpretive scope of s. 6(1).

Guerre mondiale. Écrivant sur sa propre expérience de cette guerre, Hannah Arendt a fait remarquer que le « droit d’avoir des droits » découle de la citoyenneté et de l’appartenance à une communauté nationale distincte : *Les origines du totalitarisme*, t. 2, *L’impérialisme* (1982), p. 281; Alison Kesby, *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law* (2012), p. 5. Sans la possibilité d’entrer dans son pays de citoyenneté, le « droit d’avoir des droits » ne peut pas être pleinement exercé. Le droit d’un citoyen canadien d’entrer au Canada et d’y demeurer est donc un droit fondamental lié à la citoyenneté.

[22] Les obligations internationales du Canada et les principes de droit international pertinents sont aussi instructifs lorsque vient le temps de définir le droit : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson, dissident, a décrit de la façon suivante le cadre d’analyse du contexte juridique international :

Le contenu des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne est, à mon avis, un indice important du sens de l’expression « bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* ». Je crois qu’il faut présumer, en général, que la *Charte* accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu’offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne. [p. 349]

[23] Plus récemment, dans *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel ont confirmé qu’« il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne » (par. 70). Cela aide à circonscrire l’interprétation qu’il convient de donner au par. 6(1).

[24] The international law inspiration for s. 6(1) of the *Charter* is generally considered to be art. 12 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47 (“ICCPR”), which has been ratified by 167 states, including Canada: John B. Laskin, “Mobility Rights under the *Charter*” (1982), 4 *S.C.L.R.* 89, at p. 89; Robert J. Sharpe and Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (4th ed. 2009), at p. 212.

[25] As a treaty to which Canada is a signatory, the ICCPR is binding. As a result, the rights protected by the ICCPR provide a minimum level of protection in interpreting the mobility rights under the *Charter*. Article 12 of the ICCPR states:

1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (*ordre public*), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant.

4. *No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country.*

[26] In 1999, the U.N. Human Rights Committee issued guidelines for the interpretation of art. 12 of the ICCPR in its “General Comment No. 27: Freedom of Movement”. Paragraph 19 of the General Comment states, in part, that “[t]he right of a person to enter his or her own country recognizes the special relationship of a person to that country”. The General Comment also provides some guidance on the interpretation of “arbitrarily” in art. 12(4):

In no case may a person be *arbitrarily deprived* of the right to enter his or her own country. The reference to

[24] On considère habituellement que le par. 6(1) de la *Charte* s’inspire, en droit international, de l’art. 12 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47 (« PIDCP »), qui a été ratifié par 167 pays, dont le Canada : John B. Laskin, « Mobility Rights under the *Charter* » (1982), 4 *S.C.L.R.* 89, p. 89; Robert J. Sharpe et Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (4<sup>e</sup> éd. 2009), p. 212.

[25] S’agissant d’un traité dont le Canada est signataire, le PIDCP lie les parties. Par conséquent, les droits qu’il protège énoncent un niveau minimal de protection dont il faut tenir compte dans l’interprétation du droit de circulation et d’établissement prévu dans la *Charte*. L’article 12 du PIDCP est ainsi libellé :

1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d’un État a le droit d’y circuler librement et d’y choisir librement sa résidence.

2. Toute personne est libre de quitter n’importe quel pays, y compris le sien.

3. Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l’objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l’ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d’autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte.

4. *Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d’entrer dans son propre pays.*

[26] En 1999, le Comité des droits de l’homme des Nations Unies a publié des lignes directrices quant à l’interprétation de l’art. 12 du PIDCP dans le document intitulé « Observation générale n° 27 : Liberté de circulation ». Au paragraphe 19, il est notamment indiqué que « [l]e droit d’une personne d’entrer dans son propre pays reconnaît l’existence d’une relation spéciale de l’individu à l’égard du pays concerné ». L’observation générale donne également certaines précisions sur la manière d’interpréter la notion d’« arbitraire » évoquée au par. 12(4) :

En aucun cas un individu ne peut être *privé arbitrairement* du droit d’entrer dans son propre pays. La notion

the concept of arbitrariness in this context is intended to emphasize that it applies to all State action, legislative, administrative and judicial; it guarantees that even interference provided for by law *should be in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the particular circumstances. The Committee considers that there are few, if any, circumstances in which deprivation of the right to enter one's own country could be reasonable. A State party must not, by stripping a person of nationality or by expelling an individual to a third country, arbitrarily prevent this person from returning to his or her own country.* [Emphasis added; para. 21.]

[27] Although art. 12(4) protects against *arbitrary* interference with the right to enter, the U.N. Human Rights Committee's interpretation of the scope of the right suggests that there are in fact "few, if any" limitations on the right to enter that would be considered reasonable. The right to enter protected by s. 6(1) of the *Charter* should therefore be interpreted in a way that is consistent with the broad protection under international law.

[28] The expansive breadth of the protection is also consistent with the fact that s. 6(1) of the *Charter* is exempt from the legislative override in s. 33: *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519, at para. 11. Moreover, the other rights conferred by s. 6 of the *Charter* in s. 6(2) are subject to express limitations within the provision itself in ss. 6(3) and 6(4). The fact that s. 6(1) is not subject to such limitations also confirms its plenitude.

[29] And, finally in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, a case involving extradition, this Court recognized that the "intimate relation between a citizen and his country" invited a generous interpretation of a related right in s. 6(1), namely the right to remain in Canada (p. 1480).

[30] This brings us to the provisions dealing with the international transfer of prisoners.

d'arbitraire est évoquée dans ce contexte dans le but de souligner qu'elle s'applique à toutes les mesures prises par l'État, au niveau législatif, administratif et judiciaire; l'objet est de garantir que même une immixtion prévue par la loi *soit conforme aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte et soit, dans tous les cas, raisonnable eu égard aux circonstances particulières. Le Comité considère que les cas dans lesquels la privation du droit d'une personne d'entrer dans son propre pays pourrait être raisonnable, s'ils existent, sont rares.* Les États parties ne doivent pas, en privant une personne de sa nationalité ou en l'expulsant vers un autre pays, priver arbitrairement celle-ci de retourner dans son propre pays. [Italiques ajoutés; par. 21.]

[27] Bien que le par. 12(4) garantisse qu'il n'y ait pas d'immixtion *arbitraire* dans le droit d'entrer, l'interprétation que fait le Comité des droits de l'homme des Nations Unies de la portée du droit donne à penser que, dans les faits, les cas dans lesquels la privation du droit d'une personne d'entrer dans son pays pourrait être considérée comme raisonnable, « s'ils existent, sont rares ». Le droit d'entrer au Canada protégé par le par. 6(1) de la *Charte* devrait donc être interprété d'une manière qui soit compatible avec la protection générale conférée par le droit international.

[28] La portée étendue de la protection est aussi compatible avec le fait que le par. 6(1) de la *Charte* est soustrait à l'application de l'art. 33 : *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519, par. 11. De plus, les autres droits conférés par l'art. 6 de la *Charte*, plus précisément au par. 6(2), sont assujettis à des restrictions expresses prévues dans la disposition comme telle, aux par. 6(3) et 6(4). Le fait que le par. 6(1) ne soit pas assujetti à ces restrictions confirme aussi sa plénitude.

[29] Enfin, dans *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, une affaire d'extradition, la Cour a reconnu que le « rapport étroit qui existe entre un citoyen et son pays » commande une interprétation libérale d'un droit connexe énoncé au par. 6(1), à savoir le droit de demeurer au Canada (p. 1480).

[30] Ce qui nous amène aux dispositions portant sur le transfèrement international des détenus.

[31] In 1977, Canada and the United States signed the *Treaty Between Canada and the United States of America on the Execution of Penal Sentences*, Can. T.S. 1978 No. 12, a bilateral treaty to facilitate international prisoner transfer between Canada and the United States. Under the treaty, offenders sentenced to imprisonment in either country may be transferred to the country of which they are a citizen if the sending state, the receiving state, and the offender all provide their consent.

[32] The application of the treaty is subject to a number of conditions set out in art. II: that the offence for which the offender was convicted and sentenced is one which would also be punishable as a crime in the receiving state; that the offender is a citizen of the receiving state; that the offence is not an offence under immigration laws or military laws; that there is at least six months of the offender's sentence remaining to be served; and that no proceeding by way of an appeal or collateral attack upon the conviction or sentence is pending in the sending state and the prescribed time for an appeal has expired.

[33] Under art. IV of the treaty, the completion of a transferred offender's sentence is to be carried out according to the laws and procedures of the receiving country, including the application of any provisions for reduction of the term of imprisonment by parole, conditional release, or otherwise.

[34] Pursuant to art. III of the treaty, both Canada and the United States made a commitment to giving legal effect to the treaty within their territory. Accordingly, in 1978, Parliament adopted the *Transfer of Offenders Act*, S.C. 1977-78, c. 9, which implemented the treaty with the United States as well as a similar treaty with Mexico. Under this legislation, the Minister was granted an unfettered discretion to approve or refuse the transfer of a Canadian citizen. Canada has since concluded numerous bilateral and multilateral treaties dealing with international prisoner transfers.

[31] En 1977, le Canada et les États-Unis ont signé le *Traité entre le Canada et les États-Unis d'Amérique sur l'exécution des peines imposées aux termes du droit criminel*, R.T. Can. 1978 n° 12, un traité bilatéral visant à faciliter le transfèrement international des détenus entre le Canada et les États-Unis. Aux termes de ce traité, les délinquants condamnés à l'emprisonnement dans l'un de ces pays peuvent être transférés dans leur pays de citoyenneté si le pays d'origine, le pays d'accueil et le délinquant visé sont d'accord.

[32] Le traité s'applique sous réserve de certaines conditions énoncées à l'art. II : que l'infraction pour laquelle le délinquant a été déclaré coupable et condamné en soit une qui serait aussi punissable dans le pays d'accueil; que le délinquant soit un citoyen du pays d'accueil; que l'infraction n'en soit pas une aux termes des lois sur l'immigration ou des lois militaires; que le délinquant ait encore au moins six mois de peine à subir; et qu'aucune procédure sur la déclaration de culpabilité ou la peine du délinquant entamée par voie d'appel ou de moyen indirect (*collateral attack*) ne soit en suspens dans le pays d'origine et que le délai d'appel de la déclaration de culpabilité ou de la peine du délinquant soit expiré.

[33] Aux termes de l'art. IV du traité, l'exécution de la peine d'un délinquant transféré s'effectue selon les lois et règles du pays d'accueil, y compris toutes dispositions de réduction de la durée d'emprisonnement par une libération conditionnelle, une libération sous condition ou autrement.

[34] En vertu de l'art. III du traité, le Canada et les États-Unis se sont engagés à donner effet juridique au traité sur leur territoire. Par conséquent, en 1978, le législateur a adopté la *Loi sur le transfèrement des délinquants*, S.C. 1977-78, ch. 9, qui assurait la mise en œuvre du traité avec les États-Unis ainsi que d'un traité semblable conclu avec le Mexique. Cette loi a conféré au ministre un pouvoir discrétionnaire absolu d'accepter ou de refuser le transfèrement d'un citoyen canadien. Depuis, le Canada a conclu un grand nombre de traités bilatéraux et multilatéraux concernant le transfèrement international des détenus.



[35] In 2004, the *Transfer of Offenders Act* was replaced by the *ITOA*. The purpose of the *ITOA* was set out in s. 3 as being:

. . . to contribute to the administration of justice and the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community by enabling offenders to serve their sentences in the country of which they are citizens or nationals.

[36] The *ITOA* included several important modifications of the legislative scheme, namely new provisions setting out the purposes of the legislation and a requirement that reasons be provided when the Minister's consent is refused (s. 11(2)). Notably, a section was added that listed the factors which the Minister must consider in determining whether to consent to the transfer of Canadian and foreign offenders.<sup>1</sup>

[37] The relevant provisions of the *ITOA* are ss. 8(1) and 10(1) and (2). At the time of Mr. Divito's request, they stated:

**8.** (1) *The consent of the three parties to a transfer — the offender, the foreign entity and Canada — is required.*

. . . .

**10.** (1) *In determining whether to consent to the transfer of a Canadian offender, the Minister shall consider the following factors:*

(a) *whether the offender's return to Canada would constitute a threat to the security of Canada;*

(b) *whether the offender left or remained outside Canada with the intention of abandoning Canada as their place of permanent residence;*

<sup>1</sup> In 2012, the *ITOA* was further amended, including the addition of "enhanc[ing] public safety" as one of the purposes of the Act, by changing "shall" to "may" in ss. 10(1) and 10(2), and by adding factors for the Minister to consider in exercising his or her discretion under ss. 10(1) and 10(2). These amendments were not in force at the time of Mr. Divito's transfer request.

[35] En 2004, la *Loi sur le transfèrement des délinquants* a été remplacée par la *LTID*, dont l'objet est énoncé à l'art. 3 :

. . . de faciliter l'administration de la justice et la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en permettant à ceux-ci de purger leur peine dans le pays dont ils sont citoyens ou nationaux.

[36] La *LTID* comprend plusieurs changements importants au régime législatif. Elle comporte notamment de nouvelles dispositions établissant l'objet de la loi ainsi qu'une exigence selon laquelle le refus de consentement de la part du ministre doit être motivé (par. 11(2)). Il convient de souligner qu'un article a été ajouté en vue d'énumérer les facteurs dont le ministre doit tenir compte pour décider s'il consent ou non au transfèrement des délinquants canadiens ou étrangers<sup>1</sup>.

[37] Les dispositions pertinentes de la *LTID* sont les par. 8(1), 10(1) et (2). Au moment de la demande de M. Divito, elles étaient ainsi libellées :

**8.** (1) *Le transfèrement nécessite le consentement des trois parties en cause, soit le délinquant, l'entité étrangère et le Canada.*

. . . .

**10.** (1) *Le ministre tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien :*

a) *le retour au Canada du délinquant peut constituer une menace pour la sécurité du Canada;*

b) *le délinquant a quitté le Canada ou est demeuré à l'étranger avec l'intention de ne plus considérer le Canada comme le lieu de sa résidence permanente;*

<sup>1</sup> En 2012, la *LTID* a été de nouveau modifiée. Un des objets de la Loi consiste depuis à « renforcer la sécurité publique ». Aux par. 10(1) et 10(2), le verbe est passé de « tient compte » à « peut tenir compte » et des facteurs dont le ministre doit tenir compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les par. 10(1) et 10(2) ont été ajoutés. Ces modifications n'étaient pas en vigueur au moment de la demande de transfèrement de M. Divito.

(c) whether the offender has social or family ties in Canada; and

(d) whether the foreign entity or its prison system presents a serious threat to the offender's security or human rights.

(2) *In determining whether to consent to the transfer of a Canadian or foreign offender, the Minister shall consider the following factors:*

(a) *whether, in the Minister's opinion, the offender will, after the transfer, commit a terrorism offence or criminal organization offence within the meaning of section 2 of the Criminal Code; and*

(b) whether the offender was previously transferred under this Act or the *Transfer of Offenders Act*, chapter T-15 of the Revised Statutes of Canada, 1985.

[38] Only ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a), which have been italicized for ease of reference, have been challenged by Mr. Divito. The essence of the challenge is that these provisions operate in a way that violates Mr. Divito's right to enter Canada under s. 6(1) of the *Charter*, a right he says is automatic once the foreign jurisdiction consents to the transfer.

[39] These provisions provide the Minister with a discretion whether to consent to the transfer of a Canadian offender. Mr. Divito argues that there should be no discretion — once an incarcerated citizen's transfer is consented to by a foreign jurisdiction, the citizen's right to enter under s. 6(1) of the *Charter* requires that the Minister consent. In essence, Mr. Divito argues that s. 6(1) includes an automatic right to serve a foreign prison sentence in Canada if the foreign state consents. His submission would result in a positive obligation on Canada to administer the sentences imposed upon Canadian citizens by foreign jurisdictions. This, in my respectful view, misconstrues what s. 6(1) protects.

[40] In international law, requiring the return of an offender to his or her home state infringes the

c) le délinquant a des liens sociaux ou familiaux au Canada;

d) l'entité étrangère ou son système carcéral constitue une menace sérieuse pour la sécurité du délinquant ou ses droits de la personne.

(2) *Il tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien ou étranger :*

a) *à son avis, le délinquant commettra, après son transfèrement, une infraction de terrorisme ou une infraction d'organisation criminelle, au sens de l'article 2 du Code criminel;*

b) le délinquant a déjà été transféré en vertu de la présente loi ou de la *Loi sur le transfèrement des délinquants*, chapitre T-15 des Lois révisées du Canada (1985).

[38] Seuls les par. 8(1) et al. 10(1)a) et 10(2)a) — qui sont en italique pour plus de commodité — ont été contestés par M. Divito, essentiellement parce qu'il estime qu'ils ont pour effet de violer son droit d'entrer au Canada garanti par le par. 6(1) de la *Charte*, un droit qui, selon lui, s'applique automatiquement dès que le pays étranger consent au transfèrement.

[39] Ces dispositions confèrent au ministre le pouvoir discrétionnaire de consentir ou non au transfèrement d'un délinquant canadien. Or, d'après M. Divito, le ministre ne devrait pas jouir de ce pouvoir discrétionnaire puisque, une fois que le pays étranger a consenti au transfèrement du citoyen détenu, le droit de ce citoyen d'entrer au Canada garanti par le par. 6(1) de la *Charte* exige le consentement du ministre. Donc, essentiellement, M. Divito prétend que le par. 6(1) confère le droit automatique de purger au Canada une peine infligée à l'étranger si le pays étranger y consent. Si tel était le cas, le Canada aurait donc l'obligation de prendre en charge l'exécution des peines infligées aux citoyens canadiens par des pays étrangers. Avec égards, cela constitue une interprétation erronée des droits protégés par le par. 6(1).

[40] En droit international, exiger le retour d'un délinquant dans son pays d'origine va à l'encontre

doctrine of state sovereignty: it violates the territoriality of the criminal law and the exclusive right of the state to administer criminal justice: Michal Plachta, *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation* (1993), at pp. 134-49; United Nations Office on Drugs and Crime, *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons* (2012), at pp. 14 and 17. Accordingly, prior to the implementation of bilateral and multilateral treaties for the transfer of prisoners, “[i]t was firmly believed that States had the authority to enforce the criminal sentences of their own courts only, making it impossible for them to enforce the sentences of other States” (p. 17). In other words, as a matter of international law, Canada has no legal authority to *require* the return of a citizen who is lawfully incarcerated by a foreign state.

[41] The question then becomes what effect the *Treaty Between Canada and the United States of America on the Execution of Penal Sentences* and the *ITOA* have on an imprisoned citizen’s ability to enter Canada for the purpose of serving his or her sentence in Canada.

[42] The *Treaty Between Canada and the United States of America on the Execution of Penal Sentences* and other similar treaties were entered into to facilitate the return of offenders serving a penal sentence in a foreign country in order to permit them to serve the remainder of their sentence in their home country. The purpose of these treaties was to promote the social rehabilitation and reintegration of prisoners by permitting offenders imprisoned in a foreign jurisdiction to serve their sentence in their home country closer to their families and where the culture, language and customs would be more familiar: United Nations Office on Drugs and Crime, at pp. 9-15; Sylvia Royce, “International Prisoner Transfer” (2009), 21 *Federal Sentencing Reporter* 186, at p. 186.

[43] Underlying the creation of these treaties was the understanding that, absent a treaty, Canada was without a meaningful legal mechanism to administer the sentences imposed upon Canadian citizens

du principe de la souveraineté de l’État : cela porte atteinte au principe de la territorialité en droit pénal et au droit exclusif de l’État d’administrer la justice criminelle : Michal Plachta, *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation* (1993), p. 134-149; Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons* (2012), p. 14 et 17. Par conséquent, avant la mise en œuvre des traités bilatéraux et multilatéraux quant au transfèrement des détenus, [TRADUCTION] « [I]es gens croyaient fermement qu’un pays pouvait exécuter uniquement les peines criminelles infligées par ses propres tribunaux, de sorte qu’il lui était impossible d’exécuter les peines infligées par d’autres pays » (p. 17). Autrement dit, en droit international, le Canada n’a pas le pouvoir légal d’exiger le retour d’un citoyen qui est légalement détenu par un pays étranger.

[41] Il s’agit donc de mesurer l’effet du *Traité entre le Canada et les États-Unis d’Amérique sur l’exécution des peines imposées aux termes du droit criminel* et celui de la *LTID* sur la capacité d’un citoyen emprisonné à l’étranger d’entrer au Canada dans le but d’y purger sa peine.

[42] Le *Traité entre le Canada et les États-Unis d’Amérique sur l’exécution des peines imposées aux termes du droit criminel* et d’autres traités semblables ont été conclus dans le but de faciliter le retour des délinquants qui purgent une peine dans un pays étranger afin qu’ils puissent en purger le reste dans leur pays d’origine. Ces traités visaient à favoriser la réadaptation et la réinsertion sociale des détenus en permettant aux délinquants emprisonnés à l’étranger de purger leur peine dans leur pays d’origine, plus près de leur famille, et dans un endroit où la culture, la langue et les coutumes leur sont plus familières : Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, p. 9-15; Sylvia Royce, « International Prisoner Transfer » (2009), 21 *Federal Sentencing Reporter* 186, p. 186.

[43] Ces traités avaient été conçus sur le fondement du fait que, sans eux, le Canada ne disposait d’aucun mécanisme juridique utile lui permettant de prendre en charge les peines infligées à des

who are lawfully incarcerated in a foreign state.<sup>2</sup> The *ITOA* and the treaties it implements provide a statutory mechanism to transfer the supervision of a prison sentence from a foreign jurisdiction to Canada.

[44] The *ITOA* requires the consent of the foreign jurisdiction since, as a matter of international law, Canada has no meaningful legal authority to *require* the return of an imprisoned citizen. As the provisions of the treaty make clear, the consent of the foreign state to transfer an offender is premised on Canada undertaking to administer the offender's foreign sentence. The *ITOA* and the treaties which it implements therefore provide an exception to the doctrine of state sovereignty in international law: a statutory mechanism under which Canada may, in certain circumstances, assume legal obligations towards a foreign state. The *ITOA* was not intended to create a right for Canadian citizens to *require* Canada to administer their foreign sentence.

[45] The ability of prisoners to serve their sentence in Canada is therefore a creation of legislation. Independent of the *ITOA*, there is no right to serve a foreign prison sentence in Canada. In my view, although the *ITOA* contemplates a mechanism by which a citizen may return to Canada in the limited context of continuing incarceration for the purpose of serving their foreign sentence, s. 6(1) does not confer a right on Canadian citizens to serve their foreign sentences in Canada.

[46] Nor is *Cotroni* of assistance. La Forest J. noted for the majority that “the central thrust of s. 6(1) is against exile and banishment, the purpose of which is the exclusion of membership in the national community. While I would not wish to trivialize the effects of extradition on the individual, it is clear that extradition is not directed to

citoyens canadiens légalement incarcérés dans un pays étranger<sup>2</sup>. La *LTID* et les traités qu'elle met en œuvre prévoient un mécanisme législatif permettant de transférer la surveillance de l'exécution d'une peine d'un pays étranger au Canada.

[44] La *LTID* exige le consentement du pays étranger puisque, en droit international, le Canada n'a pas le pouvoir légal d'*exiger* le retour d'un citoyen emprisonné. Comme il ressort clairement du traité, le consentement du pays étranger pour transférer un délinquant repose sur le fait que le Canada s'engage à prendre en charge la peine du délinquant. La *LTID* et les traités qu'elle met en œuvre prévoient donc une exception au principe de la souveraineté de l'État en droit international : un mécanisme législatif permettant au Canada, dans certaines circonstances, d'assumer des obligations légales envers un pays étranger. Ainsi, la *LTID* ne visait pas à créer un droit pour les citoyens canadiens d'*exiger* que le Canada prenne en charge leur peine.

[45] La capacité d'un détenu de purger sa peine au Canada est donc une création de la loi. Indépendamment de la *LTID*, il n'existe aucun droit de purger au Canada une peine d'emprisonnement infligée à l'étranger. À mon avis, bien que la *LTID* permette à un citoyen de retourner au Canada dans ce but, dans le contexte restreint du maintien en détention, le par. 6(1) ne confère pas aux citoyens canadiens le droit de purger au Canada les peines qui leur ont été infligées à l'étranger.

[46] *Cotroni* n'est pas utile non plus. Le juge La Forest a souligné au nom des juges majoritaires que « [t]out comme les documents internationaux et constitutionnels que j'ai mentionnés, le par. 6(1) vise à protéger contre l'exil et le bannissement qui ont pour objet l'exclusion de la participation à la communauté nationale. Je ne veux pas minimiser

<sup>2</sup> There is also a discretion in s. 31 of the *ITOA* for the Minister to allow the Minister of Foreign Affairs to enter into an “administrative arrangement” with a foreign country for the transfer of an offender in accordance with the *ITOA* where no treaty mechanism exists.

<sup>2</sup> L'article 31 de la *LTID* confère aussi au ministre le pouvoir discrétionnaire d'autoriser le ministre des Affaires étrangères à conclure avec un pays étranger une « entente administrative » sur le transfèrement d'un délinquant en conformité avec la loi, si aucun traité n'est applicable.

the purpose” (p. 1482). Notably, he also made the following particularly relevant concession:

. . . it seems to me . . . that the infringement to s. 6(1) that results from extradition *lies at the outer edges of the core values sought to be protected by that provision*. European authorities . . . make a sharp distinction between expulsion and extradition . . . [Emphasis added; p. 1481.]

[47] In the case of extradition, the Canadian government permits the removal from Canada of a Canadian citizen who has not been convicted, to face charges in a foreign jurisdiction. Yet *Cotroni* found this to be only at the outer edges of the s. 6(1) right. In the case of a prisoner transfer, the Canadian citizen has been convicted in a foreign jurisdiction, is lawfully incarcerated there, and is seeking the Canadian government’s permission to serve his or her foreign sentence in Canada. If the forcible removal of a presumed innocent Canadian citizen by extradition is at the *outer* edges of the core values sought to be protected by s. 6(1), the request of a convicted one to serve a foreign sentence in Canada falls off the edge. I have difficulty seeing how legislative provisions which facilitate the possibility of re-entry for a Canadian citizen lawfully convicted in a foreign jurisdiction, are analogous to the forced removal of a Canadian citizen by the state.

[48] The mobility rights in s. 6(1) should be construed generously, not literally, and, absent a literal interpretation, I am unable to see how s. 6(1) is breached in the circumstances of this case. Canadian citizens undoubtedly have a right to enter Canada, but Canadian citizens who are lawfully incarcerated in a foreign jurisdiction cannot leave their prison, let alone leave to come to Canada. What makes the entry to Canada possible is the *ITOA*. But this possibility does not thereby create a constitutionally protected right to leave a foreign prison and enter Canada whenever a foreign jurisdiction consents to the transfer. Nor does it impose a duty on the Canadian government to permit all such citizens to serve

les effets de l’extradition sur l’individu, mais il est évident que l’extradition ne vise pas cet objet » (p. 1482). Il importe de le noter, il a aussi fait la concession particulièrement pertinente qui suit :

. . . il me semble [. . .] que la violation du par. 6(1) qui résulte de l’extradition *se situe à la limite des valeurs fondamentales que cette disposition cherche à protéger*. Les autorités européennes [. . .] établissent une distinction nette entre l’expulsion et l’extradition . . . [Italiques ajoutés; p. 1481.]

[47] Dans le cas de l’extradition, le gouvernement canadien autorise le renvoi d’un citoyen canadien qui se trouve au Canada et qui n’a pas été déclaré coupable pour qu’il fasse face à des accusations dans un pays étranger. Or, selon *Cotroni*, cette situation ne se trouve qu’à la limite du droit visé au par. 6(1). Dans le cas du transfèrement d’un prisonnier, le citoyen canadien a été déclaré coupable dans un pays étranger, il y est incarcéré légalement, et il sollicite la permission du gouvernement canadien pour être autorisé à purger au Canada cette peine infligée à l’étranger. Si le renvoi forcé par extradition d’un citoyen canadien présumé innocent se situe à la *limite* des valeurs fondamentales que vise à protéger le par. 6(1), la demande de celui qui est déclaré coupable pour purger au Canada une peine infligée à l’étranger bascule au-delà de la limite. J’ai de la difficulté à concevoir comment des dispositions législatives qui facilitent la possibilité du retour d’un citoyen canadien condamné légalement dans un pays étranger pourraient être analogues au renvoi forcé d’un citoyen canadien par l’État.

[48] La liberté de circulation et d’établissement que garantit le par. 6(1) devrait être interprétée généreusement, non littéralement. Or, à moins d’une interprétation littérale, je ne vois pas comment il y a violation du par. 6(1) dans les circonstances de la présente cause. Les citoyens canadiens ont sans aucun doute le droit d’entrer au Canada, mais ceux qui sont légalement incarcérés dans un pays étranger ne peuvent pas quitter la prison, encore moins venir au Canada. C’est la *LTID* qui leur permet d’entrer au Canada. Cette loi ne crée pas pour autant un droit constitutionnellement protégé de quitter une prison étrangère et d’entrer au Canada dès que l’entité étrangère consent au transfèrement. Elle

their foreign sentences in Canada. The impugned provisions of the *ITOA*, which make a transfer possible do not, as a result, represent a breach of s. 6(1).

[49] What is engaged by these provisions, however, is the discretion of the Minister. As this Court noted in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 114, “[i]f there is a *Charter* problem, it lies not in the statute but in the Minister’s exercise of the power the statute gives him”. At its core, Mr. Divito’s argument that the Minister *must* consent to the transfer of a Canadian citizen once a foreign state has provided its consent calls into constitutional question not the impugned provisions, but the way the discretion is exercised. This calls for scrutiny of the reasonableness of the exercise of discretion, an issue Mr. Divito has not appealed to this Court. Notwithstanding that we have not been asked to review the reasonableness of the Minister’s decision in this case, there is no doubt that once a foreign jurisdiction consents to a transfer under s. 8(1) of the *ITOA*, the Minister’s discretion under ss. 10(1)(a) and 10(2)(a) is fully engaged and must be exercised reasonably, including in compliance with relevant *Charter* values: *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395. As this Court explained in *Doré*, “[o]n judicial review, the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* protections at play” (para. 57).

[50] A final issue: the Crown argued that the appeal was moot because Mr. Divito completed

n’oblige pas non plus le gouvernement canadien à permettre à tous ses citoyens de purger au Canada les peines qui leur ont été infligées à l’étranger. Les dispositions contestées de la *LTID*, qui rendent un transfèrement possible, ne constituent donc pas une violation du par. 6(1).

[49] Le pouvoir discrétionnaire du ministre, lui, est cependant touché par ces dispositions. Comme la Cour l’a souligné dans *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 114, « [s]’il y a un problème lié à la *Charte*, il ne réside pas dans la loi, mais dans l’exercice par le ministre de son pouvoir légal ». Essentiellement, l’argument de M. Divito — selon lequel le ministre *doit* consentir au transfèrement d’un citoyen canadien si le pays étranger y consent — remet en question, sur le plan constitutionnel, non pas les dispositions contestées, mais la façon dont le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire. Il faut donc examiner le caractère raisonnable de l’exercice de ce pouvoir, une question que M. Divito n’a pas portée en appel devant la Cour. Bien que nous ne soyons pas appelés à examiner le caractère raisonnable de la décision du ministre, en l’espèce, il ne fait aucun doute que, une fois que le pays étranger consent au transfèrement en application du par. 8(1) de la *LTID*, le pouvoir conféré au ministre par les al. 10(1)a) et 10(2)a) est entièrement applicable et doit être exercé de manière raisonnable, y compris de manière à respecter les valeurs pertinentes de la *Charte* : *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Sriskandarajah c. États-Unis d’Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395. Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Doré*, « [d]ans le contexte d’une révision judiciaire, il s’agit donc de déterminer si — en évaluant l’incidence de la protection pertinente offerte par la *Charte* et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d’une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte* » (par. 57).

[50] Une dernière question : le ministère public a affirmé que l’appel était théorique parce que

his American sentence. He has now returned to Canada and completed the balance of his Canadian sentence.

[51] The Court nonetheless retains a residual discretion to decide the merits of a moot appeal if the issues raised are of public importance: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, at para. 2. In my view, this is such a case. The issues are likely to recur in the future and there is some uncertainty resulting from conflicting decisions in the Federal Court.

[52] I would therefore dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

- (1) Do ss. 10(1)(a) and 10(2)(a), read in conjunction with s. 8(1), of the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21, infringe the right guaranteed by s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

- (2) If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is unnecessary to answer this question.

The reasons of McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ. were delivered by

LEBEL AND FISH JJ. —

### I. Introduction

[53] We have had the benefit of reading the reasons of our colleague, Justice Abella, and agree with her proposed disposition of this appeal. With respect, however, we cannot share her conclusion that the appellant's mobility rights are not engaged in the case at bar.

M. Divito avait purgé la peine prononcée aux États-Unis. Il est revenu au Canada et a purgé le reste de la peine que le Canada lui avait infligée.

[51] La Cour conserve néanmoins le pouvoir discrétionnaire de statuer sur le bien-fondé d'un appel théorique si les questions soulevées revêtent une importance pour le public : *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, par. 2. À mon avis, c'est le cas en l'espèce. Les questions peuvent être de nouveau soulevées à l'avenir et une certaine incertitude découle de décisions contradictoires rendues par la Cour fédérale.

[52] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

- (1) Les alinéas 10(1)a) et 10(2)a), lus en conjonction avec le par. 8(1), de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21, portent-ils atteinte au droit garanti par le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

- (2) Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de trancher cette question.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel et Fish rendus par

LES JUGES LEBEL ET FISH —

### I. Introduction

[53] Nous avons pris connaissance des motifs de notre collègue, la juge Abella, et nous souscrivons au dispositif qu'elle propose pour le présent pourvoi. Avec égard, nous ne partageons toutefois pas sa conclusion selon laquelle la liberté de circulation et d'établissement dont jouit l'appelant n'est pas en cause en l'espèce.

[54] In our view, when the Minister’s refusal of consent constitutes the sole impediment to a Canadian citizen’s entry into Canada, this refusal limits the citizen’s right to enter Canada guaranteed by s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. For that reason and the reasons that follow, we find that ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21 (“*ITOA*”), constitute a limitation on the rights protected by s. 6(1) of the *Charter*. We are satisfied, however, that this limitation is justified under s. 1.

[55] We adopt our colleague’s summary of the facts and thorough review of the legislative history of the *ITOA* and the treaties it implements. We also subscribe to her conclusion in respect of the mootness argument raised by the Crown. Finally, we share our colleague’s view (at paras. 27-29) that s. 6(1) should be interpreted generously, in a manner that is consistent with the broad protection of mobility rights under international law and which gives full effect to the provision’s “expansive breadth” and “plenitude”. In this regard, see *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at p. 1480; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156.

[56] In the two leading cases on s. 6(1) of the *Charter* — *Cotroni and Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609 — this Court found the “core” of s. 6(1) to be a protection against exile and banishment, or “exclusion of membership in the national community”: *Cotroni*, at pp. 1481-82; *Sriskandarajah*, at para. 9.

## II. Section 6(1) of the Charter: Its Core

[57] The Court thus read the s. 6(1) rights to “enter” and “remain in” Canada together. Indeed, in considering the extent to which s. 6(1) mobility rights are infringed by extradition, the Court

[54] À notre avis, lorsque seul le refus du ministre empêche l’entrée d’un citoyen canadien au Canada, ce refus restreint le droit de ce dernier que garantit le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* d’entrer au pays. Pour cette raison et pour les motifs qui suivent, nous concluons que le par. 8(1) ainsi que les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21 (« *LTID* »), constituent une limite aux droits garantis par le par. 6(1) de la *Charte*. Nous sommes toutefois convaincus que cette limite est justifiée au sens de l’article premier.

[55] Nous faisons nôtres le résumé des faits de notre collègue ainsi que son examen exhaustif de l’historique législatif de la *LTID* et des traités qu’elle met en œuvre. Nous souscrivons aussi à sa conclusion quant à l’argument soulevé par le ministère public relativement au caractère théorique du pourvoi. Enfin, nous partageons le point de vue exprimé par notre collègue (aux par. 27-29) selon lequel il faut interpréter généreusement le par. 6(1), d’une manière qui soit cohérente avec la protection large que confère le droit international à la liberté de circulation et qui donne plein effet à la « portée étendue » et à la « plénitude » de la disposition. À cet égard, voir *États-Unis d’Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, p. 1480; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; et *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156.

[56] Dans les deux arrêts de principe portant sur le par. 6(1) de la *Charte* — *Cotroni et Sriskandarajah c. États-Unis d’Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609 —, la Cour a conclu que le par. 6(1) vise « fondamentalement » à protéger contre l’exil et le bannissement, ou contre « l’exclusion de la participation à la communauté nationale » : *Cotroni*, p. 1481-1482; *Sriskandarajah*, par. 9.

## II. Le paragraphe 6(1) de la Charte : les droits fondamentaux qu’il protège

[57] La Cour a donc interprété ensemble les droits d’« entrer » et de « demeurer » au Canada prévus au par. 6(1). En effet, en examinant à quel point la liberté de circulation et d’établissement garantie par



specifically contemplated the prospect of an international prisoner transfer. For instance, in *Cotroni*, at p. 1482, La Forest J. stated:

An accused may return to Canada following his trial and acquittal or, if he has been convicted, after he has served his sentence. The impact of extradition on the rights of a citizen to remain in Canada appears to me to be of secondary importance. In fact, so far as Canada and the United States are concerned, a person convicted may, in some cases, be permitted to serve his sentence in Canada; see *Transfer of Offenders Act*, S.C. 1977-78, c. 9.

See also *Sriskandarajah*, at para. 20.

[58] It is inconsistent to find that an international prisoner transfer has constitutional significance with respect to the right to remain in Canada, but does not engage the constitutional right to enter Canada. Our colleague suggests (at para. 47) that if — as was held in *Cotroni* — extradition lies at the outer edges of the core values protected by s. 6(1), an international prisoner transfer request “falls off the edge”. With respect, *Cotroni* supports the opposite conclusion. The *only reason* extradition lies so far from the “central thrust of s. 6(1) . . . against exile and banishment” (*Cotroni*, at p. 1482) is the prospect of returning to Canada by means of, *inter alia*, an international prison transfer. In other words, if the prospect of a prisoner transfer mitigates the violence done by extradition to the right to *remain* in Canada, this must be because it enables citizens to exercise their right to *enter* Canada once the country demanding the extradition consents to their repatriation.

[59] In our colleague’s view, the issue on this appeal is whether the mobility rights guaranteed by s. 6(1) of the *Charter* give Canadian citizens incarcerated abroad the right to require Canada to administer their foreign prison sentences whenever

cette disposition est restreinte par l’extradition, la Cour s’est spécifiquement penchée sur l’éventualité du transfèrement international de prisonniers. Par exemple, à la p. 1482 de *Cotroni*, le juge La Forest a précisé que :

Un accusé peut revenir au Canada suite à son procès et à son acquittement ou, s’il a été reconnu coupable, après avoir purgé sa peine. Les répercussions de l’extradition sur les droits d’un citoyen de demeurer au Canada me paraissent avoir une importance secondaire. En fait, en ce qui concerne le Canada et les États-Unis, une personne reconnue coupable peut, dans certains cas, être autorisée à purger sa peine au Canada; voir *Loi sur le transfèrement des délinquants*, S.C. 1977-78, chap. 9.

Voir aussi *Sriskandarajah*, par. 20.

[58] Il serait incohérent de conclure que le transfèrement international d’un prisonnier est important, sur le plan constitutionnel, en ce qui concerne le droit de demeurer au Canada, mais qu’il ne met pas en jeu le droit d’entrer au Canada protégé par la Constitution. Notre collègue suggère (au par. 47) que si — comme il a été décidé dans *Cotroni* — l’extradition se situe à la limite des valeurs fondamentales protégées par le par. 6(1), la demande de transfèrement international d’un prisonnier « bascule au-delà de la limite ». En toute déférence, l’arrêt *Cotroni* soutient la conclusion inverse. La *seule raison* pour laquelle l’extradition est si éloignée de ce que « [vise] le par. 6(1), [soit] protéger contre l’exil et le bannissement » (*Cotroni*, p. 1482) est, *précisément*, la perspective d’un retour au Canada au moyen, entre autres, d’un transfèrement international d’une prison à une autre. Autrement dit, l’éventualité du transfèrement d’un prisonnier atténue l’atteinte que porte l’extradition au droit de *demeurer* au Canada, parce qu’elle permet aux citoyens d’exercer leur droit d’*entrer* au Canada une fois que le pays qui a requis l’extradition consent à leur rapatriement.

[59] Selon notre collègue, la question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir si la liberté de circulation et d’établissement protégée par le par. 6(1) de la *Charte* donne aux citoyens canadiens incarcérés à l’étranger le droit d’exiger du

the foreign jurisdiction consents to the transfer (paras. 3, 44, 45 and 48).

[60] With respect, framing the issue this way unduly constricts the breadth of the mobility rights guaranteed under the *Charter*. A correct interpretation of the right to enter Canada — one informed by the “intimate relation between a citizen and his country” (*Cotroni*, at p. 1480) — demands an acknowledgment that effective exercise of the rights conferred by s. 6(1) will often require the state’s active cooperation. This is due, in part, to the rights’ extraterritorial application and the principle of sovereignty of nations: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at p. 37-41.

[61] Indeed, Canadian courts have recognized that s. 6(1) obliges the state to give effect to its citizens’ mobility rights. For instance, in *Kamel v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 21, [2009] 4 F.C.R. 449, at para. 14, the Federal Court of Appeal affirmed Noël J.’s finding that s. 6(1) imposes a duty on the state to issue a citizen a Canadian passport (2008 FC 338, [2009] 1 F.C.R. 59). At paras. 103-4 of his Federal Court decision, Noël J. explained the basis of that duty:

In order for mobility rights respecting travel outside Canada to be truly meaningful, it seems to me that more is needed than the right to enter or leave, because entering means coming back from somewhere, and leaving means going to a foreign destination. In both cases, returning and leaving imply a foreign destination where a passport is required. This mobility right cannot be exercised without a passport.

That is not all, however. By its own actions, the Canadian government recognizes and encourages the use of passports for travel abroad.

[62] Similarly, in *Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2009 FC 580, [2010] 1 F.C.R. 267, at para. 152, Zinn J. held that

Canada qu’il prenne en charge les peines d’emprisonnement infligées à l’étranger dès lors que le pays étranger consent au transfèrement (par. 3, 44, 45 et 48).

[60] Avec égards, nous estimons que circonscrire le débat de la sorte restreint indûment l’étendue de la liberté de circulation et d’établissement garantie par la *Charte*. Une interprétation correcte du droit d’entrer au Canada — qui tient compte du « rapport étroit qui existe entre un citoyen et son pays » (*Cotroni*, p. 1480) — suppose de reconnaître que l’exercice réel des droits conférés par le par. 6(1) exigera souvent la coopération active de l’État. Cela découle, notamment, de l’application extraterritoriale des droits et du principe de la souveraineté des nations : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), vol. 2, p. 37-41.

[61] En effet, les tribunaux canadiens ont reconnu que le par. 6(1) oblige l’État à donner effet à la liberté de circulation et d’établissement des citoyens. Par exemple, dans *Kamel c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 21, [2009] 4 R.C.F. 449, par. 14, la Cour d’appel fédérale a confirmé la conclusion du juge Noël selon laquelle le par. 6(1) impose une obligation à l’État de délivrer un passeport à un citoyen canadien (2008 CF 338, [2009] 1 R.C.F. 59). Aux paragraphes 103-104 de la décision de la Cour fédérale, le juge Noël a expliqué le fondement de cette obligation :

Pour donner pleine valeur à cette liberté de circulation à l’extérieur du Canada, il me semble qu’il faut plus qu’entrer ou sortir car pour entrer, ceci veut dire que l’on revient de quelque part et que pour sortir, on sort pour se rendre vers une destination étrangère. Dans les deux cas, le retour et la sortie impliquent une destination étrangère où le passeport est requis. On ne peut pas exercer cette liberté de circulation sans passeport.

Mais il y a plus. En effet, le gouvernement canadien, par ses propres agissements, reconnaît et encourage l’utilisation du passeport pour les voyages à l’étranger.

[62] De même, dans *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2009 CF 580, [2010] 1 R.C.F. 267, par. 152, le juge Zinn a conclu que :

where a citizen is outside Canada, the Government of Canada has a positive obligation to issue an emergency passport to that citizen to permit him or her to enter Canada; otherwise, the right guaranteed by the Government of Canada in subsection 6(1) of the Charter is illusory. Where the Government refuses to issue that emergency passport, it is a *prima facie* breach of the citizen's Charter rights unless the Government justifies its refusal pursuant to section 1 of the Charter. [Emphasis added.]

[63] Just as neither *Kamel* nor *Abdelrazik* were about a constitutional right to a passport *per se*, this appeal is not about the right to a prisoner transfer. By its enactment of the *ITOA* and signature of the treaties the *ITOA* implements, Parliament and the Canadian government have recognized and encouraged the use of international prisoner transfers as a means of enabling Canadian citizens incarcerated abroad to enter and remain in Canada. The *ITOA* was precisely designed to safeguard and facilitate the exercise of these s. 6(1) rights. As stated in s. 3 of the *ITOA*:

The purpose of this Act is to contribute to the administration of justice and the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community by enabling offenders to serve their sentences in the country of which they are citizens or nationals.<sup>3</sup>

[64] Parliament has crafted a regime whereby once the foreign state has consented to a transfer — thus removing the practical restrictions on an incarcerated citizen's ability to return to Canada — the sole impediment to the exercise of the citizen's s. 6(1) right is the Minister's discretion. A statutory regime that grants a Minister the discretion to determine whether or not citizens can exercise their *Charter*-protected right to enter Canada constitutes, *prima facie*, a limit on the s. 6(1) right of the citizens in question.

<sup>3</sup> As it read at the relevant time. On March 13, 2012, a number of provisions in the *ITOA*, including s. 3, were amended by the *Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1, ss. 135 and 136.

quand un citoyen se trouve à l'étranger, le gouvernement du Canada a l'obligation positive de lui délivrer un passeport d'urgence afin qu'il puisse rentrer au Canada; sans cela, le droit que le gouvernement du Canada garantit au paragraphe 6(1) de la Charte est illusoire. Si le gouvernement refuse de délivrer ce passeport, il s'agit d'une atteinte *prima facie* aux droits que la Charte garantit à ce citoyen sauf si le gouvernement justifie son refus au regard de l'article premier. [Nous soulignons.]

[63] Tout comme les arrêts *Kamel* et *Abdelrazik* ne portaient ni l'un ni l'autre sur un droit constitutionnel à un passeport en tant que tel, le présent pourvoi ne porte pas sur le droit au transfèrement d'un prisonnier. En édictant la *LTID* et en signant les traités qu'elle met en œuvre, le Parlement et le gouvernement canadien ont reconnu et encouragé l'utilisation du transfèrement international de prisonniers incarcérés à l'étranger comme moyen pour permettre aux citoyens canadiens ainsi incarcérés d'entrer et de demeurer au Canada. La *LTID* a été conçue précisément pour sauvegarder les droits garantis au par. 6(1) et pour en faciliter l'exercice. Comme le précise l'art. 3 de la *LTID* :

La présente loi a pour objet de faciliter l'administration de la justice et la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en permettant à ceux-ci de purger leur peine dans le pays dont ils sont citoyens ou nationaux<sup>3</sup>.

[64] Le Parlement a conçu un régime selon lequel, dès qu'un pays étranger a consenti à un transfèrement — supprimant de ce fait les restrictions pratiques qui empêchent un citoyen incarcéré de retourner au Canada —, le pouvoir discrétionnaire du ministre devient le seul obstacle à ce qu'un citoyen exerce les droits que lui confère le par. 6(1). Un régime légal qui confère à un ministre le pouvoir discrétionnaire de décider si les citoyens peuvent ou non exercer leur droit protégé par la *Charte* d'entrer au Canada constitue, *prima facie*, une limite au droit des citoyens garanti par le par. 6(1).

<sup>3</sup> Il s'agit de la disposition telle qu'elle était libellée au moment pertinent. Le 13 mars 2012, un certain nombre de dispositions de la *LTID*, dont l'art. 3, ont été modifiées par la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, ch. 1, art. 135 et 136.

[65] We hasten to add that, in the absence of the *ITOA* and the treaties that it implements, the minimum of state action required by s. 32 of the *Charter* for the *Charter* to apply would not be met. Clearly, all citizens abroad cannot rely on their *Charter*-guaranteed right to enter Canada in order to demand that the Canadian government actively facilitate their repatriation by, for instance, paying for their airline tickets.

[66] Moreover, the greater administrative and financial costs occasioned by a prisoner transfer, as compared to the issuance of a passport, may be relevant at the s. 1 justification stage but are irrelevant to the s. 6(1) inquiry. “[T]he guarantees of the *Charter* would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient to do so”: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 218 (*per* Wilson J.).

[67] Accordingly, we find that ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* constitute a limitation on the rights protected by s. 6(1) of the *Charter*. We turn now to consider whether this limitation is nonetheless justified under s. 1 of the *Charter*.

### III. Justification Under Section 1

[68] To pass constitutional muster under s. 1, the impugned provisions must constitute “reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. This will be the case where the party invoking s. 1 demonstrates (1) that the infringing provisions relate to a pressing and substantial objective, (2) that there is a rational connection between the objective and the infringement of the right, (3) that the chosen means interfere as little as possible with the protected right, and (4) that the salutary effects of the measures outweigh their deleterious effects: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 889; Hogg, at pp. 38-17 and 38-18.

[65] Nous nous empressons d’ajouter que, sans la *LTID* et les traités qu’elle met en œuvre, il ne serait pas satisfait à l’exigence d’un minimum d’action de l’État pour l’application de l’art. 32 de la *Charte*. Manifestement, tous les citoyens qui se trouvent à l’étranger ne peuvent pas se fonder sur la liberté qui leur est garantie par la *Charte* d’entrer au Canada pour exiger du gouvernement canadien qu’il facilite activement leur rapatriement, par exemple, en payant leurs billets d’avion.

[66] En outre, le coût administratif et financier accru qu’engendre le transfèrement d’un prisonnier, comparativement à celui de la délivrance d’un passeport, peut être pertinent à l’étape de l’analyse de la justification visée à l’article premier, mais il ne l’est pas dans le cadre de l’examen fondé sur le par. 6(1). « Les garanties de la *Charte* seraient [...] illusoire s’il était possible de les ignorer pour des motifs de commodité administrative » : *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 218 (la juge Wilson).

[67] En conséquence, nous concluons que le par. 8(1) et les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* constituent une limite aux droits garantis par le par. 6(1) de la *Charte*. Nous nous penchons maintenant sur la question de savoir si cette limite est néanmoins justifiée au sens de l’article premier de la *Charte*.

### III. Justification au sens de l’article premier

[68] Pour qu’elles soient jugées constitutionnelles au regard de l’article premier, les dispositions contestées doivent constituer des « limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ». Ce sera le cas si la partie qui invoque l’article premier démontre (1) que les règles de droit contestées visent un objectif urgent et réel, (2) qu’il existe un lien rationnel entre cet objectif et l’atteinte portée au droit en question, (3) que le moyen choisi porte le moins possible atteinte au droit protégé et (4) que les effets bénéfiques de la mesure prise l’emportent sur ses effets préjudiciables : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 889; Hogg, p. 38-17 et 38-18.

[69] For the following reasons, we believe that ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* satisfy this standard of justification.

[70] It is important to note, at the outset, that the issue here is *not* whether the respondent Minister's discretion was reasonably exercised *in this case* in light of the appellant's *Charter* rights. The appellant expressly abandoned his argument on the reasonableness of the Minister's decision before the Court of Appeal and did not raise it before this Court: 2011 FCA 39, [2012] 4 F.C.R. 31, at paras. 14 and 71 (*per* Mainville J.A.); para. 74 (*per* Nadon J.A.).

[71] At the time of the Minister's decision in the present case, ss. 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* provided:

**10.** (1) In determining whether to consent to the transfer of a Canadian offender, the Minister shall consider the following factors:

(a) whether the offender's return to Canada would constitute a threat to the security of Canada;

. . .

(2) In determining whether to consent to the transfer of a Canadian or foreign offender, the Minister shall consider the following factors:

(a) whether, in the Minister's opinion, the offender will, after the transfer, commit a terrorism offence or criminal organization offence within the meaning of section 2 of the *Criminal Code*;

[72] There is no dispute that ensuring the security of Canada and the prevention of offences related to terrorism and organized crime are pressing and substantial objectives.

[73] The appellant contends, however, that there is no rational link between the Minister's discretion to refuse a transfer on the basis of the factors set out in ss. 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* and the pressing and substantial objectives of the impugned provisions. He submits two arguments to this end: first, that the Minister's discretionary

[69] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis que le par. 8(1) et les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* satisfont à cette norme de justification.

[70] Il importe de noter, dès le départ, que la question en litige dans le présent appel *n'est pas* celle du caractère raisonnable, *en l'espèce*, de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire par le ministre intimé compte tenu des droits de l'appelant garantis par la *Charte*. En effet, l'appelant a expressément abandonné son moyen fondé sur la raisonabilité de la décision du ministre devant la Cour d'appel et ne l'a pas invoqué devant la Cour : 2011 CAF 39, [2012] 4 R.C.F. 31, par. 14 et 71 (le juge Mainville); par. 74 (le juge Nadon).

[71] Au moment où le ministre a pris sa décision dans la présente affaire, les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* étaient ainsi libellés :

**10.** (1) Le ministre tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien :

a) le retour au Canada du délinquant peut constituer une menace pour la sécurité du Canada;

. . .

(2) Il tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien ou étranger :

a) à son avis, le délinquant commettra, après son transfèrement, une infraction de terrorisme ou une infraction d'organisation criminelle, au sens de l'article 2 du *Code criminel*;

[72] Nul ne conteste que le fait d'assurer la sécurité du Canada et de prévenir les infractions de terrorisme ou d'organisation criminelle constitue des objectifs urgents et réels.

[73] Toutefois, l'appelant soutient qu'il n'y a pas de lien rationnel entre le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre de refuser un transfèrement en se fondant sur les facteurs énoncés aux al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* et les objectifs urgents et réels visés par les dispositions contestées. Il fait valoir deux arguments pour étayer son point de

power does no more than delay the citizen's return to Canadian soil; second, that the legislation's pressing and substantial objectives would be better served by Canada taking charge of the sentence. In our view, neither argument can succeed.

[74] We agree that considering security risks that may arise only upon an offender's *release* is not rationally connected to the objectives of the impugned provisions since, once liberated abroad, Canadian citizens can enter Canada simply by proving their status at the border. But considering risks that could arise *during* incarceration is not "arbitrary, unfair or based on irrational considerations": *Oakes*, at p. 139. This distinction was highlighted by the respondent, at para. 94 of its factum:

[TRANSLATION] The Minister's decision relates to the management of the sentence and to the place where it will be served, bearing in mind that the offender will be able to return to Canada once his sentence has been served. It is therefore perfectly logical that what the Minister must consider relates to the risks the offender's return to Canada would entail at the time of the transfer request rather than to those it would entail, if any remain, once the sentence has been served. [Emphasis added.]

[75] The challenged factors must be interpreted contextually and in a manner consistent with the purpose of the *ITOA*. Phrases such as "whether the offender's return" (s. 10(1)(a)) and "after the transfer" (s. 10(2)(a)) may be wide in the abstract, but they "are more or less elastic, and admit of restriction or expansion to suit the subject-matter. . . . [I]t is necessary to give them the meaning which best suits the scope and object of the statute without extending to ground foreign to the intention": R. Wilson and B. Galpin, eds., *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (11th ed. 1962), at pp. 58-59, quoted in *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, at p. 803. See also *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961, at para 25; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 284-87.

vue : premièrement, il prétend que le pouvoir discrétionnaire du ministre ne fait que retarder le retour du citoyen au Canada; deuxièmement, il soutient que les objectifs urgents et réels visés par la loi seraient mieux servis si le Canada se chargeait de la peine. À notre avis, ni l'un ni l'autre de ces arguments n'est bien fondé.

[74] Certes, si seuls les risques liés à la sécurité qui pourraient survenir lors de la *libération* d'un délinquant étaient pris en compte, cela n'aurait pas de liens rationnels avec les objectifs des dispositions contestées puisque, une fois libérés à l'étranger, les citoyens canadiens peuvent entrer au pays uniquement en prouvant leur statut à la frontière. Cependant, le fait de considérer les risques qui pourraient survenir *durant* l'incarcération n'est « ni arbitrair[e], ni inéquitable, ni fond[é] sur des considérations irrationnelles » : *Oakes*, p. 139. Cette distinction a été soulignée par l'intimé au par. 94 de son mémoire :

La décision du ministre vise la gestion de la peine et l'endroit où elle sera purgée, tout en étant conscient (*sic*) que le délinquant peut revenir au Canada à l'échéance de sa peine. Conséquemment, il est tout à fait logique que la réflexion du ministre porte sur les risques que présente, au moment de la demande de transfèrement, le retour du délinquant au Canada, plutôt que sur les risques, s'il en subsiste, au moment de l'échéance de sa peine. [Nous soulignons.]

[75] Il faut interpréter les facteurs contestés d'une manière qui soit téléologique et cohérente avec l'objectif de la *LTID*. Des propositions telles « le retour [. . .] peut constituer » (al. 10(1)a)) et « après son transfèrement » (al. 10(2)a)) peuvent avoir une large portée dans l'abstrait, mais elles [TRADUCTION] « sont plus ou moins élastiques, et elles sont restreintes ou étendues selon le sujet. [. . .] [I]l est nécessaire de leur donner le sens qui convient le mieux à la portée et à l'objet de la loi sans étendre ce sens au point qu'il ne corresponde plus à l'intention » : R. Wilson et B. Galpin, dir., *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (11<sup>e</sup> éd. 1962), p. 58-59, cité dans *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, p. 803. Voir aussi *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, par. 25; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 284-287.

[76] Manifestly, the factors set out in s. 10(1)(a) and s. 10(2)(a) relate to risks that arise upon the transfer of offenders, *before* their release. Denying a prisoner transfer request based on security risks that may arise only *after* an offender's release would be an unreasonable exercise of discretion grounded in an erroneous interpretation of the *ITOA*. A Minister's exercise of discretion in such an unreasonable manner, however, does not render the factors themselves irrational. Properly understood, the factors and the Minister's discretion are rationally connected to Parliament's pressing and substantial objectives.

[77] Moreover, the pressing and substantial objectives of the impugned provisions would not be better served in *all cases* by Canada taking charge of the sentence. As Mainville J.A. explained in his concurring reasons in the court below:

... I do not find it irrational for Parliament to empower the Minister to refuse the transfer of a convicted terrorist if it is reasonable to believe that the incarceration of that terrorist in Canada would result in retaliatory terrorist attacks on Canadian citizens. Likewise, I do not find it irrational for Parliament to empower the Minister to refuse the transfer of an international drug cartel kingpin if it is reasonable to believe that such a transfer would result in attacks on Canadian prison guards or would facilitate the criminal operations of that offender or of his criminal organization. These are clear cases [where] the Minister could properly refuse a transfer to Canada. [para. 56]

[78] Given that in some cases the objectives of the *ITOA* would be served by refusing a transfer based on the factors set out in ss. 10(1)(a) and 10(2)(a), the Minister's discretion to consider these factors on a case-by-case basis is rationally connected to the pressing and substantial objectives of these provisions.

[76] Manifestement, les facteurs énoncés aux al. 10(1)a) et 10(2)a) ont trait à des risques qui surviennent à l'occasion du transfèrement de délinquants, *avant* leur libération. Refuser la demande de transfèrement d'un prisonnier en raison de risques pour la sécurité qui pourraient se concrétiser uniquement *après* la libération du délinquant constituerait un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire fondé sur une interprétation erronée de la *LTID*. Cela dit, l'exercice aussi déraisonnable par un ministre de son pouvoir discrétionnaire ne rend pas les facteurs, eux-mêmes, irrationnels. Interprétés correctement, les facteurs et le pouvoir discrétionnaire du ministre ont un lien rationnel avec les objectifs urgents et réels poursuivis par le Parlement.

[77] En outre, les objectifs urgents et réels des dispositions contestées ne seraient pas mieux servis dans *tous les cas* si le Canada prenait les peines en charge. Comme le juge Mainville de la Cour d'appel l'a expliqué dans ses motifs concurrents en l'espèce :

Je ne crois pas qu'il soit irrationnel pour le Parlement d'autoriser le ministre à refuser le transfèrement d'un terroriste reconnu coupable s'il est raisonnable de croire que l'incarcération de ce terroriste au Canada pourrait se traduire par des attaques terroristes de représailles visant les citoyens canadiens. De même, je ne crois pas qu'il soit irrationnel pour le Parlement d'autoriser le ministre à refuser le transfèrement d'un baron de la drogue opérant dans le cadre de cartels internationaux s'il est raisonnable de croire que ce transfèrement pourrait se traduire par des attaques à l'endroit de gardiens de prison au Canada ou faciliter les activités criminelles de ce délinquant ou de son organisation criminelle. Il m'apparaît qu'en pareil cas, le ministre pourrait à bon droit refuser le transfèrement au Canada. [par. 56]

[78] Puisque, dans certains cas, refuser le transfèrement en se fondant sur les facteurs énoncés aux al. 10(1)a) et 10(2)a) servirait les objectifs de la *LTID*, le pouvoir discrétionnaire du ministre de tenir compte de ces facteurs au cas par cas est lié rationnellement aux objectifs urgents et réels visés par ces dispositions.

[79] In addition, at least in some cases, refusing a transfer based on the challenged factors will be the sole — and therefore the most minimally impairing — alternative open to the Minister. In light of both the binary nature of the Minister’s decision and the citizen’s continued incarceration, it is difficult to conceive of a less drastic means of achieving Parliament’s protective purpose.

[80] Finally, in our view, the impugned provisions are proportionate in their effect — that is, their effects do “not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights”: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768.

[81] The beneficial effects of permitting the Minister to consider threats to Canadian security and threats of terrorism or organized crime in deciding whether to permit a transfer are, as the respondent asserts, [TRANSLATION] “self-evident” (R.F., at para. 106).

[82] To the extent that the impugned provisions engage the rights guaranteed by s. 6(1) of the *Charter*, they — like extradition — “li[e] at the outer edges of the core values [being] protected by [s. 6(1)]”: *Cotroni*, at p. 1481. Again, as Mainville J.A. put it:

These offenders have committed offences in foreign jurisdictions. Barring exceptional circumstances, there is nothing unfair or unreasonable in the fact that these offenders are subject to the incarceration systems of the foreign jurisdictions in which they committed their offences. Canada’s entire extradition system is in fact based on this premise. [para. 63]

[83] The prejudicial effect of a transfer refusal on the mobility rights of Canadian citizens incarcerated abroad is further palliated by the fact that the citizens in question will be able to enter Canada after serving their sentences in the foreign jurisdiction.

[79] De plus, du moins dans certains cas, le ministre n’aura d’autre choix que de refuser le transfèrement sur le fondement des facteurs contestés — ce qui constituera donc la solution la moins attentatoire. À la lumière tant de la nature binaire de la décision du ministre et de l’incarcération du citoyen qui se poursuit, il est difficile de concevoir un moyen moins drastique d’atteindre l’objectif de protection visé par le Parlement.

[80] Finalement, nous sommes d’avis que les dispositions contestées ont un effet proportionnel — c’est-à-dire que leurs effets « [n’empiètent pas] sur les droits individuels ou collectifs au point que l’objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l’atteinte aux droits » : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 768.

[81] Les effets bénéfiques de l’autorisation donnée au ministre de tenir compte des menaces à la sécurité des Canadiens ainsi que des menaces proférées par des terroristes ou par le crime organisé lorsqu’il décide s’il autorise un transfèrement sont, comme l’affirme l’intimé, « évidents » (m.i., par. 106).

[82] Dans la mesure où les dispositions contestées mettent en cause les droits garantis par le par. 6(1) de la *Charte*, tout comme l’extradition, elles « se situe[nt] à la limite des valeurs fondamentales que [protège le par. 6(1)] » : *Cotroni*, p. 1481. Encore une fois, comme l’affirme le juge Mainville :

Ces délinquants ont commis des infractions dans un pays étranger. À moins de circonstances exceptionnelles, le fait que ces délinquants soient assujettis au régime d’incarcération du pays dans lequel ils ont commis les infractions n’a rien d’injuste ou de déraisonnable. Le régime canadien d’extradition dans son entier est en fait fondé sur ce principe. [par. 63]

[83] Il est en outre pallié à l’effet préjudiciable d’un refus de transfèrement sur la liberté de circulation des citoyens canadiens incarcérés à l’étranger par le fait que les citoyens en question pourront entrer au Canada après avoir purgé leur peine à l’étranger.



[84] We conclude that ss. 8(1), 10(1)(a) and 10(2)(a) of the *ITOA* constitute a reasonable limit on the mobility rights of Canadian citizens incarcerated abroad.

#### IV. Ministerial Discretion

[85] The Minister's discretion to grant or refuse prisoner transfer requests under the *ITOA* is broad and flexible. A large measure of deference is appropriate in the circumstances, given the complex social and political problems being tackled, such as security and terrorism: *Kamel* (F.C.A.), at paras. 57-59; *Cotroni*, at p. 1489; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at paras. 37-39.

[86] Each individual decision by the Minister must nonetheless respect the governing principles of administrative law and, of course, remains subject to judicial review. Moreover, the Minister's discretion must be exercised with due regard for the s. 6(1) *Charter* rights at stake: *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395.

[87] But, as we indicated above, the appellant no longer challenges the reasonableness of the Minister's decision in this case. In these circumstances, we need not consider whether the Minister's discretion was properly exercised.

#### V. Conclusion

[88] Accordingly, we would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

- (1) Do ss. 10(1)(a) and 10(2)(a), read in conjunction with s. 8(1), of the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21, infringe the right guaranteed by s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

[84] Nous concluons que le par. 8(1) et les al. 10(1)a) et 10(2)a) de la *LTID* constituent des limites raisonnables au droit de circulation des citoyens canadiens incarcérés à l'étranger.

#### IV. Le pouvoir discrétionnaire du ministre

[85] Le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre d'accueillir ou de rejeter les demandes de transfèrement de prisonniers en application de la *LTID* est large et souple. Dans les circonstances, il convient de faire preuve d'une grande déférence compte tenu des problèmes sociaux et politiques complexes en jeu, tels ceux de la sécurité et du terrorisme : *Kamel* (C.A.F.), par. 57-59; *Cotroni*, p. 1489; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 37-39.

[86] Chaque décision du ministre doit néanmoins respecter les principes qui régissent le droit administratif et, bien sûr, reste sujette à un contrôle judiciaire. De plus, le pouvoir discrétionnaire du ministre doit être exercé en tenant dûment compte des droits en cause protégés par le par. 6(1) de la *Charte* : *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395.

[87] Cela dit, comme nous l'avons indiqué précédemment, l'appelant ne conteste plus le caractère raisonnable de la décision du ministre en l'espèce. Dans les circonstances, nous n'avons pas à décider si le ministre a judicieusement exercé son pouvoir discrétionnaire.

#### V. Conclusion

[88] En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

- (1) Les alinéas 10(1)a) et 10(2)a), lus en conjonction avec le par. 8(1), de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21, portent-ils atteinte au droit garanti par le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

(2) If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Monterosso Giroux, Outremont.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Waldman & Associates, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.*

(2) Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appellant : Monterosso Giroux, Outremont.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Waldman & Associates, Toronto.*

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

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.*