

**Minister of Citizenship and
Immigration** *Appellant*

v.

Sukhvir Singh Khosa *Respondent*

and

Immigration and Refugee Board *Intervener*

**INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND
IMMIGRATION) v. KHOSA**

Neutral citation: 2009 SCC 12.

File No.: 31952.

2008: March 20; 2009: March 6.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Immigration Appeal Division denying special relief on “humanitarian and compassionate grounds” from removal order — Standard of review applicable to Immigration Appeal Division decision — Whether common law of judicial review displaced by s. 18.1 of Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 67(1)(c).

K, a citizen of India, immigrated to Canada with his family in 1996, at the age of 14. In 2002, he was found guilty of criminal negligence causing death and received a conditional sentence of two years less a day. A valid removal order was issued to return him to India.

K appealed the order, but the majority of the Immigration Appeal Division (“IAD”) of the Immigration and Refugee Board, after considering the *Ribic* factors and the evidence, denied “special relief” on humanitarian and compassionate grounds pursuant

* Bastarache J. took no part in the judgment.

**Ministre de la Citoyenneté et de
l’Immigration** *Appelant*

c.

Sukhvir Singh Khosa *Intimé*

et

**Commission de l’immigration et du statut de
réfugié** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET
IMMIGRATION) c. KHOSA**

Référence neutre : 2009 CSC 12.

N° du greffe : 31952.

2008 : 20 mars; 2009 : 6 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Refus de la Section d’appel de l’immigration de prendre des mesures spéciales pour des « motifs d’ordre humanitaires » relativement à une mesure de renvoi — Norme de contrôle applicable à la décision de la Section d’appel de l’immigration — L’article 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, écarte-t-il la common law en matière de contrôle judiciaire? — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 67(1)(c).

K, un citoyen de l’Inde, a immigré au Canada avec sa famille en 1996, à l’âge de 14 ans. En 2002, il a été déclaré coupable de négligence criminelle causant la mort et condamné à une peine d’emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour. Une mesure de renvoi valide a été prise contre lui pour l’obliger à retourner en Inde.

K a interjeté appel de la mesure de renvoi, mais la Section d’appel de l’immigration (« SAI ») de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a décidé à la majorité, compte tenu des facteurs énumérés dans *Ribic* et après examen de la preuve, de ne pas

* Le juge Bastarache n’a pas participé au jugement.

to s. 67(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (“IRPA”). A majority of the Federal Court of Appeal applied a “reasonableness” *simpliciter* standard and set aside the IAD decision. It found that the majority of the IAD had some kind of fixation with the fact that the offence was related to street-racing. On the issue of the “possibility of rehabilitation”, the majority of the IAD merely acknowledged the findings of the criminal courts in that regard, which were favourable to K, and did not explain why it came to the contrary conclusion. In the end, that court concluded that the majority of the IAD had acted unreasonably in denying relief.

Held (Fish J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Abella and Charron J.J.: This Court’s decision in *Dunsmuir*, which was released after the decisions of the lower courts in this case, recognized that, with or without a privative clause, a measure of deference has come to be accepted as appropriate where a particular decision has been allocated to administrative decision-makers in matters that relate to their special role, function and expertise. A measure of deference is appropriate whether or not the court has been given the advantage of a statutory direction, explicit or by necessary implication. These general principles of judicial review are not ousted by s. 18.1 of the *Federal Courts Act* which deals essentially with grounds of review of administrative action, not standards of review. [25]

A legislature has the power to specify a standard of review if it manifests a clear intention to do so. However, where the legislative language permits, the court (a) will not interpret grounds of review as standards of review, (b) will apply *Dunsmuir* principles to determine the appropriate approach to judicial review in a particular situation, and (c) will presume the existence of a discretion to grant or withhold relief based in part on *Dunsmuir* including a restrained approach to judicial intervention in administrative matters. [51]

Resort to the flexibility of the general principle of judicial review is all the more essential in the case of a provision like s. 18.1 of the *Federal Courts Act* which is not limited to particular issues before a particular adjudicative tribunal but covers the full galaxy of federal decision-makers who operate in different

prendre de « mesures spéciales » pour des motifs d’ordre humanitaire en application de l’al. 67(1)c) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (« LIPR »). Les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale ont appliqué la norme de la « décision raisonnable » *simpliciter* et annulé la décision de la SAI. Ils ont conclu que les membres majoritaires de la SAI avaient été quelque peu obnubilés par le fait que l’infraction était reliée à une course de rue. Concernant la « possibilité de réadaptation », les membres majoritaires de la SAI ont simplement pris acte des constats des juridictions pénales, qui étaient favorables à K, sans expliquer pourquoi ils ont tiré la conclusion opposée. En définitive, la cour a conclu que les membres majoritaires de la SAI avaient agi de façon déraisonnable en refusant de prendre des mesures spéciales.

Arrêt (le juge Fish est dissident) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Abella et Charron : L’arrêt *Dunsmuir* de notre Cour, rendu après les décisions des juridictions inférieures en l’espèce, a reconnu que, sans égard à l’existence d’une clause privative, il est maintenant admis qu’une certaine déférence s’impose lorsqu’une décision particulière a été confiée à un décideur administratif dans les affaires ayant trait à son rôle, à sa fonction et à son expertise. Une certaine déférence est de mise peu importe que la cour ait eu l’avantage de recevoir ou non une directive législative expresse ou nécessairement implicite. Ces principes généraux de contrôle judiciaire ne sont pas délogés par l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* qui traite essentiellement des motifs de contrôle des mesures administratives, et non des normes de contrôle. [25]

Le législateur a le pouvoir de préciser une norme de contrôle en manifestant clairement son intention. Toutefois, si le texte de la loi le permet, les cours de justice a) n’interpréteront pas les motifs de contrôle comme des normes de contrôle; b) appliqueront les principes établis dans *Dunsmuir* pour déterminer comment procéder au contrôle judiciaire dans une situation donnée et c) présumeront l’existence d’un pouvoir discrétionnaire d’accepter ou de refuser d’accorder réparation compte tenu notamment de l’arrêt *Dunsmuir*, y compris de la retenue judiciaire qu’il préconise en matière administrative. [51]

Le recours à la souplesse du droit général en matière de contrôle judiciaire est d’autant plus essentiel dans le cas d’une disposition comme l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* qui ne se limite pas à des questions particulières soumises à un tribunal administratif précis, mais vise toute la pléiade des décideurs fédéraux

decision-making environments under different statutes with distinct grants of decision-making powers. [28] [33]

The language of s. 18.1 generally sets out threshold grounds which permit but do not require the court to grant relief. Despite a difference in the meaning of the English and French versions in the relevant language of s. 18.1(4), the provision should be interpreted to permit a court to exercise its discretion in matters of remedy depending on the court's appreciation of the respective roles of the courts and the administration as well as the circumstances of each case. The discretion must be exercised judicially, but the appropriate judicial basis for its exercise includes the general principles dealt with in *Dunsmuir*. [36]

Dunsmuir establishes that there are now only two standards of review: correctness and reasonableness. No authority was cited suggesting that a "correctness" standard of review is appropriate for IAD decisions under s. 67(1)(c) of the *IRPA*, and the relevant factors in a standard of review inquiry point to a reasonableness standard. These factors include: (1) the presence of a privative clause; (2) the purpose of the IAD as determined by its enabling legislation — the IAD determines a wide range of appeals under the *IRPA* and its decisions are reviewable only if the Federal Court grants leave to commence judicial review; (3) the nature of the question at issue before the IAD — Parliament has provided in s. 67(1)(c) a power to grant exceptional relief and this provision calls for a fact-dependent and policy-driven assessment by the IAD itself; and (4) the expertise of the IAD dealing with immigration policy. These factors must be considered as a whole, bearing in mind that not all factors will necessarily be relevant for every single case. [53-57]

Where, as here, the reasonableness standard applies, it requires deference. Reviewing courts ought not to reweigh the evidence or substitute their own appreciation of the appropriate solution, but must rather determine if the outcome falls within a range of reasonable outcomes. In this case, the question whether K had established "sufficient humanitarian and compassionate considerations" to warrant relief from his removal order was a decision which Parliament confided to the IAD, not to the courts. [4] [59]

The IAD reasons, both the majority and dissent, disclose with clarity the considerations in support of both points of view, and the reasons for the disagreement

exerçant dans des contextes décisionnels variés les pouvoirs distincts qui leur sont conférés par des lois particulières. [28] [33]

L'article 18.1 énonce en termes généraux les motifs qui autorisent la cour à prendre une mesure, sans lui en imposer l'obligation. Malgré les sens différents des termes pertinents des versions française et anglaise du par. 18.1(4), cette disposition doit recevoir une interprétation qui permet à la cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de réparation, en fonction de son appréciation des rôles respectifs des cours de justice et des organismes administratifs ainsi que des circonstances de chaque cas. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé judiciairement, mais le fondement judiciaire de son exercice inclut les principes généraux traités dans *Dunsmuir*. [36]

Dunsmuir établit qu'il n'existe désormais que deux normes de contrôle : la norme de la décision correcte et celle de la décision raisonnable. On n'a mentionné aucun précédent qui donnerait à croire que la norme de la « décision correcte » est celle qu'il convient d'appliquer aux décisions rendues par la SAI en vertu de l'al. 67(1)(c) de la *LIPR*, et les facteurs de détermination de la norme de contrôle font ressortir la norme de la raisonabilité. Ces facteurs incluent : (1) l'existence d'une clause privative; (2) la raison d'être de la SAI suivant sa loi habilitante — la SAI tranche des appels très variés sous le régime de la *LIPR* et ses décisions ne sont susceptibles de contrôle que sur autorisation de la Cour fédérale; (3) la nature de la question en cause devant la SAI — le législateur a prévu un pouvoir de prendre des mesures exceptionnelles à l'al. 67(1)(c) et cette disposition exige que la SAI procède elle-même à une évaluation liée aux faits et guidée par des considérations de politique; et (4) l'expertise de la SAI en ce qui concerne la politique d'immigration. Il faut considérer ces facteurs globalement, en gardant à l'esprit qu'ils ne seront pas nécessairement tous pertinents dans tous les cas. [53-57]

Lorsque la norme de la raisonabilité s'applique, comme en l'espèce, elle commande la déférence. Les cours de révision ne peuvent soupeser à nouveau la preuve ni substituer la solution qu'elles jugent eux-mêmes appropriée à celle qui a été retenue, mais doivent plutôt déterminer si celle-ci fait partie des issues possibles acceptables. En l'occurrence, c'est à la SAI et non aux tribunaux judiciaires que le législateur avait confié la tâche de déterminer si K avait établi l'existence de « motifs d'ordre humanitaire justifiant » la levée de la mesure de renvoi le concernant. [4] [59]

Tant les motifs des membres majoritaires de la SAI que ceux de la membre dissidente indiquent clairement les considérations à l'appui de leurs deux points de vue et

as to outcome. At the factual level, the IAD divided in large part over differing interpretations of K's expression of remorse. This is the sort of factual dispute which should be resolved by the IAD not the courts. The majority considered each of the *Ribic* factors, reviewed the evidence and decided that, in the circumstances of this case, discretionary relief should be refused. While the findings of the criminal courts on the seriousness of the offence and possibility of rehabilitation (the first and second of the *Ribic* factors), were properly noted, the IAD had a mandate different from that of the criminal courts. The issue before it was not the potential for rehabilitation for purposes of sentencing, but rather whether the prospects for rehabilitation were such that, alone or in combination with other relevant factors, they warranted special discretionary relief from a valid removal order. The IAD was required to reach its own conclusions based on its own appreciation of the evidence and it did so. [64-66]

In light of the deference properly owed to the IAD under s. 67(1)(c) of the *IRPA*, there was no proper basis for the Federal Court of Appeal to interfere with the IAD decision to refuse special relief in this case. It cannot be said that this decision fell outside the range of reasonable outcomes. [60] [67]

Per Rothstein J.: Where a legislature has expressly or impliedly provided for standards of review, courts must follow that legislative intent, subject to any constitutional challenge. With respect to s. 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, the language of para. (d) makes clear that findings of fact are to be reviewed on a highly deferential standard. Courts are only to interfere with a decision based on erroneous findings of fact where the federal board, commission or other tribunal's factual finding was "made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it". By contrast with para. (d), there is no suggestion that courts should defer in reviewing a question that raises any of the other criteria in s. 18.1(4). Where Parliament intended a deferential standard of review in s. 18.1(4), it used clear and unambiguous language, as it has in para. (d) regarding facts. The necessary implication is that where Parliament did not provide for deferential review, it intended the reviewing court to apply a correctness standard as it does in the regular appellate context. [70] [72] [113] [117]

les raisons de leur désaccord quant à l'issue. Pour ce qui est des faits, la SAI était principalement divisée quant à l'interprétation de l'expression de remords par K. C'est le genre de litige factuel qui doit être tranché par la SAI et non par les tribunaux judiciaires. Les membres majoritaires ont pris en considération chacun des facteurs énoncés dans *Ribic*, examiné la preuve et décidé que, dans les circonstances, il n'y avait pas lieu d'accorder réparation. Bien que la SAI ait dûment pris acte des constats des juridictions pénales sur la gravité de l'infraction et la possibilité de réadaptation (le premier et le deuxième facteurs énoncés dans *Ribic*), le mandat de la SAI diffère de celui des juridictions pénales. Elle ne devait pas apprécier les possibilités de réadaptation pour les besoins de la détermination de la peine, mais déterminer plutôt si ses possibilités de réadaptation étaient telles que, seules ou combinées à d'autres facteurs pertinents, elles justifiaient la prise de mesures spéciales relativement à une mesure de renvoi valide. La SAI devait tirer ses propres conclusions fondées sur sa propre appréciation de la preuve et c'est ce qu'elle a fait. [64-66]

Vu la déférence dont il faut à juste titre faire preuve envers les décisions rendues par la SAI en vertu de l'al. 67(1)c) de la *LIPR*, rien ne permettait à la Cour d'appel fédérale d'annuler le refus de la SAI de prendre des mesures spéciales en l'espèce. Il est impossible d'affirmer que cette décision ne faisait pas partie de la gamme des issues raisonnables. [60] [67]

Le juge Rothstein : Dans les cas où le législateur a expressément ou implicitement prévu les normes de contrôle applicables, les cours de justice doivent respecter l'intention du législateur, sous réserve des questions touchant la constitutionnalité. En ce qui concerne le par. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, il ressort clairement du libellé de l'al. d) que la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait appelle un degré élevé de déférence. Les tribunaux judiciaires ne doivent intervenir à l'égard de la décision d'un office fédéral fondée sur une conclusion de fait erronée que si cette conclusion a été « tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose ». Contrairement à l'al. d), les autres dispositions du par. 18.1(4) n'indiquent pas que les tribunaux judiciaires devraient appliquer une norme de contrôle empreinte de déférence pour l'examen des critères qui y sont énoncés. Lorsqu'il a voulu imposer une norme de contrôle empreinte de déférence au par. 18.1(4), le législateur a utilisé des termes clairs et non équivoques comme il l'a fait à l'al. d) concernant les questions de fait. Il faut nécessairement en déduire que, dans les cas où le législateur n'a pas prévu une norme empreinte de déférence, il voulait que la cour de révision applique la norme de la décision correcte, comme elle le fait normalement en appel. [70] [72] [113] [117]

While recourse to the common law is appropriate where Parliament has employed common law terms or principles without sufficiently defining them, it is not appropriate where the legislative scheme or provisions expressly or implicitly ousts the relevant common law analysis as is the case with s. 18.1(4) of the *Federal Courts Act*. Courts must give effect to the legislature's words and cannot superimpose on them a duplicative common law analysis. The *Dunsmuir* standard of review should be confined to cases in which there is a strong privative clause. Excepting such cases, it does not apply to s. 18.1(4). The application of *Dunsmuir* outside the strong privative clause context marks a departure from the conceptual and jurisprudential origins of the standard of review analysis. [70] [74] [106] [136]

The deference approach emerged as a means of reconciling Parliament's intent to immunize certain administrative decisions from review with the supervisory role of courts in a rule of law system. The creation of expert administrative decision-makers evidenced a legislative intent to displace or bypass the courts as primary adjudicators in a number of areas, but it was only with the enactment of privative clauses, which marked the area of tribunal expertise that the legislature was satisfied warranted deference, that a legislature indicated an intent to oust, or at the very least restrict, the court's review role. Whereas tribunal expertise was a compelling rationale for imposing a privative clause, it was not a free-standing basis for deference. The approach of judicially imputing expertise which followed, even on questions of law, was a departure from earlier jurisprudence that relied on privative clauses as the manifest signal of the legislature's recognition of relative tribunal expertise. [79] [82-84] [87]

There is no dispute that reviewing courts, whether in the appellate or judicial review contexts, should show deference to lower courts and administrative decision-makers on questions of fact and on questions involving mixed fact and law, where a legal issue cannot be extricated from a factual or policy finding. However, where a legal issue can be extricated from a factual or policy inquiry, it is inappropriate to presume deference where Parliament has not indicated this via a privative clause. It is not for the court to impute tribunal expertise on legal questions, absent a privative clause and, in doing

Bien qu'il convienne d'avoir recours à la common law dans les cas où le législateur a utilisé des expressions ou des principes de common law sans les définir adéquatement, il ne convient pas d'y avoir recours lorsque le régime législatif ou les dispositions législatives écartent, expressément ou implicitement, l'analyse applicable en common law, comme le fait le par. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Les cours de justice doivent donner effet au libellé de la loi et ne peuvent y superposer une analyse en common law qui fait double emploi. L'analyse de la norme de contrôle décrite dans *Dunsmuir* devrait s'appliquer uniquement en présence d'une clause privative rigoureuse. En l'absence d'une telle clause, elle ne s'applique pas dans le contexte du par. 18.1(4). L'application de l'arrêt *Dunsmuir* en dehors du contexte d'une clause privative rigoureuse marque une rupture avec les origines conceptuelle et jurisprudentielle de l'analyse relative à la norme de contrôle. [70] [74] [106] [136]

La déférence est apparue comme un moyen de concilier l'intention du législateur de soustraire certaines décisions administratives au contrôle judiciaire et le pouvoir de surveillance des tribunaux judiciaires dans un système fondé sur la primauté du droit. La création de décideurs administratifs spécialisés témoigne de l'intention du législateur de remplacer les cours de justice ou de les déloger en tant que principaux décideurs dans plusieurs domaines, mais ce n'est qu'en édictant des clauses privatives, précisant le domaine de spécialisation du tribunal qui commande la déférence aux yeux du législateur, que le législateur a manifesté son intention d'écarter, ou à tout le moins de restreindre, le rôle de contrôle des tribunaux judiciaires. Même si l'expertise du tribunal constituait un motif impérieux d'imposer une clause privative, il ne s'agissait pas d'un motif indépendant justifiant en soi la déférence. En attribuant en conséquence une expertise au tribunal, même à l'égard de questions de droit, la Cour a rompu avec la jurisprudence antérieure qui s'appuyait sur les clauses privatives comme indication manifeste de la reconnaissance de l'expertise relative du tribunal administratif par le législateur. [79] [82-84] [87]

Nul ne conteste que, dans le cadre d'un appel ou d'un contrôle judiciaire, les cours de révision devraient faire preuve de déférence à l'égard des décisions rendues par les juridictions de première instance et les organismes administratifs sur des questions de fait et des questions mixtes de fait et de droit, lorsque la question de droit ne peut être isolée des conclusions sur les questions de fait ou de politique. Cependant, s'il est possible de dégager la question de droit de l'examen des questions de fait ou de politique, la déférence ne saurait se présumer lorsque le législateur n'a pas donné d'indication en

so, assume the role of the legislature to determine when deference is or is not owed. Recognizing expertise as a free-standing basis for deference on questions that reviewing courts are normally considered to be expert on departs from the search for legislative intent that governs this area. [89-93]

Concerns regarding the rigidity of the legislated standards are misplaced. A review of the *Federal Courts Act* makes clear that the focus of the analysis should be on the nature of the question under review and not on the type of administrative decision-maker. Even given this legislative focus on the nature of the question under review, not all administrative decision-makers will be subject to the same standards of review. Where a decision-maker's enabling statute purports to preclude judicial review on some or all questions through a privative clause, deference will apply and a *Dunsmuir* standard of review analysis will be conducted. [109-110]

Section 18.1(4) confers on the Federal Courts the discretion to grant or deny relief in judicial review. The remedial discretion in s. 18.1(4) goes to the question of withholding relief, not the review itself. The traditional common law discretion to refuse relief on judicial review concerns the parties' conduct, any undue delay and the existence of alternative remedies which is wholly distinct from the common law of standard of review analysis. Reliance upon this discretion contained in s. 18.1(4) to support the view that it opens the door to the *Dunsmuir* standard of review analysis is inappropriate. [131] [135-136]

The IAD's decision not to grant relief in this case should be upheld. The application of the *Ribic* factors to the case before it and its exercise of discretion is fact-based. The IAD's factual findings were not perverse or capricious and were not made without regard to the evidence. [137]

Per Deschamps J.: There is agreement with Rothstein J. that since s. 18.1(4) of the *Federal Courts Act* sets legislated standards of review, those standards oust the common law. [138]

ce sens en édictant une clause privative. Il n'appartient pas à la cour d'attribuer au tribunal administratif une expertise sur des questions de droit en l'absence d'une clause privative et, ce faisant, de déterminer à la place du législateur les circonstances qui commandent ou non la déférence. En reconnaissant l'expertise comme motif indépendant justifiant en soi la déférence à l'égard des questions normalement considérées comme du ressort des cours de révision, on s'écarte de la recherche de l'intention du législateur, qui est déterminante dans ce domaine. [89-93]

Les préoccupations concernant la rigidité des normes légales ne sont pas fondées. Il ressort d'un examen de la *Loi sur les Cours fédérales* que le législateur voulait que l'accent soit mis sur la nature de la question examinée plutôt que sur la nature du décideur administratif. Malgré l'accent mis par le législateur sur le type de question examinée, les décideurs administratifs ne sont toujours pas tous assujettis aux mêmes normes de contrôle. Dans les cas où la loi habilitante du décideur comporte une clause privative destinée à empêcher le contrôle judiciaire de certaines questions, ou de toutes les questions, la déférence sera de mise et l'analyse relative à la norme de contrôle décrite dans *Dunsmuir* sera effectuée. [109-110]

Le paragraphe 18.1(4) confère aux Cours fédérales le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser d'accorder réparation dans le cadre du contrôle judiciaire. Le pouvoir discrétionnaire de réparation prévu au par. 18.1(4) porte sur le refus de prendre des mesures, et non sur le contrôle comme tel. Le pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder réparation dans le cadre du contrôle judiciaire a traditionnellement été exercé en fonction de la conduite des parties, d'un retard excessif et de l'existence d'autres recours possibles, un fondement qui n'a absolument aucun lien avec l'analyse relative à la norme de contrôle en common law. C'est faire fausse route que de s'appuyer sur le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 18.1(4) pour affirmer qu'il permet l'analyse relative à la norme de contrôle décrite dans *Dunsmuir*. [131] [135-136]

La décision de la SAI de ne pas accorder réparation en l'espèce doit être confirmée. L'application des facteurs énoncés dans *Ribic* au cas dont elle était saisie et l'exercice de son pouvoir discrétionnaire relevaient des faits. La SAI n'a pas tiré ses conclusions de fait de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont elle disposait. [137]

La juge Deschamps : Il y a accord avec le juge Rothstein pour dire que, puisque le par. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales* établit des normes de contrôle légales, ces normes écartent la common law. [138]

Per Fish J. (dissenting): The standard of review applicable is “reasonableness”, and the IAD’s decision does not survive judicial scrutiny under that standard. The IAD’s task was to look to “all the circumstances of the case” in order to determine whether “sufficient humanitarian and compassionate considerations” existed to warrant relief from a removal order. The IAD placed the greatest weight on three factors: K’s remorse, rehabilitation, and likelihood of reoffence. Despite abundant evidence that K was extremely unlikely to reoffend and had taken responsibility for his actions, the IAD focussed on a single fact — K’s denial that he was “street racing” — and based its refusal to grant relief largely on that fact alone. While K’s denial may well evidence some “lack of insight”, it cannot be said to contradict — still less to outweigh, on a balance of probabilities — all of the evidence in his favour on the issues of remorse, rehabilitation and likelihood of reoffence. The IAD’s cursory treatment of the sentencing judge’s favourable findings on remorse and the risk of recidivism are particularly troubling. While a criminal court’s findings are not necessarily binding upon an administrative tribunal with a distinct statutory purpose and a different evidentiary record, it was incumbent upon the IAD to consider those findings and to explain the basis of its disagreement with the sentencing judge’s decision. K’s denial of street racing is, at best, of little probative significance in determining his remorse, rehabilitation and likelihood of reoffence. The IAD’s conclusion that there was “insufficient evidence” upon which a determination could be made that K does not represent a risk to the public is not only incorrect, but unreasonable. Decisions of the IAD are entitled to deference, but deference ends where unreasonableness begins. [139-140] [145] [147] [149-151] [153-154] [160]

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **distinguished:** *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779; **referred to:** *R. v. Khosa*, 2003 BCCA 645, 190 B.C.A.C. 42; *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121;

Le juge Fish (dissent) : La norme de contrôle applicable est celle de la « décision raisonnable » et la décision de la SAI ne résiste pas à un examen judiciaire effectué suivant cette norme. La SAI devait examiner « les autres circonstances de l’affaire » pour décider s’il existait « des motifs d’ordre humanitaire justifiant » qu’elle accueille l’appel contre une mesure de renvoi. La SAI a attaché énormément d’importance à trois facteurs : les remords de K, sa possibilité de réadaptation et son risque de récidive. Malgré une abondante preuve démontrant qu’il était extrêmement improbable que K récidive et qu’il avait accepté la responsabilité de ses actes, la SAI s’est concentrée sur un fait unique — le déni par K de sa participation à une « course de rue » — et a fondé en grande partie son refus d’accorder réparation sur ce seul fait. Le déni de K peut certes indiquer qu’il « ne saisit pas bien toute la portée de sa conduite », mais on ne peut affirmer qu’il contredit — et encore moins qu’il surpasse, selon la prépondérance des probabilités — tous les éléments de preuve en sa faveur concernant ses remords, sa réadaptation et son risque de récidive. Le traitement superficiel réservé par la SAI aux conclusions favorables de la juge qui a prononcé la sentence concernant les remords et le risque de récidive de K est particulièrement préoccupant. Les conclusions des cours criminelles ne lient pas nécessairement un tribunal administratif qui a une finalité distincte définie par la loi et dispose d’une preuve assujettie à des règles différentes, mais la SAI avait l’obligation de tenir compte de ces conclusions et d’expliquer pourquoi elle n’adhérait pas à la décision de la juge chargée de la détermination de la peine. Le refus de K de reconnaître sa participation à une course de rue n’a, au mieux, qu’une faible valeur probante relativement à ses remords, à sa réadaptation et à son risque de récidive. La conclusion de la SAI qu’il y a « trop peu de preuve » qui permettrait de conclure que K ne représente pas un risque pour le public n’est pas simplement incorrecte, mais déraisonnable. Les décisions de la SAI commandent la déférence, mais la déférence s’arrête là où commence la déraisonnabilité. [139-140] [145] [147] [149-151] [153-154] [160]

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **distinction d’avec l’arrêt :** *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779; **arrêts mentionnés :** *R. c. Khosa*, 2003 BCCA 645, 190 B.C.A.C. 42; *Ribic c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84; *Roncarelli c.*

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528; *Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 SCC 7, [2006] 1 S.C.R. 326; *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821; *Howarth v. National Parole Board*, [1976] 1 S.C.R. 453; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Canada v. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 F.C.R. 287; *Devinat v. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 F.C. 212; *Thanabalasingham v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 14, 263 D.L.R. (4th) 51; *Charette v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2003 FCA 426, 29 C.P.R. (4th) 1; *Pal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 24 Admin. L.R. (2d) 68; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

By Rothstein J.

Not followed: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; **applied:** *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779; **considered:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **discussed:** *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; **referred to:** *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Canadian Union of*

Duplessis, [1959] R.C.S. 121; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528; *Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326; *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821; *Howarth c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287; *Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 C.F. 212; *Thanabalasingham c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 14, 263 D.L.R. (4th) 51; *Charette c. Canada (Commissioner of Competition)*, 2003 FCA 426, 29 C.P.R. (4th) 1; *Pal c. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 24 Admin. L.R. (2d) 68; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

Citée par le juge Rothstein

Arrêt non suivi : *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; **arrêt appliqué :** *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779; **arrêt examiné :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêt analysé :** *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; **arrêts mentionnés :** *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554;

Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp., [1979] 2 S.C.R. 227; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100; *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84.

By Fish J. (dissenting)

Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84; *R. v. Khosa*, 2003 BCSC 221, [2003] B.C.J. No. 280 (QL); *R. v. Khosa*, 2003 BCCA 644, 190 B.C.A.C. 23.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, ss. 58, 59.
Back to School Act, 1998, S.O. 1998, c. 13, s. 18(3).
Canada Agricultural Products Act, R.S.C. 1985, c. 20 (4th Supp.), s. 10(1.1).
Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 22(1).
Certified General Accountants Act, C.C.S.M., c. C46, s. 22(2).
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, s. 846.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 147(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672, 672.38, 672.54, 672.78.
Education Labour Relations Act, R.S.Y. 2002, c. 62, s. 95(1).
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 115(2).
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2, 18, 18.1.
Gaming Control Act, C.C.S.M., c. G5, s. 45(2).
Health Professions Act, S.Y. 2003, c. 24, s. 29.
Human Rights Code, C.C.S.M., c. H175, s. 50(1).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(h), 36(1)(a), 63, 67(1)(c), 72, 162(1).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 11.

Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick, [1979] 2 R.C.S. 227; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84.

Cité par le juge Fish (dissent)

Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84; *R. c. Khosa*, 2003 BCSC 221, [2003] B.C.J. No. 280 (QL); *R. c. Khosa*, 2003 BCCA 644, 190 B.C.A.C. 23.

Lois et règlements cités

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 58, 59.
Code canadien du travail, L.R.C. 1985, ch. L-2, art. 22(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672, 672.38, 672.54, 672.78.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 846.
Code des droits de la personne, C.P.L.M., ch. H175, art. 50(1).
Judicial Review Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-3, art. 4(1).
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 11.
Loi de 1998 sur le retour à l'école, L.O. 1998, ch. 13, art. 18(3).
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 115(2).
Loi sur l'hygiène et la sécurité au travail, L.N.-B. 1983, ch. O-0.2, art. 26(5).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)(h), 36(1)(a), 63, 67(1)(c), 72, 162(1).
Loi sur la Commission de régie du jeu, C.P.L.M., ch. G5, art. 45(2).

Judicial Review Act, R.S.P.E.I. 1988, c. J-3, s. 4(1).
Judicial Review Procedure Act, R.S.O. 1990, c. J.1, s. 2.
Liquor Act, R.S.Y. 2002, c. 140, s. 118(1).
Occupational Health and Safety Act, S.N.B. 1983, c. O-0.2, s. 26(5).
Rehabilitation Services Act, R.S.Y. 2002, c. 196, s. 7.
Residential Tenancies Act, S.N.B. 1975, c. R-10.2, s. 27(1).
Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, s. 47.1(3).
Urban and Rural Planning Act, 2000, S.N.L. 2000, c. U-8, s. 46(1).
Youth Protection Act, R.S.Q., c. P-34.1, s. 74.2.

Authors Cited

Bastarache, Michel, et al. *The Law of Bilingual Interpretation*. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.
 Bogart, W. A. “The Tools of the Administrative State and the Regulatory Mix”, in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto: Emond Montgomery, 2008, 25.
 British Columbia. Legislative Assembly. *Debates of the Legislative Assembly*, 5th Sess., 37th Parl., May 18, 2004, p. 11193.
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2008).
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 26, 2nd Sess., 28th Parl., May 7, 1970, pp. 25-26.
 Charney, Richard J., and Thomas E. F. Brady. *Judicial Review in Labour Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated 2008, release 11).
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
 Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. London: Macmillan, 1959.
 Dyzenhaus, David. “Disobeying Parliament? Privative Clauses and the Rule of Law”, in Richard W. Bauman and Tsvi Kahana, eds., *The Least Examined Branch*:

Loi sur la location de locaux d’habitation, L.N.-B. 1975, ch. R-10.2, art. 27(1).
Loi sur la procédure de révision judiciaire, L.R.O. 1990, ch. J.1, art. 2.
Loi sur la protection de la jeunesse, L.R.Q., ch. P-34.1, art. 74.2.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 147(1).
Loi sur les boissons alcoolisées, L.R.Y. 2002, ch. 140, art. 118(1).
Loi sur les comptables généraux accrédités, C.P.L.M., ch. C46, art. 22(2).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 2, 18, 18.1.
Loi sur les produits agricoles au Canada, L.R.C. 1985, ch. 20 (4^e suppl.), art. 10(1.1).
Loi sur les professions de la santé, L.Y. 2003, ch. 24, art. 29.
Loi sur les relations de travail dans le secteur de l’éducation, L.R.Y. 2002, ch. 62, art. 95(1).
Loi sur les services de réadaptation, L.R.Y. 2002, ch. 196, art. 7.
Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, ch. T-6, art. 47.1(3).
Urban and Rural Planning Act, 2000, S.N.L. 2000, ch. U-8, art. 46(1).

Doctrine citée

Bastarache, Michel, et al. *The Law of Bilingual Interpretation*. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.
 Bogart, W. A. « The Tools of the Administrative State and the Regulatory Mix », in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto : Emond Montgomery, 2008, 25.
 British Columbia. Legislative Assembly. *Debates of the Legislative Assembly*, 5th Sess., 37th Parl., May 18, 2004, p. 11193.
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2008).
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, n^o 26, 2^e sess., 28^e lég., 7 mai 1970, p. 25-26.
 Charney, Richard J., and Thomas E. F. Brady. *Judicial Review in Labour Law*. Aurora. Ont. : Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated 2008, release 11).
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
 Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. London : Macmillan, 1959.
 Dyzenhaus, David. « Disobeying Parliament? Privative Clauses and the Rule of Law », in Richard W. Bauman and Tsvi Kahana, eds., *The Least Examined Branch* :

- The Role of Legislatures in the Constitutional State*. New York: Cambridge University Press, 2006, 499.
- Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, rev. ed. New Haven: Yale University Press, 1969.
- Liston, Mary. “Governments in Miniature: The Rule of Law in the Administrative State”, in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto: Emond Montgomery, 2008, 77.
- Macklin, Audrey. “Standard of Review: The Pragmatic and Functional Test”, in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto: Emond Montgomery, 2008, 197.
- Mullan, David. “*Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let’s Try Again!” (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117.
- Mullan, David J. “Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?” (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon, 1979.
- Saunders, Brian J., et al. *Federal Courts Practice 2009*. Toronto: Thomson Carswell, 2008.
- Sgayias, David, et al. *Federal Court Practice 1998*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
- Sossin, Lorne. “Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference? Revisiting the Standard of Review in Administrative Law” (2003), 27 *Advocates’ Q.* 478.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- The Role of Legislatures in the Constitutional State*. New York : Cambridge University Press, 2006, 499.
- Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, rev. ed. New Haven : Yale University Press, 1969.
- Liston, Mary. « Governments in Miniature : The Rule of Law in the Administrative State », in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto : Emond Montgomery, 2008, 77.
- Macklin, Audrey. « Standard of Review : The Pragmatic and Functional Test », in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto : Emond Montgomery, 2008, 197.
- Mullan, David. « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let’s Try Again! » (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117.
- Mullan, David J. « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law : Essays on Law and Morality*. Oxford : Clarendon, 1979.
- Saunders, Brian J., et al. *Federal Courts Practice 2009*. Toronto : Thomson Carswell, 2008.
- Sgayias, David, et al. *Federal Court Practice 1998*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997.
- Sossin, Lorne. « Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference? Revisiting the Standard of Review in Administrative Law » (2003), 27 *Advocates’ Q.* 478.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Desjardins, Décary and Malone JJ.A.), 2007 FCA 24, [2007] 4 F.C.R. 332, 276 D.L.R. (4th) 369, 360 N.R. 183, 59 Imm. L.R. (3d) 122, [2007] F.C.J. No. 139 (QL), 2007 CarswellNat 212, setting aside a decision of Lutfy C.J., 2005 FC 1218, 266 F.T.R. 138, 48 Imm. L.R. (3d) 253, [2005] F.C.J. No. 1465 (QL), 2005 CarswellNat 2651, dismissing the application for judicial review of the decision of the Immigration Appeal Division, [2004] I.A.D.D. No. 1268 (QL). Appeal allowed, Fish J. dissenting.

Urszula Kaczmarczyk and Cheryl D. Mitchell, for the appellant.

Garth Barriere and Daniel B. Geller, for the respondent.

Joseph J. Arvay, Q.C., and *Joel M. Rubinoff*, for the intervenor.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Desjardins, Décary et Malone), 2007 CAF 24, [2007] 4 R.C.F. 332, 276 D.L.R. (4th) 369, 360 N.R. 183, 59 Imm. L.R. (3d) 122, [2007] A.C.F. n° 139 (QL), 2007 CarswellNat 212, qui a infirmé une décision du juge en chef Lutfy, 2005 CF 1218, 266 F.T.R. 138, 48 Imm. L.R. (3d) 253, [2005] A.C.F. n° 1465 (QL), 2005 CarswellNat 2651, rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Section d’appel de l’immigration, [2004] D.S.A.I. n° 1268 (QL). Pourvoi accueilli, le juge Fish est dissident.

Urszula Kaczmarczyk et Cheryl D. Mitchell, pour l’appelant.

Garth Barriere et Daniel B. Geller, pour l’intimé.

Joseph J. Arvay, c.r., et *Joel M. Rubinoff*, pour l’intervenante.

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

[1] BINNIE J. — At issue in this appeal is the extent to which, if at all, the exercise by judges of statutory powers of judicial review (such as those established by ss. 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7) is governed by the common law principles lately analysed by our Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

[2] The respondent, Khosa, applied unsuccessfully to the Immigration Appeal Division (“IAD”) of the Immigration and Refugee Board to remain in Canada, notwithstanding his conviction for criminal negligence causing death in an automobile street race. A valid removal order had been issued to return him to India. The majority of the IAD did not accept that there were “sufficient humanitarian and compassionate considerations [to] warrant special relief [against the removal order] in light of all the circumstances of the case” within the meaning of s. 67(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“IRPA”). Applying the “patent unreasonableness” standard of review, the judicial review judge at first instance dismissed Khosa’s challenge to the IAD decision. However, applying a “reasonableness” *simpliciter* standard of review, a majority of the Federal Court of Appeal set aside the IAD decision. *Dunsmuir* (decided subsequently to both lower court decisions) did away with the distinction between “patent unreasonableness” and “reasonableness *simpliciter*” and substituted a more context-driven view of “reasonableness” that nevertheless “does not pave the way for a more intrusive review by courts” (para. 48).

[3] The appellant Minister sought leave to appeal to this Court to argue that in any event s. 18.1 of the

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

[1] LE JUGE BINNIE — La question soulevée dans le pourvoi est celle de savoir si, et dans quelle mesure, l’exercice par les juges des pouvoirs de contrôle judiciaire qui leur sont conférés par une loi (comme ceux établis aux art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7) est régi par les principes de common law que notre Cour a récemment analysés dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

[2] L’intimé, M. Khosa, s’est adressé en vain à la Section d’appel de l’immigration (« SAI ») de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié pour obtenir le droit de demeurer au Canada malgré sa déclaration de culpabilité pour négligence criminelle ayant causé la mort par suite d’une course automobile sur une voie publique. Une mesure de renvoi valide avait été prise pour le renvoyer en Inde. Les membres majoritaires de la SAI n’ont pas cru à l’existence de « motifs d’ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l’affaire, la prise de mesures spéciales » contre la mesure de renvoi au sens de l’al. 67(1)c) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« LIPR »). Appliquant la norme de contrôle de la « décision manifestement déraisonnable », le juge saisi de la demande de contrôle judiciaire en première instance a rejeté la contestation par M. Khosa de la décision de la SAI. Toutefois, la Cour d’appel fédérale à la majorité a appliqué la norme de la « décision raisonnable *simpliciter* » et annulé la décision de la SAI. Dans l’arrêt *Dunsmuir* (rendu après le prononcé des décisions des deux juridictions inférieures), la distinction entre le caractère « manifestement déraisonnable » et le caractère « raisonnable *simpliciter* » a été abandonnée pour être remplacée par une conception de la « raisonabilité » davantage axée sur le contexte et qui, cependant, « n’ouvre pas la voie à une plus grande immixtion judiciaire » (par. 48).

[3] Le ministre a demandé l’autorisation de se pourvoir devant notre Cour pour faire valoir que,

Federal Courts Act establishes a *legislated* standard of review that displaces the common law altogether. On this view, *Dunsmuir* is largely irrelevant to the current appeal. However, it is apparent that while the courts below differed on the choice of the appropriate common law standard of review, neither the judge at first instance nor any of the judges of the appellate court considered the common law of judicial review to be displaced by s. 18.1 of the *Federal Courts Act*. The trial court took the view that s. 18.1 of the *Federal Courts Act* deals essentially with *grounds* of review of administrative action, not *standards* of review, and the Federal Court of Appeal proceeded in the same way. I think this approach is correct although, as will be discussed, s. 18.1(4)(d) does provide legislative guidance as to “the degree of deference” owed to the IAD’s findings of fact.

[4] *Dunsmuir* teaches that judicial review should be less concerned with the formulation of different standards of review and more focussed on substance, particularly on the nature of the issue that was before the administrative tribunal under review. Here, the decision of the IAD required the application of broad policy considerations to the facts as found to be relevant, and weighed for importance, by the IAD itself. The question whether Khosa had shown “sufficient humanitarian and compassionate considerations” to warrant relief from his removal order, which all parties acknowledged to be valid, was a decision which Parliament confided to the IAD, not to the courts. I conclude that on general principles of administrative law, including our Court’s recent decision in *Dunsmuir*, the applications judge was right to give a higher degree of deference to the IAD decision than seemed appropriate to the Federal Court of Appeal majority. In my view, the majority decision of the IAD was within a range of reasonable outcomes and the majority of the Federal Court of Appeal erred in intervening in this case to quash it. The appeal is therefore allowed and the decision of the Immigration Appeal Division is restored.

de toute façon, l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* établit une norme de contrôle *légitime* qui écarte totalement la common law. Sous cet angle, l’arrêt *Dunsmuir* ne serait pas vraiment pertinent pour l’examen du présent pourvoi. Pourtant, il est clair que, si les juridictions inférieures ont fait des choix différents quant à la norme de contrôle de common law applicable, ni le juge de première instance ni aucun des juges de la Cour d’appel n’ont considéré que l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* écartait la common law en matière de contrôle judiciaire. Le tribunal de première instance a estimé que cette disposition traite essentiellement des *motifs* de contrôle des mesures administratives, et non des *normes* de contrôle. La Cour d’appel fédérale a adopté le même point de vue. Je pense que cette approche est la bonne, bien que l’al. 18.1(4)d fournisse, comme nous le verrons, une indication législative du « degré de déférence » applicable aux conclusions de fait de la SAI.

[4] L’arrêt *Dunsmuir* nous enseigne que le contrôle judiciaire devrait accorder moins d’importance à la formulation de différentes normes de contrôle et s’intéresser davantage au fond, en particulier à la nature de la question soumise au tribunal administratif en cause. Pour rendre sa décision en l’espèce, la SAI devait appliquer des considérations de politique générale aux faits dont elle avait elle-même constaté la pertinence et soupesé l’importance. C’est à la SAI et non aux tribunaux judiciaires que le législateur avait confié la tâche de déterminer si M. Khosa avait établi l’existence de « motifs d’ordre humanitaire justifiant » la levée de la mesure de renvoi le concernant, dont toutes les parties reconnaissaient la validité. Je conclus que, selon les principes généraux du droit administratif, y compris le récent arrêt *Dunsmuir* de notre Cour, le juge des requêtes a eu raison de manifester à l’égard de la décision de la SAI une déférence plus grande que celle considérée appropriée par les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale. À mon avis, la décision des membres majoritaires de la SAI faisait partie des issues raisonnables possibles et les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale ont eu tort d’intervenir pour l’annuler. Le pourvoi est donc accueilli et la décision de la Section d’appel de l’immigration est rétablie.

I. Facts

[5] The respondent, Sukhvir Singh Khosa, is a citizen of India. He immigrated to Canada with his family in 1996, at the age of 14. He has landed immigrant status. During the evening of November 13, 2000, he and an individual named Bahadur Singh Bhalru, drove their respective cars at over 100 kilometres per hour along Marine Drive through a residential and commercial area of Vancouver. At their criminal trial, the court concluded that they were “street racing”. Khosa was prepared to plead guilty to a charge of dangerous driving, but not to the more serious charge of criminal negligence causing death, of which he was eventually convicted. The respondent continued to deny street racing, although he admitted that he was speeding and that his driving behaviour was exceptionally dangerous. On appeal from sentencing, the British Columbia Court of Appeal commented:

. . . it is significant that the respondents were racing. They were driving at excessive speeds in competition with each other on a major street lined with both commercial and residential properties. They did this at a time when other vehicles and pedestrians reasonably could be expected to be on the roads.

The “spontaneous” nature of the race . . . mitigates the severity with which it should be assessed. The race was not planned, did not involve vehicles specifically modified for the purpose of racing, and was of relatively short duration. As unacceptable as the conduct of the respondents was, it represented a reckless error in judgment more than a deliberate endangerment of the public.

(2003 BCCA 645, 190 B.C.A.C. 42, at paras. 33 and 36)

As to the “moral culpability” of the respondent and his co-accused, the Court of Appeal continued:

The Crown concedes that there are several factors which mitigate the moral culpability of the respondents in this case. Mr. Khosa and Mr. Bhalru are both young,

I. Les faits

[5] L’intimé, Sukhvir Singh Khosa, est un citoyen de l’Inde. Il a immigré au Canada avec sa famille en 1996 alors qu’il était âgé de 14 ans. Il a le statut de résident permanent. Le soir du 13 novembre 2000, M. Khosa et une personne du nom de Bahadur Singh Bhalru ont conduit leur automobile respective à plus de 100 kilomètres à l’heure sur Marine Drive dans un secteur résidentiel et commercial de Vancouver. À leur procès criminel, la cour a conclu qu’ils faisaient une « course de rue ». M. Khosa était disposé à plaider coupable à une accusation de conduite dangereuse, mais pas à l’accusation plus grave de négligence criminelle ayant causé la mort, dont il a finalement été déclaré coupable. L’intimé n’a jamais cessé de nier avoir participé à une course de rue, bien qu’il ait admis qu’il roulait vite et que son comportement au volant était exceptionnellement dangereux. Dans le cadre de l’appel relatif à la peine, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a fait l’observation suivante :

[TRADUCTION] . . . la participation des intimés à une course est un facteur important. Se livrant à une compétition entre eux, ils roulaient à une vitesse excessive sur une grande artère bordée d’immeubles tant résidentiels que commerciaux. Ils l’ont fait à un moment où il était raisonnable de s’attendre à la présence d’autres véhicules et de piétons.

Le caractère « spontané » de la course doit [. . .] être pris en compte comme facteur atténuant. La course n’était pas planifiée, ne mettait pas en cause des véhicules modifiés à cette fin et elle a été d’une durée relativement courte. Le comportement des intimés était inacceptable, mais il s’agissait davantage d’une erreur de jugement commise par témérité que de la création délibérée d’un danger pour le public.

(2003 BCCA 645, 190 B.C.A.C. 42, par. 33 et 36)

Quant à la « culpabilité morale » de l’intimé et de son coaccusé, la Cour d’appel a ajouté :

[TRADUCTION] Le ministère public concède que plusieurs facteurs viennent mitiger la culpabilité morale des intimés en l’espèce. M. Khosa et M. Bhalru sont

have no prior criminal record or driving offences, have expressed remorse for the consequences of their conduct, and have favourable prospects for rehabilitation. . . . [para. 38]

[6] The respondent received a conditional sentence of two years less a day. The conditions included house arrest, a driving ban, and community service, all of which were complied with prior to the IAD hearing.

II. Judicial History

A. *Immigration Appeal Division*, [2004] I.A.D.D. No. 1268 (QL)

(1) The Majority

[7] The majority of the IAD recognized (at para. 12) that its discretionary jurisdiction to grant “special relief” on humanitarian and compassionate grounds under s. 67(1)(c) of the *IRPA* should be exercised in light of the factors adopted in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL), and endorsed by this Court in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84, at paras. 40, 41 and 90, namely:

- (1) the seriousness of the offence leading to the removal order;
- (2) the possibility of rehabilitation;
- (3) the length of time spent, and the degree to which the individual facing removal is established, in Canada;
- (4) the family and community support available to the individual facing removal;
- (5) the family in Canada and the dislocation to the family that removal would cause; and

jeunes tous les deux, ils n’ont pas de casier judiciaire et ils n’avaient jamais commis auparavant d’infraction relative à la conduite d’un véhicule; ils ont exprimé des remords pour les conséquences de leurs actes et ils ont de bonnes possibilités de réadaptation. . . [par. 38]

[6] L’intimé a été condamné à une peine d’emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour, assortie de conditions, comprenant l’obligation de demeurer en détention à domicile, une interdiction de conduire et des heures de service communautaire. Au moment de l’audience devant la SAI, il s’était conformé à toutes ces conditions.

II. Historique judiciaire

A. *Section d’appel de l’immigration*, [2004] D.S.A.I. n° 1268 (QL)

(1) La majorité

[7] La SAI à la majorité a reconnu (au par. 12) que, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de prendre des « mesures spéciales » pour des motifs d’ordre humanitaire aux termes de l’al. 67(1)c) de la *LIPR*, elle devait tenir compte des facteurs établis dans *Ribic c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL), et approuvés par notre Cour dans *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84, par. 40, 41 et 90, à savoir :

- (1) la gravité de l’infraction ayant donné lieu à la mesure de renvoi;
- (2) la possibilité de réadaptation;
- (3) le temps passé au Canada et le degré d’établissement;
- (4) le soutien que peut fournir la famille et la collectivité;
- (5) la présence au Canada de la famille de la personne exposée au renvoi et les bouleversements que son expulsion occasionnerait à sa famille;

(6) the degree of hardship that would be caused to the individual facing removal to his country of nationality.

[8] The majority considered that the last four *Ribic* factors were not particularly compelling for or against relief. As to the first two factors, the offence in question was “extremely serious” (para. 14) and the majority expressed particular concern over Khosa’s refusal to accept without reservation the finding that he had been street racing. The IAD majority considered that this refusal “reflects a lack of insight into his conduct” (para. 15). As to Khosa’s prospects for rehabilitation, the majority decided that there was insufficient evidence upon which to make a finding one way or the other (paras. 15 and 23). However, even if Khosa had good prospects for rehabilitation, “balancing all the relevant factors, . . . the scale does not tip in [Khosa’s] favour” (para. 23). Accordingly, “special relief” was denied.

(2) The Dissent

[9] The dissenting member of the IAD would also have denied the appeal, but she would have stayed the execution of the deportation order pending a further review in three years. She acknowledged the seriousness of the offence for which Khosa was convicted but found that it was mitigated by matters not considered important by the majority. Evidence of remorse and rehabilitation favoured relief. Having regard to the criminal proceedings, she noted that no penitentiary term was considered appropriate. The crime of which Khosa was convicted is not one of intent. There was no evidence of criminal propensity. The race was spontaneous and short. All sentencing conditions had been complied with. In the circumstances, she concluded that relief ought to be granted on humanitarian and compassionate grounds.

(6) l’importance des difficultés que causerait à la personne exposée au renvoi le retour dans son pays de nationalité.

[8] Les membres majoritaires de la SAI ont estimé que les quatre derniers facteurs énoncés dans *Ribic* ne constituaient pas une raison vraiment impérieuse de prendre ou non des mesures. Quant aux deux premiers facteurs, l’infraction en question était « extrêmement grave » (par. 14) et ils se sont dits particulièrement préoccupés par le refus de M. Khosa d’accepter sans réserve la conclusion selon laquelle il avait participé à une course de rue. La SAI à la majorité a jugé que ce refus « dénote que l’appelant ne saisit pas bien toute la portée de sa conduite » (par. 15). En ce qui concerne la possibilité de réadaptation de M. Khosa, les membres majoritaires de la SAI ont jugé qu’il y avait trop peu de preuve qui leur permettrait de conclure dans un sens ou dans l’autre (par. 15 et 23). Toutefois, même si M. Khosa avait une bonne possibilité de réadaptation, « les facteurs pertinents soupesés ne feraient pas pencher la balance en faveur de [M. Khosa] » (par. 23). Les « mesures spéciales » demandées ont donc été refusées.

(2) La dissidence

[9] La membre dissidente de la SAI aurait également rejeté l’appel, mais elle aurait sursis à l’exécution de la mesure de renvoi pendant trois ans, jusqu’à ce que l’affaire soit examinée à nouveau. Elle a reconnu la gravité de l’infraction dont M. Khosa avait été déclaré coupable, mais elle a estimé que cette gravité était atténuée par des facteurs auxquels ses collègues n’avaient pas accordé d’importance. La preuve de remords et la possibilité de réadaptation jouaient en faveur de la prise de mesures. Concernant l’instance criminelle, elle a fait remarquer qu’il avait été jugé à propos de n’infliger aucune peine carcérale à M. Khosa. L’infraction dont M. Khosa a été déclaré coupable n’est pas un crime d’intention. Il n’y avait aucune preuve de prédisposition à la criminalité. La course a été spontanée et de courte durée. Il avait respecté toutes les conditions qui lui avaient été imposées. Vu les circonstances, elle a conclu qu’il y avait lieu de prendre des mesures pour des motifs d’ordre humanitaire.

B. *Federal Court*, 2005 FC 1218, 266 F.T.R. 138

[10] Lutfy C.J. dismissed Khosa's application for judicial review. He found that considerable deference was required, given the broad nature of the discretion vested in the IAD and its expertise in applying *Ribic* factors in appeals under s. 67(1)(c) of the *IRPA*. The appropriate standard of review is patent unreasonableness. Whether or not the IAD majority erred in its appreciation of the evidence in light of the *Ribic* factors is "substantially, if not completely, factual" (para. 29).

[11] Lutfy C.J. said that the crux of Khosa's argument was that the majority of the IAD erred by placing inordinate emphasis on his denial that his admittedly dangerous driving took place in the context of a street race, but the judge declined to reweigh the evidence, saying (at para. 36):

In assessing Mr. Khosa's expression of remorse, they [the majority] chose to place greater weight on his denial that he participated in a "race" than others might have. The IAD conclusion on the issue of remorse appears to differ from that of the criminal courts. The IAD, however, unlike the criminal courts, had the opportunity to assess Mr. Khosa's testimony.

[12] In the result, Lutfy C.J. held that there was no basis for concluding that "the majority opinion is patently unreasonable or, in the words of paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Courts Act*, one which was based on an erroneous finding of fact 'made in a perverse or capricious manner or without regard for the material'" (para. 39).

C. *Federal Court of Appeal*, 2007 FCA 24, [2007] 4 F.C.R. 332

(1) The Majority

[13] Décary J.A. (Malone J.A. concurring) disagreed with Lutfy C.J. on the appropriate standard

B. *Cour fédérale*, 2005 CF 1218, [2005] A.C.F. n° 1465 (QL)

[10] Le juge en chef Lutfy a rejeté la demande de contrôle judiciaire de M. Khosa. Il a conclu qu'une grande déférence s'imposait en raison du vaste pouvoir discrétionnaire conféré à la SAI et de l'expertise de cette dernière dans l'application des facteurs énumérés dans *Ribic* dans le cadre des appels prévus par l'al. 67(1)c) de la *LIPR*. La norme de contrôle applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable. La question de savoir si, au regard des facteurs énoncés dans *Ribic*, les membres majoritaires de la SAI ont commis une erreur dans leur appréciation de la preuve « repose essentiellement, sinon totalement, sur les faits » (par. 29).

[11] Selon le juge en chef Lutfy, l'élément crucial de l'argumentation de M. Khosa était que les membres majoritaires de la SAI avaient commis une erreur en accordant une importance excessive à son refus de reconnaître que sa conduite incontestablement dangereuse se situait dans le contexte d'une course de rue, mais le juge a refusé d'apprécier à nouveau la preuve, affirmant ce qui suit (par. 36) :

Lorsqu'ils [les membres majoritaires] ont apprécié l'expression de remords par M. Khosa, ils ont choisi d'accorder davantage de poids que d'autres ne l'auraient peut-être fait à son déni de participation à une « course ». La conclusion de la SAI sur la question des remords semble différer de celle des cours criminelles. La SAI a toutefois eu l'occasion, ce qui n'a pas été le cas pour les cours criminelles, d'apprécier le témoignage de M. Khosa.

[12] Par conséquent, le juge en chef Lutfy a estimé que rien ne permettait de conclure que « l'avis majoritaire était manifestement déraisonnable ou, selon les termes de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qu'il était fondé sur une conclusion de fait erronée "tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments" dont on disposait » (par. 39).

C. *Cour d'appel fédérale*, 2007 CAF 24, [2007] 4 R.C.F. 332

(1) La majorité

[13] Le juge Décary (avec l'accord du juge Malone) n'a pas souscrit à l'opinion du juge en chef

of review. In his view, the applicable standard was “reasonableness”. Accordingly, “[s]ince the applications Judge applied the wrong standard of review, it is my duty, on appeal, to review the Board’s decision on the correct standard of review, that is, on the standard of reasonableness” (para. 14).

[14] With respect to the second *Ribic* factor, Décary J.A. said that the “possibility of rehabilitation” is a criminal law concept with which the IAD does not have particular expertise. It should be wary of questioning findings of the criminal courts on matters falling squarely within their expertise. The majority “merely acknowledges the findings of the British Columbia courts in that regard, which are favourable to [Khosa], and does not explain why it comes to the contrary conclusion The whole of the evidence with respect to the conduct of [Khosa] after his sentencing undisputedly strengthens the findings of the criminal courts. Yet, the Board ignores that evidence and those findings” (para. 17). As to the “street racing” issue, Décary J.A. said:

It clearly appears from the transcripts of the hearing that the presiding member — who wrote the majority decision — and counsel for the Crown, had some kind of fixation with the fact that the offence was related to street racing, to such a point that the hearing, time and time again, was transformed into a quasi-criminal trial, if not into a new criminal trial. [para. 18]

For these reasons, Décary J.A. concluded that the majority had acted unreasonably.

(2) The Dissent

[15] Desjardins J.A. concluded that the applications judge was right to apply the “patent unreasonableness” standard. She emphasized that the IAD has expertise in applying the *Ribic* factors in

Lutfy sur la norme de contrôle applicable. Selon lui, la norme applicable était celle de la « décision raisonnable ». Par conséquent, « [p]uisque le juge de première instance n’a pas suivi la norme de contrôle applicable, il m’incombe, au stade de l’appel, de me pencher sur la décision de la Commission en appliquant la norme de contrôle applicable, c’est-à-dire celle de la décision raisonnable » (par. 14).

[14] En ce qui concerne le deuxième facteur énoncé dans *Ribic*, le juge Décary a affirmé que la « possibilité de réadaptation » est une notion de droit pénal au sujet de laquelle la SAI ne détient pas de connaissances particulières. Celle-ci doit être réticente à remettre en question les conclusions des juridictions pénales sur des aspects qui relèvent nettement de leur domaine de spécialisation. La majorité « prend simplement acte des constats des tribunaux de la Colombie-Britannique sur ce point, constats qui sont favorables à [M. Khosa], sans expliquer pourquoi elle tire la conclusion opposée [. . .] La totalité de la preuve se rapportant à la conduite de [M. Khosa] après l’imposition de sa peine va incontestablement dans le sens des constats des juridictions pénales. Or, la Commission passe sous silence cette preuve ainsi que ces constats » (par. 17). En ce qui a trait à la question de la « course de rue », le juge Décary a dit ce qui suit :

Il ressort manifestement du procès-verbal de l’audience que le président de l’audience — qui est l’auteur de la décision des membres majoritaires de la SAI — et l’avocat de la Couronne ont été quelque peu obnubilés par le fait que l’infraction se rapportait à une course de rue, à telle enseigne que, à plusieurs reprises, l’audience a pris l’allure d’un procès quasi-pénal, pour ne pas dire d’un nouveau procès pénal. [par. 18]

Pour ces motifs, le juge Décary a conclu que les membres majoritaires avaient agi de façon déraisonnable.

(2) La dissidence

[15] La juge Desjardins a estimé que le juge des requêtes avait eu raison d’appliquer la norme de la « décision manifestement déraisonnable ». Elle a souligné que la SAI possède l’expertise requise

decisions under s. 67(1)(c) of the *IRPA* and that this exercise is “highly fact-based and contextual” (para. 36). Desjardins J.A. also emphasized the broad discretion conferred upon the IAD by s. 67(1)(c) of the *IRPA*. In her view, Lutfy C.J. had made no reviewable error. She would have dismissed the appeal.

III. Relevant Statutory Provisions

[16] *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27

3. (1) The objectives of this Act with respect to immigration are

. . . .

(h) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society;

36. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

67. (1) To allow an appeal, the Immigration Appeal Division must be satisfied that, at the time that the appeal is disposed of,

. . . .

(c) other than in the case of an appeal by the Minister, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case.

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

(2) An application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission

pour appliquer les facteurs établis dans *Ribic* dans les affaires régies par l'al. 67(1)c) de la *LIPR*, et qu'il s'agit d'un exercice « contextuel[1] et fortement tributaire des faits » (par. 36). La juge Desjardins a également insisté sur le large pouvoir discrétionnaire que l'al. 67(1)c) de la *LIPR* confère à la SAI. À son avis, le juge en chef Lutfy n'avait commis aucune erreur susceptible de contrôle. Elle aurait rejeté l'appel.

III. Les dispositions législatives pertinentes

[16] *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27

3. (1) En matière d'immigration, la présente loi a pour objet :

. . . .

h) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

36. (1) Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

67. (1) Il est fait droit à l'appel sur preuve qu'au moment où il en est disposé :

. . . .

c) sauf dans le cas de l'appel du ministre, il y a — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — des motifs d'ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l'affaire, la prise de mesures spéciales.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première

or other tribunal shall be made within 30 days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected by it, or within any further time that a judge of the Federal Court may fix or allow before or after the end of those 30 days.

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

- (a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or
- (b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

- (a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;
- (b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;
- (c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;
- (d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;
- (e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or
- (f) acted in any other way that was contrary to law.

(5) If the sole ground for relief established on an application for judicial review is a defect in form or a technical irregularity, the Federal Court may

- (a) refuse the relief if it finds that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; and
- (b) in the case of a defect in form or a technical irregularity in a decision or an order, make an order validating the decision or order, to have effect from any time and on any terms that it considers appropriate.

communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

- a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;
- b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'office fédéral, selon le cas :

- a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;
- b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;
- c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;
- d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;
- e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;
- f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

(5) La Cour fédérale peut rejeter toute demande de contrôle judiciaire fondée uniquement sur un vice de forme si elle estime qu'en l'occurrence le vice n'entraîne aucun dommage important ni déni de justice et, le cas échéant, valider la décision ou l'ordonnance entachée du vice et donner effet à celle-ci selon les modalités de temps et autres qu'elle estime indiquées.

IV. Analysis

[17] This appeal provides a good illustration of why the adjustment made by *Dunsmuir* was timely. By switching the standard of review from patent unreasonableness to reasonableness *simpliciter*, the Federal Court of Appeal majority felt empowered to retry the case in important respects, even though the issues to be resolved had to do with immigration policy, not law. Clearly, the majority felt that the IAD disposition was unjust to Khosa. However, Parliament saw fit to confide that particular decision to the IAD, not to the judges.

[18] In cases where the legislature has enacted judicial review legislation, an analysis of that legislation is the first order of business. Our Court had earlier affirmed that, within constitutional limits, Parliament may by legislation specify a particular standard of review: see *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779. Nevertheless, the intended scope of judicial review legislation is to be interpreted in accordance with the usual rule that the terms of a statute are to be read purposefully in light of its text, context and objectives.

[19] Generally speaking, most if not all judicial review statutes are drafted against the background of the common law of judicial review. Even the more comprehensive among them, such as the British Columbia *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, can only sensibly be interpreted in the common law context because, for example, it provides in s. 58(2)(a) that “a finding of fact or law or an exercise of discretion by the tribunal in respect of a matter over which it has exclusive jurisdiction under a privative clause must not be interfered with unless it is patently unreasonable”. The expression “patently unreasonable” did not spring unassisted from the mind of the legislator. It was obviously intended to be understood in the context of the common law jurisprudence, although a

IV. Analyse

[17] Le pourvoi illustre bien pourquoi le changement de cap effectué dans *Dunsmuir* arrivait à point. En substituant la norme de contrôle du raisonnable *simpliciter* à celle du manifestement déraisonnable, les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale se sont crus autorisés à instruire à nouveau d’importants aspects de l’affaire, même si les questions à trancher concernaient la politique d’immigration et non le droit. Ils ont manifestement estimé que la décision de la SAI était injuste envers M. Khosa. Or, le législateur a jugé bon de confier la tâche de rendre cette décision particulière à la SAI, et non aux juges.

[18] Dans les cas où le législateur a édicté des dispositions relatives au contrôle judiciaire, il faut en premier lieu procéder à l’analyse de ces dispositions. Notre Cour avait déjà affirmé que le législateur peut, dans le respect des limites fixées par la Constitution, édicter des textes législatifs établissant une norme de contrôle particulière : voir *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779. Néanmoins, la portée que le législateur a voulu donner aux dispositions législatives relatives au contrôle judiciaire doit être déterminée conformément à la règle habituelle voulant que les termes d’une loi soient interprétés en fonction de leur objet compte tenu du texte, du contexte et des objectifs de la loi.

[19] De façon générale, la plupart des dispositions législatives relatives au contrôle judiciaire, sinon toutes, sont rédigées comme s’inscrivant dans le contexte de la common law en matière de contrôle judiciaire. Même les lois les plus exhaustives, comme l’*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, de la Colombie-Britannique, ne peuvent être interprétées sensément que dans le contexte de la common law parce que, par exemple, l’al. 58(2)a de cette loi prévoit qu’[TRADUCTION] « aucune conclusion de fait ou de droit ni mesure discrétionnaire du tribunal au sujet d’une affaire qui relève de sa compétence exclusive en vertu d’une clause privative ne doit être modifiée à moins d’être manifestement déraisonnable ». Le législateur n’a pas choisi l’expression « manifestement déraisonnable » au

number of *indicia* of patent unreasonableness are given in s. 58(3). Despite *Dunsmuir*, “patent unreasonableness” will live on in British Columbia, but the *content* of the expression, and the precise degree of deference it commands in the diverse circumstances of a large provincial administration, will necessarily continue to be calibrated according to general principles of administrative law. That said, of course, the legislature in s. 58 was and is directing the B.C. courts to afford administrators a high degree of deference on issues of fact, and effect must be given to this clearly expressed legislative intention.

A. *A Difference of Perspective*

[20] As Rand J. commented in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140, “there is always a perspective within which a statute is intended to operate”. This applies to s. 18.1 of the *Federal Courts Act* as much as it does to any other enactment.

[21] My colleague Justice Rothstein adopts the perspective that in the absence of a privative clause or statutory direction to the contrary, express or implied, judicial review under s. 18.1 is to proceed “as it does in the regular appellate context” (para. 117). Rothstein J. writes:

On my reading, where Parliament intended a deferential standard of review in s. 18.1(4), it used clear and unambiguous language. The necessary implication is that where Parliament did not provide for deferential review, it intended the reviewing court to apply a correctness standard as it does in the regular appellate context. [Emphasis added.]

I do not agree that such an implication is either necessary or desirable. My colleague states that

hasard. De toute évidence, il a voulu qu’elle soit interprétée dans le contexte de la jurisprudence de common law, bien qu’un certain nombre d’indices sur le caractère manifestement déraisonnable soient donnés au par. 58(3). Malgré l’arrêt *Dunsmuir*, la norme du « manifestement déraisonnable » subsistera en Colombie-Britannique, mais le *contenu* de cette expression et le degré précis de déférence qu’elle commande dans les divers champs d’action d’une administration provinciale importante continueront nécessairement d’être mesurés à l’aide des principes généraux du droit administratif. Cela dit, l’art. 58 a enjoint et enjoint encore aujourd’hui aux tribunaux de la Colombie-Britannique d’accorder aux décideurs administratifs un degré élevé de déférence sur les questions de fait et il faut donner effet à cette intention clairement exprimée par le législateur.

A. *Une différence de perspective*

[20] Dans *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140, le juge Rand a fait observer : [TRADUCTION] « Une loi doit toujours s’entendre comme s’appliquant dans une certaine optique. » Cela s’applique tant à l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* qu’à toute autre disposition législative.

[21] Selon la perspective qu’adopte mon collègue, le juge Rothstein, en l’absence d’une clause privative ou d’une directive législative contraire, qu’elle soit expresse ou implicite, la cour saisie d’une demande de contrôle judiciaire en vertu de l’art. 18.1 doit procéder « comme elle le fait normalement en appel » (par. 117). Le juge Rothstein écrit ce qui suit :

Selon moi, lorsqu’il a voulu imposer une norme de contrôle empreinte de déférence au par. 18.1(4), le législateur a utilisé des termes clairs et non équivoques. Il faut nécessairement en déduire que dans les cas où le législateur n’a pas prévu une norme empreinte de déférence, il voulait que la cour de révision applique la norme de la décision correcte, comme elle le fait normalement en appel. [Je souligne.]

À mon avis, une telle déduction n’est ni nécessaire ni souhaitable. Mon collègue affirme que « s’il est

“where a legal question can be extricated from a factual or policy inquiry, it is inappropriate to presume deference where Parliament has not indicated this via a privative clause” (para. 90), citing *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 8 and 13. *Housen*, of course, was a regular appeal in a civil negligence case.

[22] On this view, the reviewing court applies a standard of review of correctness unless otherwise directed to proceed (expressly or by necessary implication) by the legislature.

[23] Rothstein J. writes, at para. 87, that the Court “depart[ed] from the conceptual origin of standard of review” in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557. *Pezim* was a unanimous decision of the Court which deferred to the expertise of a specialized tribunal in the interpretation of provisions of the *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, despite the presence of a right of appeal and the absence of a privative clause.

[24] The conceptual underpinning of the law of judicial review was “further blurred”, my colleague writes, by *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, which treated the privative clause “simply as one of several factors in the calibration of deference (standard of review)” (para. 92). In my colleague’s view, “[i]t is not for the court to impute tribunal expertise on legal questions, absent a privative clause and, in doing so, assume the role of the legislature to determine when deference is or is not owed” (para. 91).

[25] I do not share Rothstein J.’s view that absent statutory direction, explicit or by necessary implication, no deference is owed to administrative decision-makers in matters that relate to their

possible de dégager la question de droit de l’examen des questions de fait ou de politique, la déférence ne saurait se présumer lorsque le législateur n’a pas donné d’indication en ce sens en édictant une clause privative » (par. 90), et cite *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8 et 13. Il s’agissait évidemment, dans *Housen*, d’un appel normal dans une poursuite civile pour négligence.

[22] Selon ce raisonnement, la cour de révision applique la norme de contrôle de la décision correcte à moins que le législateur ait indiqué (expressément ou par déduction nécessaire) une autre façon de procéder.

[23] Le juge Rothstein explique, au par. 87, qu’une « rupture avec l’origine conceptuelle de la norme de contrôle » s’est produite dans l’arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557. *Pezim* est une décision unanime dans laquelle la Cour s’en est remise à l’expertise d’un tribunal administratif spécialisé quant à l’interprétation des dispositions de la *Securities Act*, S.B.C. 1985, ch. 83, en dépit de l’existence d’un droit d’appel et de l’absence de clause privative.

[24] Le juge Rothstein écrit aussi que la base conceptuelle du droit relatif au contrôle judiciaire s’est « estompée encore davantage » dans l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, dans lequel la Cour a considéré simplement la clause privative comme « l’un des multiples facteurs à prendre en considération pour déterminer le degré de déférence (la norme de contrôle) qui s’imposait » (par. 92). À son avis, « [i]l n’appartient pas à la cour d’attribuer au tribunal administratif une expertise sur des questions de droit en l’absence d’une clause privative et, ce faisant, de déterminer à la place du législateur les circonstances qui commandent ou non la déférence » (par. 91).

[25] Je ne partage pas l’opinion du juge Rothstein selon laquelle, en l’absence d’une directive législative expresse ou nécessairement implicite, la cour de révision n’a pas à faire preuve de déférence à

special role, function and expertise. *Dunsmuir* recognized that with or without a privative clause, a measure of deference has come to be accepted as appropriate where a particular decision had been allocated to an administrative decision-maker rather than to the courts. This deference extended not only to facts and policy but to a tribunal's interpretation of its constitutive statute and related enactments because "there might be multiple valid interpretations of a statutory provision or answers to a legal dispute and that courts ought not to interfere where the tribunal's decision is rationally supported" (*Dunsmuir*, at para. 41). A policy of deference "recognizes the reality that, in many instances, those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime" (*Dunsmuir*, at para. 49, quoting Professor David J. Mullan, "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93). Moreover, "[d]eference may also be warranted where an administrative tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context" (*Dunsmuir*, at para. 54).

[26] *Dunsmuir* stands against the idea that in the absence of express statutory language or necessary implication, a reviewing court is "to apply a correctness standard as it does in the regular appellate context" (Rothstein J., at para. 117). *Pezim* has been cited and applied in numerous cases over the last 15 years. Its teaching is reflected in *Dunsmuir*. With respect, I would reject my colleague's effort to roll back the *Dunsmuir* clock to an era where some courts asserted a level of skill and knowledge in administrative matters which further experience showed they did not possess.

l'endroit d'un décideur administratif dans les affaires ayant trait au rôle, à la fonction et à l'expertise propres à ce décideur. Dans *Dunsmuir*, notre Cour a reconnu que, sans égard à l'existence d'une clause privative, il est maintenant admis qu'une certaine déférence s'impose lorsqu'une décision particulière a été confiée à un décideur administratif plutôt qu'aux tribunaux judiciaires. Cette déférence s'étend non seulement aux questions touchant aux faits et à la politique, mais aussi à l'interprétation, par le tribunal administratif, de sa loi constitutive et des dispositions législatives connexes étant donné « qu'une disposition législative peut donner lieu à plus d'une interprétation valable, et un litige, à plus d'une solution, et que la cour de révision doit se garder d'intervenir lorsque la décision administrative a un fondement rationnel » (*Dunsmuir*, par. 41). Le principe de la déférence « reconnaît que dans beaucoup de cas, les personnes qui se consacrent quotidiennement à l'application de régimes administratifs souvent complexes possèdent ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l'égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause » (*Dunsmuir*, par. 49, citant le professeur David J. Mullan, « Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93). En outre, la déférence « peut également s'imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé » (*Dunsmuir*, par. 54).

[26] L'arrêt *Dunsmuir* contredit la thèse selon laquelle il faut, en l'absence d'une disposition législative expresse ou nécessairement implicite, que la cour de révision « applique la norme de la décision correcte, comme elle le fait normalement en appel » (le juge Rothstein, par. 117). L'arrêt *Pezim* a été cité et appliqué dans de nombreuses décisions au cours des 15 dernières années. Ce qu'il nous enseigne se reflète dans *Dunsmuir*. Avec égard, je suis d'avis de rejeter la tentative de mon collègue de retourner à l'époque où certains tribunaux judiciaires s'attribuaient, en matière administrative, certaines compétences et connaissances qu'ils se sont en fait avérés ne pas posséder.

B. *Section 18.1 of the Federal Courts Act*

[27] Given the differing perspectives that Rothstein J. and I bring to judicial review, it is not surprising that we differ on the role and function of s. 18.1 of the *Federal Courts Act*.

[28] In my view, the interpretation of s. 18.1 of the *Federal Courts Act* must be sufficiently elastic to apply to the decisions of hundreds of different “types” of administrators, from Cabinet members to entry-level *fonctionnaires*, who operate in different decision-making environments under different statutes with distinct grants of decision-making powers. Some of these statutory grants have privative clauses; others do not. Some provide for a statutory right of appeal to the courts; others do not. It cannot have been Parliament’s intent to create by s. 18.1 of the *Federal Courts Act* a single, rigid Procrustean standard of decontextualized review for all “federal board[s], commission[s] or other tribunal[s]”, an expression which is defined (in s. 2) to include generally all federal administrative decision-makers. A flexible and contextual approach to s. 18.1 obviates the need for Parliament to set customized standards of review for each and every federal decision-maker.

[29] The Minister’s reliance on *Owen* is misplaced. At issue in that case was the standard applicable to the highly specific task of judicial review of decisions of Review Boards set up under s. 672.38 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to deal with individuals found not criminally responsible (“NCR”) on account of a mental disorder. The mandate of these Boards is to determine the “least onerous and least restrictive” limits on the liberty of NCR individuals who remain a “significant threat to the safety of the public” (s. 672.54). On a statutory appeal (s. 672.78), the Court of Appeal is authorized to set aside a Review Board order on a number of grounds, namely

B. *L’article 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales*

[27] Compte tenu de nos conceptions différentes du contrôle judiciaire, il n’est pas étonnant que le juge Rothstein et moi divergions d’opinion sur le rôle et la fonction de l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[28] À mon avis, le sens de l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* doit être suffisamment élastique pour s’appliquer aux décisions de centaines de « types » différents de décideurs administratifs, du ministre au *fonctionnaire* le moins expérimenté, exerçant dans des contextes décisionnels variés les pouvoirs distincts qui leur sont conférés par des lois particulières. Certaines de ces attributions de pouvoir par le législateur comportent des clauses privatives, d’autres non. Certaines prévoient un droit d’appel auprès des tribunaux judiciaires, d’autres non. Le législateur ne peut avoir eu l’intention de créer, par l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, une norme de contrôle unique et rigide, à l’image du lit de Procuste, qui s’appliquerait sans égard au contexte à tous les « offices fédéraux », c’est-à-dire à tous les décideurs administratifs fédéraux en général, selon la définition de cette expression qui figure à l’art. 2. Une application souple et contextuelle de l’art. 18.1 épargne au législateur la nécessité d’établir des normes de contrôle sur mesure pour chacun des décideurs fédéraux.

[29] Le ministre a tort de s’appuyer sur l’arrêt *Owen*. Cette affaire portait sur la tâche hautement spécifique du contrôle judiciaire des décisions des commissions d’examen chargées, par l’art. 672.38 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, d’examiner le cas des personnes déclarées non criminellement responsables pour cause de troubles mentaux. Ces commissions doivent rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » à l’égard des personnes déclarées non criminellement responsables qui représentent un « risque important pour la sécurité du public » (art. 672.54). En appel, la loi (art. 672.78) autorise la cour d’appel à annuler l’ordonnance rendue par une commission d’examen pour différents motifs, plus précisément si

- (a) the decision is unreasonable or cannot be supported by the evidence; or,
- (b) the decision is based on a wrong decision on a question of law (unless no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred); or
- (c) there was a miscarriage of justice.

[30] The *Owen* court held that where Parliament has shown a clear intent then, absent any constitutional challenge, that is the standard of review that is to be applied (para. 32). This approach was affirmed in *Dunsmuir* where the majority said that “determining the applicable standard of review is accomplished by establishing legislative intent” (para. 30).

[31] However, in *Owen* itself, even in the context of a precisely targeted proceeding related to a named adjudicative board, the standard of review was evaluated by reference to the common law of judicial review, as was made clear in the following paragraph:

The first branch of the test corresponds with what the courts call the standard of review of reasonableness *simpliciter*, i.e., the Court of Appeal should ask itself whether the Board’s risk assessment and disposition order was unreasonable in the sense of not being supported by reasons that can bear even a somewhat probing examination . . . [para. 33]

And in the next paragraph:

Resort must therefore be taken to the jurisprudence governing judicial review on a standard of reasonableness *simpliciter* . . . [para. 34]

See also *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498.

[32] In *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528, the Court dealt with the second branch of s. 672.78(1)(b) (“error of law”) on ordinary administrative law principles (clearly applying a correctness standard, at para. 25). As to the saving proviso (i.e., the decision may

- a) la décision est déraisonnable et ne peut pas s’appuyer sur la preuve;
- b) il s’agit d’une erreur de droit (sauf si aucun tort important ni aucune erreur judiciaire ne s’est produit);
- c) il y a eu erreur judiciaire.

[30] Dans *Owen*, la Cour a statué que, si le législateur a révélé clairement son intention, c’est la norme de contrôle qu’il a ainsi établie qu’il convient d’appliquer en l’absence de contestation constitutionnelle (par. 32). Ce principe a été confirmé dans *Dunsmuir*, où les juges majoritaires ont affirmé que « la détermination de la norme de contrôle applicable [est] fonction de l’intention du législateur » (par. 30).

[31] Néanmoins, dans l’affaire *Owen*, même dans le contexte d’une procédure ayant un objectif précis concernant un office déterminé, la norme de contrôle a été établie en fonction des règles de common law en matière de contrôle judiciaire, comme cela ressort clairement du paragraphe qui suit :

Le premier volet du critère correspond à ce que les tribunaux appellent la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter*, c’est-à-dire que la Cour d’appel devrait se demander si l’évaluation du risque et l’ordonnance de la Commission étaient déraisonnables en ce sens qu’elles n’étaient étayées par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé . . . [par. 33]

Et du paragraphe suivant :

Il faut alors recourir à la jurisprudence en matière de contrôle judiciaire au regard de la norme de la décision raisonnable *simpliciter* . . . [par. 34]

Voir également *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498.

[32] Dans *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528, la Cour a examiné le deuxième volet de l’al. 672.78(1)(b) (« erreur de droit ») suivant les principes ordinaires du droit administratif (en appliquant clairement la norme de la décision correcte, au par. 25). Quant à

be set aside for an error of law unless “no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”), the *Pinet* court held that the party seeking to uphold the Review Board decision despite the error of law must “satisfy the appellate court that a Review Board, acting reasonably, and properly informed of the law, would necessarily have reached the same conclusion absent the legal error” (para. 28). None of this is explicit in the statute, but the common law was necessarily called in aid to fill in interstices in the legislation. See also *Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 SCC 7, [2006] 1 S.C.R. 326.

[33] Resort to the general law of judicial review is all the more essential in the case of a provision like s. 18.1 of the *Federal Courts Act* which, unlike s. 672 of the *Criminal Code*, is not limited to particular issues before a particular adjudicative tribunal but covers the full galaxy of federal decision-makers. Section 18.1 must retain the flexibility to deal with an immense variety of circumstances.

C. *Matter of Statutory Interpretation*

[34] The genesis of the *Federal Courts Act* lies in Parliament’s decision in 1971 to remove from the superior courts of the provinces the jurisdiction over prerogative writs, declarations, and injunctions against federal boards, commissions and other tribunals and to place that jurisdiction (slightly modified) in a new federal court. As Donald S. Maxwell, Q.C., the then Deputy Minister of Justice, explained to the House of Commons Standing Committee on Justice and Legal Affairs:

Clause 18 is based on the philosophy that we want to remove the jurisdiction and prerogative matters from the Superior Courts of the provinces and place them in our own federal Superior Court.

la disposition d’exception (soit que la décision peut être annulée en raison d’une erreur de droit sauf si « aucun tort important ou aucune erreur judiciaire ne s’est produit »), la Cour a conclu dans *Pinet* que la partie sollicitant la confirmation de la décision de la Commission d’examen en dépit de l’erreur de droit doit « convaincre la cour d’appel que, n’eût été l’erreur de droit, une commission d’examen bien au fait du droit applicable et agissant raisonnablement serait nécessairement arrivée à la même conclusion » (par. 28). Rien de cela n’est exprimé clairement dans la disposition législative, mais la Cour a nécessairement eu recours à la common law pour combler les failles de la loi. Voir également *Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326.

[33] Le recours au droit général en matière de contrôle judiciaire est d’autant plus essentiel dans le cas d’une disposition comme l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* qui, contrairement à l’art. 672 du *Code criminel*, ne se limite pas à des questions particulières soumises à un tribunal administratif précis, mais vise toute la pléiade des décideurs fédéraux. L’article 18.1 doit conserver la souplesse qui en permet l’application dans une immense variété de circonstances.

C. *Question d’interprétation législative*

[34] La *Loi sur les Cours fédérales* résulte de la décision prise par le législateur en 1971 de retirer aux cours supérieures des provinces leur compétence en matière de brefs de prérogative, jugements déclaratoires et injonctions visant des offices fédéraux et d’attribuer cette compétence (légèrement modifiée) à une nouvelle cour fédérale. Donald S. Maxwell, c.r., sous-ministre de la Justice à cette époque, a fourni l’explication suivante au Comité permanent de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes :

L’article 18 se base sur la prémisse que nous désirons enlever la juridiction et les affaires de prérogatives aux tribunaux supérieurs des provinces et les placer dans notre cour fédérale supérieure.

... Having got them there, we think they are not entirely satisfactory. We feel that there should be improvements made on these remedies of *certiorari* and prohibition. This is what we are endeavouring to do in Clause 28.

(See *Minutes of Proceedings and Evidence* of the Committee, No. 26, 2nd Sess., 28th Parl., May 7, 1970, at pp. 25-26.)

This transfer of jurisdiction was recognized and accepted in *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821; *Howarth v. National Parole Board*, [1976] 1 S.C.R. 453, at pp. 470-72, and *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at p. 637, with the proviso that such transfer does not deprive the provincial superior courts of their jurisdiction to determine the constitutional validity and applicability of legislation: *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307. Subsequent amendments to the Act in 1990 (when s. 18.1 was added) clarified and simplified its expression and implementation, but did not have the effect of excluding the common law. R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), notes that “courts readily assume that reform legislation is meant to be assimilated into the existing body of common law” (p. 432; see also pp. 261-62).

[35] My colleague Rothstein J. writes that “to say (or imply) that a *Dunsmuir* standard of review analysis applies even where the legislature has articulated the applicable standard of review directly contradicts *Owen*” (para. 100). This assumes the point in issue, namely whether as a matter of interpretation, Parliament has or has not articulated the applicable standard of review in s. 18.1.

[36] In my view, the language of s. 18.1 generally sets out threshold grounds which permit but do not require the court to grant relief. Whether or not the court should exercise its discretion in favour of the application will depend on the court’s appreciation of the respective roles of the courts and the

... Là, nous pensons qu’ils ne sont pas entièrement satisfaisants. Nous pensons que l’on devrait améliorer ces redressements des brefs de *certiorari* et de prohibition. C’est ce que nous essayons de faire dans l’article 28.

(Voir *Procès-verbaux et témoignages* du Comité, n° 26, 2^e sess., 28^e lég., 7 mai 1970, p. 25-26.)

Ce transfert de compétence a été reconnu et accepté dans *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821; *Howarth c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453, p. 470-472, et *Martineau c. Comité de discipline de l’Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, p. 637, sous réserve qu’un tel transfert ne dépossède pas les cours supérieures provinciales de leur compétence de statuer sur la constitutionnalité et l’applicabilité d’un texte législatif : *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307. Les modifications apportées à la Loi en 1990 (lors de l’ajout de l’art. 18.1) en ont éclairci et simplifié la formulation et l’application, mais n’ont pas eu pour effet d’exclure la common law. Dans R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), l’auteur fait remarquer que les [TRADUCTION] « tribunaux judiciaires supposent facilement qu’un texte législatif portant réforme est censé s’intégrer à l’ensemble des règles de common law existantes » (p. 432; voir aussi les p. 261-262).

[35] Mon collègue le juge Rothstein écrit qu’il « est contraire à l’arrêt *Owen* d’affirmer (ou de laisser entendre) qu’il faut procéder à l’analyse relative à la norme de contrôle faite dans *Dunsmuir* même dans les cas où le législateur a prévu la norme de contrôle applicable » (par. 100). Ces propos tiennent pour acquise la question en litige, soit celle de savoir si, selon l’interprétation que l’on donne de l’art. 18.1, le législateur y a précisé ou non la norme de contrôle applicable.

[36] Selon moi, l’art. 18.1 énonce en termes généraux les motifs qui autorisent la Cour à prendre une mesure, sans lui en imposer l’obligation. La question de savoir si la cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d’accorder réparation dépendra de son appréciation des rôles respectifs des cours de

administration as well as the “circumstances of each case”: see *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 575. Further, “[i]n one sense, whenever the court exercises its discretion to deny relief, balance of convenience considerations are involved” (D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at p. 3-99). Of course, the discretion must be exercised judicially, but the general principles of judicial review dealt with in *Dunsmuir* provide elements of the appropriate judicial basis for its exercise.

[37] On this point, as well, my colleague Rothstein J. expresses disagreement. He cites a number of decisions dealing with different applications of the Court’s discretion. He draws from these cases the negative inference that other applications of the discretion are excluded from s. 18.1(4). In my view, with respect, such a negative inference is not warranted. Decisions that address unrelated problems are no substitute for a proper statutory analysis of s. 18.1(4) itself which in the English text provides that

18.1 . . .

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

. . .

[38] A different concern emerges from the equally authoritative French text of s. 18.1(4) which reads:

18.1 . . .

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l’office fédéral, selon le cas :

. . .

Generally speaking, the use of the present indicative tense (*sont prises*) is not to be read as conferring

justice et des organismes administratifs ainsi que des « circonstances de chaque cas » : voir *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, p. 575. De plus, [TRADUCTION] « [e]n un sens, des considérations relatives à la prépondérance des inconvénients jouent chaque fois que la cour exerce son pouvoir discrétionnaire de refuser d’accorder réparation » (D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 3-99). Ce pouvoir discrétionnaire doit bien sûr être exercé judiciairement, mais les principes généraux de contrôle judiciaire traités dans *Dunsmuir* fournissent des éléments du fondement judiciaire approprié de l’exercice de ce pouvoir.

[37] Mon collègue le juge Rothstein a exprimé son désaccord sur ce point également. Il cite plusieurs décisions portant sur différentes applications du pouvoir discrétionnaire de la Cour. Il en tire l’inférence négative que les autres applications du pouvoir discrétionnaire sont exclues du par. 18.1(4). J’estime, avec égard, que pareille inférence négative n’est pas justifiée. Les décisions qui traitent de problèmes totalement différents ne sauraient remplacer une analyse adéquate du par. 18.1(4). Le pouvoir discrétionnaire de la cour ressort clairement de la version anglaise du par. 18.1(4) que voici :

18.1 . . .

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

. . .

[38] La version française du par. 18.1(4), qui a également force de loi, pose donc un problème :

18.1 . . .

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l’office fédéral, selon le cas :

. . .

En règle générale, l’indicatif présent (« sont prises ») ne doit pas être interprété comme

a discretion: see s. 11 of the French version of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, and P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), p. 72, fn. 123 (in the French edition, the point is canvassed by Professor Côté, at p. 91, fn. 123). It has been truly remarked in the context of bilingual legislation that “Canadians read only one version of the law at their peril”: M. Bastarache et al., *The Law of Bilingual Interpretation* (2008), at p. 32. However, the text of s. 18.1(4) must be interpreted not only in accordance with the rules governing bilingual statutes but within the larger framework of the modern rule that the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[39] The English version of s. 18.1(4) is permissive; the court is clearly given discretion. In the French version, the words “*sont prises*” translate literally as “are taken” which do not, on the face of it, confer a discretion. A shared meaning on this point is difficult to discern. Nevertheless, the linguistic difference must be reconciled as judges cannot be seen to be applying s. 18.1(4) differently across the country depending on which language version of s. 18.1(4) they happen to be reading. In *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, at para. 26, the Court cited with approval the following approach:

Unless otherwise provided, differences between two official versions of the same enactment are reconciled by educing the meaning common to both. Should this prove to be impossible, or if the common meaning seems incompatible with the intention of the legislature as indicated by the ordinary rules of interpretation, the meaning arrived at by the ordinary rules should be retained.

(Quoting Côté, at p. 324.)

(See also Bastarache et al., at p. 32.) Linguistic analysis of the text is the servant, not the master, in the task of ascertaining Parliamentary intention: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at pp. 1071-72 (Lamer J. dissenting in

conférant un pouvoir discrétionnaire : voir l’art. 11 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, et P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 91, note de bas de page 123. On a souligné à juste titre, dans le contexte du bilinguisme législatif, que [TRADUCTION] « Les Canadiens qui ne lisent que l’une des versions de la loi le font à leur péril » : M. Bastarache et autres, *The Law of Bilingual Interpretation* (2008), p. 32. Néanmoins, le texte du par. 18.1(4) ne doit pas être interprété uniquement en fonction des règles d’interprétation des lois bilingues, mais aussi dans le cadre plus vaste de la règle moderne selon laquelle il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[39] Le texte anglais du par. 18.1(4) confère une faculté (« *may grant* »); il attribue clairement un pouvoir discrétionnaire à la cour. Par contre, à première vue, les mots « *sont prises* » employés dans le texte français ne confèrent pas de pouvoir discrétionnaire. Il est donc difficile de dégager le sens commun de ces deux versions. Cependant, cette distinction linguistique doit être résolue, car les juges ne peuvent appliquer différemment le par. 18.1(4) à différents endroits du pays selon la langue dans laquelle ils lisent cette disposition. Dans *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217, par. 26, la Cour a cité en l’approuvant la démarche suivante :

... sauf disposition légale contraire, toute divergence entre les deux versions officielles d’un texte législatif est résolue en dégageant, si c’est possible, le sens qui est commun aux deux versions. Si cela n’est pas possible, ou si le sens commun ainsi dégagé paraît contraire à l’intention du législateur révélée par recours aux règles ordinaires d’interprétation, on doit entendre le texte dans le sens qu’indiquent ces règles.

(Citant Côté, à la p. 410.)

(Voir aussi Bastarache et autres, p. 32.) L’analyse linguistique du texte doit servir et non gouverner la recherche de l’intention du législateur : voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1071-1072 (le juge Lamer, dissident en

part, but not on this point). A blinkered focus on the textual variations might lead to an interpretation at odds with the modern rule because, standing alone, linguistic considerations ought not to elevate an argument about text above the relevant context, purpose and objectives of the legislative scheme: see Sullivan, at p. 116.

[40] Here the English version cannot be read so as to compel the court to grant relief: the word “may” is unquestionably permissive. In Bastarache et al., it is said that “the clearer version provides the common meaning” (p. 67), but it cannot be said that the French text here is ambiguous. Accordingly, the linguistic issue must be placed in the framework of the modern rules of statutory interpretation that give effect not only to the text but to context and purpose. There is nothing in the context or purpose of the enactment to suggest a Parliamentary intent to eliminate the long-standing existence of a discretion in judicial review remedies. As mentioned earlier, the principal legislative objective was simply to capture the judicial review of federal decision-makers for the Federal Court. Under the general public law of Canada (then as now), the granting of declarations and the original prerogative and extraordinary remedies, and subsequent statutory variations thereof, have generally been considered to be discretionary, as discussed by Beetz J. in *Harelkin*. The Federal Court’s discretion in matters of judicial review has repeatedly been affirmed by this Court: see *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at pp. 830-31; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at pp. 92-93, and *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 77-80. The Federal Courts themselves have repeatedly asserted, notwithstanding the problem posed by the French text of s. 18.1(4), the existence of a discretion in the exercise of their judicial review jurisdiction (and quite properly so in my opinion) both in decisions rendered in French (see, e.g., *Canada v. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 F.C.R. 287, per Létourneau J.A., at para. 40, and *Devinat v. Canada (Commission de l’immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 F.C. 212 (C.A.), per The Court, at para. 73) and in English

partie, mais non sur ce point). Une vision étroite des différences entre les deux textes risque de mener à une interprétation incompatible avec la règle moderne parce que, isolément, les considérations linguistiques ne doivent pas élever un argument sur le texte au-dessus du contexte pertinent et de l’objet du régime législatif : voir Sullivan, p. 116.

[40] En l’occurrence, la version anglaise ne peut être interprétée comme obligeant la cour à accorder réparation : le mot « *may* » confère indéniablement une faculté. Dans l’ouvrage de Bastarache et autres, on dit que [TRADUCTION] « la version la plus claire révèle le sens commun » (p. 67), mais on ne peut affirmer en l’espèce que le texte français est ambigu. Par conséquent, la question linguistique doit être située dans le cadre des règles modernes d’interprétation législative selon lesquelles il faut respecter non seulement le texte, mais aussi le contexte et l’objet de la loi. Aucun élément du contexte ou de l’objet de la disposition en cause ici ne donne à croire que le législateur a voulu éliminer le caractère discrétionnaire rattaché depuis longtemps au contrôle judiciaire. Répétons que le principal objet de cette disposition était simplement de confier le contrôle judiciaire des décisions des décideurs fédéraux à la Cour fédérale. Selon le droit public canadien général (tant ancien que récent), les jugements déclaratoires et les brevets de prérogative et recours extraordinaires originaux, ainsi que leurs variantes établies plus tard par des textes de loi, sont généralement considérés comme de nature discrétionnaire, comme l’explique le juge Beetz dans *Harelkin*. Le pouvoir discrétionnaire de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire a été confirmé à plusieurs reprises par la Cour : voir *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 830-831; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l’Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, p. 92-93; et *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 77-80. Les Cours fédérales elles-mêmes ont reconnu à de nombreuses reprises, malgré le problème posé par le texte français du par. 18.1(4), le caractère discrétionnaire rattaché à l’exercice de leur compétence en matière de contrôle judiciaire (à très juste titre selon moi) dans des décisions rendues tant en français (voir, p. ex.,

(see, e.g., *Thanabalasingham v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 14, 263 D.L.R. (4th) 51, *per* Evans J.A., at para. 9; *Charette v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2003 FCA 426, 29 C.P.R. (4th) 1, *per* Sexton J.A., at para. 61, and *Pal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 24 Admin. L.R. (2d) 68, *per* Reed J., at para. 9). I conclude that notwithstanding the bilingual issue in the text, s. 18.1(4) should be interpreted so as to preserve to the Federal Court a discretion to grant or withhold relief, a discretion which, of course, must be exercised judicially and in accordance with proper principles. In my view, those principles include those set out in *Dunsmuir*.

[41] With these general observations I turn to the particular paragraphs of s. 18.1(4) of the *Federal Courts Act* that, in my view, enable but do not require judicial intervention.

[42] Section 18.1(4)(a) provides for relief where a federal board, commission or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

No standard of review is specified. *Dunsmuir* says that jurisdictional issues command a correctness standard (majority, at para. 59). The *Federal Courts Act* does not indicate in what circumstances, despite jurisdictional error having been demonstrated, relief may properly be withheld. For that and other issues, resort will have to be had to the common law. See *Harelkin*, at pp. 575-76.

[43] Judicial intervention is also authorized where a federal board, commission or other tribunal

(b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

Canada c. Grenier, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287, le juge Létourneau, par. 40, et *Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 C.F. 212 (C.A.), la Cour, par. 73) qu'en anglais (voir, p. ex., *Thanabalasingham c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 14, 263 D.L.R. (4th) 51, le juge Evans, par. 9; *Charette c. Canada (Commissioner of Competition)*, 2003 FCA 426, 29 C.P.R. (4th) 1, le juge Sexton, par. 61, et *Pal c. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 24 Admin. L.R. (2d) 68, la juge Reed, par. 9). Je conclus que, malgré la question soulevée par son texte bilingue, le par. 18.1(4) doit recevoir une interprétation qui préserve le pouvoir discrétionnaire de la Cour fédérale d'accepter ou de refuser d'accorder réparation, pouvoir qui doit bien sûr être exercé judiciairement et en conformité avec les principes applicables. À mon avis, ces principes incluent ceux énoncés dans *Dunsmuir*.

[41] À partir de ces observations générales, j'examinerai maintenant les alinéas du par. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales* qui, selon moi, autorisent la cour à intervenir sans toutefois l'y obliger.

[42] L'alinéa 18.1(4)a) permet la prise de mesures si l'office fédéral

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;

Aucune norme de contrôle n'est précisée. Suivant l'arrêt *Dunsmuir*, les questions touchant la compétence commandent l'application de la norme de la décision correcte (motifs majoritaires, par. 59). La *Loi sur les Cours fédérales* ne précise pas dans quelles circonstances la cour peut à bon droit refuser d'accorder réparation malgré la preuve d'une erreur touchant la compétence. Pour résoudre cette question, et certaines autres, il faut recourir à la common law. Voir *Harelkin*, p. 575-576.

[43] L'intervention judiciaire est aussi autorisée dans les cas où l'office fédéral

b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;

No standard of review is specified. On the other hand, *Dunsmuir* says that procedural issues (subject to competent legislative override) are to be determined by a court on the basis of a correctness standard of review. Relief in such cases is governed by common law principles, including the withholding of relief when the procedural error is purely technical and occasions no substantial wrong or miscarriage of justice (*Pal*, at para. 9). This is confirmed by s. 18.1(5). It may have been thought that the Federal Court, being a statutory court, required a specific grant of power to “make an order validating the decision” (s. 18.1(5)) where appropriate.

[44] Judicial intervention is authorized where a federal board, commission or other tribunal

(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

Errors of law are generally governed by a correctness standard. *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, at para. 37, for example, held that the general questions of international law and criminal law at issue in that case had to be decided on a standard of correctness. *Dunsmuir* (at para. 54), says that if the interpretation of the home statute or a closely related statute by an expert decision-maker is reasonable, there is no error of law justifying intervention. Accordingly, para. (c) provides a *ground* of intervention, but the common law will stay the hand of the judge(s) in certain cases if the interpretation is by an expert adjudicator interpreting his or her home statute or a closely related statute. This nuance does not appear on the face of para. (c), but it is the common law principle on which the discretion provided in s. 18.1(4) is to be exercised. Once again, the open textured language of the *Federal Courts Act* is supplemented by the common law.

[45] Judicial intervention is further authorized where a federal board, commission or other tribunal

Aucune norme de contrôle n’est précisée. Par contre, suivant *Dunsmuir*, les questions de procédure (sous réserve d’une dérogation législative valide) doivent être examinées par un tribunal judiciaire selon la norme de la décision correcte. En pareil cas, la prise de mesures est régie par les principes de common law, qui prévoient notamment l’abstention d’accorder réparation si l’erreur procédurale est un vice de forme et n’entraîne aucun dommage important ni déni de justice (*Pal*, par. 9). C’est ce que confirme le par. 18.1(5). On a pu croire que la Cour fédérale, du fait qu’elle tire son origine d’une loi, devait bénéficier d’une attribution de pouvoir spécifique pour « valider la décision » (par. 18.1(5)) le cas échéant.

[44] L’intervention judiciaire est autorisée si l’office fédéral

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d’une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

Les erreurs de droit sont généralement assujetties à la norme de la décision correcte. Dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100, par. 37, par exemple, la Cour a statué que les questions générales de droit international et de droit pénal soulevées dans cette affaire devaient être tranchées suivant la norme de la décision correcte. Selon l’arrêt *Dunsmuir* (au par. 54), un décideur spécialisé ne commet pas d’erreur de droit justifiant une intervention si son interprétation de sa loi constitutive ou d’une loi étroitement liée est raisonnable. L’alinéa c) prévoit donc un *motif* d’intervention, mais la common law empêchera les juges d’intervenir dans certains cas, lorsqu’un organisme administratif spécialisé interprète sa loi constitutive ou une loi intimement liée à celle-ci. Cette nuance n’apparaît pas à la simple lecture de l’al. c), mais c’est le principe de common law qui doit guider l’exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au par. 18.1(4). Encore une fois, le libellé général de la *Loi sur les Cours fédérales* est complété par la common law.

[45] L’intervention judiciaire est de plus autorisée si l’office fédéral

(d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;

The legislator would have been aware of the great importance attached by some judicial decisions to so-called “jurisdictional fact finding”; see, e.g., *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756, and *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227. Parliament clearly wished to put an end to the tendency of some courts to seize on a “preliminary fact” on which the administrative agency’s decision was said to be based to quash a decision. In *Bell*, the “jurisdictional fact” was whether the residential accommodation in respect of which a prospective tenant claimed rental discrimination was a “self-contained dwelling unit”. The Court disagreed with the Human Rights Commission, which had “based” its decision on this threshold fact. Viewed in this light, s. 18.1(4)(d) was intended to confirm by legislation what Dickson J. had said in *New Brunswick Liquor Corp.*, namely that judges should “not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so” (p. 233).

[46] More generally, it is clear from s. 18.1(4)(d) that Parliament intended administrative fact finding to command a high degree of deference. This is quite consistent with *Dunsmuir*. It provides legislative precision to the reasonableness standard of review of factual issues in cases falling under the *Federal Courts Act*.

[47] Paragraph (e) contemplates a question of mixed fact and law namely that the federal board, commission or other tribunal

(e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence;

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

Le législateur devait connaître la grande importance accordée dans certaines décisions judiciaires à la soi-disant « conclusion de fait touchant la compétence »; voir, p. ex., *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756, et *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. Il est clair que le législateur a voulu mettre fin à la tendance de certains tribunaux judiciaires à s’arrêter à un « fait préliminaire » sur lequel la décision de l’organisme administratif était censée reposer pour annuler une décision. Dans *Bell*, le « fait attributif de compétence » était de savoir si le logement visé par la plainte de discrimination à la location formulée par un locataire éventuel était un « logement indépendant ». La Cour a écarté la conclusion de la Commission des droits de la personne, dont la décision « reposait » sur ce fait préalable. Dans cette perspective, l’al. 18.1(4)d) visait à confirmer par une disposition législative ce qu’avait déclaré le juge Dickson dans *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, à savoir que les juges devaient « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l’assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard » (p. 233).

[46] De façon plus générale, il ressort clairement de l’al. 18.1(4)d) que le législateur voulait qu’une conclusion de fait tirée par un organisme administratif appelle un degré élevé de déférence. Ce qui est tout à fait compatible avec l’arrêt *Dunsmuir*. Cette disposition législative précise la norme de contrôle de la raisonabilité applicable aux questions de fait dans les affaires régies par la *Loi sur les Cours fédérales*.

[47] L’alinéa e) vise une question mixte de fait et de droit, à savoir les cas où l’office fédéral

e) a agi ou omis d’agir en raison d’une fraude ou de faux témoignages;

The common law would not allow a statutory decision-maker to rely on fraudulent or perjured testimony. The court would be expected to exercise its discretion in favour of the applicant under para. (e) as well.

[48] Section 18.1(4)(f) permits judicial intervention if the federal board, commission or other tribunal

(f) acted in any other way that was contrary to law.

A reference to “contrary to law” necessarily includes “law” outside the *Federal Courts Act* including general principles of administrative law. Paragraph (f) shows, if further demonstration were necessary, that s. 18.1(4) is not intended to operate as a self-contained code, but is intended by Parliament to be interpreted and applied against the backdrop of the common law, including those elements most recently expounded in *Dunsmuir*.

[49] In *Federal Courts Practice 2009* (2008), B. J. Saunders et al. state, at pp. 112-13:

Grounds for Review

Section 18.1(4) sets out the grounds which an applicant must establish to succeed on an application for judicial review. The grounds are broadly stated and reflect, generally, the grounds upon which judicial review could be obtained under the prerogative and extraordinary remedies listed in section 18(1).

Section 18.1(4)(f) ensures that the Court will not be hindered in developing new grounds for review. [Emphasis added.]

[50] I readily accept, of course, that the legislature can by clear and explicit language oust the common law in this as in other matters. Many provinces and territories have enacted judicial review legislation which not only provide guidance to the courts but have the added benefit of making the law more understandable and accessible to interested members of the public. The diversity of such laws makes generalization difficult. In some jurisdictions (as in

La common law ne permettrait pas à un organisme décisionnel établi par la loi de se fonder sur un témoignage faux ou frauduleux. On s’attendrait à ce que la cour exerce aussi son pouvoir discrétionnaire en faveur du demandeur en application de l’alinéa e).

[48] L’alinéa 18.1(4)f) permet l’intervention judiciaire si l’office fédéral

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

La portée des mots « contraire à la loi » s’étend nécessairement à la « loi » qui n’est pas incluse dans la *Loi sur les Cours fédérales*, et notamment aux principes généraux de droit administratif. L’alinéa f) démontre, à supposer que cela soit encore nécessaire, que le législateur ne voulait pas que le par. 18.1(4) soit considéré comme un code indépendant, mais plutôt interprété et appliqué dans le contexte de la common law, et notamment des éléments mentionnés tout récemment par la Cour dans *Dunsmuir*.

[49] Dans *Federal Courts Practice 2009* (2008), B. J. Saunders et autres affirment, aux p. 112-113 :

[TRADUCTION] **Motifs de contrôle**

Le paragraphe 18.1(4) énumère les motifs dont le demandeur doit faire la preuve pour que sa demande de contrôle judiciaire soit accueillie. Les motifs sont exprimés en termes généraux et correspondent, de façon générale, aux motifs permettant d’obtenir réparation en exerçant les recours de prérogative et les recours extraordinaires mentionnés au par. 18(1).

L’alinéa 18.1(4)f) garantit à la Cour la liberté nécessaire à l’élaboration de nouveaux motifs de contrôle. [Je souligne.]

[50] Je reconnais évidemment d’emblée que le législateur peut, en utilisant des termes clairs et explicites, exclure l’application de la common law dans ce domaine comme dans d’autres. Plusieurs provinces et territoires ont édicté en matière de contrôle judiciaire des dispositions législatives qui, non seulement guident les tribunaux judiciaires, mais comportent aussi l’avantage additionnel de rendre la loi plus compréhensible et accessible pour

British Columbia), the legislature has moved closer to a form of codification than has Parliament in the *Federal Courts Act*. Most jurisdictions in Canada seem to favour a legislative approach that explicitly identifies the *grounds* for review but not the *standard* of review.¹ In other provinces, some laws specify “patent unreasonableness”.² In few of these statutes, however, is the *content* of the specified standard of review defined, leading to the inference that the legislatures left the content to be supplied by the common law.

la population en général. La diversité de ces lois rend toute généralisation difficile. Certaines législatures (comme celle de la Colombie-Britannique), ont adopté une forme qui s’approche davantage de la codification que celle choisie par le législateur dans la *Loi sur les Cours fédérales*. La plupart des ressorts canadiens semblent favoriser une approche législative qui énonce expressément les *motifs* de contrôle, mais non la *norme* de contrôle¹. Dans d’autres provinces, certaines lois mentionnent expressément la norme du caractère « manifestement déraisonnable »². Toutefois, peu de ces lois définissent le *contenu* de la norme de contrôle indiquée, ce qui laisse croire que les législateurs ont voulu qu’il soit précisé au moyen de la common law.

¹ See, e.g., federally, the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 147(1), *Canada Agricultural Products Act*, R.S.C. 1985, c. 20 (4th Supp.), s. 10(1.1), and *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, s. 115(2); in Newfoundland and Labrador, *Urban and Rural Planning Act, 2000*, S.N.L. 2000, c. U-8, s. 46(1); in New Brunswick, *Occupational Health and Safety Act*, S.N.B. 1983, c. O-0.2, s. 26(5), and *The Residential Tenancies Act*, S.N.B. 1975, c. R-10.2, s. 27(1); in P.E.I., *Judicial Review Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. J-3, s. 4(1); in Quebec, *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, s. 846, and *Youth Protection Act*, R.S.Q., c. P-34.1, s. 74.2; in Ontario, *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1, s. 2; in Manitoba, *The Certified General Accountants Act*, C.C.S.M., c. C46, s. 22(2), *The Gaming Control Act*, C.C.S.M., c. G5, s. 45(2), and *The Human Rights Code*, C.C.S.M., c. H175, s. 50(1); and in the Yukon Territory, *Education Labour Relations Act*, R.S.Y. 2002, c. 62, s. 95(1); *Liquor Act*, R.S.Y. 2002, c. 140, s. 118(1), and *Rehabilitation Services Act*, R.S.Y. 2002, c. 196, s. 7.

¹ Voir, p. ex., au fédéral, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, par. 147(1), la *Loi sur les produits agricoles au Canada*, L.R.C. 1985, ch. 20 (4^e suppl.), par. 10(1.1), et la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, par. 115(2); à Terre-Neuve-et-Labrador, la *Urban and Rural Planning Act, 2000*, S.N.L. 2000, ch. U-8, par. 46(1); au Nouveau-Brunswick, la *Loi sur l’hygiène et la sécurité au travail*, L.N.-B. 1983, ch. O-0.2, par. 26(5), et la *Loi sur la location de locaux d’habitation*, L.N.-B. 1975, ch. R-10.2, par. 27(1); à l’Î.-P.-É., la *Judicial Review Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-3, par. 4(1); au Québec, le *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 846, et la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., ch. P-34.1, art. 74.2; en Ontario, la *Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1990, ch. J.1, art. 2; au Manitoba, la *Loi sur les comptes généraux accrédités*, C.P.L.M., ch. C46, par. 22(2), la *Loi sur la Commission de régie du jeu*, C.P.L.M., ch. G5, par. 45(2), et le *Code des droits de la personne*, C.P.L.M., ch. H175, par. 50(1); et dans le Territoire du Yukon, la *Loi sur les relations de travail dans le secteur de l’éducation*, L.R.Y. 2002, ch. 62, par. 95(1), la *Loi sur les boissons alcoolisées*, L.R.Y. 2002, ch. 140, par. 118(1), et la *Loi sur les services de réadaptation*, L.R.Y. 2002, ch. 196, art. 7.

² See, e.g., *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, s. 47.1(3); *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, s. 58; *Health Professions Act*, S.Y. 2003, c. 24, s. 29, or “correctness”, e.g., *Back to School Act*, 1998, S.O. 1998, c. 13, s. 18(3).

² Voir, p. ex., la *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, ch. T-6, par. 47.1(3); l’*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 58; la *Loi sur les professions de la santé*, L.Y. 2003, ch. 24, art. 29. La *Loi de 1998 sur le retour à l’école*, L.O. 1998, ch. 13, par. 18(3), parle de la « rectitude ».

[51] As stated at the outset, a legislature has the power to specify a standard of review, as held in *Owen*, if it manifests a clear intention to do so. However, where the legislative language permits, the courts (a) will *not* interpret grounds of review as standards of review, (b) will apply *Dunsmuir* principles to determine the appropriate approach to judicial review in a particular situation, and (c) will presume the existence of a discretion to grant or withhold relief based on the *Dunsmuir* teaching of restraint in judicial intervention in administrative matters (as well as other factors such as an applicant's delay, failure to exhaust adequate alternate remedies, mootness, prematurity, bad faith and so forth).

D. *Standard of Review Analysis*

[52] *Dunsmuir* states that “[c]ourts, while exercising their constitutional functions of judicial review, must be sensitive not only to the need to uphold the rule of law, but also to the necessity of avoiding undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures” (para. 27).

[53] The process of judicial review involves two steps. First, *Dunsmuir* says that “[a]n exhaustive review is not required in every case to determine the proper standard of review” (para. 57). As between correctness and reasonableness, the “existing jurisprudence may be helpful” (para. 57). And so it is in this case. *Dunsmuir* renders moot the dispute in the lower courts between patent unreasonableness and reasonableness. No authority was cited to us that suggests a “correctness” standard of review is appropriate for IAD decisions under s. 67(1)(c) of the *IRPA*. Accordingly, “existing jurisprudence” points to adoption of a “reasonableness” standard.

[51] Comme je l’ai mentionné dès le départ, le législateur a le pouvoir de préciser une norme de contrôle en manifestant clairement son intention, comme l’a établi l’arrêt *Owen*. Toutefois, si le texte de la loi le permet, les cours de justice a) *n’interpréteront pas* les motifs de contrôle comme des normes de contrôle; b) appliqueront les principes établis dans *Dunsmuir* pour déterminer comment procéder au contrôle judiciaire dans une situation donnée et c) présumeront l’existence d’un pouvoir discrétionnaire d’accepter ou de refuser d’accorder réparation compte tenu de la retenue judiciaire préconisée par l’arrêt *Dunsmuir* en matière administrative (et d’autres facteurs, tels le fait que le demandeur a tardé à présenter sa demande ou n’a pas épuisé les autres recours possibles, la mauvaise foi, ou le caractère théorique ou prématuré de la demande).

D. *Analyse de la norme de contrôle*

[52] Suivant l’arrêt *Dunsmuir*, « [l]orsqu’elles s’acquittent de leurs fonctions constitutionnelles de contrôle judiciaire, les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité non seulement de maintenir la primauté du droit, mais également d’éviter toute immixtion injustifiée dans l’exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur » (par. 27).

[53] Le processus de contrôle judiciaire comporte deux étapes. Premièrement, selon *Dunsmuir*, « [i]l n’est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle » (par. 57). La « jurisprudence peut permettre de cerner certaines des questions » qui appellent l’application de la norme de la décision correcte ou de celle de la raisonabilité (par. 57). Et c’est le cas en l’espèce. L’arrêt *Dunsmuir* rend théorique le débat devant les juridictions inférieures sur la distinction entre le caractère manifestement déraisonnable et la raisonabilité. On ne nous a cité aucun précédent qui donnerait à croire que la norme de la « décision correcte » est celle qu’il convient d’appliquer aux décisions rendues par la SAI en vertu de l’al. 67(1)c) de la *LIPR*. Par conséquent, la « jurisprudence » semble suggérer l’adoption de la norme de la « raisonabilité ».

[54] This conclusion is reinforced by the second step of the analysis when jurisprudential categories are not conclusive. Factors then to be considered include: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the IAD as determined by its enabling legislation; (3) the nature of the question at issue before the IAD; and (4) the expertise of the IAD in dealing with immigration policy (*Dunsmuir*, at para. 64). Those factors have to be considered as a whole, bearing in mind that not all factors will necessarily be relevant for every single case. A contextualized approach is required. Factors should not be taken as items on a check list of criteria that need to be individually analysed, categorized and balanced in each case to determine whether deference is appropriate or not. What is required is an overall evaluation. Nevertheless, having regard to the argument made before us, I propose to comment on the different factors identified in *Dunsmuir*, all of which in my view point to a reasonableness standard.

[55] As to the presence of a privative clause, s. 162(1) of the *IRPA* provides that “[e]ach Division of the Board has, in respect of proceedings brought before it under this Act, sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction”. A privative clause is an important indicator of legislative intent. While privative clauses deter judicial intervention, a statutory right of appeal may be at ease with it, depending on its terms. Here, there is no statutory right of appeal.

[56] As to the purpose of the IAD as determined by its enabling legislation, the IAD determines a wide range of appeals under the *IRPA*, including appeals from permanent residents or protected persons of their deportation orders, appeals from persons seeking to sponsor members of the family class, and appeals by permanent residents against decisions made outside of Canada on their residency obligations, as well as appeals by the Minister against decisions of the Immigration Division taken at admissibility hearings (s. 63). A decision of the IAD is reviewable only if the Federal

[54] La seconde étape de l’analyse vient renforcer cette conclusion lorsque les catégories établies par la jurisprudence ne sont pas concluantes. Il faut alors considérer les facteurs suivants : (1) l’existence ou l’absence d’une clause privative, (2) la raison d’être de la SAI suivant sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause devant la SAI, et (4) l’expertise de la SAI en ce qui concerne la politique d’immigration (*Dunsmuir*, par. 64). Il faut considérer ces facteurs globalement, en gardant à l’esprit qu’ils ne seront pas nécessairement tous pertinents dans tous les cas. Une démarche contextuelle s’impose. Les facteurs ne doivent pas être considérés comme des critères inscrits sur une liste de vérification qui doivent être analysés un par un, classés et appréciés dans chaque cas pour déterminer si la déférence s’impose ou non. L’évaluation doit être globale. Toutefois, compte tenu des arguments qui nous ont été présentés, je me propose de commenter chacun des différents facteurs relevés dans *Dunsmuir* qui, à mon avis, font tous ressortir la norme de raisonabilité.

[55] Pour ce qui est de l’existence d’une clause privative, le par. 162(1) de la *LIPR* prévoit que « [c]haque des sections a compétence exclusive pour connaître des questions de droit et de fait — y compris en matière de compétence — dans le cadre des affaires dont elle est saisie ». Une clause privative constitue un indice important de l’intention du législateur. Bien que les clauses privatives dissuadent l’intervention judiciaire, un droit d’appel prévu par la loi peut s’en accommoder, selon son libellé. En l’espèce, la loi ne prévoit aucun droit d’appel.

[56] Pour ce qui est de la raison d’être de la SAI suivant sa loi habilitante, la SAI tranche des appels très variés sous le régime de la *LIPR*, y compris les appels des résidents permanents ou des personnes protégées contre les mesures de renvoi prises contre eux, ceux des personnes ayant déposé une demande de parrainage au titre du regroupement familial, ceux des résidents permanents contre une décision rendue hors du Canada sur leur obligation de résidence et ceux du ministre contre une décision rendue par la Section de l’immigration dans le cadre de son enquête (art. 63). Une décision de la

Court grants leave to commence judicial review (s. 72).

[57] In recognition that hardship may come from removal, Parliament has provided in s. 67(1)(c) a power to grant exceptional relief. The nature of the question posed by s. 67(1)(c) requires the IAD to be “satisfied that, at the time that the appeal is disposed of . . . sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief”. Not only is it left to the IAD to determine what constitute “humanitarian and compassionate considerations”, but the “sufficiency” of such considerations in a particular case as well. Section 67(1)(c) calls for a fact-dependent and policy-driven assessment by the IAD itself. As noted in *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376, at p. 380, a removal order

establishes that, in the absence of some special privilege existing, [an individual subject to a lawful removal order] has no right whatever to remain in Canada. [An individual appealing a lawful removal order] does not, therefore, attempt to assert a right, but, rather, attempts to obtain a discretionary privilege. [Emphasis added.]

[58] The respondent raised no issue of practice or procedure. He accepted that the removal order had been validly made against him pursuant to s. 36(1) of the *IRPA*. His attack was simply a frontal challenge to the IAD’s refusal to grant him a “discretionary privilege”. The IAD decision to withhold relief was based on an assessment of the facts of the file. The IAD had the advantage of conducting the hearings and assessing the evidence presented, including the evidence of the respondent himself. IAD members have considerable expertise in determining appeals under the *IRPA*. Those factors, considered altogether, clearly point to the application of a reasonableness standard of review. There are no considerations that might lead to a different result. Nor is there anything in s. 18.1(4) that would conflict with the adoption of a “reasonableness” standard of review in s. 67(1)(c) cases. I conclude, accordingly, that “reasonableness” is the appropriate standard of review.

SAI n’est susceptible de contrôle que sur autorisation de la Cour fédérale (art. 72).

[57] Reconnaissant que le renvoi peut entraîner des difficultés, le législateur a prévu à l’al. 67(1)c un pouvoir de prendre des mesures exceptionnelles. Selon la nature de la question que pose l’al. 67(1)c, la SAI « fait droit à l’appel sur preuve qu’au moment où il en est disposé [. . .] il y a [. . .] des motifs d’ordre humanitaire justifiant [. . .] la prise de mesures spéciales ». Il revient à la SAI de déterminer non seulement en quoi consistent les « motifs d’ordre humanitaires », mais aussi s’ils « justifient » la prise de mesures dans un cas donné. L’alinéa 67(1)c exige que la SAI procède elle-même à une évaluation liée aux faits et guidée par des considérations de politique. Comme la Cour l’a fait remarquer dans *Prata c. Ministre de la Main-d’œuvre et de l’Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376, p. 380, une mesure de renvoi

établit que, s’il ne peut bénéficier d’aucun privilège particulier, [l’individu visé par une mesure de renvoi légitime] n’a aucun droit à demeurer au Canada. Par conséquent, [l’individu faisant appel d’une mesure de renvoi légitime] ne cherche pas à faire reconnaître un droit, mais il tente plutôt d’obtenir un privilège discrétionnaire. [Je souligne.]

[58] L’intimé n’a soulevé aucune question de pratique ou de procédure. Il a reconnu que la mesure de renvoi avait été validement prise contre lui en application du par. 36(1) de la *LIPR*. Sa contestation visait directement le refus de la SAI de lui accorder un « privilège discrétionnaire ». La décision de la SAI de ne pas prendre de mesure reposait sur une évaluation des faits au dossier. La SAI a eu l’avantage de tenir les audiences et d’évaluer la preuve, y compris le témoignage de l’intimé lui-même. Les membres de la SAI possèdent une expertise considérable pour trancher les appels sous le régime de la *LIPR*. Considérés ensemble, ces facteurs font clairement ressortir que la norme de contrôle de la raisonabilité s’applique. Aucun motif ne permettrait d’aboutir à un résultat différent. Le paragraphe 18.1(4) ne comporte aucun élément qui s’opposerait à l’adoption de la norme de contrôle de la « raisonabilité » à l’égard des décisions rendues en vertu de l’al. 67(1)c). Par conséquent, je conclus que la norme de contrôle applicable est celle de la « raisonabilité ».

E. Applying the “Reasonableness” Standard

[59] Reasonableness is a single standard that takes its colour from the context. One of the objectives of *Dunsmuir* was to liberate judicial review courts from what came to be seen as undue complexity and formalism. Where the reasonableness standard applies, it requires deference. Reviewing courts cannot substitute their own appreciation of the appropriate solution, but must rather determine if the outcome falls within “a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, at para. 47). There might be more than one reasonable outcome. However, as long as the process and the outcome fit comfortably with the principles of justification, transparency and intelligibility, it is not open to a reviewing court to substitute its own view of a preferable outcome.

[60] In my view, having in mind the considerable deference owed to the IAD and the broad scope of discretion conferred by the *IRPA*, there was no basis for the Federal Court of Appeal to interfere with the IAD decision to refuse special relief in this case.

[61] My colleague Fish J. agrees that the standard of review is reasonableness, but he would allow the appeal. He writes:

While Mr. Khosa’s denial of street racing may well evidence some “lack of insight” into his own conduct, it cannot reasonably be said to contradict — still less to outweigh, on a balance of probabilities — all of the evidence in his favour on the issues of remorse, rehabilitation and likelihood of reoffence. [para. 149]

I do not believe that it is the function of the reviewing court to reweigh the evidence.

[62] It is apparent that Fish J. takes a different view than I do of the range of outcomes reasonably open to the IAD in the circumstances of this

E. Application de la norme de la « raisonnable »

[59] La raisonnable constitue une norme unique qui s’adapte au contexte. L’arrêt *Dunsmuir* avait notamment pour objectif de libérer les cours saisies d’une demande de contrôle judiciaire de ce que l’on est venu à considérer comme une complexité et un formalisme excessifs. Lorsque la norme de la raisonnable s’applique, elle commande la déférence. Les cours de révision ne peuvent substituer la solution qu’elles jugent elles-mêmes appropriée à celle qui a été retenue, mais doivent plutôt déterminer si celle-ci fait partie des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47). Il peut exister plus d’une issue raisonnable. Néanmoins, si le processus et l’issue en cause cadrent bien avec les principes de justification, de transparence et d’intelligibilité, la cour de révision ne peut y substituer l’issue qui serait à son avis préférable.

[60] Compte tenu de la déférence considérable due à la SAI et de la portée étendue du pouvoir discrétionnaire conféré par la *LIPR*, je crois que rien ne permettait à la Cour d’appel fédérale d’annuler le refus de la SAI de prendre des mesures spéciales en l’espèce.

[61] Mon collègue le juge Fish reconnaît que la norme de contrôle applicable est celle de la raisonnable, mais il accueillerait l’appel. Il affirme :

Le refus de M. Khosa de reconnaître qu’il participait à une course de rue peut certes indiquer qu’il « ne saisit pas bien toute la portée de sa conduite », mais il ne peut raisonnablement servir à contredire — et encore moins à surpasser, selon la prépondérance des probabilités, — tous les éléments de preuve en sa faveur concernant ses remorse, sa réadaptation et son risque de récidive. [par. 149]

Je ne crois pas qu’il rentre dans les attributions de la cour de révision de soupeser à nouveau les éléments de preuve.

[62] Le juge Fish et moi n’avons pas la même vision des issues que pouvait raisonnablement choisir la SAI dans les circonstances. Mon opinion est

case. My view is predicated on what I have already said about the role and function of the IAD as well as the fact that Khosa does not contest the validity of the removal order made against him. He seeks exceptional and discretionary relief that is available only if the IAD itself is satisfied that “sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief”. The IAD majority was not so satisfied. Whether we agree with a particular IAD decision or not is beside the point. The decision was entrusted by Parliament to the IAD, not to the judges.

[63] The *Dunsmuir* majority held:

A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. [para. 47]

Dunsmuir thus reinforces in the context of adjudicative tribunals the importance of reasons, which constitute the primary form of accountability of the decision-maker to the applicant, to the public and to a reviewing court. Although the *Dunsmuir* majority refers with approval to the proposition that an appropriate degree of deference “requires of the courts ‘not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision’” (para. 48 (emphasis added)), I do not think the reference to reasons which “could be offered” (but were not) should be taken as diluting the importance of giving proper reasons for an administrative decision, as stated in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 43. *Baker* itself was concerned with an application on “humanitarian and compassionate grounds” for relief from a removal order.

fondée sur ce que j’ai déjà dit au sujet du rôle et de la fonction de la SAI et sur le fait que M. Khosa ne conteste pas la validité de la mesure de renvoi prise contre lui. Il demande la prise de mesures exceptionnelles et discrétionnaires dont il ne peut bénéficier qu’en convainquant la SAI même de l’existence de « motifs d’ordre humanitaire justifiant [. . .] la prise de mesures spéciales ». Or, il n’a pas réussi à convaincre la majorité des membres de la SAI. Il ne s’agit pas de savoir si nous souscrivons ou non à une décision de la SAI. C’est à la SAI et non aux juges que le législateur a confié la tâche de rendre une décision.

[63] Dans *Dunsmuir*, la majorité a conclu :

La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnablement. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. [par. 47]

Dunsmuir accentue ainsi, en ce qui concerne les tribunaux administratifs, l’importance des motifs, qui constituent pour le décideur le principal moyen de rendre compte de sa décision devant le demandeur, le public et la cour de révision. Certes, les juges majoritaires dans *Dunsmuir* citent et approuvent la proposition selon laquelle le bon degré de déférence « n’exige pas de la cour de révision [TRADUCTION] “la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision” » (par. 48 (je souligne)). Néanmoins, je ne crois pas que la mention des motifs « qui pourraient être donnés » (mais ne l’ont pas été) doive être interprétée comme atténuant l’importance de motiver adéquatement une décision administrative, que la Cour a soulignée dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 43. Cet arrêt portait justement sur une demande de réparation fondée sur des « motifs d’ordre humanitaire » concernant une mesure de renvoi.

[64] In this case, both the majority and dissenting reasons of the IAD disclose with clarity the considerations in support of both points of view, and the reasons for the disagreement as to outcome. At the factual level, the IAD divided in large part over differing interpretations of Khosa's expression of remorse, as was pointed out by Lutfy C.J. According to the IAD majority:

It is troublesome to the panel that [Khosa] continues to deny that his participation in a "street-race" led to the disastrous consequences. . . . At the same time, I am mindful of [Khosa's] show of relative remorse at this hearing for his excessive speed in a public roadway and note the trial judge's finding of this remorse This show of remorse is a positive factor going to the exercise of special relief. However, I do not see it as a compelling feature of the case in light of the limited nature of [Khosa's] admissions at this hearing. [Emphasis added; para. 15.]

According to the IAD dissent on the other hand:

. . . from early on he [Khosa] has accepted responsibility for his actions. He was prepared to plead guilty to dangerous driving causing death

I find that [Khosa] is contrite and remorseful. [Khosa] at hearing was regretful, his voice tremulous and filled with emotion. . . .

The majority of this panel have placed great significance on [Khosa's] dispute that he was racing, when the criminal court found he was. And while they concluded this was "not fatal" to his appeal, they also determined that his continued denial that he was racing "reflects a lack of insight." The panel concluded that this "is not to his credit." The panel found that [Khosa] was remorseful, but concluded it was not a "compelling feature in light of the limited nature of [Khosa's] admissions".

However I find [Khosa's] remorse, even in light of his denial he was racing, is genuine and is evidence that [Khosa] will in future be more thoughtful and will avoid such recklessness. [paras. 50-51 and 53-54]

[64] En l'espèce, tant les motifs des membres majoritaires de la SAI que ceux de la membre dissidente indiquent clairement les considérations à l'appui de leurs deux points de vue et les raisons de leur désaccord quant à l'issue. Pour ce qui est des faits, la SAI était principalement divisée quant à l'interprétation de l'expression de remords par M. Khosa, comme l'a souligné le juge en chef Lutfy. Selon les membres majoritaires de la SAI :

Le fait que [M. Khosa] continue de nier que c'est sa participation à une « course de rue » qui a eu des conséquences tragiques est une source de complications pour le tribunal. [. . .] Je garde en même temps à l'esprit que [M. Khosa] a montré quelques remords à l'audience pour son excès de vitesse sur la voie publique et note que le juge de première instance a constaté de même [. . .] Cette expression de remords est un facteur favorable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Toutefois, elle ne ressort pas, à mon sens, comme une caractéristique irrésistible en l'espèce étant donné les admissions mitigées de [M. Khosa] à l'audience. [Je souligne; par. 15.]

Par contre, selon la membre dissidente de la SAI :

. . . [M. Khosa] a [. . .] accepté très tôt la responsabilité de ses actes. Il était prêt à plaider coupable à une accusation de conduite dangereuse causant la mort . . .

J'estime que [M. Khosa] est contrit et éprouve des remords. À l'audience, [M. Khosa] a manifesté son regret, sa voix tremblait et était remplie d'émotions. . .

Les commissaires majoritaires ont accordé une grande importance au fait que [M. Khosa] nie avoir pris part à une course alors que les tribunaux pénaux ont établi que tel était le cas. Bien qu'ils aient conclu que cela n'était « pas fatal » au présent appel, ils ont aussi établi que le fait que l'appelant continue de nier qu'il faisait une course « dénote que l'appelant ne saisit pas bien toute la portée de sa conduite » et que ce fait « joue contre l'appelant ». Les commissaires majoritaires concluent que [M. Khosa] éprouve des remords, mais que ces remords ne ressortent pas comme une « caractéristique irrésistible en l'espèce étant donné les admissions mitigées de [M. Khosa] ».

Or, j'estime que les remords de [M. Khosa], même s'il nie avoir participé à une course, sont authentiques et indiquent qu'il sera à l'avenir plus réfléchi et évitera d'agir avec une telle insouciance. [par. 50-51 et 53-54]

It seems evident that this is the sort of factual dispute which should be resolved by the IAD in the application of immigration policy, and not reweighed in the courts.

[65] In terms of transparent and intelligible reasons, the majority considered each of the *Ribic* factors. It rightly observed that the factors are not exhaustive and that the weight to be attributed to them will vary from case to case (para. 12). The majority reviewed the evidence and decided that, in the circumstances of this case, most of the factors did not militate strongly for or against relief. Acknowledging the findings of the criminal courts on the seriousness of the offence and possibility of rehabilitation (the first and second of the *Ribic* factors), it found that the offence of which the respondent was convicted was serious and that the prospects of rehabilitation were difficult to assess (para. 23).

[66] The weight to be given to the respondent's evidence of remorse and his prospects for rehabilitation depended on an assessment of his evidence in light of all the circumstances of the case. The IAD has a mandate different from that of the criminal courts. Khosa did not testify at his criminal trial, but he did before the IAD. The issue before the IAD was not the potential for rehabilitation for purposes of sentencing, but rather whether the prospects for rehabilitation were such that, alone or in combination with other factors, they warranted special relief from a valid removal order. The IAD was required to reach its own conclusions based on its own appreciation of the evidence. It did so.

[67] As mentioned, the courts below recognized some merit in Khosa's complaint. Lutfy C.J. recognized that the majority "chose to place greater weight on his denial that he participated in a race than others might have" (para. 36). Décary J.A. described the majority's preoccupation with street racing as "some kind of fixation" (para. 18). My colleague Fish J. also decries the weight put on

Il semble évident qu'un litige factuel de ce genre doit être tranché par la SAI dans l'application de la politique d'immigration et qu'il ne doit pas être réévalué par les tribunaux judiciaires.

[65] Quant à la transparence et à l'intelligibilité des motifs, les membres majoritaires ont pris en considération chacun des facteurs énoncés dans la décision *Ribic*. Ils ont fait remarquer à juste titre que cette énumération n'était pas exhaustive et que l'importance qu'il faut accorder à chaque facteur varie d'une affaire à l'autre (par. 12). Ils ont examiné la preuve et décidé que, dans les circonstances de l'espèce, la plupart des facteurs ne militaient fortement ni pour ni contre la prise de mesures. Prenant acte des constats des juridictions pénales sur la gravité de l'infraction et la possibilité de réadaptation (les premier et deuxième facteurs énoncés dans *Ribic*), les membres majoritaires ont conclu que l'infraction dont l'intimé a été reconnu coupable était grave et que ses possibilités de réadaptation étaient difficiles à établir (par. 23).

[66] L'importance qu'il convenait d'accorder à la preuve de remords présentée par l'intimé et à ses possibilités de réadaptation dépendait de l'appréciation de son témoignage au regard de toutes les circonstances de l'espèce. Le mandat de la SAI diffère de celui des juridictions pénales. M. Khosa n'a pas témoigné à son procès criminel, mais il l'a fait devant la SAI. La SAI ne devait pas apprécier ses possibilités de réadaptation pour les besoins de la détermination de la peine, mais déterminer plutôt si ses possibilités de réadaptation étaient telles que, seules ou combinées à d'autres facteurs, elles justifiaient la prise de mesures spéciales relativement à une mesure de renvoi valide. La SAI devait tirer ses propres conclusions fondées sur sa propre appréciation de la preuve. C'est ce qu'elle a fait.

[67] Comme je l'ai mentionné, les juridictions inférieures ont reconnu que la plainte de M. Khosa n'était pas dénuée de fondement. Le juge en chef Lutfy a constaté que la majorité a « choisi d'accorder davantage de poids que d'autres ne l'auraient peut-être fait à son déni de participation à une "course" » (par. 36). Pour décrire la préoccupation des membres de la majorité au sujet de la course de

this factor by the majority (para. 141). However, as emphasized in *Dunsmuir*, “certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions” (para. 47). In light of the deference properly owed to the IAD under s. 67(1)(c) of the *IRPA*, I cannot, with respect, agree with my colleague Fish J. that the decision reached by the majority in this case to deny special discretionary relief against a valid removal order fell outside the range of reasonable outcomes.

V. Disposition

[68] The appeal is allowed and the decision of the IAD is restored.

The following are the reasons delivered by

[69] ROTHSTEIN J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Binnie allowing this appeal. While I concur with this outcome, I respectfully disagree with the majority’s approach to the application of the *Dunsmuir* standard of review analysis under s. 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7 (“*FCA*”).

I. Introduction

[70] The central issue in this case is whether the *FCA* expressly, or by necessary implication, provides the standards of review to be applied on judicial review, and if so, whether this displaces the common law standard of review analysis recently articulated in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. The majority is of the view that the *Dunsmuir* standard of review analysis is to be read into s. 18.1(4) of the *FCA*. In my view,

le juge Décary a dit qu’elle les avait « quelque peu obnubilés » (par. 18). Mon collègue le juge Fish décrit aussi le poids accordé à ce facteur dans les motifs des juges majoritaires (par. 141). Toutefois, comme il a été souligné dans *Dunsmuir*, « certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n’appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d’opter pour l’une ou l’autre des différentes solutions rationnelles acceptables » (par. 47). Vu la déférence dont il faut à juste titre faire preuve envers les décisions rendues par la SAI en vertu de l’al. 67(1)c) de la *LIPR*, je ne puis souscrire à l’opinion de mon collègue, le juge Fish, selon laquelle la décision de la majorité de refuser en l’espèce la prise de mesures spéciales discrétionnaires contre une mesure de renvoi valide ne faisait pas partie de la gamme des issues raisonnables.

V. Dispositif

[68] Le pourvoi est accueilli et la décision de la SAI est rétablie.

Version française des motifs rendus par

[69] LE JUGE ROTHSTEIN — J’ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Binnie, qui est d’avis d’accueillir le pourvoi. Bien que je souscrive au résultat auquel il arrive, je ne puis me rallier au point de vue des juges majoritaires concernant l’application, dans le cadre de l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7 (« *LCF* »), de l’analyse relative à la norme de contrôle décrite dans *Dunsmuir*.

I. Introduction

[70] La question fondamentale en l’espèce est de savoir si la *LCF* établit, expressément ou par déduction nécessaire, les normes applicables en matière de contrôle judiciaire et, le cas échéant, si ces normes supplantent l’analyse relative à la norme de contrôle applicable en common law élaborée récemment dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Les juges majoritaires sont d’avis que le par. 18.1(4) de

courts must give effect to the legislature's words and cannot superimpose on them a duplicative common law analysis. Where the legislature has expressly or impliedly provided for standards of review, courts must follow that legislative intent, subject to any constitutional challenge.

[71] Section 18.1(4) of the *FCA* states:

(4) [Grounds of review] The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

- (a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;
- (b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;
- (c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;
- (d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;
- (e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or
- (f) acted in any other way that was contrary to law.

[72] The language of s. 18.1(4)(d) makes clear that findings of fact are to be reviewed on a highly deferential standard. Courts are only to interfere with a decision based on erroneous findings of fact where the federal board, commission or other tribunal's factual finding was "made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it". By contrast with para. (d), there is no suggestion that courts should defer in reviewing a question that raises any of the other criteria in s. 18.1(4). Where Parliament intended a deferential standard of review in s. 18.1(4), it used clear and unambiguous language. The necessary implication is that where Parliament did not provide for

la *LCF* doit être tenu pour inclure implicitement cette analyse. À mon sens, les cours de justice doivent donner effet au libellé de la loi et ne peuvent y superposer une analyse en common law qui fait double emploi. Dans les cas où le législateur a expressément ou implicitement prévu les normes de contrôle applicables, les cours de justice doivent respecter l'intention du législateur, sous réserve des questions touchant la constitutionnalité.

[71] Le paragraphe 18.1(4) de la *LCF* est ainsi formulé :

(4) [Motifs] Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'office fédéral, selon le cas :

- a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;
- b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;
- c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;
- d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;
- e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;
- f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

[72] Il ressort clairement du libellé de l'al. 18.1(4)d) que la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait appelle un degré élevé de déférence. Les tribunaux judiciaires ne doivent intervenir que si la décision de l'office fédéral est fondée sur une conclusion de fait erronée qu'il a « tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose ». Contrairement à l'al. d), les autres dispositions du par. 18.1(4) n'indiquent pas que les tribunaux judiciaires devraient appliquer une norme de contrôle empreinte de déférence pour l'examen des critères qui y sont énoncés. Lorsqu'il a voulu imposer une norme de contrôle empreinte de déférence pour l'application du par. 18.1(4), le

a deferential standard, its intent was that no deference be shown. As I will explain, the language and context of s. 18.1(4), and in particular the absence of deferential wording, demonstrates that a correctness standard is to be applied to questions of jurisdiction, natural justice, law and fraud. The language of s. 18.1(4)(d) indicates that deference is only to be applied to questions of fact.

[73] *Dunsmuir* reaffirmed that “determining the applicable standard of review is accomplished by establishing legislative intent” (para. 30). The present majority’s insistence that *Dunsmuir* applies even where Parliament specifies a standard of review is inconsistent with that search for legislative intent, in my respectful view.

[74] Standard of review developed as a means to reconcile the tension that privative clauses create between the rule of law and legislative supremacy: see *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048. “Full” or “strong” privative clauses that purport to preclude the judicial review of a question brought before a reviewing court give rise to this judicial-legislative tension, which deference and standard of review were developed to resolve: see *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers’ Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 17, for a discussion of the nature of privative clauses. In my opinion, the application of *Dunsmuir* outside the strong privative clause context marks a departure from the conceptual and jurisprudential origins of the standard of review analysis.

[75] In my view, the question of whether the *Dunsmuir* standard of review analysis applies to judicial review under s. 18.1 of the *FCA* becomes clear when one examines the conceptual basis for the common law standard of review analysis. As explained in part II, standard of review emerged as a means to reconcile the judicial-legislative tension

législateur a utilisé des termes clairs et non équivoques. Il s’ensuit nécessairement que le législateur ne voulait pas qu’une norme empreinte de déférence soit appliquée dans les cas où il ne l’a pas précisé. Comme je l’expliquerai, le texte et le contexte du par. 18.1(4), et notamment l’absence de libellé commandant la déférence, montrent que la norme de la décision correcte doit être appliquée aux questions touchant la compétence, la justice naturelle, le droit et la fraude. Le libellé de l’al. 18.1(4)d) indique que seules les questions de fait sont assujetties à une norme empreinte de déférence.

[73] Dans *Dunsmuir*, la Cour a réitéré qu’il faut déterminer « la norme de contrôle applicable en fonction de l’intention du législateur » (par. 30). J’estime, avec égard, que la position des juges majoritaires voulant que l’arrêt *Dunsmuir* s’applique même dans les cas où le législateur a précisé la norme de contrôle applicable va à l’encontre de cette recherche de l’intention du législateur.

[74] La norme de contrôle judiciaire se veut un moyen de résoudre la tension créée par les clauses privatives entre la primauté du droit et la suprématie législative : voir *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Les clauses privatives « rigoureuses » ou « intégrales » qui excluent censément le contrôle judiciaire d’une question soumise à une cour de révision créent cette tension entre les ordres judiciaire et législatif, qu’on a voulu résoudre au moyen de la déférence et de la norme de contrôle : voir *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers’ Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 17, pour une description de la nature des clauses privatives. Selon moi, l’application de l’arrêt *Dunsmuir* en dehors du contexte d’une clause privative rigoureuse marque une rupture avec les origines conceptuelle et jurisprudentielle de l’analyse relative à la norme de contrôle.

[75] J’estime qu’un examen du fondement conceptuel de l’analyse relative à la norme de contrôle applicable en common law permet de répondre clairement à la question de savoir si l’analyse décrite dans *Dunsmuir* s’applique au contrôle judiciaire prévu à l’art. 18.1 de la *LCF*. Comme nous le verrons dans la partie II, la norme de contrôle

to which privative clauses gave rise. The legislature's desire to immunize certain administrative decisions from judicial scrutiny conflicted with the constitutional supervisory role of the courts and, as such, required a juridical response that could reconcile these competing requirements. Deference and standard of review was the result. It was the departure from this conceptual origin that blurred the role of the privative clause as the legislature's communicative signal of relative expertise, and in doing so, the Court moved away from the search for legislative intent that governs this area. In part III, I refer to this Court's jurisprudence on the judicial recognition of legislated standards of review. That jurisprudence is clear that courts must give effect to legislated standards of review, subject to any constitutional challenges. In part IV, I explain that having regard to the conceptual origin of standard of review and the jurisprudence on legislated standards of review, s. 18.1(4) of the *FCA* occupies the field of standard of review and therefore ousts the common law on that question, excepting in cases of a strong privative clause. In part V, I conclude by briefly considering the Immigration Appeal Division ("IAD") decision in this case. Like the majority, I would allow the appeal.

II. The Place of Standard of Review: Reconciling the Judicial-Legislative Tension of the Privative Clause

A. *The Judicial-Legislative Tension*

[76] Absent a privative clause, courts have always retained a supervisory judicial review role. In the provinces, provincial superior courts have inherent jurisdiction and in most, if not all, cases statutory judicial review jurisdiction. In the federal context, the *FCA* transferred this inherent jurisdiction

est devenue le moyen de résoudre la tension entre les ordres judiciaire et législatif créée par les clauses privatives. La volonté du législateur de mettre certaines décisions administratives à l'abri du processus d'examen judiciaire entraine en conflit avec le pouvoir constitutionnel de surveillance des tribunaux judiciaires, d'où la nécessité de trouver une solution juridique qui permette de les concilier. Cette solution a pris la forme de la déférence et de la norme de contrôle. La rupture avec cette assise conceptuelle a embrouillé le rôle de la clause privative en tant qu'indication par le législateur de l'expertise relative de l'organisme administratif et, ce faisant, la Cour s'est écartée de la recherche de l'intention du législateur, déterminante dans ce domaine. Dans la partie III, je fais mention de la jurisprudence de notre Cour portant sur la reconnaissance judiciaire des normes de contrôle fixées par voie législative. Il ressort clairement de cette jurisprudence que les cours de justice doivent appliquer les normes de contrôle fixées par la loi, sauf s'il y a contestation constitutionnelle. Dans la partie IV, j'explique que, compte tenu de l'origine conceptuelle des normes de contrôle et de la jurisprudence sur les normes de contrôle d'origine législative, le par. 18.1(4) de la *LCF* régit entièrement la question des normes de contrôle et déloge les principes de common law en la matière, exception faite des cas où il existe une clause privative rigoureuse. Dans la partie V, je conclus par un examen sommaire de la décision rendue par la Section d'appel de l'immigration (« SAI ») en l'espèce. À l'instar de la majorité, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Le rôle de la norme de contrôle : résoudre la tension entre les ordres judiciaire et législatif découlant des clauses privatives

A. *La tension entre les ordres judiciaire et législatif*

[76] En l'absence d'une clause privative, les tribunaux judiciaires ont toujours exercé un pouvoir de surveillance. Dans les provinces, les cours supérieures provinciales possèdent une compétence inhérente et la plupart, sinon toutes, sont aussi investies d'une compétence d'origine législative en

from the provincial superior courts to the Federal Courts. Where applicable, statutory rights of appeal also grant affected parties the right to appeal an administrative decision to court. This residual judicial review jurisdiction means that courts retained authority to ensure the rule of law even as delegated administrative decision making emerged. La Forest and Iacobucci JJ. acknowledged this in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, when La Forest J. wrote that

[i]n the absence of other provisions indicating a disposition to limit judicial review, the normal supervisory role of the courts remains. The administrative tribunal, of course, is authorized to make determinations on these questions, but they are not to be insulated from the general supervisory role of the courts. [p. 584]

The legislature was well aware that parties who perceived an administrative injustice would still have recourse to the courts.

[77] The question is, however, whether the creation of expert tribunals automatically meant that there was to be some limitation on the judicial review role of the courts, in particular on questions of law. Where the legislature enacted strong privative clauses precluding review for legal error, there is no doubt that this was the legislative intent. In my opinion, the same limit on judicial review cannot be inferred merely from the establishment of a tribunal when the legislature did not seek to immunize the tribunal's decisions from judicial review. In those cases, the creation of an administrative decision-maker did not by itself give rise to a tension with the supervisory role of the courts.

[78] In contrast, the majority appears to understand the judicial review of administrative decisions

matière de contrôle judiciaire. Sous le régime fédéral, la LCF a transféré cette compétence inhérente des cours supérieures des provinces aux Cours fédérales. Les droits d'appel établis par un texte législatif, le cas échéant, permettent également aux parties intéressées d'interjeter appel d'une décision administrative devant un tribunal judiciaire. Cette compétence résiduelle en matière de contrôle judiciaire signifie que les tribunaux judiciaires ont conservé le pouvoir d'assurer la primauté du droit, malgré l'essor du pouvoir délégué de rendre une décision administrative. Les juges La Forest et Iacobucci l'ont reconnu dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554. Voici ce qu'y dit le juge La Forest :

En l'absence d'autres dispositions indiquant une intention de limiter le contrôle judiciaire, les cours de justice conservent leur pouvoir habituel de surveillance. Le tribunal administratif est certes habilité à prendre des décisions sur ces questions, mais ces décisions ne sont pas à l'abri de la surveillance générale des cours de justice. [p. 584]

Le législateur savait très bien que les parties continueraient de s'adresser aux tribunaux judiciaires pour obtenir réparation si elles estimaient qu'une décision administrative était injuste.

[77] Cependant, la question est de savoir si la création de tribunaux administratifs spécialisés devait automatiquement restreindre le pouvoir de contrôle des tribunaux judiciaires, plus particulièrement à l'égard des questions de droit. Dans les cas où il a édicté des clauses privatives rigoureuses empêchant le contrôle judiciaire d'une décision comportant une erreur de droit, le législateur n'a laissé aucun doute quant à son intention. À mon avis, la simple création d'un tribunal administratif ne permet pas de conclure à pareille limitation du pouvoir de contrôle judiciaire, lorsque le législateur n'a pas tenté de soustraire les décisions de ce tribunal au contrôle judiciaire. Dans ce cas, la mise sur pied d'un tribunal administratif ne crée pas en soi de tension avec le rôle de surveillance des tribunaux judiciaires.

[78] Par contre, les juges majoritaires semblent croire que le contrôle judiciaire des décisions

as automatically engaging a judicial-legislative tension, which the standard of review analysis seeks to resolve. In *Dunsmuir*, Bastarache and LeBel JJ., writing for the majority, described this as follows:

Judicial review seeks to address an underlying tension between the rule of law and the foundational democratic principle, which finds an expression in the initiatives of Parliament and legislatures to create various administrative bodies and endow them with broad powers. Courts, while exercising their constitutional functions of judicial review, must be sensitive not only to the need to uphold the rule of law, but also to the necessity of avoiding undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures. [Emphasis added; para. 27.]

As I understand this reasoning, the legislature displaced (or attempted to displace) judicial decision making in some areas by creating administrative bodies. From this viewpoint, the standard of review functions as a necessary balancing exercise between the courts' constitutional exercise of judicial review and the legislative desire to delegate certain powers to administrative bodies.

[79] In my opinion, in the absence of a strong privative clause such as existed in *Dunsmuir*, there are important reasons to question whether this view is applicable. Broadly speaking, it is true of course that the creation of expert administrative decision-makers evidenced a legislative intent to displace or bypass the courts as primary adjudicators in a number of areas. As Professor W. A. Bogart notes, “[t]he core idea was that the legislature wanted to regulate some area but wished someone else, an administrative actor, to carry out the regulation for reasons of expertise, expediency, access, independence from the political process, and so forth” (“The Tools of the Administrative State and the Regulatory Mix”, in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (2008), 25, at p. 31). It was only with the enactment of privative clauses, however, that the legislature evidenced

administratives crée d'emblée une tension entre les ordres judiciaire et législatif et que l'analyse relative à la norme de contrôle vise à résoudre cette tension. Dans l'arrêt *Dunsmuir*, les juges Bastarache et LeBel, s'exprimant au nom de la majorité, ont donné l'explication suivante :

Le contrôle judiciaire s'intéresse à la tension sous-jacente à la relation entre la primauté du droit et le principe démocratique fondamental, qui se traduit par la prise de mesures législatives pour créer divers organismes administratifs et les investir de larges pouvoirs. Lorsqu'elles s'acquittent de leurs fonctions constitutionnelles de contrôle judiciaire, les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité non seulement de maintenir la primauté du droit, mais également d'éviter toute immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur. [Je souligne; par. 27.]

Je comprends de ce raisonnement que le législateur a retiré (ou tenté de retirer) aux cours de justice leur pouvoir décisionnel dans certains domaines en créant des tribunaux administratifs. Vue sous cet angle, la norme de contrôle devient un exercice nécessaire de mise en équilibre de l'exercice constitutionnel du contrôle judiciaire par les cours et de la volonté du législateur de déléguer certains pouvoirs aux organismes administratifs.

[79] Selon moi, en l'absence d'une clause privative rigoureuse comme celle dont il était question dans *Dunsmuir*, d'importantes raisons justifient que l'on s'interroge sur l'application de ce point de vue. De manière générale, il est vrai que la création de décideurs administratifs spécialisés témoigne de l'intention du législateur de remplacer les cours de justice ou de les déloger en tant que principaux décideurs dans plusieurs domaines. Selon le professeur W. A. Bogart, [TRADUCTION] « [l]e législateur voulait essentiellement réglementer certains domaines, mais souhaitait qu'une autre partie, un organisme administratif, veille à l'application des règlements pour des considérations touchant notamment l'expertise, l'efficacité, l'accès et l'indépendance par rapport au processus politique » (« The Tools of the Administrative State and the Regulatory Mix », dans C. M. Flood et L. Sossin, dir., *Administrative*

an intent to oust, or at the very least restrict, the court's review role.

[80] The most obvious case was labour relations. Labour relations boards were created during the First and Second World Wars, in part to stave off labour unrest: see R. J. Charney and T. E. F. Brady, *Judicial Review in Labour Law* (loose-leaf), at pp. 2-1 to 2-17. In order to protect the boards from judicial intervention, the legislature enacted strong privative clauses. Professor Audrey Macklin notes that “[f]rustrated with judicial hostility toward the objectives of labour relations legislation, the government not only established a parallel administrative regime of labour relations boards, but also enacted statutory provisions that purported to preclude entirely judicial review of the legality of administrative action”: “Standard of Review: The Pragmatic and Functional Test”, in *Administrative Law in Context*, 197, at p. 199. While there are different types of privative clauses, the labour relations context gave rise to strong privative clauses that typically purported to preclude review not only of factual findings, but also legal and jurisdictional decisions of the tribunal: see *Pasiechnyk*, at para. 17 (discussing what constitutes a “full” or “true” privative clause).

[81] In attempting to preclude judicial review, privative clauses gave rise to a tension between the two core pillars of the public law system: legislative supremacy and the judicial enforcement of law: see D. Dyzenhaus, “Disobeying Parliament? Privative Clauses and the Rule of Law”, in R. W. Bauman and T. Kahana, eds., *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State* (2006), 499, at p. 500. Strong privative clauses reflected the legislature's intent to make

Law in Context (2008), 25, p. 31). Ce n'est toutefois qu'en édictant des clauses privatives que le législateur a manifesté son intention d'écarter, ou à tout le moins de restreindre, le rôle de contrôle des tribunaux judiciaires.

[80] L'exemple le plus évident est le domaine des relations de travail. Les commissions des relations de travail ont été mises sur pied pendant les Première et Seconde Guerres mondiales, en partie pour enrayer l'agitation ouvrière : voir R. J. Charney et T. E. F. Brady, *Judicial Review in Labour Law* (feuilles mobiles), p. 2-1 à 2-17. Afin d'empêcher les tribunaux judiciaires de s'immiscer dans les affaires des commissions, le législateur a édicté des clauses privatives rigoureuses. Aux dires de la professeure Audrey Macklin, [TRADUCTION] « [c]omme il était excédé par l'hostilité judiciaire envers les objectifs de la législation en matière de relations de travail, le gouvernement a non seulement établi un régime administratif parallèle de commissions des relations de travail, mais a aussi adopté des dispositions législatives visant à empêcher entièrement le contrôle judiciaire de la légalité des mesures administratives » : « Standard of Review : The Pragmatic and Functional Test », dans *Administrative Law in Context*, 197, p. 199. Bien qu'il existe différents types de clauses privatives, les clauses privatives rigoureuses qui ont été édictées dans le contexte des relations de travail visaient généralement à empêcher le contrôle non seulement des conclusions de fait du tribunal administratif, mais aussi de ses conclusions touchant le droit et sa compétence : voir *Pasiechnyk*, par. 17 (examen de ce qui constitue une clause privative « intégrale » ou « véritable »).

[81] Les clauses privatives, qui avaient pour objectif d'empêcher le contrôle judiciaire, ont créé une tension entre les deux piliers fondamentaux du régime de droit public : la suprématie législative et l'application de la loi par les tribunaux judiciaires : voir D. Dyzenhaus, « Disobeying Parliament? Privative Clauses and the Rule of Law », dans R. W. Bauman et T. Kahana, dir., *The Least Examined Branch : The Role of Legislatures in the Constitutional State* (2006), 499, p. 500. Les

administrative decisions final and thereby beyond the purview of judicial scrutiny. This conflicts with the rule of law principle of accountability, for which access to courts is necessary. As Professor Mary Liston notes:

The risk to the accountability function of the rule of law was that these officials could behave as a law unto themselves because they would be the sole judges of the substantive validity of their own acts. The institutional result of privative clauses was a system of competing and irreconcilable supremacies between the legislative and judicial branches of government.

(“Governments in Miniature: The Rule of Law in the Administrative State”, in *Administrative Law in Context*, 77, at p. 104)

Faced with these competing “supremacies”, courts were forced to develop a juridical approach that would reconcile, or at least alleviate, this tension. In Canada, courts opted for the deference approach.

B. *The Origins of the Standard of Review Analysis: Resolving the Privative Clause Tension*

[82] The deference approach emerged as a means of reconciling Parliament’s intent to immunize certain administrative decisions from review with the supervisory role of courts in a rule of law system. This approach originated with *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 (“*C.U.P.E.*”). In reviewing a labour tribunal decision, Dickson J., as he then was, wrote that the privative clause “constitutes a clear statutory direction on the part of the Legislature that public sector labour matters be promptly and finally decided by the [Public Service Labour Relations] Board” (p. 235). The decision of the Board was protected so long as it was not “so patently unreasonable that the Board . . . did ‘something which takes the exercise of its powers

clauses privatives rigoureuses exprimaient l’intention du législateur de rendre les décisions administratives inattaquables et de les mettre ainsi à l’abri de tout examen judiciaire, ce qui est contraire à la primauté du droit et à son principe de responsabilité dont l’accès aux cours de justice constitue un élément essentiel. La professeure Mary Liston s’est exprimée ainsi à cet égard :

[TRADUCTION] En ce qui concerne le principe de responsabilité inhérent à la primauté du droit, le risque venait de ce que ces autorités pouvaient faire la loi puisqu’elles jugeaient en dernier ressort de la validité quant au fond de leurs propres décisions. Du point de vue institutionnel, les clauses privatives ont engendré les suprématies concurrentes et irréconciliables de l’ordre législatif et de l’ordre judiciaire du gouvernement.

(« Governments in Miniature : The Rule of Law in the Administrative State », dans *Administrative Law in Context*, 77, p. 104)

Aux prises avec ces « suprématies » concurrentes, les cours de justice ont dû trouver une solution juridique permettant de résoudre ou du moins d’atténuer cette tension. Au Canada, les cours de justice ont choisi la déférence.

B. *Les origines de l’analyse relative à la norme de contrôle : résoudre la tension créée par les clauses privatives*

[82] La déférence est apparue comme un moyen de concilier l’intention du législateur de soustraire certaines décisions administratives au contrôle judiciaire et le pouvoir de surveillance des tribunaux judiciaires dans un système fondé sur la primauté du droit. Le recours à la déférence remonte à l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 (« *S.C.F.P.* »). Dans le cadre du contrôle d’une décision en matière de relations de travail, le juge Dickson, plus tard juge en chef de notre Cour, a déclaré que la clause privative « révèle clairement la volonté du législateur que les différends du travail dans le secteur public soient réglés promptement et en dernier ressort par la Commission [des relations de travail

outside the protection of the privative or preclusive clause” (p. 237).

[83] The deference approach sought to give effect to the legislature’s recognition that the administrative decision-maker had relative expertise on some or all questions. The privative clause indicated the area of tribunal expertise that the legislature was satisfied warranted deference. As Professor Dyzenhaus explains:

... *CUPE* involves more than concession. Right at the outset of the development of the idea of deference, it was clear that there was a judicial cession of interpretative authority to the tribunal, within the scope of its expertise — the area of jurisdiction protected by the privative clause. The cession was not total — the tribunal could not be patently unreasonable. But it was significant because it required that judges defer to the administration’s interpretations of the law, except on jurisdictional, constitutional, or constitution like issues. [Emphasis added; p. 512.]

[84] It is clear in *C.U.P.E.* that the deferential approach was contingent upon and shaped by the relevant privative clause. Interpretive authority was only ceded to tribunals in the area “within the scope of its expertise — the area of jurisdiction protected by the privative clause”. A strong privative clause that protected legal as well as factual and discretionary decisions meant that the legislature recognized the tribunal as having relative expertise with respect to all these questions. Dickson J. emphasized that the legislature’s frequent use of privative clauses in the labour relations context was intimately connected to tribunal expertise. He wrote that “[t]he rationale for protection of a labour board’s decisions within jurisdiction is straightforward and compelling. The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations” (p. 235). In other words, tribunal expertise was a compelling

dans les services publics] » (p. 235). La décision de la Commission ne pouvait être modifiée tant qu’elle n’était pas « à ce point déraisonnable que [la Commission] [. . .] a, au cours de cette enquête, fait “quelque chose qui retire l’exercice de ce pouvoir de la protection offerte par la clause privative ou limitative” » (p. 237).

[83] La déférence visait à traduire dans les faits la reconnaissance par le législateur de l’expertise relative du tribunal administratif concernant une partie ou la totalité des questions. La clause privative précisait le domaine de spécialisation du tribunal qui commandait la déférence aux yeux du législateur. Le professeur Dyzenhaus a fourni les précisions suivantes :

[TRADUCTION] ... *S.C.F.P.* représente beaucoup plus qu’une concession. Dès que l’idée de la déférence a été lancée, il était clair qu’il y avait cession du pouvoir judiciaire d’interprétation au tribunal administratif, dans son domaine de spécialisation, à savoir le domaine de compétence visé par la clause privative. La cession n’était pas complète, puisque le tribunal administratif ne pouvait rendre des décisions manifestement déraisonnables. Cependant, cette mesure revêtait une grande importance parce que les juges devaient s’en remettre à l’interprétation du droit faite par les tribunaux administratifs, exception faite des questions de compétence et des questions constitutionnelles ou analogues. [Je souligne; p. 512.]

[84] Il ressort clairement de l’arrêt *S.C.F.P.* que l’existence et la forme de la déférence dépendaient de la clause privative pertinente. Le pouvoir d’interprétation a été cédé aux tribunaux administratifs uniquement dans leur « domaine de spécialisation, à savoir le domaine de compétence visé par la clause privative ». Une clause privative rigoureuse qui protégeait les conclusions de droit ainsi que les conclusions factuelles et les décisions discrétionnaires des tribunaux administratifs témoignait de la reconnaissance par le législateur de l’expertise du tribunal administratif dans ces domaines. Le juge Dickson a souligné le lien étroit entre la fréquence des clauses privatives édictées dans le contexte des relations de travail et l’expertise du tribunal. Il s’est exprimé ainsi : « On veut protéger les décisions d’une commission des relations de travail, lorsqu’elles relèvent de sa compétence, pour des raisons simples et impérieuses. La commission

rationale for imposing a privative clause. It was not, however, a free-standing basis for deference.

[85] A further step in the development of the deference approach was *Bibeault*, when this Court introduced the pragmatic and functional approach for determining the appropriate standard of review. The pragmatic and functional approach, now known simply as the standard of review analysis, was intended to focus “the Court’s inquiry directly on the intent of the legislator rather than on interpretation of an isolated provision” (p. 1089). In reviewing a decision-maker protected by a strong privative clause, this more expansive analysis examined “not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal” (p. 1088). Beetz J. emphasized the overarching objective of giving effect to legislative intent while upholding courts’ supervisory role in a rule of law system (see p. 1090).

[86] The reasoning of Gonthier J. in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, further reflected this understanding that it is the privative clause that signals when deference is owed and that demarcates the area of relative expertise. Gonthier J. made clear that:

Where the legislator has clearly stated that the decision of an administrative tribunal is final and binding, courts of original jurisdiction cannot interfere with such decisions unless the tribunal has committed an error which goes to its jurisdiction. . . . Decisions which are so protected are, in that sense, entitled to a non-discretionary form of deference because the legislator intended them to be final and conclusive and, in turn, this intention arises out of the desire to leave the resolution of some

est un tribunal spécialisé chargé d’appliquer une loi régissant l’ensemble des relations de travail » (p. 235). En d’autres termes, l’expertise du tribunal constituait un motif impérieux d’imposer une clause privative. Toutefois, il ne s’agissait pas d’un motif indépendant justifiant en soi la déférence.

[85] L’évolution de la déférence a également été marquée par l’arrêt *Bibeault*, dans lequel notre Cour a adopté la méthode pragmatique et fonctionnelle de détermination de la norme de contrôle. Cette méthode pragmatique et fonctionnelle, désormais appelée simplement l’analyse relative à la norme de contrôle, visait à faire « porter l’enquête de la Cour directement sur l’intention du législateur plutôt que sur l’interprétation d’une disposition législative isolée » (p. 1089). Dans le cadre du contrôle judiciaire d’une décision rendue par un décideur protégé par une clause privative rigoureuse, cette analyse plus approfondie a pris en compte « non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l’objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d’être de ce tribunal, le domaine d’expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal » (p. 1088). Le juge Beetz a insisté sur l’objectif primordial qui consiste à donner effet à l’intention du législateur tout en permettant aux tribunaux judiciaires d’exercer leur pouvoir de surveillance dans un système fondé sur la primauté du droit (voir la p. 1090).

[86] Le raisonnement du juge Gonthier dans *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, fait également ressortir le fait que c’est la clause privative qui révèle les circonstances commandant la déférence et qui circonscrit le domaine de spécialisation relative de l’organisme administratif. Le juge Gonthier a expliqué ce qui suit :

Si le législateur affirme clairement que la décision d’un tribunal administratif est finale et exécutoire, les tribunaux judiciaires de première instance ne peuvent toucher à ces décisions à moins que le tribunal administratif n’ait commis une erreur qui porte atteinte à sa compétence. [. . .] Les décisions qui sont ainsi protégées doivent, en ce sens, faire l’objet d’une forme de retenue non discrétionnaire parce que le législateur a voulu qu’elles soient définitives et sans appel et cette intervention du législateur

issues in the hands of a specialized tribunal. [Emphasis added; p. 1744.]

Gonthier J.'s statement captured the essential role of the privative clause. Privative clauses indicate the legislature's intent that administrative decisions made within "the hands of a specialized tribunal" be deemed final and conclusive. It is in these cases that courts must balance their constitutional role to preserve the rule of law with the legislature's intent to oust the courts' jurisdiction. Gonthier J.'s reasoning understood expertise as the underlying rationale for enacting the privative clause. Expertise alone was not interpreted as indicating a legislative intent for finality. If the legislature intended to protect expert decision-makers from review, it did so through a privative clause.

C. Departure From the Origins of Standard of Review: Expertise as a Stand-Alone Basis for Deference

[87] However, with *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, there was a departure from the conceptual origin of standard of review I have described. That case involved the judicial review of a tribunal decision that was not protected by a privative clause and in fact was subject to a statutory right of appeal. Relying on the language of "specialization of duties" from *Bell Canada*, the Court in *Pezim* imputed relative expertise to the tribunal, including on questions of law, based on its statutory mandates. In *Pezim*, the Court reviewed the constating statute of the British Columbia Securities Commission and found that "[t]he breadth of the Commission's expertise and specialisation is reflected in the provisions of the [B.C. Securities Act]" (p. 593). This approach of judicially imputing expertise, even on questions of law, was a departure from earlier jurisprudence that relied on privative clauses as the manifest signal of the legislature's recognition of relative tribunal expertise.

découle, à son tour, de la volonté de laisser à des tribunaux spécialisés le soin de trancher certains litiges. [Je souligne; p. 1744.]

Les propos du juge Gonthier cernent bien le rôle essentiel de la clause privative. La clause privative révèle la volonté du législateur « de laisser à des tribunaux spécialisés le soin » de rendre des décisions qui soient définitives et inattaquables. C'est dans ces circonstances que les tribunaux judiciaires doivent mettre en balance leur pouvoir constitutionnel de préserver la primauté du droit et l'intention du législateur de leur retirer compétence. Suivant le raisonnement du juge Gonthier, l'expertise constituait la raison d'être de la clause privative. L'expertise seule ne révélait pas l'intention du législateur de rendre les décisions inattaquables. Pour manifester son intention de soustraire les décideurs spécialisés au contrôle judiciaire, le législateur édictait une clause privative.

C. Rupture avec les origines de la norme de contrôle : l'expertise comme motif justifiant à lui seul la déférence

[87] Toutefois, avec l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, s'est produite une rupture avec l'origine conceptuelle de la norme de contrôle que j'ai décrite. Cette cause portait sur le contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal administratif qui n'était pas protégée par une clause privative et qui était, en fait, susceptible d'appel aux termes de la loi. En se fondant sur le « principe de la spécialisation des fonctions » énoncé dans l'arrêt *Bell Canada*, la Cour dans *Pezim* a attribué une expertise relative au tribunal, y compris sur les questions de droit, compte tenu du mandat que lui confiait la loi. Dans *Pezim*, la Cour a examiné la loi constitutive de la British Columbia Securities Commission et elle a conclu que la « [Securities Act de la C.-B.] fait bien ressortir l'étendue de l'expertise et de la spécialisation de la Commission » (p. 593). En attribuant ainsi une expertise au tribunal, même à l'égard de questions de droit, la Cour a rompu avec la jurisprudence antérieure qui s'appuyait sur les clauses privatives comme indication manifeste de la reconnaissance de l'expertise relative du tribunal administratif par le législateur.

[88] My colleague Binnie J. writes at para. 26 of his reasons that “*Pezim* has been cited and applied in numerous cases over the last 15 years.” In light of this, he rejects what he sees as my effort “to roll back the *Dunsmuir* clock”. With respect, I do not believe that the longevity of *Pezim* should stand in the way of this Court’s recent attempts to return conceptual clarity to the application of standard of review. The fact that *Pezim* has been cited in other cases does not preclude this Court from revisiting its reasoning where there are compelling reasons to do so: *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683, at para. 46. In my view, *Pezim*’s departure from the conceptual basis for standard of review constitutes such a compelling reason. In *Dunsmuir*, this Court recognized that the time had “arrived for a reassessment” of “the troubling question of the approach to be taken in judicial review of decisions of administrative tribunals” (para. 1). Such reassessment should include a return to the conceptual basis for standard of review.

[89] I do not dispute that reviewing courts, whether in the appellate or judicial review contexts, should show deference to lower courts and administrative decision-makers on questions of fact: see Deschamps J. in concurrence in *Dunsmuir* at para. 161. The principled bases articulated in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 13, for deference to judicial triers of fact are also relevant in the administrative review context. Just as judicial triers of fact are better situated to make findings of fact at first instance, so too are tribunals, especially in the area of policy making. In cases involving mixed fact and law, where the legal question cannot be extricated from a factual or policy finding, deference should be shown.

[90] However, where a legal question can be extricated from a factual or policy inquiry, it is inappropriate to presume deference where Parliament

[88] Mon collègue le juge Binnie écrit au par. 26 de ses motifs que l’arrêt « *Pezim* a été cité et appliqué dans de nombreuses décisions au cours des 15 dernières années. » Pour cette raison, il rejette ce qu’il perçoit comme une tentative de ma part de « retourner à l’époque » antérieure à *Dunsmuir*. Avec égard, je ne crois pas que la longévité de l’arrêt *Pezim* devrait faire obstacle aux efforts déployés récemment par la Cour pour redonner sa clarté conceptuelle à l’application de la norme de contrôle. Le fait que *Pezim* a été cité dans d’autres décisions n’empêche pas la Cour de réexaminer son raisonnement lorsque des motifs impérieux l’exige : *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, par. 46. À mon avis, le fait que l’arrêt *Pezim* s’écarte des assises conceptuelles de la norme de contrôle constitue un tel motif impérieux. Dans *Dunsmuir*, la Cour a reconnu que le « temps est venu de réévaluer [. . .] l’épineuse question de la démarche qu’il convient d’adopter pour le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs » (par. 1). Ce réexamen devrait inclure un retour aux assises conceptuelles de la norme de contrôle.

[89] Nul ne conteste que, dans le cadre d’un appel ou d’un contrôle judiciaire, les cours de révision devraient faire preuve de déférence à l’égard des décisions rendues par les juridictions de première instance et les organismes administratifs sur des questions de fait : voir les motifs concordants de la juge Deschamps dans *Dunsmuir*, au par. 161. Les raisons, exposées dans *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 13, qui justifient la déférence à l’égard des conclusions factuelles des juges de première instance s’appliquent également dans le contexte du contrôle judiciaire des décisions administratives. À l’instar des juges de première instance, les tribunaux administratifs sont mieux placés pour tirer des conclusions de fait, notamment dans le domaine de l’élaboration de politiques. La déférence s’impose dans le cas de questions mixtes de fait et de droit, lorsque la question de droit ne peut être isolée des conclusions sur les questions de fait ou de politique.

[90] Cependant, s’il est possible de dégager la question de droit de l’examen des questions de fait ou de politique, la déférence ne saurait se présumer

has not indicated this via a privative clause. The basic rule in the appellate context is that questions of law are to be reviewed on a correctness standard: *Housen*, at para. 8. The reasons for this are twofold. First, “the principle of universality requires appellate courts to ensure that the same legal rules are applied in similar situations”: *Housen*, at para. 9. Divergent applications of legal rules undermine the integrity of the rule of law. Dating back to the time of Dicey’s theory of British constitutionalism, almost all rule of law theories include a requirement that each person in the political community be subject to or guided by the same general law: see A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed. 1959), at p. 193; L. L. Fuller, *The Morality of Law* (rev. ed. 1969), at pp. 81-91 (advocating the principle of congruence between official action and declared rule); J. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (1979), at pp. 215-17 (“[s]ince the court’s judgment establishes conclusively what is the law in the case before it, the litigants can be guided by law only if the judges apply the law correctly”). A correctness standard on questions of law is meant, in part, to ensure this universality. Second, appellate and reviewing courts have greater law-making expertise relative to trial judges and administrative decision-makers. As this Court emphasized in *Housen*:

[W]hile the primary role of trial courts is to resolve individual disputes based on the facts before them and settled law, the primary role of appellate courts is to delineate and refine legal rules and ensure their universal application. In order to fulfill the above functions, appellate courts require a broad scope of review with respect to matters of law. [para. 9]

[91] In the administrative context, unlike the appellate context, the legislature may decide that an administrative decision-maker has superior expertise relative to a reviewing court, including on legal questions. It signals this recognition by enacting a

lorsque le législateur n’a pas donné d’indication en ce sens en édictant une clause privative. La règle fondamentale en appel veut que la norme de contrôle applicable aux questions de droit soit celle de la décision correcte : *Housen*, par. 8. Il en est ainsi pour deux raisons. Premièrement, « le principe de l’universalité impose [. . .] le devoir de veiller à ce que les mêmes règles de droit soient appliquées dans des situations similaires » : *Housen*, par. 9. Le manque de cohérence dans l’application des règles de droit mine l’intégrité de la primauté du droit. Depuis la formulation par Dicey de sa théorie du constitutionnalisme britannique, la quasi-totalité des théories de la primauté du droit exigent que tous les membres d’une collectivité politique soient régis ou guidés par les mêmes lois générales : voir A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10^e éd. 1959), p. 193; L. L. Fuller, *The Morality of Law* (éd. rév. 1969), p. 81-91 (défendant le principe de la concordance entre les actes officiels et les règles établies); J. Raz, *The Authority of Law : Essays on Law and Morality* (1979), p. 215-217 ([TRADUCTION] « [p]uisque le jugement de la cour établit de manière concluante le droit applicable dans le cas dont elle est saisie, le droit ne peut servir de guide aux parties que si les juges l’appliquent correctement »). La norme de la décision correcte applicable aux questions de droit vise, dans une certaine mesure, à garantir cette universalité. Deuxièmement, en matière de création du droit, l’expertise des cours d’appel et de révision est supérieure à celle des juges de première instance et des décideurs administratifs. Notre Cour a souligné ce qui suit dans l’arrêt *Housen* :

[A]lors que le rôle premier des tribunaux de première instance consiste à résoudre des litiges sur la base des faits dont ils disposent et du droit établi, celui des cours d’appel est de préciser et de raffiner les règles de droit et de veiller à leur application universelle. Pour s’acquitter de ces rôles, les cours d’appel ont besoin d’un large pouvoir de contrôle à l’égard des questions de droit. [par. 9]

[91] Dans le contexte administratif, à la différence du contexte d’un appel, le législateur peut décider que l’expertise du décideur administratif est supérieure à celle de la cour de révision, y compris sur les questions de droit. Il reconnaît cette supériorité

strong privative clause. It is in these cases that the court must undertake a standard of review analysis to determine the appropriate level of deference that is owed to the tribunal. It is not for the court to impute tribunal expertise on legal questions, absent a privative clause and, in doing so, assume the role of the legislature to determine when deference is or is not owed.

[92] The distinction between the judicial and legislative roles was further blurred when the privative clause was incorporated into the pragmatic and functional approach in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. *Pushpanathan* set out the four relevant factors for the standard of review analysis: privative clause, expertise, purpose of the act as a whole and of the provision in particular, and the nature of the problem. Rather than being viewed as the express manifestation of legislative intent regarding deference, the privative clause was now treated simply as one of several factors in the calibration of deference (standard of review). As Professor Macklin notes, “[i]f the privative clause was an exercise in communicating legislative intent about the role of the courts, suffice to say that the message was, if not lost, then at least reformulated in translation” (p. 225).

D. *Legislative Intent*

[93] In my opinion, recognizing expertise as a free-standing basis for deference on questions that reviewing courts are normally considered to be expert on (law, jurisdiction, fraud, natural justice, etc.) departs from the search for legislative intent that governs this area. As *Dunsmuir* reaffirmed, the rationale behind the common law standard of review analysis is to give effect to legislative intent (*Bastarache and LeBel JJ.*, at para. 30): see also *Pushpanathan*, at para. 26 (“[t]he central inquiry in determining the standard of review

en édictant une clause privative rigoureuse. C’est dans ces circonstances que la cour doit procéder à l’analyse relative à la norme de contrôle pour déterminer le degré de déférence dont doit bénéficier le tribunal administratif. Il n’appartient pas à la cour d’attribuer au tribunal administratif une expertise sur des questions de droit en l’absence d’une clause privative et, ce faisant, de déterminer à la place du législateur les circonstances qui commandent ou non la déférence.

[92] La distinction entre les rôles des ordres judiciaire et législatif s’est estompée encore davantage lorsque la clause privative a été incorporée dans la méthode pragmatique et fonctionnelle exposée dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. Dans cet arrêt, la Cour a énoncé les quatre facteurs à prendre en considération dans l’analyse relative à la norme de contrôle : la clause privative, l’expertise, l’objet de la loi dans son ensemble et de la disposition en cause et la nature du problème. Plutôt que d’être considérée comme l’expression manifeste de l’intention du législateur concernant la déférence, la clause privative était désormais considérée simplement comme l’un des multiples facteurs à prendre en considération pour déterminer le degré de déférence (la norme de contrôle) qui s’imposait. Selon la professeure Macklin, [TRADUCTION] « [s]i la clause privative était un moyen de communiquer l’intention du législateur concernant le rôle des tribunaux judiciaires, bornons-nous à dire que ce message a été, sinon perdu, du moins reformulé pendant sa transmission » (p. 225).

D. *L’intention du législateur*

[93] À mon avis, en reconnaissant l’expertise comme motif indépendant justifiant en soi la déférence à l’égard des questions normalement considérées comme du ressort des cours de révision (questions de droit, de compétence, de fraude, de justice naturelle, etc.) on s’écarte de la recherche de l’intention du législateur, qui est déterminante dans ce domaine. Comme notre Cour l’a réaffirmé dans *Dunsmuir*, l’analyse relative à la norme de contrôle en common law a pour objet de donner effet à l’intention du législateur (les juges Bastarache et LeBel,

exercisable by a court of law is the legislative intent of the statute creating the tribunal whose decision is being reviewed”); *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, at para. 149 (standard of review as “seeking the polar star of legislative intent”).

[94] Where the recognition of relative expertise was grounded in the privative clause, the legislature’s intent was clear. Departures from that conceptual basis have led courts to undertake what are often artificial judicial determinations of relative expertise. It seems quite arbitrary, for example, that courts may look at the nature of a tribunal as defined by its enabling statute, but not always conduct a full review of its actual expertise. Should a reviewing court be required to consider the qualifications of administrative decision-makers on questions that courts are normally considered to have superior expertise? For example, should it matter whether or not decision-makers have legal training? In the specific context of statutory interpretation, should the reviewing court scrutinize whether or not the tribunal regularly reviews and interprets particular provisions in its home statute such that it possesses relative expertise with respect to such provisions? See L. Sossin, “Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference? Revisiting the Standard of Review in Administrative Law” (2003), 27 *Advocates’ Q.* 478, at p. 491 (for a discussion of the judicial determination of expertise).

[95] Far from subscribing to the view that courts should be reviewing the actual expertise of administrative decision-makers, it is my position that this is the function of the legislature. In my view, the discordance between imputed versus actual expertise is simply one manifestation of the larger conceptual unhinging of tribunal expertise from the privative clause. The legislatures that create administrative decision-makers are better able to

par. 30) : voir aussi *Pushpanathan*, par. 26 (« [l]a détermination de la norme de contrôle que la cour de justice doit appliquer est centrée sur l’intention du législateur qui a créé le tribunal dont la décision est en cause »); *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, par. 149 (l’analyse relative à la norme de contrôle vise à « déterminer l’intention du législateur, qui doit nous guider »).

[94] Lorsque la reconnaissance de l’expertise relative reposait sur la clause privative, l’intention du législateur était manifeste. Les ruptures avec ces assises conceptuelles ont amené les tribunaux judiciaires à évaluer souvent artificiellement l’expertise relative. Par exemple, il semble plutôt arbitraire que les tribunaux judiciaires puissent examiner la nature d’un tribunal telle que la décrit sa loi habilitante, mais qu’ils ne procèdent pas toujours à un examen complet de son expertise réelle. La cour de révision devrait-elle être tenue d’examiner les titres de compétence des décideurs administratifs en ce qui concerne les questions à l’égard desquelles l’expertise des tribunaux judiciaires est normalement considérée supérieure? Par exemple, faut-il accorder de l’importance au fait que les décideurs ont ou non une formation en droit? Dans le contexte particulier de l’interprétation législative, la cour de révision doit-elle vérifier attentivement si le tribunal administratif examine et interprète régulièrement des dispositions particulières de sa loi habilitante et possède de ce fait une expertise relative à leur égard? Voir L. Sossin, « Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference? Revisiting the Standard of Review in Administrative Law » (2003), 27 *Advocates’ Q.* 478, p. 491 (où il est question de l’appréciation de l’expertise par les tribunaux judiciaires).

[95] Loin de souscrire à l’avis que les cours de justice devraient vérifier l’expertise réelle des décideurs administratifs, j’estime que cette tâche appartient au législateur. À mon sens, la discordance entre l’expertise qu’on attribue à un organisme administratif et son expertise réelle n’est qu’une manifestation de la séparation conceptuelle plus large entre l’expertise du tribunal et la clause privative. Le législateur qui crée un organisme

consider the relative qualifications, specialization and day-to-day workings of tribunals, boards and other decision-makers which they themselves have constituted. Where the legislature believes that an administrative decision-maker possesses superior expertise on questions that are normally within the traditional bailiwick of courts (law, jurisdiction, fraud, natural justice, etc.), it can express this by enacting a privative clause.

[96] In my respectful view, the majority's common law standard of review approach seeks two polar stars — express legislative intent and judicially determined expertise — that may or may not align. While there was some attempt by the majority in *Dunsmuir* to reconnect these inquiries, the move has been incomplete. Professor David Mullan notes that “expertise is no longer described as the single most important factor” in *Dunsmuir* and the privative clause is seen as a “strong indication” of a requirement of deference: “*Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let’s Try Again!” (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117, at pp. 125-26. In my view, it is time for the courts to acknowledge that privative clauses and tribunal expertise are two sides of the same coin.

E. *Recognizing the Limitation of Common Law Standard of Review Analysis*

[97] Standard of review has dominated so much of administrative law jurisprudence and academic writing to date that one might hope it would, by now, provide a cogent and predictable analysis of when courts should adopt a deferential approach to an administrative decision. *Dunsmuir* demonstrates that this is still not the case. In *Dunsmuir*, six judges of this Court said that the standard of review applicable to the adjudicator’s legal determination was reasonableness. Three judges found that the standard was correctness. Each group focused

administratif est mieux placé pour apprécier les compétences, les domaines de spécialisation et les activités courantes des tribunaux administratifs, commissions et autres décideurs qu’il a lui-même constitués. S’il est d’avis que le décideur administratif possède une expertise supérieure à celle des cours de justice sur des questions qui sont normalement du ressort de ces dernières (questions de droit, de compétence, de fraude, de justice naturelle, etc.), le législateur peut l’exprimer en édictant une clause privative.

[96] À mon humble avis, la méthode préconisée par la majorité en ce qui concerne la norme de contrôle applicable en common law cherche deux points de repère — l’intention manifeste du législateur et l’expertise que la cour attribue à l’organisme administratif — qui peuvent concorder ou non. Dans *Dunsmuir*, les juges majoritaires ont tenté de concilier ces démarches, mais ils ne sont pas allés jusqu’au bout. Le professeur David Mullan souligne que [TRADUCTION] « l’expertise n’est plus considérée comme le facteur unique le plus important » dans *Dunsmuir* et que la clause privative est perçue comme « une très bonne indication » de l’obligation de faire preuve de déférence : « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let’s Try Again! » (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117, p. 125-126. Je crois qu’il est temps que les cours de justice reconnaissent que les clauses privatives et l’expertise des tribunaux administratifs représentent les deux côtés d’une seule médaille.

E. *Limites de l’analyse relative à la norme de contrôle en common law*

[97] La norme de contrôle occupe une si grande place dans la jurisprudence et la doctrine en droit administratif qu’on pourrait espérer en tirer maintenant une méthode d’analyse probante et prévisible quant aux circonstances dans lesquelles les cours devraient faire montre de déférence à l’égard des décisions administratives. Or, l’arrêt *Dunsmuir* démontre que ce n’est pas encore le cas. Dans *Dunsmuir*, six juges de notre Cour ont déclaré que la norme de contrôle applicable à la décision de l’arbitre était celle de la raisonabilité, tandis que trois

on different aspects of the adjudicator's decision-making process. The majority gave weight to the presence of a strong privative clause, that the adjudicator was imputed to have expertise in interpreting his home statute, that the purpose of the legislation was the timely and binding settlement of disputes, and that the legal question was not outside the specialized expertise of the adjudicator. The minority focused on the relationship between the common law rules relating to dismissal and those under the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25. Because their starting point was the common law, over which the adjudicator was not imputed to have expertise, the minority was of the view that the correctness standard applied.

[98] What this demonstrates is that the common law standard of review analysis continues to provide little certainty about which standard will apply in a particular case. How a court will weigh and balance the four standard of review factors remains difficult to predict and therefore more costly to litigate. In my view, it must be recognized that the common law standard of review analysis does not provide for a panacea of rigorous and objective decision making regarding the intensity with which courts should review tribunal decisions. In attempting to reconcile the court's constitutional role in the face of a strong privative clause, it may be the best that we have at this point. But its application outside the privative clause context is, in my view, of highly questionable efficacy.

III. Judicial Recognition of Legislated Standards of Review

A. Giving Effect to Legislative Intent

[99] This Court has considered legislative language similar to that in s. 18.1(4) in previous cases and has held that a common law standard of review

juges ont conclu que la norme de la décision correcte s'appliquait. Chacun des deux groupes a concentré son attention sur des aspects différents du processus décisionnel de l'arbitre. Les juges majoritaires ont accordé plus de poids à l'existence d'une clause privative rigoureuse, à l'expertise présumée de l'arbitre quant à l'interprétation de sa loi habilitante, au fait que la loi avait pour objet le règlement rapide et exécutoire des différends, et au fait que la question de droit n'était pas étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre. Les juges minoritaires ont plutôt insisté sur le lien entre les règles de common law régissant le congédiement et celles fixées par la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25. Ayant pris la common law comme point de départ de leur analyse, un domaine auquel ne s'étendait pas l'expertise attribuée à l'arbitre, les juges minoritaires estimaient que la norme de la décision correcte s'appliquait.

[98] On constate donc que l'analyse relative à la norme de contrôle en common law ne permet toujours pas de savoir avec certitude quelle norme s'appliquera dans un cas donné. Il demeure difficile de prédire comment les tribunaux judiciaires apprécieront les quatre facteurs se rapportant à la norme de contrôle applicable et le coût des litiges s'en trouve accru. Pour ma part, je crois qu'il est primordial de reconnaître que l'analyse relative à la norme de contrôle en common law ne constitue pas une panacée en ce qui concerne la prise de décisions rigoureuses et objectives sur la portée du contrôle des décisions administratives par les tribunaux judiciaires. Lorsqu'il s'agit de concilier le rôle constitutionnel des tribunaux judiciaires avec des clauses privatives rigoureuses, il pourrait être difficile de faire mieux pour l'instant. Toutefois, l'application de cette analyse à l'extérieur du cadre des clauses privatives est, à mon avis, d'une efficacité fort douteuse.

III. La reconnaissance judiciaire des normes de contrôle légales

A. Le respect de l'intention du législateur

[99] Notre Cour a examiné des dispositions législatives semblables au par. 18.1(4) dans des causes antérieures et a conclu qu'il n'était pas nécessaire

analysis is not necessary where the legislature has provided for standards of review. This Court held in *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779, that legislative rules specifying standards of review must be given effect by courts, subject to constitutional limits.

[100] The majority now attempts to qualify that holding in *Owen*. In my respectful view, that is ignoring the obvious. The majority insists that although not stated, the “common law of judicial review” was still in play in *Owen*. Binnie J. writes that “even in the context of a precisely targeted proceeding related to a named adjudicative board, the standard of review was evaluated by reference to the common law of judicial review” (para. 31). In my respectful opinion, to say (or imply) that a *Dunsmuir* standard of review analysis applies even where the legislature has articulated the applicable standard of review directly contradicts *Owen*.

[101] The majority nevertheless implies that even if the *Dunsmuir* standard of review analysis did not apply in *Owen*, this was only because of the specificity of s. 672.38 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (see para. 29). That section sets out the standard of review to be applied on judicial review of decisions from Review Boards regarding the liberty of persons found not criminally responsible. The majority contrasts this with s. 18.1 of the *FCA*, stating that “[r]esort to the general law of judicial review is all the more essential in the case of a provision like s. 18.1 of the [FCA] which, unlike s. 672 of the *Criminal Code*, is not limited to particular issues before a particular adjudicative tribunal” (para. 33). Thus, even if one rejects the view that a common law standard of review analysis was present in *Owen*, the majority still says that the generality of s. 18.1 of the *FCA* makes it applicable in the present case.

de procéder à une analyse relative à la norme de contrôle en common law dans les cas où le législateur a établi des normes de contrôle. Dans *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779, notre Cour a statué que les cours de justice doivent donner effet aux règles législatives qui établissent une norme de contrôle, sous réserve des limites constitutionnelles.

[100] Les juges majoritaires tentent maintenant de nuancer cette conclusion tirée dans *Owen*. À mon humble avis, ils nient l'évidence. Ils font valoir que, même si cela n'est pas mentionné, la « common law en matière de contrôle judiciaire » a joué dans l'arrêt *Owen*. Aux dires du juge Binnie, « même dans le contexte d'une procédure ayant un objectif précis concernant un office déterminé, la norme de contrôle a été établie en fonction des règles de common law en matière de contrôle judiciaire » (par. 31). Soit dit en tout respect, il est contraire à l'arrêt *Owen* d'affirmer (ou de laisser entendre) qu'il faut procéder à l'analyse relative à la norme de contrôle faite dans *Dunsmuir* même dans les cas où le législateur a prévu la norme de contrôle applicable.

[101] Les juges majoritaires laissent néanmoins entendre que, si l'analyse relative à la norme de contrôle faite dans *Dunsmuir* ne s'appliquait pas dans l'arrêt *Owen*, c'était uniquement en raison de la spécificité de l'art. 672.38 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (voir le par. 29). Cette disposition précise la norme de contrôle applicable au contrôle judiciaire des décisions rendues par les commissions d'examen chargées de se prononcer sur la remise en liberté des personnes déclarées non criminellement responsables. Les juges majoritaires comparent cette disposition à l'art. 18.1 de la *LCF*, faisant observer que « [l]e recours au droit général en matière de contrôle judiciaire est d'autant plus essentiel dans le cas d'une disposition comme l'art. 18.1 de la [LCF] qui, contrairement à l'art. 672 du *Code criminel*, ne se limite pas à des questions particulières soumises à un tribunal administratif précis » (par. 33). Par conséquent, les juges majoritaires affirment que, même si l'on nie la présence d'une analyse relative à la norme de contrôle en common law dans l'arrêt *Owen*, le caractère général de l'art. 18.1 de la *LCF* en dicte l'application en l'espèce.

[102] The problem with this reasoning is that such qualification would seriously undermine the legislature's ability to introduce greater certainty and predictability into the standard of review process. Drawn to its logical conclusion, in order to displace the *Dunsmuir* standard of review analysis, the majority's approach would require legislatures to enact standard of review legislation with respect to every single administrative tribunal or decision-maker and perhaps in relation to every type of decision they make. With respect, this amounts to a serious overreaching of this Court's role. It fails to respect the legislature's prerogative to articulate, within constitutional limits, what standard of review should apply to decision-makers that are wholly the products of legislation.

[103] In discussing British Columbia's *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45 ("B.C. ATA"), Binnie J. notes that "most if not all judicial review statutes are drafted against the background of the common law of judicial review" (para. 19). While I agree with this observation, I disagree with him as to the conclusions that should flow from it. The majority views the common law background as providing an opening for the continued relevance of a common law standard of review analysis. In reference to s. 58(2)(a) of the B.C. ATA, Binnie J. writes:

Despite *Dunsmuir*, "patent unreasonableness" will live on in British Columbia, but the content of the expression, and the precise degree of deference it commands in the diverse circumstances of a large provincial administration, will necessarily continue to be calibrated according to general principles of administrative law. [Underlining added; para. 19.]

[104] The majority would allow for recourse to the common law on several fronts. First, Binnie J. states that the common law jurisprudence on the "content" of "patently unreasonable" will be relevant. I agree that the common law will be a necessary interpretive tool where common law

[102] Le problème que pose ce raisonnement tient à ce que cette nuance entraverait grandement la capacité du législateur d'accroître la certitude et la prévisibilité du processus relatif à la norme de contrôle judiciaire. Logiquement, pour que l'analyse relative à la norme de contrôle qui a été faite dans *Dunsmuir* puisse être écartée, il faudrait, selon l'approche des juges majoritaires, que le législateur édicte des dispositions précisant la norme de contrôle applicable à chaque tribunal ou décideur administratif et peut-être même à chacun des différents types de décisions qu'il rend. J'estime, en toute déférence, que ce raisonnement attribue à notre Cour un rôle d'une portée nettement excessive. Il porte atteinte à la prérogative du législateur d'établir, dans les limites imposées par la Constitution, les normes de contrôle applicables aux décideurs d'origine purement législative.

[103] Le juge Binnie mentionne l'*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, de la Colombie-Britannique, en soulignant que « la plupart des dispositions législatives relatives au contrôle judiciaire, sinon toutes, sont rédigées comme s'inscrivant dans le contexte de la common law en matière de contrôle judiciaire » (par. 19). Bien que je souscrive à cette constatation, je ne suis pas d'accord avec lui sur les conclusions qu'il faut en tirer. Du point de vue des juges majoritaires, le contexte de la common law permettrait que l'analyse relative à la norme de contrôle en common law demeure pertinente. Au sujet de l'al. 58(2)a de l'*Administrative Tribunals Act* de la Colombie-Britannique, le juge Binnie a dit ce qui suit :

Malgré l'arrêt *Dunsmuir*, la norme du « manifestement déraisonnable » subsistera en Colombie-Britannique, mais le contenu de cette expression et le degré précis de déférence qu'elle commande dans les divers champs d'action d'une administration provinciale importante continueront nécessairement d'être mesurés à l'aide des principes généraux du droit administratif. [Je souligne; par. 19.]

[104] Les juges majoritaires permettraient le recours à la common law à plusieurs égards. Premièrement, le juge Binnie affirme que la jurisprudence sur le « contenu » de l'expression « manifestement déraisonnable » sera pertinente. Je reconnais que la common law constituera un outil

expressions are employed by the legislator and are not adequately defined: see R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 434-36; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456.

[105] However, the majority would also allow for recourse on a second front. Binnie J. says that “the precise degree of deference [patently unreasonable] commands in the diverse circumstances of a large provincial administration, will necessarily continue to be calibrated according to general principles of administrative law” (para. 19). It is unclear exactly which principles of administrative law are being referred to. If the reference to general principles of administrative law means there is some sort of spectrum along which patent unreasonableness is to be calibrated, that would be at odds with the B.C. legislature’s codification of discrete standards of review.

[106] With the ATA, the B.C. legislature expressly codified the standards of review. However, in order for legislation to be exhaustive on a particular question, legislatures are not required to expressly oust the common law by statute. In *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, this Court considered whether recourse to the common law duty of fair representation was appropriate where the legislature had created a statutory duty. L’Heureux-Dubé J., writing for a unanimous Court, emphasized that because the content of the statutory remedy was “identical to the duty at common law”, the “common law duty is therefore not in any sense additive; it is merely duplicative” (p. 1316). The Court went on to hold that

the common law duty of fair representation is neither “necessary [nor] appropriate” in circumstances where the statutory duty applies. Parliament has codified the

d’interprétation nécessaire dans les circonstances où des expressions de la common law sont utilisées par le législateur sans être clairement définies : voir R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 434-436; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456.

[105] Toutefois, les juges majoritaires permettraient le recours à la common law pour un autre motif. Selon le juge Binnie, « le degré précis de déférence qu’elle [la norme du manifestement déraisonnable] commande dans les divers champs d’action d’une administration provinciale importante continuer[a] nécessairement d’être mesur[é] à l’aide des principes généraux du droit administratif » (par. 19). On ne sait pas exactement de quels principes du droit administratif il s’agit. Si ce renvoi aux principes généraux de droit administratif signifie qu’il existe une échelle de mesure sur laquelle on peut situer le caractère manifestement déraisonnable, ces propos sont inconciliables avec la codification de normes de contrôle distinctes par le législateur de la Colombie-Britannique.

[106] En édictant l’*Administrative Tribunals Act*, le législateur de la Colombie-Britannique a expressément codifié les normes de contrôle applicables. Toutefois, une législation sur un sujet particulier peut être exhaustive sans que le législateur ait nécessairement utilisé des termes qui écartent explicitement l’application de la common law. Dans *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l’Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, notre Cour a examiné la question de savoir si le devoir de juste représentation en common law trouvait application lorsque le législateur avait créé une obligation légale. La juge L’Heureux-Dubé, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour, a fait valoir que, puisque le contenu de la disposition législative était « identique au devoir de common law [. . .] ce devoir n’ajoute rien; il fait simplement double emploi » (p. 1316). La Cour a ajouté ce qui suit :

. . . le devoir de juste représentation reconnu par la common law n’est « ni nécessaire ni approprié » lorsque le devoir prévu par la loi s’applique. Le Parlement a

common law duty and provided a new and superior method of remedying a breach. It is therefore reasonable to conclude that while the legislation does not expressly oust the common law duty of fair representation, it does however effect this end by necessary implication [Emphasis in original; p. 1319.]

Thus, while recourse to the common law is appropriate where Parliament has employed common law terms or principles without sufficiently defining them, it is not appropriate where the legislative scheme or provisions expressly or implicitly ousts the relevant common law analysis as is the case with s. 18.1(4) of the *FCA*.

B. *The Majority's Concern With the Rigidity of Legislated Standards Is Misplaced*

[107] The majority expresses concern with the rigidity of general legislative schemes in the judicial review context. With respect to the *B.C. ATA*, Binnie J. writes of the need for a common law analysis that would account for the “diverse circumstances of a large provincial administration” (para. 19). In the federal context, he writes: “It cannot have been Parliament’s intent to create . . . a single, rigid Procrustean standard of decontextualized review . . .” (para. 28). By focussing on the diversity of decision-makers covered by the *FCA* and the *B.C. ATA*, the majority’s reasons make prescribed standards appear overly rigid, even arbitrary.

[108] With respect, the image of the Procrustean bed is misplaced in the judicial review context. The invocation of the Procrustean image with respect to legislated rules creates the impression that the contrasting common law standard of review is operating in a fluid, fully contextualized paradigm. This is not the case. This is not an area where Parliament is imposing rigid conformity against the backdrop of a panoply of common law standards. The potential flexibility of a contextual common law analysis is already limited in the post-*Dunsmuir*

codifié le devoir de common law et prévu une nouvelle façon, qui lui est supérieure, de remédier à un manquement. Il est donc raisonnable de conclure que bien que la Loi n’écarte pas expressément le devoir de juste représentation reconnu par la common law, elle le fait cependant par déduction nécessaire . . . [Souligné dans l’original; p. 1319.]

Par conséquent, bien qu’il convienne d’avoir recours à la common law dans les cas où le législateur a utilisé des expressions ou des principes de common law sans les définir adéquatement, il ne convient pas d’y avoir recours lorsque le régime législatif ou les dispositions législatives écartent, expressément ou implicitement, l’analyse applicable en common law, comme le fait le par. 18.1(4) de la *LCF*.

B. *La préoccupation injustifiée des juges majoritaires concernant la rigidité des normes prévues par la loi*

[107] Les juges majoritaires s’inquiètent de la rigidité des régimes législatifs généraux dans le contexte du contrôle judiciaire. Au sujet de l’*Administrative Tribunals Act*, le juge Binnie fait valoir la nécessité d’une analyse en common law qui tiendrait compte des « divers champs d’action d’une administration provinciale importante » (par. 19). Dans le contexte fédéral, il estime que le « législateur ne peut avoir eu l’intention de créer [. . .] une norme de contrôle unique et rigide, à l’image du lit de Procuste, qui s’appliquerait sans égard au contexte » (par. 28). En mettant l’accent sur la diversité des décideurs visés par la *LCF* et l’*Administrative Tribunals Act*, les juges majoritaires laissent entendre dans leurs motifs que les normes prescrites sont trop rigides, voire arbitraires.

[108] En toute déférence, l’allusion au lit de Procuste comme symbole de rigidité n’est pas opportune dans le contexte du contrôle judiciaire. Apposer cette image aux règles législatives donne l’impression que, par contraste, la norme de contrôle en common law s’applique comme un paradigme fluide qui s’adapte parfaitement au contexte. Or, il n’en est rien. Il ne s’agit pas d’un domaine dans lequel le législateur impose la stricte conformité dans un contexte où il existe toute une gamme de normes de common law. Depuis que le nombre de

world of two standards. Regardless of what type of decision-maker is involved, whether a Cabinet minister or an entry-level fonctionnaire (para. 28), the *Dunsmuir* analysis can only lead to one of two possible outcomes: reasonableness or correctness. And, as the present majority makes clear, these are single standards, not moving points along a spectrum (para. 59).

[109] Moreover, the majority's concerns regarding legislative rigidity are only realized if one accepts that the focus of the analysis should or *must* be on the type of administrative decision-maker. The majority's argument is that it cannot have been intended for a range of decision-makers to be subject to the same standards of review. A review of the *FCA* and the *B.C. ATA* makes clear, however, that the respective legislatures believed the focus should be on the nature of the question under review (e.g., fact, law, etc.), rather than the nature of the decision-maker. So there is a diversity in these schemes. It just operates according to the type of question being reviewed.

[110] Even given this legislative focus on the type of question under review, it is still not the case that all administrative decision-makers are subject to the same standards of review. Where a decision-maker's enabling statute purports to preclude judicial review on some or all questions through a privative clause, deference will apply and a *Dunsmuir* standard of review analysis will be conducted. This is precisely how Parliament has legislated in the *FCA* context when it intends for greater deference to be shown to certain decision-makers.

[111] The *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, for example, includes a strong privative clause protecting the Canadian Industrial Relations Board from judicial review under the *FCA* on questions of law and fact. Section 22(1) states:

normes a été réduit à deux dans *Dunsmuir*, la flexibilité de l'analyse contextuelle en common law est déjà limitée. Peu importe le type de décideur administratif, du ministre au fonctionnaire le moins expérimenté (par. 28), l'analyse fondée sur *Dunsmuir* ne peut mener qu'à deux conclusions possibles : l'application de la norme de la décision raisonnable ou de la décision correcte. De plus, comme l'indiquent clairement les juges majoritaires, chacune de ces normes est unique et n'inclut pas de variables s'étalant le long d'un spectre (par. 59).

[109] Qui plus est, les préoccupations des juges majoritaires concernant la rigidité des lois ne sont fondées que si l'on reconnaît que l'analyse devrait ou *doit* être centrée sur le type de décideur administratif en cause. Les juges majoritaires soutiennent que le législateur ne peut avoir eu l'intention d'assujettir toute une gamme de décideurs aux mêmes normes de contrôle. Toutefois, il ressort d'un examen de la *LCF* et de l'*Administrative Tribunals Act* que le législateur voulait dans chaque cas que l'accent soit mis sur la nature de la question examinée (s'agit-il, par exemple, d'une question de fait, de droit, etc.) plutôt que sur la nature du décideur. Il y a donc diversité, mais en fonction du type de question examinée.

[110] Malgré l'accent mis par le législateur sur le type de question examinée, les décideurs administratifs ne sont toujours pas tous assujettis aux mêmes normes de contrôle. Dans les cas où la loi habilitante du décideur comporte une clause privative destinée à empêcher le contrôle judiciaire de certaines questions, ou de toutes les questions, la déférence sera de mise et l'analyse relative à la norme de contrôle décrite dans *Dunsmuir* sera effectuée. C'est précisément ainsi que le législateur s'y est pris dans le contexte de la *LCF* lorsqu'il voulait que certains décideurs bénéficient d'une plus grande déférence.

[111] Le *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L-2, par exemple, comporte une clause privative rigoureuse qui soustrait les conclusions de droit et de fait tirées par le Conseil canadien des relations industrielles au contrôle judiciaire prévu par la *LCF*. Le paragraphe 22(1) est ainsi libellé :

22. (1) Subject to this Part, every order or decision of the Board is final and shall not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with the *Federal Courts Act* on the grounds referred to in paragraph 18.1(4)(a), (b) or (e) of that Act.

Section 22(1) expressly provides for review on questions of jurisdiction, procedural fairness, fraud or perjured evidence, but excludes review for errors of law or fact through express reference to s. 18.1(4) of the *FCA*. Where the privative clause applies, i.e. with respect to s. 18.1(4)(c), (d), or (f), the court is faced with a tension between its constitutional review role and legislative supremacy. In such cases, the *Dunsmuir* analysis applies. There is no role for the *Dunsmuir* standard of review analysis where s. 22(1) expressly provides for review on questions of jurisdiction, natural justice and fraud. Correctness review applies in these cases.

[112] In contrast, the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 — the underlying legislation in the present case — does not contain this type of privative clause. Section 162(1) only provides that “[e]ach Division of the Board has, in respect of proceedings brought before it under this Act, sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction.” Contrary to the implication of the majority reasons, I think it is plain that this privative clause is intended only to differentiate between different levels and tribunals within the immigration regime and provide each with exclusive jurisdiction to hear legal and factual questions. It is not a privative clause that seeks to restrict or preclude judicial review.

[113] These examples indicate that Parliament has not been unmindful of the issue of standard of review in s. 18.1(4). Where it intends that a tribunal decision reviewed under s. 18.1 be shown deference, Parliament expressly indicates this either in s. 18.1(4) itself, as it has in para. (d) with respect

22. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les ordonnances ou les décisions du Conseil sont définitives et ne sont susceptibles de contestation ou de révision par voie judiciaire que pour les motifs visés aux alinéas 18.1(4)a), b) ou e) de la *Loi sur les Cours fédérales* et dans le cadre de cette loi.

Le paragraphe 22(1) mentionne expressément le par. 18.1(4) de la *LCF* pour permettre explicitement le contrôle judiciaire fondé sur des motifs touchant la compétence, l'équité procédurale, la fraude ou les faux témoignages, mais exclut la révision des erreurs de droit ou de fait. Lorsque la clause privative s'applique, c'est-à-dire dans les cas visés aux al. 18.1(4)c), d) ou f), la cour de justice doit composer avec la tension créée entre son rôle constitutionnel en matière de contrôle judiciaire et la suprématie législative. Dans ces cas, l'analyse décrite dans *Dunsmuir* s'applique. En revanche, dans les cas où le par. 22(1) prévoit expressément la révision par voie judiciaire des questions de compétence, de justice naturelle et de fraude, cette analyse n'a pas sa place et c'est la norme de la décision correcte qui s'applique.

[112] Par contre, la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 — la loi sous-jacente en l'espèce — ne contient pas de clause privative de ce genre. Le paragraphe 162(1) prévoit uniquement que « [c]haque des sections a compétence exclusive pour connaître des questions de droit et de fait — y compris en matière de compétence — dans le cadre des affaires dont elle est saisie. » Contrairement à ce que les juges majoritaires laissent entendre dans leurs motifs, il est clair, selon moi, que cette clause privative vise uniquement à différencier les divers niveaux et tribunaux du système d'immigration et de conférer à chacun la compétence exclusive pour connaître des questions de droit et de fait. Il ne s'agit pas d'une clause privative destinée à restreindre ou empêcher le contrôle judiciaire.

[113] Ces exemples montrent que le législateur était conscient de la question des normes de contrôle au par. 18.1(4). Lorsqu'il veut que la décision d'un tribunal administratif bénéficie de la déférence de la cour dans le cadre du contrôle judiciaire prévu à l'art. 18.1, le législateur l'indique expressément soit

to facts, or in the underlying legislation such as the *Canada Labour Code*. Where it does not, the courts should undertake their review according to the standards of correctness.

[114] I would note that the B.C. legislature has also turned its mind to these concerns. The B.C. *ATA* provides for more deferential standards of review where the underlying statute contains a privative clause. By imposing different standards of review depending on whether or not the administrative decision is protected by a privative clause, the legislature differentiates between those expert decisions it wished to protect and those it did not (ss. 58 and 59). The Honourable Geoff Plant indicated this when introducing the B.C. *ATA* on second reading:

For tribunals with specialized expertise, like the Farm Industry Review Board and the Employment Standards Tribunal, this bill generally provides that a court must defer to a tribunal's decision unless the decision is patently unreasonable or the tribunal has acted unfairly. For other tribunals — including, for example, the mental health review panels — the bill provides that with limited exceptions, a court must adopt a standard of correctness in reviewing the tribunal's decisions.

(*Debates of the Legislative Assembly*, 5th Sess., 37th Parl., May 18, 2004, at p. 11193)

[115] The record of the proceedings of the B.C. legislature also makes clear the legislature's intent to codify standards of review that would oust a duplicative common law standard of review analysis. The policy rationale for this move was clear. The legislation was aimed at refocussing judicial review litigation on the merits of the case, rather than on the convoluted process of determining and applying the standard of review.

dans le par. 18.1(4) même, comme il l'a fait à l'al. d) concernant les questions de fait, soit dans la loi sous-jacente, comme le *Code canadien du travail*. Lorsqu'il ne l'indique pas, les cours de justice procèdent au contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte.

[114] Je tiens à souligner que le législateur de la Colombie-Britannique s'est lui aussi attardé à ces préoccupations. L'*Administrative Tribunals Act* de cette province prévoit des normes de contrôle commandant une plus grande déférence lorsque la loi sous-jacente contient une clause privative. En imposant des normes de contrôle différentes selon qu'une clause privative protège ou non la décision administrative, le législateur fait la distinction entre les décisions d'expert qu'il souhaitait protéger et celles qu'il ne jugeait pas nécessaire de protéger (art. 58 et 59). L'honorable Geoff Plant a fait cette précision lorsqu'il a présenté l'*Administrative Tribunals Act* en deuxième lecture :

[TRADUCTION] Pour les tribunaux spécialisés, comme le *Farm Industry Review Board* et l'*Employment Standards Tribunal*, ce projet de loi prévoit généralement que les cours de justice doivent faire montre de déférence à l'égard des décisions du tribunal, à moins que ce dernier n'ait rendu une décision manifestement déraisonnable ou agi de façon inéquitable. Pour les autres tribunaux — comme les comités de révision en santé mentale —, le projet de loi dispose que les cours de justice doivent, sous réserve d'exceptions limitées, contrôler les décisions du tribunal suivant la norme de la décision correcte.

(*Debates of the Legislative Assembly*, 5^e sess., 37^e lég., 18 mai 2004, p. 11193)

[115] Le procès-verbal des débats de la législature de la Colombie-Britannique fait également clairement ressortir l'intention du législateur de codifier des normes de contrôle qui excluent une analyse relative à la norme de contrôle en common law faisant double emploi. La raison de principe justifiant cette démarche était manifeste. La loi visait à recentrer le contrôle judiciaire sur le fond de l'affaire plutôt que sur un processus alambiqué de détermination et d'application de la norme de contrôle.

The question of what the standard of review should be on a case-by-case basis is often interpreted by the courts as a search for legislative intent. . . . Accordingly, searching for that intent tends to be a time-consuming, expensive and sometimes disruptive exercise.

. . . The provisions in this bill that codify the standards of review will shift the focus from what has been largely a scholarly debate about fine points of law to matters of greater immediate concern to the parties in tribunal proceedings. [Emphasis added.]

(*Debates of the Legislative Assembly*, at p. 11193)

[116] It would be troubling, I believe, to the B.C. legislature to think that, despite its effort to codify standard of review and shift the focus of judicial review to the merits of the case, this Court would re-impose a duplicative *Dunsmuir*-type analysis in cases arising under the B.C. *ATA*.

IV. Statutory Interpretation of the *Federal Courts Act*

A. *Section 18.1(4)*

[117] Section 18.1(4) appears at para. 71 above. On my reading, where Parliament intended a deferential standard of review in s. 18.1(4), it used clear and unambiguous language. The necessary implication is that where Parliament did not provide for deferential review, it intended the reviewing court to apply a correctness standard as it does in the regular appellate context.

[118] In my opinion, it is useful to analyse s. 18.1(4) by first examining para. (d), which provides for judicial review where the federal board, commission or other tribunal

(d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;

[TRANSLATION] Les cours de justice assimilent souvent la détermination de la norme de contrôle applicable dans chaque cas à la recherche de l'intention du législateur. [. . .] Ainsi, la recherche de cette intention constitue souvent un exercice long et coûteux, qui a parfois un effet perturbateur.

. . . Les dispositions de ce projet de loi qui codifient les normes de contrôle applicables redirigeront l'attention accordée devant un tribunal administratif à un débat en grande partie théorique sur les subtilités du droit vers des questions qui sont beaucoup plus importantes dans l'immédiat pour les parties. [Je souligne.]

(*Debates of the Legislative Assembly*, p. 11193)

[116] À mon avis, la législature de la Colombie-Britannique jugerait inquiétant que, malgré les efforts qu'elle a faits pour codifier les normes de contrôle et recentrer le contrôle judiciaire sur le fond, notre Cour impose à nouveau une analyse semblable à celle décrite dans *Dunsmuir* qui ferait double emploi dans les causes régies par l'*Administrative Tribunals Act*.

IV. L'interprétation législative de la *Loi sur les Cours fédérales*

A. *Paragraphe 18.1(4)*

[117] Le paragraphe 18.1(4) est reproduit au par. 71 des présents motifs. Selon moi, lorsqu'il a voulu imposer une norme de contrôle empreinte de déférence au par. 18.1(4), le législateur a utilisé des termes clairs et non équivoques. Il faut nécessairement en déduire que dans les cas où le législateur n'a pas prévu une norme empreinte de déférence, il voulait que la cour de révision applique la norme de la décision correcte, comme elle le fait normalement en appel.

[118] Je juge utile de commencer l'analyse du par. 18.1(4) par un examen de l'al. d), qui prévoit le contrôle judiciaire dans les cas où l'office fédéral

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

In this paragraph, Parliament has expressly instructed courts to show significant deference to the original decision-maker. The words “in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it” are clear and unambiguous. They indicate that on questions of fact, courts are only to interfere in the most egregious cases of erroneous fact finding.

[119] Binnie J. also finds that “it is clear from s. 18.1(4)(d) that Parliament intended administrative fact finding to command a high degree of deference” (para. 46). It would seem that in recognizing that the legislature intended a high degree of deference, one would conclude that this provision speaks for itself and ousts a common law standard of review analysis. Yet, Binnie J. still suggests that the provision is merely complementary of the common law, rather than dispositive of the standard of review issue. He writes that s. 18.1(4)(d) “provides legislative precision to the reasonableness standard of review of factual issues” and is “quite consistent with *Dunsmuir*” (para. 46). By superimposing *Dunsmuir*, the majority signals that factual decisions are to be reviewed on a reasonableness standard. The question then is whether reasonableness implies the same level of deference as “capricious” and “perverse”. Arguably, a reasonableness review might be less deferential than that intended by the words Parliament used. Regardless of whether that is true or not, there is no justification for imposing a duplicative common law analysis where the statute expressly provides for the standard of review: see *Gendron*.

[120] By contrast with para. (d), there is no suggestion that courts should defer in reviewing a question that raises any of the other criteria in s. 18.1(4). Parliament recognized that with respect to factual determinations, a federal board, commission or other tribunal is better situated than a

Dans cet alinéa, le législateur a expressément donné aux tribunaux judiciaires la directive de faire preuve d’une grande déférence à l’égard du décideur initial. En effet, les mots « de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose » sont clairs et non équivoques. Ils indiquent que les tribunaux judiciaires ne doivent intervenir relativement aux conclusions de fait que dans le cas des erreurs les plus flagrantes.

[119] Selon le juge Binnie, « il ressort clairement de l’al. 18.1(4)d) que le législateur voulait qu’une conclusion de fait tirée par un organisme administratif appelle un degré élevé de déférence » (par. 46). Il me semble que la reconnaissance de l’intention du législateur d’imposer une norme empreinte d’une grande déférence devrait mener à la conclusion que cette disposition est suffisamment éloquente et écarte l’analyse relative à la norme de contrôle en common law. Pourtant, le juge Binnie laisse entendre que cette disposition n’est pas concluante pour la détermination de la norme de contrôle applicable, mais qu’elle complète simplement la common law. Il affirme que l’al. 18.1(4)d) « précise la norme de contrôle de la raisonabilité applicable aux questions de fait » et « est tout à fait compatible avec l’arrêt *Dunsmuir* » (par. 46). En y superposant l’analyse décrite dans *Dunsmuir*, les juges majoritaires indiquent que les conclusions de fait sont assujetties à la norme de contrôle de la raisonabilité. La question qui se pose alors est de savoir si la norme de la raisonabilité appelle le même degré de déférence que les conclusions tirées de façon « arbitraire » et « abusive ». On pourrait soutenir que la norme de la raisonabilité commande un degré de déférence moins élevé que celui que le législateur voulait imposer en utilisant ces termes. Que ce soit le cas ou non, rien ne justifie le recours à une analyse en common law qui fait double emploi dans les cas où la loi prévoit expressément la norme de contrôle applicable : voir *Gendron*.

[120] Contrairement à l’al. d), les autres dispositions du par. 18.1(4) ne comportent aucun élément qui donne à croire que les tribunaux judiciaires devraient faire preuve de déférence lorsque le contrôle porte sur les critères qui y sont énumérés. Le législateur a reconnu que les offices fédéraux

reviewing court. With respect to questions of law, jurisdiction, natural justice, fraud or perjured evidence, the legislation deems courts to have greater expertise than administrative decision-makers.

[121] There is no suggestion in the *FCA* that reviewing courts should defer on questions of law. Section 18.1(4)(c) provides for review where the federal board, commission or other tribunal

(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

I can see no meaningful difference between the terms “the decision is based on a wrong decision on a question of law” which, in *Owen*, was considered to be sufficient by this Court to determine that a correctness standard of review applied, and “erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record” in s. 18.1(4)(c). Indeed, in *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, a unanimous Court thought that the words of s. 18.1(4) were sufficiently clear that “[u]nder these provisions, questions of law are reviewable on a standard of correctness” (para. 37). *Mugesera*, like this case, was a judicial review of a decision of the IAD.

[122] The majority now attempts to qualify *Mugesera* by writing that “[e]rrors of law are generally governed by a correctness standard” (para. 44 (emphasis added)). With respect, *Mugesera* did not qualify its application of the correctness standard of review in interpreting s. 18.1(4)(c). Paragraph 37 of *Mugesera* states:

Applications for judicial review of administrative decisions rendered pursuant to the *Immigration Act* are subject to s. 18.1 of the *Federal Court Act*. Paragraphs (c) and (d) of s. 18.1(4), in particular, allow the Court to grant relief if the federal commission erred in law or based its decision on an erroneous finding of fact. Under

sont mieux placés que les cours de révision pour trancher les questions de fait. Par contre, la loi tient pour avéré que l’expertise des cours de justice est supérieure à celle des décideurs administratifs en ce qui concerne le droit, la compétence, la justice naturelle, la fraude ou les faux témoignages.

[121] Aucune disposition de la *LCF* ne laisse entendre que les cours de révision devraient faire preuve de déférence à l’égard des questions de droit. L’alinéa 18.1(4)c) prévoit le contrôle judiciaire dans les cas où l’office fédéral

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d’une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

Je ne vois aucune différence importante entre les termes en cause dans *Owen* — « il s’agit d’une erreur de droit » — qui ont amené notre Cour à conclure à l’application de la norme de la décision correcte, et le libellé de l’al. 18.1(4)c) — « a rendu une décision ou une ordonnance entachée d’une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier ». D’ailleurs, dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100, notre Cour a jugé à l’unanimité que le libellé du par. 18.1(4) était assez clair pour que, « [p]our les besoins de ces dispositions, la norme de révision de la décision correcte s’applique à l’égard des questions de droit » (par. 37). À l’instar du cas qui nous occupe, l’arrêt *Mugesera* portait sur le contrôle judiciaire d’une décision rendue par la SAI.

[122] Les juges majoritaires tentent maintenant de nuancer l’arrêt *Mugesera* en déclarant que les « erreurs de droit sont généralement assujetties à la norme de la décision correcte » (par. 44 (je souligne)). Pourtant, la Cour n’a pas nuancé l’application de la norme de la décision correcte dans *Mugesera* lorsqu’elle a interprété l’al. 18.1(4)c). Voici ce qu’elle a dit au par. 37 :

L’article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* régit la demande de contrôle judiciaire visant une décision administrative rendue sous le régime de la *Loi sur l’immigration*. Les alinéas 18.1(4)c) et d) disposent plus particulièrement que les mesures prévues ne peuvent être prises que si l’office fédéral a commis une erreur de droit ou fondé

these provisions, questions of law are reviewable on a standard of correctness.

Moreover, contrary to what the present majority implies, the Court in *Mugesera* did not limit the application of the correctness standard to “the general questions of international law and criminal law at issue in that case” (para. 44 of majority). It is clear that as a matter of statutory interpretation, the Court understood s. 18.1(4)(c) as requiring a correctness review on questions of law. The Court saw no need to impose the common law over what the statute itself dictated.

[123] The majority nevertheless insists that “para. (c) provides a *ground* of intervention, but the common law will stay the hand of the judge(s) in certain cases if the interpretation is by an expert adjudicator interpreting his or her home statute or a closely related statute” (para. 44 (emphasis in original)). With respect, there is no authority for this in the legislation. The majority finds their opening in the *remedial* discretion of s. 18.1(4). Binnie J. writes: “This nuance does not appear on the face of para. (c), but it is the common law principle on which the discretion provided in s. 18.1(4) is to be exercised” (para. 44). As I will explain, the remedial discretion in s. 18.1(4) goes to the question of withholding relief, not the review itself. The bases upon which the remedial discretion is to be exercised are wholly distinct from the common law of standard of review analysis.

[124] Paragraphs (a), (b) and (e) of s. 18.1(4) provide for relief where a federal board, commission or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

(b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

sa décision sur une conclusion de fait erronée. Pour les besoins de ces dispositions, la norme de révision de la décision correcte s’applique à l’égard des questions de droit.

Qui plus est, contrairement à ce que les juges majoritaires en l’espèce laissent entendre, dans *Mugesera*, la Cour n’a pas limité l’application de la norme de la décision correcte aux « questions générales de droit international et de droit pénal soulevées dans cette affaire » (par. 44). Concernant l’interprétation législative de l’al. 18.1(4)c), la Cour a manifestement conclu qu’il commandait l’application de la norme de contrôle de la décision correcte aux questions de droit. La Cour n’a pas jugé nécessaire de superposer la common law aux exigences fixées par la loi elle-même.

[123] Néanmoins, les juges majoritaires soutiennent que « [l]’alinéa c) prévoit donc un *motif* d’intervention, mais la common law empêchera les juges d’intervenir dans certains cas, lorsqu’un organisme administratif spécialisé interprète sa loi constitutive ou une loi intimement liée à celle-ci » (par. 44 (en italique dans l’original)). En toute déférence, la loi ne fournit aucun fondement pour étayer cette position. Les juges majoritaires invoquent le pouvoir de *réparation* discrétionnaire conféré par le par. 18.1(4). Selon le juge Binnie, « [c]ette nuance n’apparaît pas à la simple lecture de l’al. c), mais c’est le principe de common law qui doit guider l’exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au par. 18.1(4) » (par. 44). Comme je l’expliquerai, le pouvoir discrétionnaire de réparation prévu au par. 18.1(4) porte sur le refus de prendre des mesures, et non sur le contrôle comme tel. Le fondement de l’exercice du pouvoir de réparation discrétionnaire n’a absolument aucun lien avec l’analyse relative à la norme de contrôle en common law.

[124] Les alinéas 18.1(4)a), b) et e) prévoient la prise de mesures lorsque l’office fédéral

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l’exercer;

b) n’a pas observé un principe de justice naturelle ou d’équité procédurale ou toute autre procédure qu’il était légalement tenu de respecter;

(e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence;

There is no indication in any of these provisions that the legislature intended for the reviewing court to show any deference to administrative decision-makers in determining questions of jurisdiction, natural justice, procedural fairness and fraud or perjured evidence.

[125] Section 18.1(4)(f) contemplates judicial intervention where the federal board, commission or other tribunal

(f) acted in any other way that was contrary to law.

The majority writes that s. 18.1(4)(f) “necessarily includes ‘law’ outside the [FCA]” (para. 48) and therefore demonstrates that “s. 18.1(4) is not intended to operate as a self-contained code, but is intended by Parliament to be interpreted and applied against the backdrop of the common law, including those elements most recently expounded in *Dunsmuir*” (para. 48). The majority relies on the statement by the authors of *Federal Courts Practice 2009* (2008), B. J. Saunders et al., that “[s]ection 18.1(4)(f) ensures that the Court will not be hindered in developing new grounds for review” (para. 49 (emphasis added by Binnie J.)).

[126] It is not in dispute that s. 18.1(4) is not intended to operate as a self-contained code. In judicial review of any administrative decision where a legal error is alleged, the court is required to consider whether the decision-maker was in breach of any statutory provision or common law rule that might be relevant. In this regard, I agree that s. 18.1(4)(f) provides for potentially expanded *grounds* of review. However, that is not the issue in this case. The issue in this case is whether Parliament has legislated exhaustively on the standard of review, so as to oust the *Dunsmuir* standard of review analysis. Binnie J.’s reliance on Saunders et al.’s discussion of the “grounds of review” under s. 18.1(4) does not address whether the section also provides for standards of review.

e) a agi ou omis d’agir en raison d’une fraude ou de faux témoignages;

Aucun élément de ces dispositions n’indique que le législateur voulait que la cour de révision fasse preuve de déférence à l’égard des décisions administratives portant sur des questions touchant la compétence, la justice naturelle, l’équité procédurale et la fraude ou les faux témoignages.

[125] Quant à l’al. 18.1(4)(f), il prévoit l’intervention de la cour lorsque l’office fédéral

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

Selon les juges majoritaires, l’al. 18.1(4)(f) « s’étend nécessairement à la “loi” qui n’est pas incluse dans la *Loi sur les Cours fédérales* » (par. 48) et, partant, démontre « que le législateur ne voulait pas que le par. 18.1(4) soit considéré comme un code indépendant, mais plutôt interprété et appliqué dans le contexte de la common law, et notamment des éléments mentionnés tout récemment par la Cour dans *Dunsmuir* » (par. 48). Les juges majoritaires s’appuient sur l’affirmation suivante des auteurs de l’ouvrage *Federal Courts Practice 2009* (2008), B. J. Saunders et autres : [TRADUCTION] « L’alinéa 18.1(4)(f) garantit à la Cour la liberté nécessaire à l’élaboration de nouveaux motifs de contrôle » (par. 49 (souligné par le juge Binnie)).

[126] Nul ne conteste le fait que le par. 18.1(4) ne se veut pas un code indépendant. Lorsqu’une erreur de droit est alléguée comme fondement au contrôle judiciaire d’une décision administrative quelconque, la cour doit déterminer si le décideur a enfreint une disposition législative ou une règle de common law susceptible de s’appliquer. Sur ce point, je conviens que l’al. 18.1(4)(f) reconnaît la possibilité de *motifs* de contrôle additionnels. Cependant, ce n’est pas la question qui se pose en l’espèce. Dans le présent pourvoi, la question est de savoir si le législateur a édicté, concernant la norme de contrôle, des règles exhaustives qui écartent l’analyse relative à la norme de contrôle décrite dans *Dunsmuir*. En s’appuyant sur l’examen des « motifs de contrôle » prévus au par. 18.1(4) proposé par

This is troubling, given that those same commentators find that s. 18.1(4) does provide for *standards of review* on questions of fact and law. At p. 145 of their text under the title “Grounds for Review — Standard of Review — Generally” in commenting on *Mugesera*, they write:

Under section 18.1(4)(c) and (d) of the *Federal Courts Act*, questions of law are reviewable on a standard of correctness. On questions of fact, the reviewing court can intervene under section 18.1(4)(d) only if it considers that the tribunal “based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it”.

[127] All that s. 18.1(4)(f) provides for is review of legal errors committed by a federal board, commission or other tribunal other than those “in making a decision or an order”, which are already captured under s. 18.1(4)(c): see *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30 (C.A.), at para. 44 (“the intent of the paragraph appears to have been to afford a ground that was not otherwise specifically mentioned in subsection 18.1(4)”). A tribunal’s refusal to make a decision or an order, for example, would not come under para. (c). The reference to “acted in any other way that was contrary to law” refers, then, to legal errors that are not captured by s. 18.1(4)(c). It does not provide an opening for a *Dunsmuir* standard of review analysis. With respect, the majority’s view of s. 18.1(4) ignores the obvious interpretation in search of something that is not there.

B. *Section 18 and the Origins of the Federal Courts Act*

[128] The majority is of the view that when s. 18.1 was added to the *FCA*, it “did not have the effect of excluding the common law” (para. 34). It appears that this proposition is intended to act as a platform for the applicability of the common law standard of

Saunders et autres, le juge Binnie ne traite pas de la question de savoir si cette disposition établit aussi des normes de contrôle, ce qui est troublant, car les mêmes commentateurs concluent que le par. 18.1(4) établit des *normes de contrôle* relativement aux questions de fait et de droit. À la page 145 de leur ouvrage, sous le titre [TRADUCTION] « Motifs de contrôle — Normes de contrôle — Généralités », ils écrivent ce qui suit, en commentant l’arrêt *Mugesera* :

[TRADUCTION] En vertu des alinéas 18.1(4)c) et d) de la *Loi sur les Cours fédérales*, les questions de droit sont assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte. En ce qui concerne les questions de fait, l’alinéa 18.1(4)d) ne permet à la cour de révision d’intervenir que si elle est convaincue que l’office « a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose ».

[127] L’alinéa 18.1(4)f) prévoit uniquement le contrôle judiciaire des erreurs de droit d’un office fédéral qui ne sont pas des erreurs entachant « une décision ou une ordonnance » déjà visées par l’al. 18.1(4)c) : voir *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30 (C.A.), par. 44 (« cette disposition semble viser un motif qui n’est pas par ailleurs expressément énoncé au paragraphe 18.1(4) »). Le refus d’un tribunal administratif de rendre une décision ou une ordonnance ne serait pas, par exemple, visé par l’al. c). Les mots « a agi de toute autre façon contraire à la loi » renvoient donc aux erreurs de droit qui ne sont pas régies par l’al. 18.1(4)c). Ils ne donnent pas ouverture à une analyse relative à la norme de contrôle comme celle décrite dans *Dunsmuir*. Soit dit en tout respect, les juges majoritaires font abstraction de l’interprétation évidente du par. 18.1(4) et y recherchent un sens qui en est absent.

B. *L’article 18 et la genèse de la Loi sur les Cours fédérales*

[128] Selon les juges majoritaires, l’adjonction de l’art. 18.1 à la *LCF* n’a « pas eu pour effet d’exclure la common law » (par. 34). Cette assertion semble avoir servi de prémisse à l’application de l’analyse relative à la norme de contrôle en common law.

review analysis. With respect, it is overly broad to suggest that *all* elements of the common law continued to apply to s. 18.1(4) simply because there were *some* gaps — for example, criteria in exercising the discretion to withhold relief — which the common law continued to fill. For the reasons I have explained, the *FCA* occupies the area of standard of review and therefore ousts the application of the common law on this question.

[129] The genesis of the *FCA* and its amendments is not in dispute. Section 18 was enacted to transfer jurisdiction from the provincial superior courts to the federal courts for judicial review of federal tribunals, subject to provincial courts retaining a residual jurisdiction to determine the constitutionality and applicability of legislation. Section 18, which refers to the prerogative writs, survives, but no application for judicial review can be made under it. Subsection (3) provides:

The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

Section 18.1 contains the statutory process under which judicial review may be applied for and under which the court exercises its jurisdiction.

[130] The 1990 amendments were intended to clarify pre-existing procedural confusion about whether the trial or appeal divisions had jurisdiction with regard to particular applications for judicial review. The amendments also aimed to simplify the procedure for obtaining a remedy by requiring that it be sought by way of application for judicial review, rather than by way of statement of claim or originating notice of motion as had been the prior practice: D. Sgayias et al., *Federal Court Practice 1998* (1997), at pp. 69-70. As reform legislation, the amendments did not concern the standard of review.

En toute déférence, il est exagéré de prétendre que *tous* les éléments de la common law continuent de s'appliquer au par. 18.1(4) simplement parce qu'il comporte *quelques* lacunes — par exemple, l'absence des critères relatifs à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser la prise de mesures — qui sont comblées par la common law. Pour les motifs exposés, je conclus que la *LCF* régit entièrement la question de la norme de contrôle applicable et, partant, écarte l'application de la common law à cet égard.

[129] La genèse de la *Loi sur les Cours fédérales* et de ses modifications n'est pas contestée. L'article 18 a été édicté dans le but de transférer la compétence en matière de contrôle judiciaire des décisions des offices fédéraux des cours supérieures des provinces aux Cours fédérales, tout en laissant aux cours provinciales le pouvoir résiduel de statuer sur la constitutionnalité et l'applicabilité des lois. L'article 18, qui traite des brefs de prérogatives est maintenu, mais aucune demande de contrôle judiciaire ne peut être fondée sur cette disposition. Le paragraphe (3) est ainsi libellé :

Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

Or, c'est l'art. 18.1 qui régit la présentation d'une demande de contrôle judiciaire et l'exercice par la Cour de sa compétence.

[130] Les modifications apportées en 1990 visaient à clarifier la procédure pour dissiper la confusion qui régnait alors sur la question de savoir laquelle de la Section de première instance ou de la Section d'appel avait compétence pour connaître des demandes particulières de contrôle judiciaire. Les modifications visaient également à simplifier la procédure pour l'obtention d'une réparation, les parties ne devant plus déposer une déclaration ou un avis introductif d'instance, mais présenter désormais une demande de contrôle judiciaire : D. Sgayias et autres, *Federal Court Practice 1998* (1997), p. 69-70. En tant que dispositions portant réforme, les modifications n'ont pas eu d'incidence sur la norme de contrôle.

C. *The Implications of Section 18.1(4) Remedial Discretion*

[131] I agree with Binnie J.'s bilingual analysis and conclusion that, "notwithstanding the bilingual issue in the text, s. 18.1(4) should be interpreted so as to preserve to the Federal Court a discretion to grant or withhold relief" (para. 40). The pertinent question is what should form the basis for the exercise of that judicial discretion. Relief on judicial review is equitable. The discretion in s. 18.1(4) recognizes that it may be inappropriate to grant equitable relief in some cases. This *remedial* discretion allows a reviewing judge to withhold relief in certain cases. It does not concern the *review* itself, however.

[132] The majority says that the *FCA* does not "indicate in what circumstances . . . relief may properly be withheld" (para. 42). It is true that the legislation does not provide for criteria according to which reviewing courts should exercise their discretion to withhold relief. In the context of this specific gap, I agree with the majority that "resort will have to be had to the common law" (para. 42). The pertinent question is which *part* of the common law is relevant to the withholding of relief by the court on judicial review.

[133] Binnie J. attempts to ground the court's remedial discretion to withhold relief in general judicial review principles. He states at para. 36 that the court's exercise of the s. 18.1(4) discretion "will depend on the court's appreciation of the respective roles of the courts and the administration as well as the 'circumstances of each case': see *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 575." He cites Brown and Evans' observation that "whenever the court exercises its discretion to deny relief, balance of convenience considerations are involved" (para. 36); D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at p. 3-99. While

C. *L'incidence du pouvoir discrétionnaire de réparation prévu au par. 18.1(4)*

[131] Je souscris à l'analyse que le juge Binnie fait du texte bilingue et à sa conclusion selon laquelle « malgré la question soulevée par son texte bilingue, le par. 18.1(4) doit recevoir une interprétation qui préserve le pouvoir discrétionnaire de la Cour fédérale d'accepter ou de refuser d'accorder réparation » (par. 40). La question pertinente est de savoir sur quel fondement doit reposer l'exercice de ce pouvoir. Le contrôle judiciaire donne ouverture à une réparation en equity. L'attribution d'un pouvoir discrétionnaire au par. 18.1(4) reconnaît la possibilité qu'il n'y ait parfois pas lieu d'accorder une réparation en equity. Ce pouvoir de *réparation* discrétionnaire permet au juge de révision de refuser de prendre des mesures spéciales dans certains cas. Il ne vise toutefois pas le *contrôle* proprement dit.

[132] Selon les juges majoritaires, la *LCF* ne précise pas « dans quelles circonstances la cour peut à bon droit refuser d'accorder réparation » (par. 42). Il est vrai que la loi ne prévoit pas les critères à appliquer par les cours de révision pour déterminer si elles doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire de refuser de prendre des mesures spéciales. En ce qui a trait à cette lacune précise, je partage l'avis des juges majoritaires qu'il « faut recourir à la common law » (par. 42). La question est de savoir quel *élément* de la common law est pertinent au refus de la cour de révision d'accorder réparation à l'issue du contrôle judiciaire.

[133] Le juge Binnie tente de rattacher le pouvoir discrétionnaire de la cour de refuser de prendre des mesures aux principes généraux en matière de contrôle judiciaire. Il affirme, au par. 36, que l'exercice par la cour du pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 18.1(4) « dépendra de son appréciation des rôles respectifs des cours de justice et des organismes administratifs ainsi que des "circonstances de chaque cas" : voir *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, p. 575. » Il cite les propos de Brown et Evans selon lesquels : [TRADUCTION] « En un sens, des considérations relatives à la prépondérance des inconvénients jouent chaque fois que la cour exerce son

“the discretion must be exercised judicially”, Binnie J. finds that “the general principles of judicial review dealt with in *Dunsmuir* provide elements of the appropriate judicial basis for its exercise” (para. 36).

[134] By linking remedial discretion to *Dunsmuir* “general principles of judicial review”, Binnie J. conflates standard of review (deference) with the granting of relief. In doing so, he effectively reads in an opening for recourse to the common law standard of review analysis. He relies on the specific gap regarding the discretion to grant relief to impute a wider gap regarding standard of review.

[135] With respect, this is not the nature of the discretion under s. 18.1(4). The traditional common law discretion to refuse relief on judicial review concerns the parties’ conduct, any undue delay and the existence of alternative remedies: *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, at p. 364. As *Harelkin* affirmed, at p. 575, courts may exercise their discretion to refuse relief to applicants “if they have been guilty of unreasonable delay or misconduct or if an adequate alternative remedy exists, notwithstanding that they have proved a usurpation of jurisdiction by the inferior tribunal or an omission to perform a public duty”. As in the case of interlocutory injunctions, courts exercising discretion to grant relief on judicial review will take into account the public interest, any disproportionate impact on the parties and the interests of third parties. This is the type of “balance of convenience” analysis to which Brown and Evans were referring.

pouvoir discrétionnaire de refuser d’accorder réparation » (par. 36); D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 3-99. Le juge Binnie conclut que ce « pouvoir discrétionnaire doit bien sûr être exercé judiciairement, mais les principes généraux de contrôle judiciaire traités dans *Dunsmuir* fournissent des éléments du fondement judiciaire approprié de l’exercice de ce pouvoir » (par. 36).

[134] En établissant un lien entre le pouvoir de réparation discrétionnaire et les « principes généraux de contrôle judiciaire » décrits dans *Dunsmuir*, le juge Binnie mélange la norme de contrôle (la déférence) et la prise de mesures. Ce faisant, il interprète en fait la loi comme prévoyant implicitement la possibilité de recourir à l’analyse relative à la norme de contrôle en common law. Il utilise cette lacune particulière concernant l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’accorder réparation pour présumer qu’il existe une lacune plus importante se rapportant à la norme de contrôle.

[135] J’estime, avec égard, que le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 18.1(4) n’est pas de cette nature. En common law, le pouvoir discrétionnaire de refuser d’accorder réparation dans le cadre du contrôle judiciaire a traditionnellement été exercé en fonction de la conduite des parties, d’un retard excessif et de l’existence d’autres recours possibles : *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, p. 364. Comme le confirme l’arrêt *Harelkin*, à la p. 575, les tribunaux judiciaires peuvent exercer leur pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder réparation aux demandeurs si ceux-ci « sont responsables d’un retard déraisonnable ou d’une faute ou s’il existe un autre recours approprié, même s’ils ont fait la preuve de l’incompétence du tribunal d’instance inférieure ou de l’omission d’accomplir un devoir public ». Comme dans le cas des injonctions interlocutoires, les cours de justice exercent leur pouvoir discrétionnaire d’accorder réparation dans le cadre d’un contrôle judiciaire en tenant compte de l’intérêt public, de tout effet disproportionné sur les parties et des intérêts des tiers. Voilà le type d’analyse de la « prépondérance des inconvénients » que mentionnent Brown et Evans.

[136] Thus, the discretion contained in s. 18.1(4) speaks to the withholding of relief in appropriate cases; it does not engage the question of standard of review. Reliance upon it by the majority to support the view that it opens the door to the *Dunsmuir* standard of review analysis is, with respect, misplaced. In my view, the *Dunsmuir* standard of review should be confined to cases in which there is a strong privative clause. Excepting such cases, it does not apply to s. 18.1(4) of the *FCA*.

V. Decision in This Case

[137] In determining whether the respondent was eligible for the special relief available under s. 67(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, the IAD acknowledged that its discretion should be exercised with consideration for the criteria set out in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL) (endorsed by this Court in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84). The majority of the IAD expressly referred to the *Ribic* factors and, in my view, had regard to those it considered relevant in exercising its discretion. The actual application of the *Ribic* factors to the case before it and its exercise of discretion is fact-based. I do not find that the factual findings of the IAD were perverse or capricious or were made without regard to the evidence. I would allow the appeal.

The following are the reasons delivered by

[138] DESCHAMPS J. — I agree with Rothstein J. that since s. 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, sets legislated standards of review, those standards oust the common law. Consequently, I agree with Parts III, IV and V of his reasons and would also allow the appeal.

[136] Le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 18.1(4) vise donc le refus d'accorder réparation dans les circonstances où une telle mesure n'est pas justifiée; il ne met pas en jeu la question de la norme de contrôle applicable. Soit dit en tout respect, les juges majoritaires font fausse route en l'utilisant pour étayer leur position selon laquelle ce pouvoir discrétionnaire permet l'analyse relative à la norme de contrôle décrite dans *Dunsmuir*. À mon sens, l'analyse de la norme de contrôle décrite dans *Dunsmuir* devrait s'appliquer uniquement en présence d'une clause privative rigoureuse. En l'absence d'une telle clause, elle ne s'applique pas dans le contexte du par. 18.1(4) de la *LCF*.

V. Dispositif

[137] Lorsqu'elle a déterminé si l'intimé pouvait bénéficier des mesures spéciales prévues à l'al. 67(1)c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la SAI a reconnu devoir exercer son pouvoir discrétionnaire en tenant compte des critères énoncés dans *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL) (approuvés par notre Cour dans *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84). Les membres majoritaires de la SAI ont mentionné expressément les facteurs énumérés dans *Ribic* et, à mon avis, ils ont tenu compte des facteurs qu'ils jugeaient pertinents pour l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. L'application concrète des facteurs énoncés dans *Ribic* au cas dont la SAI était saisie et l'exercice de son pouvoir discrétionnaire relèvent des faits. Selon moi, la SAI n'a pas tiré ses conclusions de fait de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont elle disposait. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[138] LA JUGE DESCHAMPS — Je suis d'accord avec le juge Rothstein pour dire que, puisque le par. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, établit des normes de contrôle légales, ces normes écartent la common law. Par conséquent, je souscris aux parties III, IV et V de ses motifs et, comme lui, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

FISH J. (dissenting) —

LE JUGE FISH (dissident) —

I

I

[139] This appeal raises two issues. The first concerns the standard of review with respect to decisions of the Immigration Appeal Division (“IAD”). In that regard, I agree with Justice Binnie that the standard of review is “reasonableness”.

[139] Le pourvoi soulève deux questions. La première a trait à la norme de contrôle à laquelle sont assujetties les décisions de la Section d’appel de l’immigration (« SAI »). Sur ce point, je suis d’accord avec le juge Binnie pour dire que la norme applicable est celle de la « décision raisonnable ».

[140] The second issue is whether the majority decision of the IAD in this case survives judicial scrutiny under that standard. Unlike Justice Binnie, and with the greatest of respect, I have concluded that it does not.

[140] La deuxième question est de savoir si, en l’espèce, la décision des membres majoritaires de la SAI résiste à un examen judiciaire effectué suivant cette norme. Contrairement au juge Binnie, et en toute déférence, j’y répondrais par la négative.

[141] Essentially, I find that the decision of the IAD rests on what the Court of Appeal has aptly described as a “fixation” that collides with the overwhelming weight of the uncontradicted evidence in the record before it. I agree with the majority below that the decision, for this reason, cannot stand.

[141] Essentiellement, j’estime que la SAI a fondé sa décision sur un élément qui l’a « obnubilée », comme la Cour d’appel l’a si bien dit, et qui allait à l’encontre des éléments éminemment prépondérants de la preuve non contredite dont elle disposait. Ce motif m’amène à conclure, comme les juges majoritaires de la Cour d’appel, que la décision de la SAI ne peut être maintenue.

[142] Accordingly, I would dismiss the appeal.

[142] Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

II

II

[143] In 2000, when he was 18 years old, Sukhvir Singh Khosa caused the death of Irene Thorpe by driving recklessly at more than twice the speed limit, losing control of his automobile and running it off the roadway. He had by then been living in Canada for four years. When his appeal to the IAD was decided in 2004, he was 22 and married. Four more years have elapsed since then.

[143] En 2000, à l’âge de 18 ans, Sukhvir Singh Khosa a causé la mort de Irene Thorpe en conduisant de façon téméraire lorsqu’il a perdu la maîtrise de son véhicule et quitté la voie publique à une vitesse plus de deux fois supérieure à la limite autorisée. Il vivait alors au Canada depuis quatre ans. Lorsque la SAI a statué sur son appel en 2004, M. Khosa avait 22 ans et il était marié. Quatre autres années se sont écoulées depuis.

[144] To order Mr. Khosa’s removal would separate him from his wife and immediate family. It would return him to a country he has visited only once since emigrating at the age of 14 and where he appears to have few relatives.

[144] S’il était renvoyé du Canada, M. Khosa serait séparé de son épouse et de sa famille immédiate. Une telle mesure l’obligerait à retourner dans un pays qu’il n’a visité qu’une seule fois après avoir émigré à l’âge de 14 ans et où il a très peu de famille.

[145] The IAD's task in this case is to look to "all the circumstances of the case" in order to determine whether "sufficient humanitarian and compassionate considerations" existed to warrant relief from a removal order: *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 67(1)(c). The IAD is bound in performing that function to consider the various factors set out in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL), and endorsed by this Court in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84, at para. 90. The IAD in this case placed the greatest emphasis on the factors of remorse, rehabilitation, and likelihood of reoffence.

[146] With respect to these factors, the record before the IAD consisted essentially of the following uncontested and uncontradicted evidence:

- The sentencing judge found that "by his actions immediately after learning of Ms. Thorpe's death and since the accident . . . he has expressed remorse" (*R. v. Khosa*, 2003 BCSC 221, [2003] B.C.J. No. 280 (QL), at para. 56).
- Mr. Khosa took responsibility for his crime early, expressing a desire to attend the funeral of the woman he had killed and offering — before any arraignment or preliminary inquiry — to plead guilty to dangerous driving causing death.
- The sentencing judge found that "[i]n the more than two years that have passed since the accident, Mr. Khosa has not left the house except to go to work, to school, or the Sikh temple. He normally does not drink. He does not take drugs. He has no criminal record. He has no driving record. He has complied with all of his bail conditions and is not likely to re-offend" (para. 55 (emphasis added)).

[145] La SAI devait, en l'espèce, examiner « les autres circonstances de l'affaire » pour décider s'il existait « des motifs d'ordre humanitaire justifiant » qu'elle accueille l'appel contre une mesure de renvoi : *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, al. 67(1)c). Pour ce faire, elle était tenue de considérer les divers facteurs établis dans *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL), et approuvés par notre Cour dans l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84, par. 90. En l'espèce, la SAI a attaché énormément d'importance aux remords, à la réadaptation et au risque de récidive.

[146] La preuve relative à ces facteurs produite devant la SAI était essentiellement composée des éléments non contestés et non contredits suivants :

- La juge qui a prononcé la sentence a conclu que [TRADUCTION] « par sa manière de se comporter immédiatement après avoir appris le décès de M^{me} Thorpe, et depuis l'accident, [M. Khosa] a montré du remords » (*R. c. Khosa*, 2003 BCSC 221, [2003] B.C.J. No. 280 (QL), par. 56).
- M. Khosa a accepté très tôt la responsabilité de ses actes, exprimé le désir d'assister aux funérailles de la femme qu'il avait tuée et s'est dit prêt — avant même son interpellation ou son enquête préliminaire — à plaider coupable à une accusation de conduite dangereuse causant la mort.
- La juge qui a prononcé la sentence a constaté que [TRADUCTION] « [p]endant la période de plus de deux ans écoulée depuis l'accident, M. Khosa n'a pas quitté la maison sauf pour aller au travail, à l'école ou au temple sikh. Il ne boit habituellement pas. Il ne prend pas de drogues. Il n'a aucun antécédent criminel. Il n'a aucun dossier d'infraction au code de la route. Il s'est conformé à toutes les conditions de sa mise en liberté sous caution et il est peu probable qu'il récidive » (par. 55 (je souligne)).

- Mr. Khosa had not driven a car since the accident, even though he was permitted to do so for some months thereafter.
- Mr. Khosa's probation officer concluded from close and extensive contact with Mr. Khosa that he "appears to be making a sincere effort to maintain a stable and responsible life style in which he is a contributing member of the community". The probation officer also reported that he has "demonstrated a very positive attitude towards community supervision [and] willingly conforms to the expectations, requirements, and restrictions of the Conditional Sentence". With respect to his character, the probation officer was of the view that Mr. Khosa "presents as a pro-social young man who values work, family, community and religion" (Appellant's Record, at p. 355).
- Mr. Khosa had no previous criminal or driving convictions whatever.
- Mr. Khosa had complied with all provisions of his conditional sentence.
- Several employers wrote letters describing Mr. Khosa as conscientious and reliable.
- M. Khosa n'a pas pris le volant depuis l'accident, même s'il a eu le droit de conduire pendant quelques mois.
- L'agent de probation de M. Khosa a conclu, à la suite de ses rapports étroits et prolongés avec M. Khosa, que ce dernier [TRADUCTION] « semble faire des efforts honnêtes pour mener une vie équilibrée, se comporter de manière responsable et contribuer à son milieu ». L'agent de probation a ajouté que M. Khosa « démontre une attitude très positive envers la surveillance communautaire [et] se conforme de son plein gré aux attentes, exigences et restrictions incluses dans l'ordonnance de sursis ». Quant à la moralité de M. Khosa, l'agent de probation le percevait comme « un jeune homme bien intégré à la société, pour qui le travail, la famille, la collectivité et la religion revêtent une grande importance » (dossier de l'appelant, p. 355).
- M. Khosa n'avait jamais été condamné auparavant pour une infraction criminelle ni pour une infraction au code de la route.
- M. Khosa s'était conformé à toutes les conditions incluses dans son ordonnance de sursis.
- Des lettres de plusieurs employeurs décrivaient M. Khosa comme une personne consciencieuse et fiable.

[147] Despite all of this evidence indicating that Mr. Khosa was extremely unlikely to reoffend and had taken responsibility for his actions, the majority at the IAD seized upon one consideration: Mr. Khosa's denial that he was "street-racing" at the time the accident occurred. Apart from a brief mention of Mr. Khosa's "show of relative remorse at [the] hearing" ([2004] I.A.D.D. No. 1268 (QL), at para. 15), and a passing allusion to the judgments of the criminal courts to his culpability (para. 14), Mr. Khosa's denial was the *only* consideration that the IAD majority considered with respect to these issues. Manifestly, this solitary fact was the decisive element — if not the sole basis — upon which

[147] Malgré tous ces éléments de preuve indiquant qu'il était extrêmement improbable que M. Khosa récidive et qu'il avait accepté la responsabilité de ses actes, les membres majoritaires de la SAI se sont arrêtés à un élément : le refus de M. Khosa de reconnaître qu'il participait à une « course de rue » au moment de l'accident. Bien que les membres majoritaires de la SAI aient mentionné brièvement que M. Khosa « a montré quelques remords à l'audience » ([2004] D.S.A.I. n° 1268 (QL), par. 15) et fait une vague allusion aux jugements des cours criminelles concernant sa culpabilité (par. 14), la dénégation de M. Khosa est en fait le *seul* élément dont ils ont tenu compte. Ce fait isolé constituait

the majority of the IAD denied Mr. Khosa's basis for all humanitarian and compassionate relief.

[148] So much cannot reasonably be made out of so little.

III

[149] While Mr. Khosa's denial of street racing may well evidence some "lack of insight" into his own conduct, it cannot reasonably be said to contradict — still less to outweigh, on a balance of probabilities — all of the evidence in his favour on the issues of remorse, rehabilitation and likelihood of reoffence.

[150] The IAD's cursory treatment of the sentencing judge's findings on remorse and the risk of recidivism are particularly troubling. While findings of the criminal courts are not necessarily binding upon an administrative tribunal with a distinct statutory purpose and a different evidentiary record, it was incumbent upon the IAD to consider those findings and to explain the basis of its disagreement with the decision of the sentencing judge. The majority decision at the IAD mentions only in passing the favourable findings of the criminal courts and does not explain *at all* its disagreement with them.

[151] Moreover, Mr. Khosa's denial of street racing is, at best, of little probative significance in determining his remorse, rehabilitation and likelihood of reoffence. In light, particularly, of the extensive, uncontradicted and unexplained evidence to the contrary, Mr. Khosa's denial of street racing cannot reasonably support the inference drawn from it by the majority in the IAD.

[152] It is also important to note that street racing was not a necessary element of Mr. Khosa's crime

manifestement l'élément décisif, voire l'unique élément sur lequel ils se sont appuyés pour décider qu'il n'y avait lieu d'accorder aucune mesure à M. Khosa pour des motifs d'ordre humanitaire.

[148] C'est trop peu pour qu'on puisse raisonnablement aller aussi loin.

III

[149] Le refus de M. Khosa de reconnaître qu'il participait à une course de rue peut certes indiquer qu'il « ne saisit pas bien toute la portée de sa conduite », mais il ne peut raisonnablement servir à contredire — et encore moins à surpasser, selon la prépondérance des probabilités, — tous les éléments de preuve en sa faveur concernant ses remords, sa réadaptation et son risque de récidive.

[150] Je juge tout particulièrement préoccupant le traitement superficiel réservé par la SAI aux conclusions tirées par la juge qui a prononcé la sentence concernant les remords et le risque de récidive. Il est entendu que les conclusions des cours criminelles ne lient pas nécessairement un tribunal administratif qui a une finalité distincte définie par la loi et dispose d'une preuve assujettie à des règles différentes, mais la SAI avait l'obligation de tenir compte de ces conclusions et d'expliquer pourquoi elle n'adhérait pas à la décision de la juge chargée de la détermination de la peine. Les membres majoritaires de la SAI ne mentionnent qu'accessoirement les conclusions favorables tirées par les cours criminelles et n'expliquent *pas du tout* leur décision de s'en écarter.

[151] Qui plus est, le refus de M. Khosa de reconnaître sa participation à une course de rue n'a, au mieux, qu'une faible valeur probante relativement à ses remords, à sa réadaptation et à son risque de récidive. Au regard tout particulièrement de l'abondante preuve contraire qui n'a été ni contredite, ni expliquée, le refus de M. Khosa de reconnaître sa participation à une course de rue ne peut raisonnablement étayer l'inférence qu'en ont tirée les membres majoritaires de la SAI.

[152] Il importe également de noter que la course de rue ne constituait pas un élément essentiel de

of criminal negligence causing death (*R. v. Khosa*, 2003 BCCA 644, 190 B.C.A.C. 23, at para. 85). It appears that Mr. Khosa's refusal to accept his guilty verdict on this charge — in contrast with his willingness to plead guilty to the less serious charge of dangerous driving causing death — is due solely to his mistaken impression that the former requires a finding that he was racing (Appellant's Record, at p. 145). This is therefore not a case where a person in deportation proceedings maintains his innocence, as suggested by the majority of the IAD (at para. 14), but rather a case where the immigrant simply disputes an ancillary finding of the criminal court.

[153] Whatever the correct interpretation of Mr. Khosa's denial that he was street-racing, it is clear that the majority at the IAD had "some kind of fixation" — to again borrow the phrase of the majority below — with this piece of evidence, and based its refusal to grant humanitarian and compassionate relief largely on this single fact.

[154] The majority at the IAD made repeated reference to the denial. Toward the end of its decision, it stated that in light of Mr. Khosa's "failure . . . to acknowledge his conduct and accept responsibility for . . . street-racing . . . , there is insufficient evidence upon which I can make a determination that [Mr. Khosa] does not represent a present risk to the public" (para. 23 (emphasis added)). I find that this conclusion is not only incorrect, but unreasonable. There was ample evidence suggesting that he posed no risk. The majority decision of the IAD simply disregarded virtually all of that evidence.

[155] Later, in justifying its decision to deny all relief rather than order a stay of removal, the majority wrote that Mr. Khosa's "failure to acknowledge or take responsibility for his specific reckless

l'infraction de négligence criminelle ayant causé la mort commise par M. Khosa (*R. c. Khosa*, 2003 BCCA 644, 190 B.C.A.C. 23, par. 85). Si M. Khosa refusait d'accepter le verdict de culpabilité pour ce chef d'accusation, tout en étant prêt à reconnaître sa culpabilité à l'infraction moins grave de conduite dangereuse ayant causé la mort, c'est semble-t-il uniquement parce qu'il croyait à tort que la première infraction exigeait que sa participation à une course soit tenue pour avérée (dossier de l'appelant, p. 145). Le pourvoi ne concerne donc pas une personne visée par une procédure d'expulsion qui clame son innocence, comme l'ont laissé entendre les membres majoritaires de la SAI (au par. 14), mais plutôt un immigrant qui conteste une conclusion accessoire de la cour criminelle.

[153] Quelle que soit l'interprétation juste du refus de M. Khosa de reconnaître sa participation à une course de rue, il ne fait aucun doute que les membres majoritaires de la SAI étaient « quelque peu obnubilés » — pour reprendre de nouveau l'expression utilisée par les juges majoritaires de la Cour d'appel — par cet élément de preuve et ont fondé en grande partie sur ce seul fait leur refus de prendre des mesures spéciales pour des motifs d'ordre humanitaire.

[154] La membre de la SAI qui a rédigé les motifs majoritaires a mentionné la dénégation de M. Khosa à maintes reprises. Vers la fin de ses motifs, elle a déclaré que, puisque M. Khosa « refuse de reconnaître sa conduite et d'accepter la responsabilité [de sa participation à] une course automobile sur la voie publique, [. . .] il y a trop peu de preuve qui me permettrait de conclure que [M. Khosa] ne représente pas un risque pour le public » (par. 23 (je souligne)). J'estime que cette conclusion n'est pas simplement incorrecte, mais déraisonnable. Suffisamment d'éléments de preuve montraient que M. Khosa ne représentait pas un risque pour le public. Les membres majoritaires de la SAI ont tout simplement fait fi de la quasi-totalité de cette preuve.

[155] Plus loin, pour justifier leur décision de refuser toute mesure spéciale plutôt que de surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi, les membres majoritaires de la SAI se sont exprimés en

conduct does not suggest that any purpose would be served by staying the present removal order” (para. 24). Here, again, the decision of the IAD majority transforms a limited, specific and ancillary denial into a general failure to take responsibility.

[156] The majority’s inordinate focus on racing and its failure to consider contrary evidence do not “fit comfortably with the principles of justification, transparency and intelligibility” that are required in order to withstand reasonableness review (reasons of Binnie J., at para. 59).

[157] With respect, I thus feel bound to conclude that the IAD was unreasonable in its evaluation of Mr. Khosa’s rehabilitation, remorse and likelihood of reoffence.

IV

[158] Because the IAD’s finding on these specific factors was central to its ultimate decision to deny any and all humanitarian and compassionate relief, the IAD’s determination cannot be sustained.

[159] To be sure, the majority at the IAD stated that even if it were to have found that Mr. Khosa did not present a risk to the public “in balancing all the relevant factors, I determine the scale does not tip in [Mr. Khosa’s] favour and decline to exercise favourable discretion” (para. 23). This sort of conclusory statement, however, cannot insulate the IAD’s decision from review when the rest of its reasons demonstrate that its decision rests on an unreasonable determination of central importance, as in this case.

[160] I agree that decisions of the IAD are entitled to deference. In my respectful view, however, deference ends where unreasonableness begins.

ces termes : « Le défaut de [M. Khosa] de reconnaître ou d’accepter sa responsabilité à l’égard de la conduite précise qu’il a adoptée laisse entendre qu’il ne servirait à rien de surseoir à la mesure de renvoi en cause » (par. 24). Là encore, la SAI transforme une dénégation limitée, particulière et accessoire en refus général d’accepter la responsabilité de ses actes.

[156] L’importance démesurée accordée par les membres majoritaires à la course et leur défaut de tenir compte des éléments de preuve contraires ne « cadrent [pas] bien avec les principes de justification, de transparence et d’intelligibilité » qui doivent être respectés pour qu’une décision résiste à l’application de la norme de la raisonabilité (motifs du juge Binnie, par. 59).

[157] Avec égard, je suis donc forcé de conclure au caractère déraisonnable de l’appréciation par la SAI de la possibilité de réadaptation, des remords et du risque de récidive de M. Khosa.

IV

[158] Étant donné que la conclusion de la SAI sur ces facteurs particuliers a joué un rôle capital dans sa décision finale de ne prendre aucune mesure spéciale pour des motifs d’ordre humanitaire, sa décision ne peut être maintenue.

[159] Certes, la membre de la SAI qui a rédigé les motifs majoritaires a ajouté que, même si elle en arrivait à la conclusion que M. Khosa ne représentait pas un risque pour le public, elle était « d’avis que les facteurs pertinents soupesés ne feraient pas pencher la balance en faveur de [M. Khosa] et [elle a] refus[é], pour cette raison, de prendre des mesures spéciales » (par. 23). Ce type de déclaration péremptoire ne saurait toutefois mettre la décision de la SAI à l’abri d’un contrôle lorsque, comme en l’espèce, le reste des motifs démontre qu’elle repose sur une conclusion déraisonnable d’importance capitale.

[160] Je reconnais que les décisions de la SAI commandent la déférence. Toutefois, je crois que la déférence s’arrête là où commence la déraisonabilité.

V

[161] For all these reasons, as stated at the outset, I would dismiss the appeal and affirm the judgment of the Court of Appeal returning this matter to the IAD for reconsideration before a differently constituted panel.

Appeal allowed, FISH J. dissenting.

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

Solicitor for the respondent: Garth Barriere, Vancouver.

Solicitors for the intervener: Arvay Finlay, Vancouver.

V

[161] Pour tous ces motifs, et comme je l'ai indiqué dès le départ, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel de renvoyer l'affaire à la SAI pour réexamen par une formation différemment constituée.

Pourvoi accueilli, le juge FISH est dissident.

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureur de l'intimé : Garth Barriere, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante : Arvay Finlay, Vancouver.