



First Session  
Thirty-seventh Parliament, 2001-02

SENATE OF CANADA

---

*Proceedings of the Standing  
Senate Committee on*

## Legal and Constitutional Affairs

*Chair:*  
The Honourable LORNA MILNE

---

Wednesday, May 8, 2002

---

**Issue No. 34**

**First and only meeting on:**

Motion and message concerning an amendment to  
Bill C-15A, An Act to amend the Criminal  
Code and to amend other Acts

**Fifth meeting on:**

Bill S-41, An Act to re-enact  
legislative instruments enacted in  
only one official language

---

INCLUDING:  
THE SEVENTEENTH REPORT OF THE COMMITTEE  
(Motion and message concerning an  
amendment to Bill C-15A)

---

WITNESSES:  
(See back cover)

Première session de la  
trente-septième législature, 2001-2002

SÉNAT DU CANADA

---

*Délibérations du Comité  
sénatorial permanent des*

## Affaires juridiques et constitutionnelles

*Présidente:*  
L'honorable LORNA MILNE

---

Le mercredi 8 mai 2002

---

**Fascicule n° 34**

**Première et unique réunion concernant:**

La motion et le message au sujet d'un amendement  
au projet de loi C-15A, Loi modifiant  
le Code criminel et d'autres lois

**Cinquième réunion concernant:**

Le projet de loi S-41, Loi visant la  
réédiction de textes législatifs n'ayant été  
édictees que dans une langue officielle

---

Y COMPRIS:  
LE DIX-SEPTIÈME RAPPORT DU COMITÉ  
(Motion et message au sujet d'un amendement  
au projet de loi C-15A)

---

TÉMOINS:  
(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE ON  
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Lorna Milne, *Chair*

The Honourable Gérald A. Beaudoin, *Deputy Chair*

and

The Honourable Senators:

Andreychuk Buchanan, P.C.	* Lynch-Staunton (or Kinsella)
* Carstairs P.C. (or Robichaud)	Maheu
Fraser	Moore
Hubley	Nolin
Joyal, P.C.	Rivest
	Robichaud P.C.

\**Ex Officio Members*

(Quorum 4)

*Changes in membership of the committee:*

Pursuant to rule 85(4), membership of the committee was amended as follows:

The name of the Honourable Senator Maheu substituted for that of the Honourable Senator Pearson (*May 8, 2002*).

The name of the Honourable Senator Hubley substituted for that of the Honourable Senator Bryden (*May 8, 2002*).

The name of the Honourable Senator Robichaud, P.C., substituted for that of the Honourable Senator Cools (*May 8, 2002*).

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES  
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

*Présidente:* L'honorable Lorna Milne

*Vice-président:* L'honorable Gérald A. Beaudoin

et

Les honorables sénateurs:

Andreychuk Buchanan, c.p.	* Lynch-Staunton (ou Kinsella)
* Carstairs c.p. (ou Robichaud)	Maheu
Fraser	Moore
Hubley	Nolin
Joyal, c.p.	Rivest
	Robichaud, c.p.

\**Membres d'office*

(Quorum 4)

*Modifications de la composition du comité:*

Conformément à l'article 85(4) du Règlement, la liste des membres du Comité est modifiée, ainsi qu'il suit:

Le nom de l'honorable sénateur Maheu est substitué à celui de l'honorable sénateur Pearson (*le 8 mai 2002*).

Le nom de l'honorable sénateur Hubley est substitué à celui de l'honorable sénateur Bryden (*le 8 mai 2002*).

Le nom de l'honorable sénateur Robichaud, c.p., est substitué à celui de l'honorable sénateur Cools (*le 8 mai 2002*).

**ORDER OF REFERENCE**

Extract from the *Journals of the Senate*, Tuesday, May 7, 2002:

Resuming debate on the motion of the Honourable Senator Carstairs, P.C., seconded by the Honourable Senator Robichaud, P.C.,

That the Senate do not insist on its amendment numbered 1(a) to Bill C-15A, An Act to amend the Criminal Code and to amend other Acts to which the House of Commons has disagreed; and

That a message be sent to the House of Commons to acquaint that House accordingly.

After debate,

The Honourable Senator Kinsella moved, seconded by the Honourable Senator Rossiter,

That the motion, together with the Message from the House of Commons on the same subject, dated April 23, 2002, be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs for consideration and report.

The question being put on the motion, it was adopted.

*Le greffier du Sénat,*

Paul C. Bélisle

*Clerk of the Senate*

**ORDRE DE RENVOI**

Extrait *des Journaux du Sénat* du mardi 7 mai 2002:

Reprise du débat sur la motion de l'honorable sénateur Carstairs, c.p., appuyée par l'honorable sénateur Robichaud, c.p.,

Que le Sénat n'insiste pas sur l'amendement numéroté 1a) au projet de loi C-15A, Loi modifiant le Code criminel et d'autres lois, auquel la Chambre des communes n'a pas acquiescé; et

Qu'un message soit transmis à la Chambre des communes pour l'en informer.

Après débat,

L'honorable sénateur Kinsella propose, appuyé par l'honorable sénateur Rossiter,

Que la motion ainsi que le message de la Chambre des communes en date du 23 avril 2002, portant sur le même sujet, soient renvoyés au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles pour étude et rapport.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

**MINUTES OF PROCEEDINGS**

OTTAWA, Wednesday, May 8, 2002  
(56)

[*English*]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 4:12 p.m. this day, in room 257-East Block, the Honourable Senator Milne, Chair, presiding.

*Members of the committee present:* The Honourable Senators Andreychuk, Beaudoin, Fraser, Hubley, Joyal, P.C., Maheu, Milne, Moore, Nolin, Rivest and Robichaud P.C. (11).

*Other senators present:* The Honourable Senators Gauthier and Taylor (2).

*In attendance:* From the Library of Parliament: Nancy Holmes and Mollie Dunsmuir, Researchers, Law and Government Division.

*Also in attendance:* The official reporters of the Senate.

Pursuant to the Order of Reference adopted by the Senate on Tuesday, May 7, 2002, the Committee proceeded to study the motion of the Honourable Senator Carstairs, P.C., that the Senate do not insist on its amendment numbered 1(a) to Bill C-15A, An Act to amend the Criminal Code and to amend other Acts, to which the House of Commons has disagreed, and that a message be sent to the House of Commons to acquaint that House accordingly.

**WITNESSES:**

*From the Department of Justice:*

Ms Lucie Angers, Counsel, Criminal Policy Section;

Ms Carole Morency, Senior Counsel, Family, Children and Youth.

Ms Angers made an opening statement. Together the witnesses answered questions.

After debate, the Honourable Senator Fraser moved, — That the Senate do not insist on its amendment numbered 1(a) to Bil C-15A, An Act to amend the Criminal Code and to amend other Acts.

The question being put on the motion, — It was agreed.

*Recorded abstentions:* The Honourable Senators Andreychuk, Beaudoin, Nolin and Rivest.

After debate, it was agreed, — That the Steering Committee draft and approve observations to be appended to the Report.

It was agreed, — That the Chair present the Report of the committee at the next sitting of the Senate.

**PROCÈS-VERBAL**

OTTAWA, le mercredi 8 mai 2002  
(56)

[*Traduction*]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 16 h 12, dans la pièce 257 de l'édifice de l'Est, sous la présidence de l'honorable sénateur Milne (*présidente*).

*Membres du comité présents:* Les honorables sénateurs Andreychuk, Beaudoin, Fraser, Hubley, Joyal, c.p., Maheu, Milne, Moore, Nolin, Rivest et Robichaud, c.p. (11).

*Autres sénateurs présents:* Les honorables sénateurs Gauthier et Taylor (2).

*Également présentes:* De la Bibliothèque du Parlement: Nancy Holmes et Mollie Dunsmuir, attachées de recherche, Division du droit et du gouvernement.

*Aussi présents:* Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mardi 7 mai 2002, le comité examine la motion de l'honorable sénateur Carstairs, c.p., proposant que le Sénat n'insiste pas sur l'amendement numéroté 1a) au projet de loi C-15A, Loi modifiant le Code criminel et d'autres lois, auquel la Chambre n'a pas acquiescé; et qu'un message soit transmis à la Chambre des communes pour l'en informer.

**TÉMOINS:**

*Du ministère de la Justice:*

Mme Lucie Angers, avocate, Section de la politique en matière de droit pénal;

Mme Carole Morency, avocate-conseil, Section de la famille, des enfants et des adolescents.

Mme Angers fait une déclaration. Les témoins répondent aux questions.

Après discussion, l'honorable sénateur Fraser propose — Que le Sénat n'insiste pas sur l'amendement numéroté 1a) au projet de loi C-15A, Loi modifiant le Code criminel et d'autres lois.

La question, mise aux voix, est adoptée.

*Abstentions:* Les honorables sénateurs Andreychuk, Beaudoin, Nolin et Rivest.

Après discussion, il est convenu — Que le comité de direction rédige et adopte les observations devant être annexées au rapport.

Il est convenu — Que la présidence dépose le rapport du comité à la prochaine séance du Sénat.

Pursuant to the Order of Reference adopted by the Senate on Wednesday, March 20, 2002, the Committee proceeded to study Bill S-41, An Act to re-enact legislative instruments enacted in only one official language. (*For complete text of Order of Reference, see proceedings of the committee, Issue No. 32, April 24, 2002.*)

*WITNESSES:*

*From the Department of Justice:*

Mr. Warren J. Newman, General Counsel, Constitutional and Administrative Law Section;

Mr. Marc Tremblay, Senior Counsel, Official Languages Law Group;

Mr. John Mark Keyes, Director, Legislative Policy and Development.

Mr. Tremblay made a short opening statement. Together the witnesses answered questions.

At 7:00 p.m., the committee adjourned to the call of the Chair.

*ATTEST:*

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mercredi 20 mars 2002, le comité examine le projet de loi S-41, Loi visant la réédiction de textes législatifs n'ayant été édictés que dans une langue officielle (*l'ordre de renvoi figure dans le fascicule n° 32 du 24 avril 2002.*)

*TÉMOINS:*

*Du ministère de la Justice:*

M. Warren J. Newman, avocat général, Section du droit administratif et constitutionnel;

M. Marc Tremblay, avocat-conseil, Groupe du droit des langues officielles;

M. John Mark Keyes, directeur, Orientation et perfectionnement législatifs.

M. Tremblay fait une déclaration et, de concert avec les témoins, répond aux questions.

À 19 heures, le comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

*ATTESTÉ:*

*La greffière du comité,*

Josée Thérien

*Clerk of the Committee*

**REPORT OF THE COMMITTEE**

Thursday, May 9, 2002

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs has the honour to present its

**SEVENTEENTH REPORT**

Your Committee, to which was referred the motion of the Honourable Senator Carstairs, P.C., that the Senate do not insist on its amendment numbered 1(a) to Bill C-15A, An Act to amend the Criminal Code and to amend other Acts, to which the House of Commons has disagreed; and that a message be sent to the House of Commons to acquaint that House accordingly, has, in obedience to the Order of Reference of Tuesday, May 7, 2002, examined the said motion and Message and now reports as follows:

Your Committee recommends that the Senate do not insist on its amendment numbered 1(a).

Your Committee does, however wish to report back with observations which are appended to this report.

Respectfully submitted,

*La présidente,*

LORNA MILNE

*Chair*

**APPENDIX TO THE SEVENTEENTH REPORT  
OF THE STANDING SENATE COMMITTEE ON  
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS**

Your Committee has decided not to insist on its amendment numbered 1(a) of Bill C-15A because of assurances received from officials of the Department of Justice who appeared before us on May 8, 2002. Specifically, your Committee received testimony clearly stating that the child pornography provisions of Bill C-15A would not subject Internet Service Providers (ISPs) to criminal liability when they do not have knowledge of the content of the material stored on or transmitted through their systems. Indeed, in previous testimony before your Committee, Departmental officials recognized that ISPs are not required to monitor what is on their systems, nor should they for privacy reasons. Those officials assured your Committee that it is the Government's intention that ISPs would only be held liable under the proposed law if they knew they were transmitting child pornography and they continued to offer the service. Furthermore, your Committee believes that it is essential that those who administer the criminal law be apprised of the Government's assurance on this matter.

**RAPPORT DU COMITÉ**

Le jeudi 9 mai 2002

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles a l'honneur de présenter son

**DIX-SEPTIÈME RAPPORT**

Votre Comité, auquel a été déferé la motion de l'honorable sénateur Carstairs, C.P., que le Sénat n'insiste pas sur l'amendement numéroté 1a) au projet de loi C-15A, Loi modifiant le Code criminel et d'autres lois, auquel la Chambre des communes n'a pas acquiescé; et qu'un message soit transmis à la Chambre des communes pour l'en informer, a, conformément à l'ordre de renvoi du mardi 7 mai 2002, étudié ladite motion et message et en fait maintenant rapport comme il suit:

Votre comité recommande que le Sénat n'insiste pas sur son amendement numéroté 1a).

Votre comité souhaite toutefois faire rapport des observations qui sont annexées au présent rapport.

Respectueusement soumis,

**ANNEXE AU DIX-SEPTIÈME RAPPORT  
DU COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES  
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES**

Le Comité a décidé de ne pas insister pour faire adopter l'amendement 1a) au projet de loi C-15A, en raison des assurances offertes par les représentants du ministère de la Justice quand ils ont comparu devant le Comité le 8 mai 2002. Ils ont en effet clairement indiqué dans leur témoignage que les dispositions du projet de loi visant la pédopornographie n'attribueront pas de responsabilité criminelle aux fournisseurs de service Internet (FSI) quand ces derniers ne connaissent pas le contenu des documents entreposés ou transmis par leurs systèmes. Des représentants du ministère ont d'ailleurs déjà précisé, lors de témoignages antérieurs devant le Comité, que les FSI ne sont pas tenus de surveiller ce que contiennent leurs systèmes et doivent en fait s'abstenir de le faire par respect pour la vie privée. Ces représentants du ministère de la Justice nous ont affirmés que l'intention du gouvernement est, qu'afin que les FSI soient jugés responsables en vertu des dispositions législatives proposées, il faudrait qu'ils sachent qu'ils transmettent de la pornographie juvénile et continuent d'offrir le service. En outre, le Comité estime que les responsables de l'application du droit pénal doivent absolument être informés des assurances données par le gouvernement à ce chapitre.

**EVIDENCE**

OTTAWA, Wednesday, May 8, 2002

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 4:12 p.m. to give consideration to the motion, together with the Message from the House of Commons concerning Bill C-15A, to amend the Criminal Code and to amend other Acts; and to give consideration to Bill S-41, to re-enact legislative instruments enacted in only one official language.

**Senator Lorna Milne** (*Chairman*) in the Chair.

[*English*]

**The Chairman:** Honourable senators, we have two items on our agenda today. We will begin with the motion in amendment to Bill C-15A. Our first witnesses are officials from the Department of Justice, Ms Lucie Angers and Ms Morency, who will explain to us quite clearly why one of the amendments proposed by the committee was not accepted in the House of Commons. Following that, we will move to our deliberations on Bill S-41.

Ms Angers, please proceed.

**Ms Lucie Angers, Counsel, Criminal Law Policy Section, Department of Justice:** Honourable senators, I am pleased to appear before you today to address concerns that were raised by Internet service providers in respect of their liability under Bill C-15A. If it pleases the committee, I should like to make a brief opening statement and then answer your questions.

As honourable senators are aware, the concerns over ISPs' liability were raised mainly by the industry, in particular by the Canadian Cable Television Association, CCTA, and the Canadian Association of Internet Providers, CAIP. The Canadian Cable Television Association was of the view that an ISP that merely provided the facilities that other people use to communicate or store content could be said to be transmitting or making available child pornography. Therefore, they would be affected by the proposed legislation in Bill C-15A. They believe that ISPs would be exposed to criminal liability for transmitting or making available content even in cases where the ISP did not know that the content was child pornography.

Bill C-15A does not apply to such cases. As the former Minister of Justice mentioned when she appeared before you last November, ISPs that have neither knowledge nor control over the child pornography that is transmitted via, or stored on, their servers will not be liable for transmitting or making available child pornography. The main reason is that it is considered a central tenet of criminal law that there is no guilty act without a guilty mind. In other words, a person cannot commit a crime unknowingly.

**TÉMOIGNAGES**

OTTAWA, le mercredi 8 mai 2002

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles s'est réuni ce jour à 16 h 12 pour examiner la motion ainsi que le message de la Chambre des communes concernant le projet de loi C-15A, Loi modifiant le Code criminel et d'autres lois et pour étudier le projet de loi S-41, Loi visant la réédiction de textes législatifs n'ayant été édictés que dans une langue officielle.

**Le sénateur Lorna Milne** (*présidente*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

**La présidente:** Honorables sénateurs, nous avons deux points à notre ordre du jour. Nous allons commencer par examiner la motion visant à modifier le projet de loi C-15A. Nos premiers témoins seront des représentantes du ministère de la Justice, Mme Angers et Mme Morency, qui vont nous expliquer très clairement pourquoi un des amendements proposés par notre comité n'a pu être accepté par la Chambre des communes. Après cela, nous passerons à nos délibérations sur le projet de loi S-41.

Madame Angers, je vous invite à prendre la parole.

**Mme Lucie Angers, avocate, Section de la politique en matière de droit pénal, ministère de la Justice:** Honorables sénateurs, je suis heureuse d'être ici aujourd'hui pour parler des questions qu'ont posé les fournisseurs de service Internet au sujet de la responsabilité que pouvait leur imposer le projet de loi C-15A. Si le comité le permet, j'aimerais vous présenter quelques observations et je répondrais ensuite à vos questions.

Comme les honorables sénateurs le savent, ce sont principalement les fournisseurs d'accès Internet (FAI), représentés en particulier par l'Association canadienne de télévision par câble, l'ACTC, et par l'Association canadienne des fournisseurs Internet, l'ACFI, qui s'inquiètent des risques de poursuites pénales. L'Association canadienne de télévision par câble estima qu'un fournisseur d'accès qui se contenterait de fournir à des clients le moyen de communiquer ou d'entreposer des données pourrait être accusé de transmettre ou de rendre accessible de la pornographie juvénile. Ces entreprises risquent donc d'être visées par le projet de loi C-15A. Ces associations estiment que les fournisseurs d'accès Internet pourraient être déclarés responsables d'avoir transmis ou rendu accessibles des données même dans les cas où le fournisseur ne sait pas que ces données constituent de la pornographie juvénile.

Le projet de loi C-15A ne s'applique pas à ces personnes. Comme l'ancienne ministre de la Justice l'a mentionné lorsqu'elle a comparu devant vous en novembre dernier, les fournisseurs qui ne savent pas que leurs serveurs sont utilisés pour transmettre ou entreposer de la pornographie juvénile ou qui n'exercent aucun contrôle sur ce genre d'activité ne peuvent être tenus responsables d'avoir transmis ou rendu accessible de la pornographie juvénile. La principale raison est que cela met en jeu un principe essentiel du droit pénal selon lequel il n'y a pas d'infraction si l'auteur du fait reproché n'a pas d'intention criminelle. Autrement dit, il est impossible de commettre une infraction sans le savoir.

The inclusion of terms such as “knowingly” or “unknowingly” in Criminal Code offence provisions would bring into question the intent requirement for other Criminal Code offences, which generally do not have that qualification but are, nonetheless, interpreted as requiring a guilty mind. In fact, common law presumptions, such as the presumption of *mens rea*, requires Parliament to explicitly state when it does not desire subjective *mens rea* when enacting a criminal offence. Therefore, as Parliament did not explicitly exclude the *mens rea* presumption, it must be assumed that Parliament wanted the offence to be of a criminal nature.

According to the Supreme Court of Canada decision in *Sault Sainte Marie*, such an offence requires the Crown to establish a mental element, namely, that the accused who committed the prohibited act did so intentionally or recklessly, with knowledge of the facts constituting the offence, or with wilful blindness towards them.

Since 1993, it has been an offence to distribute child pornography. If we were to apply the ISPs’ argument to the 1993 provisions, then Internet service providers could be, and probably would have been, charged for distributing child pornography in the last nine years, even though they would have done so unknowingly. This committee will recall that the ISP witnesses acknowledged to honourable senators that, indeed, no ISP in Canada has been prosecuted to date for the distribution of child pornography.

We want to make it clear that ISPs are not committing a child pornography offence when they do not have knowledge of the content of the material stored on, or going through, their systems. Under Bill C-15A, this would not change.

**Senator Beaudoin:** If I follow your reasoning, I fail to see how the amendment proposed by Senator Nolin should not be accepted. It is a criminal law offence. If we do what you suggest, we will have to do the same for other cases that may arise in the future. We are not concerned about that, we are concerned about the use of the word “knowingly” because that is an important word. One cannot be guilty of a criminal offence if he or she has no intention — *mens rea* — to commit a crime. I understand the difficulty this presents. However, when you say that we should not do this because we would then have to do it from this point on, that, in my opinion, is not a very clear-cut argument.

If, at one moment in the history of any legislation, we find we must do something, then we do it. That may change our idea of how we must draft legislation in the future. A drafting change may become an obligation to be fulfilled in all cases in the future. However, such is life.

L’utilisation de termes comme «sciemment» ou «sans en avoir connaissance» dans les dispositions du Code criminel créant des infractions laisserait planer un doute sur l’intention exigée pour les autres infractions du Code criminel, dont la formulation ne contient pas généralement cette expression mais que les tribunaux ont néanmoins interprété comme si elles exigeaient une intention criminelle. En fait, les présomptions de la common law, comme celle qui touche l’élément moral de l’infraction, obligent le législateur à énoncer expressément qu’il ne souhaite pas qu’une infraction pénale donnée exige un élément moral subjectif. Par conséquent, étant donné que le législateur n’a pas expressément exclu la présomption visant l’élément moral, il faut tenir pour acquis que le législateur a voulu créer une infraction de nature pénale.

D’après l’arrêt de la Cour suprême du Canada *Sault-Sainte-Marie*, ce type d’infraction oblige la Couronne à démontrer la présence d’un élément moral, à savoir, que l’accusé qui a commis l’acte prohibé l’a fait de façon intentionnelle ou insouciance, en ayant connaissance des faits constitutifs de l’infraction ou en faisant preuve d’un aveuglement volontaire à leur sujet.

Depuis 1993, la distribution de pornographie juvénile est une infraction. Si l’on appliquait l’argument des fournisseurs d’accès Internet aux dispositions de 1993, il aurait été possible de les inculper, et ils l’auraient probablement d’ailleurs été, d’avoir distribué de la pornographie juvénile au cours de ces neuf années, même s’ils l’avaient fait sans le savoir. Les membres du comité se souviennent du fait que les représentants des FAI ont admis aux honorables sénateurs qu’effectivement, aucun fournisseur d’accès Internet n’avait été poursuivi jusqu’ici au Canada pour avoir distribué de la pornographie juvénile.

Nous tenons à indiquer clairement que les FAI ne commettent pas d’infraction liée à la pornographie juvénile lorsqu’ils n’ont pas connaissance du contenu des documents entreposés dans leurs systèmes ou transmis par eux. Le projet de loi C-15A ne modifierait pas cette situation.

**Le sénateur Beaudoin:** Si je suis votre raisonnement, je ne vois pas pourquoi vous n’acceptez pas l’amendement proposé par le sénateur Nolin. Il s’agit d’une infraction pénale. Si nous faisons comme vous le proposez, nous allons devoir agir de la même façon dans tous les cas qui pourront se présenter à l’avenir. Ce n’est pas ce qui nous occupe ici, c’est l’utilisation du mot «sciemment» qui nous intéresse, parce que c’est un mot important. Quelqu’un ne peut être déclaré coupable d’une infraction pénale s’il n’a pas eu l’intention — l’élément moral — de commettre l’infraction. Je comprends que cela soulève des difficultés. Votre argument selon lequel nous ne devrions pas procéder de cette façon parce qu’il faudrait continuer à le faire par la suite ne me paraît guère convaincant.

Si l’on constate au cours du processus législatif qu’il convient d’adopter une certaine mesure, alors il faut la prendre. Cela va peut-être modifier la façon dont nous allons rédiger les projets de loi à l’avenir. Il sera peut-être nécessaire de changer notre façon de formuler certaines dispositions législatives à l’avenir. Mais c’est la vie.



We are more and more, I hope, as we say in French,

[*Translation*]

Time is a great teacher. The Criminal Code is based on intent. If that means greater conciseness is required in future, then so be it.

**Ms Angers:** Initially, you wondered what the problem was in adopting the amendment as proposed. We want to be in a position — and I know this is what you want as well — to press charges against an Internet services provider who only supplies the means of conveying the content, if in fact he knows what that content is. For example, some people believe that a pedophile could actually become an Internet service provider. If the proposed amendment is adopted, this means a pedophile who is an Internet provider helping people of like mind could potentially be absolved of any criminal liability. All he would need to do is set up the system which would allow people like himself to distribute or make available child pornography.

[*English*]

We say a custodian of computer systems who merely provides the means or facilities does not commit an offence, but we want to capture that ISP who merely provides the means or facilities, if he does so intentionally, if he knows that his facilities are being used for the purpose of transmitting child pornography.

Everyone agrees with the fact that the amendment put forward was certainly not intended to exempt ISPs who were committing an offence from criminal liability. However, the result could be that, in some cases, you might be exempting from criminal liability those who you would want to cover.

[*Translation*]

Regarding your second point, the inclusion of the concept of “knowingly” or “willingly” in Criminal Code offence provisions could create problems in terms of both existing as well as future Criminal Code offences. As I explained, common law presumption requires Parliament to explicitly state when it does want an offence to be of a criminal nature. I am not talking here about criminal offences. Here is where you include, for example: “with a legitimate reason for so doing that can be proven.” You insert wording to prevent this from being considered an offence of a criminal nature and more of a liability issue. Because of these two considerations the proposed amendment is problematic.

**Senator Beaudoin:** I have learned that in the field of criminal law, one can never be too concise.

De plus en plus, je l'espère, comme nous le disons en français,

[*Français*]

On apprend beaucoup avec le temps. Le Code criminel est fondé sur l'intention. Si cela nous oblige dans le futur à être plus précis, nous le serons.

**Mme Angers:** Vous avez demandé, dans un premier temps, quel était le problème avec l'adoption de l'amendement tel que proposé. Nous voulons être en mesure — je sais que c'est votre intention aussi — de pouvoir poursuivre un fournisseur d'accès Internet qui ne fournirait que les moyens de transmettre la communication, s'il le sait. Par exemple, une des choses à laquelle les gens pensent c'est qu'un pédophile pourrait lui-même devenir un fournisseur d'accès Internet. Si l'amendement, tel que proposé, était accepté, cela pourrait résulter dans le fait que ce pédophile fournisseur d'accès Internet qui fait cela afin de faciliter le travail des gens qui pensent comme lui, pourrait se trouver exempté de toute forme de responsabilités criminelles parce qu'il n'aurait plus, par exemple, qu'à mettre en place le système permettant à ses congénères de transmettre ou d'avoir accès à de la pornographie juvénile.

[*Traduction*]

D'après nous, la personne qui est en possession d'un système informatique et qui se contente de laisser d'autres personnes utiliser ce matériel ou des installations ne commet pas l'infraction mais nous voulons pouvoir poursuivre le FAI qui se contente de fournir les moyens ou les installations, s'il le fait de façon intentionnelle, s'il sait que ses installations sont utilisées pour transmettre de la pornographie juvénile.

Tout le monde admet que la modification proposée ne visait certainement pas à exonérer de toute responsabilité pénale les FAI qui commettent des infractions. C'est pourtant l'effet que cette modification pourrait avoir parce que, dans certains cas, elle pourrait exonérer les personnes que l'on voudrait au contraire viser avec cette disposition.

[*Français*]

En ce qui a trait à votre deuxième point, le fait d'ajouter à une disposition qui est une infraction de nature criminelle la notion de «sciemment» ou «volontairement» pourrait créer des problèmes tant pour les infractions de nature criminelle existant présentement dans le Code criminel que celles qui viendraient dans le futur. Comme je l'ai expliqué, il y a une présomption en common law qui dit au Parlement: si vous ne voulez pas que votre infraction soit de nature criminelle lorsque vous l'insérez dans le Code criminel — je ne parle pas des infractions de nature pénale —, vous devez le dire. C'est là que vous ajoutez, par exemple: «avec une excuse légitime dont la preuve lui incombe». Vous choisissez des mots pour empêcher que cela devienne une infraction de nature criminelle, mais une infraction de responsabilité stricte. Ces deux problèmes font en sorte que l'amendement crée des difficultés.

**Le sénateur Beaudoin:** J'ai appris qu'en droit criminel, on n'est jamais trop précis.

[English]

**Senator Andreychuk:** If I am following your comments, you wish to be sure, and you do not wish to accept the amendment, because you will catch an Internet provider out there who might avail himself of the opportunity of simply providing the machinery. It would seem to me that the opposite would then apply. Those who had no intention would be trapped in the same way. That is our concern.

How do you propose to get out of that impasse? If an Internet provider simply provides the hardware, then he is no different from anyone else. If he is providing the service to his friends who are transmitting this material, you would then be dealing with conspiracy and aiding and abetting. The Crown would have to prove certain elements of the offence, not simply that he provided the apparatus,

That is precisely what I think the law would be like with a clarification. Without the clarification, the man — I said “man” and I was quite rightly chastised by Senator Taylor last time — or woman, the provider, who simply provides the hardware, never intending to commit an offence, could be caught. How would that person be treated differently?

In our debate in the Senate, some senators expressed the opinion that they wanted those who transmit this material to be convicted. I was trying to make the point that they may be just transmitting and they have no obligation to monitor who uses the equipment 100 per cent of the time. Of course, if they come across this activity, they would be guilty of an offence if they did nothing about it.

Ms Angers, you use the counterargument to get at the pornographers. I am trying to save the amendment. How do you protect those who have absolutely no intent to transmit child pornography at all? How do we protect the industry and get at the real perpetrators?

**Ms Angers:** Everyone agrees that we want to go after the persons who knowingly transmit or make available child pornography, that is clear. I agree that the problem is the way in which this is done.

You are right to say that the ISPs have no obligation, and certainly there is no wish by the government to have ISPs monitor the content on the Internet. First, that is not possible, and, second, it is not something that could be done without legislative amendments, obviously.

The problem is that, while they cannot have that obligation, in some cases they will know their facilities are being used for that purpose. For instance, as you might know, the government is considering the possibility of establishing a tip line that would help in denouncing sexual exploitation or child pornography to a

[Traduction]

**Le sénateur Andreychuk:** Si j'ai bien suivi vos commentaires, je constate que vous voulez sûre, et vous ne voulez pas accepter la modification, parce que vous voulez viser les fournisseurs d'accès Internet qui se contentent de fournir son matériel. Il me semble que c'est le contraire qui se produira. Ceux qui n'ont aucune intention de commettre l'infraction seront néanmoins visés. Voilà ce qui nous préoccupe.

Comment proposez-vous de sortir de cette impasse? Le fournisseur d'accès Internet qui offre uniquement l'usage de son matériel n'est pas différent des autres. S'il fournit un service à des amis qui transmettent ce matériel, il pourrait y avoir complot et complicité. La Couronne serait tenue d'établir certains éléments de l'infraction et non pas uniquement le fait qu'il a fourni un certain matériel.

C'est exactement la façon dont le droit, je pense, s'appliquerait, avec cette précision. Sans cette précision, l'homme — j'ai dit l'homme et le sénateur Taylor a eu tout à fait raison de me critiquer la dernière fois — ou la femme, la personne qui fournit le matériel, qui n'a aucunement l'intention de commettre l'infraction, pourrait être visé. En quoi cette personne serait traitée différemment?

Au cours du débat que nous avons eu au Sénat, certains sénateurs ont déclaré qu'ils souhaitaient que l'on puisse sanctionner les personnes qui transmettent ce genre de matériel. J'ai essayé de montrer que ces personnes ne faisaient peut-être que transmettre ce matériel et qu'elles n'étaient pas tenues de surveiller constamment l'usage que d'autres faisaient de leur équipement. Bien sûr, si ces fournisseurs découvrent que leur matériel est utilisé de cette façon, ils seraient coupables d'une infraction s'ils ne faisaient rien.

Madame Angers, vous utilisez l'argument contraire pour réprimer les personnes qui se livrent à ce genre d'activité. J'essaie de préserver la modification. Comment protéger les personnes qui n'ont aucune intention de transmettre de la pornographie juvénile? Comment protéger l'industrie et sanctionner les véritables auteurs de ces infractions?

**Mme Angers:** Tout le monde reconnaît que nous voulons viser les personnes qui, volontairement, transmettent ou rendent accessible de la pornographie juvénile, cela est clair. La difficulté vient effectivement du moyen retenu pour y parvenir.

Vous avez tout à fait raison d'affirmer que les FAI n'ont aucune obligation et que le gouvernement ne souhaite aucunement les obliger à surveiller le contenu transmis par Internet. Premièrement, cela n'est pas possible et deuxièmement, c'est une obligation qui ne peut être imposée sans que l'on modifie la loi.

La difficulté vient du fait qu'on ne peut les obliger à surveiller ce qui est transmis par Internet mais que, dans certains cas, ces fournisseurs savent qu'on utilise leurs installations dans ce but. Par exemple, comme vous le savez peut-être, le gouvernement examine la possibilité de créer une ligne téléphonique que le public

body of some sort. Therefore, this body is intended to help in preventing child pornography from being transmitted.

While they would have an obligation to monitor content, when a complaint is made to them, they could, depending on how the line is established, report that back to the ISP, for instance. If they reported that to the ISP and the ISP did nothing, you would have a problem if this exception were included in the Criminal Code. The ISP would still merely only be providing the facility or the means to transmit the child pornography, but you would still want to go after them because they have the knowledge. They know that this is being transmitted. That is when the way in which we interpret criminal offences comes into play because, in the transmission or making available for distribution, it is implied that there is an element of *mens rea*. Not only do you have to commit the act — that is, the transmission — but you must also have the intention to transmit. In a case where the ISP is merely serving as a facility, they would not have the knowledge.

In the other case, however, where the ISP has been told by either the police or by the tip line or whomever that they are serving as a facility, that an offence is being committed, then you would want to catch them. However, the wording in the amendment as proposed would create problems because they would be merely providing the means or facilities.

**Senator Andreychuk:** You are making my point. If an ISP does anything to gain knowledge, whether they do it themselves or whether the information is given to them, they then fall into category of being a facilitator of child pornography; that is to say, they cross the criminal line. The minute they have knowledge, however they get it, they cross that line. The dilemma that I am talking about is not when they cross the line, it is when they do not have the knowledge and do not cross that line and are simply providing the hardware.

If I were sitting as a judge in Regina, Saskatchewan, and I were referred to the Criminal Code which reads, “Everyone who transmits...” and if I were so fiercely offended by what I saw, by what went through that line — and I am not a specialist in new technologies at all — I would adopt the common interpretation and find that the ISP transmitted it, he provided the line.

I want to know two things. First, does the government intend to go after these people or not? I am referring to the fact that they simply provided the service; in other words, not crossing the line and having knowledge. Do you not think there is a danger that the police, the courts and others, who may be very emotionally

pourrait utiliser pour dénoncer les cas d’exploitation sexuelle ou de pornographie juvénile à un organisme. Cet organisme essaierait d’empêcher que l’on transmette de la pornographie juvénile.

Cet organisme aurait pour rôle de surveiller le contenu des données transmises par Internet mais lorsqu’il recevrait une plainte il pourrait, selon la façon dont cette ligne téléphonique serait établie, le mentionner au FAI concerné, par exemple. Si cet organisme avertissait le FAI et que celui-ci ne fasse rien, nous aurions un problème si cette exception figurait dans le Code criminel. Le FAI pourrait fort bien se contenter de fournir ses installations ou les moyens de transmettre la pornographie juvénile mais nous voudrions néanmoins pouvoir le poursuivre parce qu’il serait au courant de la situation. Le FAI connaîtrait la nature du contenu transmis. C’est dans ce genre de situation que l’interprétation des infractions pénales joue un rôle important; lorsqu’une disposition parle de transmission ou d’accès à la pornographie en vue de la distribuer, elle exige implicitement un élément moral. Il ne suffit pas de commettre l’acte — c’est-à-dire de transmettre certaines choses — il faut également avoir l’intention de transmettre ce genre de chose. Dans le cas où le fournisseur fournit uniquement son matériel, il n’a pas cette connaissance.

Par contre, il pourra arriver que le FAI ait été informé par la police, par le service d’appel ou par l’organisme en question qu’on utilise son installation de cette façon, qu’une infraction est commise, et il faudrait alors pouvoir le poursuivre. La façon dont est formulée la modification proposée soulèverait des problèmes parce que ce fournisseur pourrait affirmer qu’il ne fait qu’offrir des installations ou certains moyens à ses clients.

**Le sénateur Andreychuk:** Cela va dans le sens de mon argument. Si un FAI a connaissance de ce qui se passe, qu’il l’apprenne lui-même ou que ce renseignement lui soit fourni par d’autres, il tombe dans la catégorie des complices de la pornographie juvénile, c’est-à-dire, qu’il commet un acte criminel. Dès que le fournisseur sait ce qui se passe, quelle que soit la façon dont il l’apprend, il franchit cette ligne. La situation dont je parle n’est pas celle où un fournisseur franchit cette ligne, mais c’est la situation où le fournisseur n’a pas cette connaissance, ne franchit pas cette ligne, et se contente de fournir son matériel.

Si j’étais juge à Regina en Saskatchewan et que l’on me cite la disposition du Code criminel qui se lit ainsi: «Quiconque transmet...» et si j’étais vivement choquée par ce que j’ai vu, par ce qui a été transmis — et je ne suis pas une spécialiste de ces nouvelles technologies — j’interpréteraï cette disposition en donnant à ces termes leur sens courant et je déclarerais que le FAI a transmis de la pornographie juvénile puis qu’il a fourni la ligne utilisée.

Je voudrais savoir deux choses. Premièrement, le gouvernement a-t-il l’intention de poursuivre cette catégorie de personnes? Je pense au cas où ces personnes fournissent uniquement un service; autrement dit, elles n’ont pas franchi la ligne et n’ont pas connaissance des activités répréhensibles. Ne

charged and want to stop child pornography, will not have the expertise you have, and trap them if we do not have clarification or a clear signal from the government?

The clear signal from the government could be, first, that we are not going after the hardware, we are not going after the providers. Second, if we want, through tip lines, et cetera, we will do it through the telecommunications system.

**Ms Angers:** You are saying that, in the cases where they do not have knowledge, you do not want to go after them. That is certainly the intention of the government as well. For example, if you do not have knowledge of the fact that child pornography is being transmitted, then there is no offence because it is implied in either the transmitting or making available that the ISP must want to transmit child pornography. If the service provider is unaware that it is happening because it is only that conduit that is being used for that purpose, the service provider cannot be prosecuted because there is no guilty intent.

**Senator Andreychuk:** No court could say, “He should have known that this kind of thing could have happened and therefore, he is guilty.”

**Ms Angers:** There are many Supreme Court of Canada cases on these issues, including *Sault Sainte Marie, Wholesale Travel* and others since the Charter. The cases make it clear that Criminal Code offences that do not contain wording that brings them to a lower level of criminal negligence, for instance, imply that, in addition to having committed the offence, you must also have the intention to commit the offence. Contrary to regulatory offences, the criminal law principle is clear that you must have both in order to be able to be charged and found guilty of an offence.

On your second point you asked if there was a danger that the courts would be able to find those ISPs guilty. As some of you will know, the law was enacted in 1993. Since then there has not been a case where an ISP has been charged for distributing. As your reasoning applies to the transmission offence, it could also apply to the distribution offence because, obviously, the purpose of the Internet is to make information available to many people. They are also distributing because they are distributing to a lot of people. However, no charges have been laid since 1993.

Obviously, we cannot guarantee it will not happen. We do not control the courts. There is solid case law on this issue. I can assure you that that is the intention of the government.

[Translation]

**Senator Nolin:** We all agree that we want the same thing. I hope no one takes too seriously the statements in the House of Commons about the Senate's real intentions. None of my

pensez-vous pas qu'il y a le risque que la police, les tribunaux et les autres, qui ont tendance à réagir vivement à la pornographie juvénile, qui veulent y mettre un terme, et qui n'ont pas vos connaissances spécialisées, décident de poursuivre ces personnes si le gouvernement n'indique pas clairement que telle n'est pas son intention?

L'indication claire que pourrait donner le gouvernement serait de dire qu'il ne cherche pas à poursuivre les fournisseurs, ceux qui offrent le matériel. Deuxièmement, si nous voulons le faire, grâce aux lignes téléphoniques d'appel gratuites et autres, nous le ferons en utilisant le système de télécommunications.

**Mme Angers:** Vous dites que, lorsque le fournisseur n'a pas connaissance de ces faits, il ne faudrait pas le poursuivre. C'est tout à fait l'intention du gouvernement. Par exemple, le fournisseur qui ne sait pas que l'on transmet de la pornographie juvénile ne commet pas d'infraction parce qu'il est implicite, que ce soit dans la transmission ou dans l'accès ou dans le fait de la rendre accessible, que le FAI doit vouloir transmettre de la pornographie juvénile. Si le fournisseur ne sait pas que c'est ce qui se passe parce qu'il fournit simplement un outil qui est utilisé dans ce but, il n'est pas possible de le poursuivre parce qu'il n'a pas d'intention criminelle.

**Le sénateur Andreychuk:** Aucun tribunal ne dirait: «Il aurait dû savoir que ce genre de chose pouvait se produire et il est donc coupable».

**Mme Angers:** Il existe de nombreux arrêts de la Cour suprême du Canada sur ces questions, notamment les arrêts *Sault-Sainte-Marie, Wholesale Travel* et d'autres depuis la Charte. Ces arrêts indiquent clairement que les infractions du Code criminel qui ne contiennent pas des termes exigeant qu'une faute ait été commise, par exemple, exigent implicitement qu'outre avoir commis l'infraction, l'auteur des faits reprochés doit avoir eu l'intention de la commettre. À la différence des infractions réglementaires, le droit pénal exige que les deux éléments soient présents avant que l'on puisse déclarer quelqu'un coupable d'une infraction.

Vous demandez en second lieu s'il n'y a pas un risque que les tribunaux déclarent ces FAI coupables. Comme certains d'entre vous le savent, cette loi a été adoptée en 1993. Depuis lors, aucun FAI n'a été accusé de distribuer du matériel pornographique. Votre raisonnement portait l'infraction de transmission, mais il pourrait également s'appliquer à la distribution parce qu'il est évident qu'Internet vise à communiquer l'information au plus grand nombre de personnes possible. Les fournisseurs distribuent donc du matériel, cela est clair. Cependant, aucune accusation n'a été portée depuis 1993.

Évidemment, il nous est impossible de garantir que cela ne se produira jamais. Nous n'exerçons aucun contrôle sur les tribunaux. Il existe cependant une jurisprudence constante sur ce point. Je peux vous affirmer que telle est bien l'intention du gouvernement.

[Français]

**Le sénateur Nolin:** Nous nous entendons sur le fait que nous désirons tous la même chose. J'espère que personne ne prend au sérieux les discours prononcés à la Chambre des communes sur les

colleagues has. As I said, we all want the same thing, namely that the perpetrators be stopped, that they be brought to justice and that they be convicted. However, we do not want innocent parties to be caught in the process.

There is one interesting and unique feature about Canada's justice system: Parliament passes laws which in most instances are enforced by other jurisdictions. True, the past should foretell the future, but that is not always a given.

I understand your comment about my proposed amendment. On re-reading it, I have to say that I do appreciate your concern. Would you still have a problem with it if I added the word "knowingly" after "every person"?

**Ms Angers:** You would modify the offence provision?

**Senator Nolin:** Not to include a defence. I would add the word "knowingly" or "willingly" after the reference to "every person" in paragraph 3. Would you still have the same objections then?

**Ms Angers:** This brings us back to the first problem I mentioned, namely the problem of politics with a small "p." It would be somewhat disconcerting to include expressions such as "knowingly" or "willingly" to criminal offence provisions. This merely adds to something that is already implicit, owing to the fact that the offence is already included in the Criminal Code, and it would diminish the presumption of *mens rea*. Whether or not the concept of "knowingly" is introduced, it is already implicit in the offence provision because in order for an offence to be of a criminal nature, there must be intent on the part of the perpetrator. I understand very well where you are going with this.

**Senator Nolin:** I would agree if the Criminal Code did not contain that expression. So, let me list a few. I will begin with Bill C-15A, clause 5.(3), paragraph (4.2):

(4.2) For the purposes of subsection (4.1), a person accesses child pornography who knowingly [...]

That paragraph is easy to understand. I will quote one that supports my point. Section 202 of the Criminal Code deals with bets and bookmaking, and says:

202.(1) Everyone commits an offence who

(i) wilfully and knowingly sends, transmits, delivers or receives any message by radio, telegraph, telephone, mail or express that conveys any information [...]

Do you see the analogy I am making?

All I am trying to do is to ensure that some provincial attorney, for reasons that would certainly be non-professional, will not decide to take on some small Internet service provider in his

intentions réelles du Sénat. Aucun de mes collègues ne les prend au sérieux. Nous voulons tous la même chose: que les vrais coupables soient arrêtés, traduits devant les tribunaux et trouvés coupables. Toutefois, nous ne voulons pas que ceux qui ne le sont pas se fassent prendre dans le détour.

L'administration de la justice au Canada a ceci d'intéressant et d'unique: nous adoptons des lois et ce sont d'autres juridictions qui les appliquent dans la plupart des cas. Il est vrai que les actions passées devraient être garantes de l'avenir, mais nous ne pouvons pas le jurer.

Je comprends votre commentaire sur l'amendement que j'avais déposé. À la limite, quand je le relis, j'adhère à votre crainte. Si j'introduisais un autre amendement et que j'ajoutais le mot «sciemment» après le mot «quiconque», auriez-vous la même préoccupation?

**Mme Angers:** Vous l'ajouteriez à l'infraction?

**Le sénateur Nolin:** Je n'ajouterais pas une défense. J'ajouterais au paragraphe 3, après le mot «quiconque», le mot «sciemment» ou «volontairement et sciemment». Auriez-vous les mêmes objections si je faisais cet ajout?

**Mme Angers:** On revient au premier problème auquel j'ai fait allusion plus tôt: le problème de politique avec un petit «p». Si on ajoute au Code criminel des expressions telles que «sciemment» ou «volontairement» à des infractions de nature criminelle, c'est un peu troublant. Cela vient dire quelque chose qui est déjà implicite dans le fait que l'infraction se retrouve au Code criminel, sans mot qui viendrait diminuer cette présomption de *mens rea*. Que vous introduisiez ou non le mot «sciemment», cette notion se retrouve dans l'infraction de toute façon, parce que c'est une infraction de nature criminelle qui requiert en même temps un acte qui doit être fait par la personne et, en plus, une intention coupable. Je comprends très bien où vous voulez en venir.

**Le sénateur Nolin:** Je serais d'accord si le Code criminel ne contenait pas l'expression. Alors, on va en énumérer quelques-unes. En commençant par le projet de loi C-15A, à l'article 5.(3) alinéa (4.2):

(4.2) Pour l'application du paragraphe (4.1), accède à de la pornographie juvénile, quiconque sciemment [...]

Cet alinéa est facile à comprendre. Je vais en citer un qui rejoint mon point. L'article 202 du Code criminel traite de gageures et de bookmaking et dit:

202.(1) Commet une infraction quiconque, selon le cas:

i) volontairement et sciemment envoie, transmet, livre ou reçoit quelque message par la radio, le télégraphe, le téléphone, la poste ou les messageries, donnant quelque renseignement [...]

Voyez-vous l'analogie que je fais?

Tout ce que j'essaie de faire, c'est de m'assurer qu'il n'y aura pas un procureur provincial, qui pour des raisons certainement non professionnelles, va décider de s'en prendre non pas à AOL, à

area — not AOL, Yahoo or Sympatico — and manage to put it in a bind. I am trying to preclude any such attempts.

I understand the word “knowingly.” I know Sault Ste. Marie. But no one can say that *mens rea* is included in the Criminal Code and that we should not include it. I do not accept that.

When I hear courts telling Parliament that it has not done its work properly, I do not like it. We would not like to have anyone tell us, 10 years from now, that we have not done our work properly. The offence included company XYZ from a given place; it was up to you to do your work properly. We would not be happy to discover that we had had the chance to draft a bill in the proper form and had not done so.

**Ms Angers:** As you know, the Criminal Code has been in existence for some time now. I am sure you know other examples. The number of Criminal Code offences where the words “wilfully and knowingly” can be found is extremely small. As you say, they can be found in the Criminal Code. But is it necessary for our purposes to include those expressions? The problem is that if you add the word “knowingly” to the act of transmission, would you not need to add the same word to production and distribution? If you add it to that, the courts may ask themselves: how should we interpret the other offences? This means that we will be adding the expression to all pornography-related offences: “knowingly” transmits, distributes, imports or exports. According to the general principles of the Criminal Code, this is not necessary because it is implicit, but there are of course exceptions.

**Senator Nolin:** You are raising precisely the defence the attorney would raise to counter of a charge of having transmitted material. The council would say that section 202 requires a *mens rea*. How is it that there is none in section 163.1? Thus, it was not necessary.

**Ms Angers:** However, in the area of child pornography, there is a great deal of case law.

**Senator Nolin:** Indeed, we may be discussing this at an upcoming meeting. We would be willing to amend the Code to narrow that defence.

**Ms Angers:** The minister stated that he was interested in studying the matter. But as for including the word “knowingly,” it is not included in other offences in the area of child pornography. There is solid jurisprudence stipulating that these offences require a criminal intent, and thus a *mens rea*.

Thus, there is no great danger insofar as the definition of child pornography is concerned, as interpreted in offences under obscenity provisions.

There is a great deal of jurisprudence which states that these are offences that require a *mens rea*. The fact of including the word “knowingly” for one of these offences could lead the courts to wonder about the others.

Yahoo ou à Sympatico mais à un petit fournisseur de service Internet de sa localité et qui va réussir à la coincer. J'essaie de prévenir ces tentatives.

Le mot sciemment, je le comprends. Je connais Sault Ste. Marie. Mais on ne peut pas dire que la *mens rea* est incluse dans le Code criminel et que l'on ne devrait pas l'inclure. Je n'accepte pas cette idée.

Quand j'entends les tribunaux dire au Parlement qu'il n'a pas fait son travail comme il faut, je n'aime pas cela. On ne voudrait pas se faire dire dans dix ans qu'on a pas fait notre travail comme il faut. L'infraction incluait la compagnie XYZ de tel endroit. C'était à vous de bien faire votre travail. On ne serait pas heureux de découvrir qu'on avait la chance de rédiger une loi en bonne et due forme et qu'on ne l'a pas fait.

**Mme Angers:** Comme vous le savez, le Code criminel existe depuis un bon moment. Vous connaissez certainement d'autres exemples. Il s'agit quand même d'une infime minorité d'infractions du Code criminel où on retrouve les mots sciemment et volontairement. Comme vous dites, cela existe dans le Code criminel. Est-ce nécessaire à nos fins de faire cela? Le problème est que si vous avez le mot «sciemment» pour ce qui est de transmettre, alors n'aurez-vous pas besoin du même mot pour fin de production ou de distribution? Si vous l'ajoutez à cela, les tribunaux peuvent se poser la question: comment doit-on interpréter les autres infractions? Cela fait en sorte qu'on ajoute à toutes les infractions en matière de pornographie: «sciemment» transmet, distribue, importe ou exporte. Selon les préceptes généraux du Code criminel, ce n'est pas nécessaire parce que c'est implicite, mais il y a évidemment des exceptions.

**Le sénateur Nolin:** Vous me donnez exactement la défense du procureur qui se verrait confronté avec cette mise en accusation d'avoir transmis. L'avocat dirait que l'article 202 requiert une *mens rea*. Comment cela se fait-il qu'à l'article 163.1, il n'y en a pas? Donc cela n'était pas nécessaire.

**Mme Angers:** Par contre, dans le domaine de la pornographie juvénile, il y a beaucoup de jurisprudence.

**Le sénateur Nolin:** D'ailleurs on va peut-être se revoir bientôt à ce sujet. On serait prêt à amender le Code pour rétrécir cette défense.

**Mme Angers:** Le ministre se dit intéressé à étudier cette question. Mais pour ce qui est de l'inclusion du mot «sciemment», il ne se retrouve pas dans les autres infractions en matière de pornographie juvénile. On a de la jurisprudence solide stipulant que ces infractions exigent une intention coupable, donc une *mens rea*.

Donc, le danger n'est pas très important dans le cadre de la définition de la pornographie infantile interprétée dans les infractions sur les dispositions sur l'obscénité.

On a beaucoup de jurisprudence qui dit que ce sont des infractions requérant la *mens rea*. Le fait d'inclure le mot «sciemment» pour l'une de ces infractions pourrait faire en sorte que les tribunaux pourraient se poser des questions sur les autres.

You referred to subsections 163.1 and 164.2. We did not say that the offence as such was to knowingly access child pornography. Certain questions were raised. When we say that someone “accesses child pornography inadvertently,” I am sure it has happened to you to surf the net and come upon something you had not been looking for, simply because of the way the thing works. Certain stakeholders told us that they did not want to be prosecuted because child pornography had appeared on their screen by mistake, without their knowledge or consent.

The word “accesses” could lead to confusion because it could be interpreted as meaning “accesses inadvertently.” It is a word which according to the dictionary could lend itself to that type of definition. That is why we define “accesses” as meaning “knowingly and wilfully.” The word is not included in the offence as such, it is to be found in the definition of the word “accesses,” because it could be misleading. The government’s intent was certainly not to persecute people who inadvertently wind up at a child pornography site without having tried to go there.

[English]

**The Chairman:** While we are doing this, we must keep in mind that the bill and the amendments are not before us. We have a motion before us.

**Senator Nolin:** I am not saying that I will do that here. I can do that in the Senate. I certainly want to do a good job.

**Senator Joyal:** I would refer to the discussion at the clause-by-clause stage of the bill.

[Translation]

Senator Nolin proposed an amendment which was a line of defence. If I remember correctly — I do not have the transcript — the interpretation that could be given to the defence raised a certain number of questions.

My colleague Senator Grafstein raised an objection. Personally, I abstained. If I remember correctly, one of us said: It would be different if the word “knowingly” were included.

I know, Madam Chair, that we are somewhat out of order because we are discussing another possible amendment. With all due respect to my colleagues and the open debate that is being held in the Senate, I want to draw the witness’ attention to the brief submitted to us by the Canadian Cable Television Association on December 6, 2001. I do not know if you have a copy of the brief. Toward the end of it, they discussed the addition of the word “knowingly.” The reason why this amendment was proposed was essentially a matter of interpretation. I will read the text slowly to allow my colleagues to remember the testimony of the Association:

... In the event that the legislation is not amended to include such an exemption, however, CCTA submits that the bill should at least be consistent in its use of the word “knowingly.” When several offences are created in the same section ...

Vous faites allusion à l’article 163.1 et 164.2. On n’a pas dit que l’infraction comme telle est de sciemment accéder à de la pornographie juvénile. Il y a eu des questions qui ont été soulevées. Lorsqu’on dit: «accédé à de la pornographie juvénile par inadvertance», cela vous est sûrement arrivé de surfer sur Internet et d’arriver sur quelque chose que n’avez pas demandé en raison du mode de fonctionnement. Des intervenants nous disaient ne pas vouloir être poursuivis parce que, par erreur, la pornographie juvénile est apparue sur l’écran sans qu’ils l’aient voulu.

Le mot «accédé» pouvait prêter à confusion parce qu’on pourrait interpréter «accédé par inadvertance». C’est un mot, qui, selon le dictionnaire, pourrait prêter à ce genre de définition. C’est pour cela qu’on a défini «accédé» comme «sciemment agit de façon volontaire». Le mot ne se retrouve pas dans l’infraction comme telle, il se retrouve dans la définition du mot «accédé», parce cela pourrait prêter à confusion. Le gouvernement n’avait certainement pas l’intention de poursuivre des gens qui, par inadvertance, se seraient retrouvés sur un site de pornographie juvénile sans le vouloir.

[Traduction]

**La présidente:** Il ne faut pas oublier que nous ne sommes pas en train d’examiner le projet de loi, ni les modifications. C’est une motion dont nous devons débattre.

**Le sénateur Nolin:** Je ne dis pas que je le ferais ici. Je peux le faire au Sénat. Je veux en fait bien faire les choses.

**Le sénateur Joyal:** Je pense à la discussion que nous pourrions avoir à l’étape de l’étude article par article du projet de loi.

[Français]

Le sénateur Nolin a présenté un amendement qui était un moyen de défense. Si je me souviens bien, je n’ai pas la transcription, mais l’interprétation qu’on pouvait donner au moyen de défense soulevait un certain nombre de questions.

Mon collègue, le sénateur Grafstein, a exprimé une objection. Je me suis personnellement abstenu. Si je me souviens bien, quelqu’un parmi nous avait dit: ce serait différent s’il y avait le mot «sciemment».

Et je sais, madame la présidente, que nous sommes un peu hors d’ordre parce que nous discutons d’un autre amendement possible. Avec tout le respect que je dois à mes collègues et du débat libre qu’on tient au Sénat, je veux porter à l’attention du témoin le mémoire que nous avait présenté l’Association canadienne de télévision par câble, le 6 décembre 2001. Je ne sais pas si vous avez copie du mémoire. Vers la fin du mémoire, on parlait de l’adjonction du mot «sciemment». La raison pour laquelle on nous proposait cette modification était essentiellement une question d’interprétation. Je lis le texte lentement pour que mes collègues se rappellent le témoignage de l’Association:

[...] si l’on n’amende pas le projet pour y inclure cette exemption, il faudrait, de l’avis de l’ACTC, à tout le moins s’assurer d’y employer le terme «sciemment» de façon cohérente. Quand un article établit plusieurs infractions [...]

This is the case in 133...

... one which requires express knowledge on the face of the provision and others which do not, there is a reasonable presumption that the offences that do not have an express knowledge requirement could be construed as strict liability offences. Accordingly, in the event that the Internet intermediary exemption is not adopted, CCTA submits that the provision should be clarified to include the word “knowingly” as an express element of all the offences in sections 163.1 or to exclude the word in the case of “accessing.” Either way, the bill’s approach should be consistent.

So, the argument submitted to us concerned the consistency of the section itself. You made a presentation on the philosophy of the Criminal Code as a whole. I agree with the definition of the *mens rea*. In this specific instance, in the Code, in section 163, there are at least two levels of offence. There are offences punishable by 10 years, and others by 5 years. The difference between the two is very marked. It is not a nuance. It is double. It is twice as serious, in the eyes of the law.

How would you respond to this argument put forward by the Association, with regard strictly to section 163?

[English]

I know we are not directly on the point of the motion that has been referred to us.

**The Chairman:** You are moving further afield from the motion before the committee.

**Senator Joyal:** I recognize that, but I would submit that this is part of the final deliberations of our committee.

[Translation]

**Ms Angers:** Indeed, I read the brief submitted by the Canadian Cable Television Association. I think there is some confusion with regard to the inclusion of the word “knowingly.” As I explained earlier, the word knowingly is not added to the offence as such, but to the definition of what the offence means.

The offence could have been interpreted as including behaviours which Parliament did not want to target, that is to say the case of someone who inadvertently finds himself on a child pornography site without having meant to go there, but simply because of the way the site can suddenly pop onto the screen, although this is very infrequent as compared to adult pornography, which does appear more often.

I do not believe that the way in which the offences relating to child pornography have been drafted are inconsistent, quite the opposite. The intent was simply to ensure, for one of the offences, which perhaps was not very clear because of its meaning according to the dictionary, such as *Le Petit Robert*, that there would be no confusion. They wanted to make sure that in all

C’est le cas de 133 —

[...] et que son libellé stipule que l’une d’elles, pour être réputée telle, doit être commise en connaissance de cause, mais ne précise pas qu’il en va de même pour les autres, on peut raisonnablement supposer que les autres sont des infractions à responsabilité stricte. Par conséquent, s’il est décidé de ne pas établir d’exonération de responsabilité dans le cas des intermédiaires Internet, il faudrait, d’après l’ACTC, éclaircir les dispositions par l’insertion de l’adverbe «sciemment» à l’égard de toutes les infractions reconnues à l’article 163.1 ou par sa suppression à l’égard de l’«accès» à la pornographie juvénile. Quelle que soit l’option retenue, le libellé du projet de loi doit être cohérent.

Donc, l’argument qu’on nous présentait concernait la cohérence de l’article lui-même. Vous avez fait une présentation sur l’ensemble de la philosophie du Code criminel. Je suis d’accord avec la définition de la *mens rea*. Dans ce cas précis du Code, à l’article 163, il y a au moins deux niveaux d’infraction. Il y a des infractions punissables de dix ans et d’autres de cinq ans. La différence entre les deux est très sérieuse. Ce n’est pas une nuance. C’est le double. C’est deux fois plus sérieux, deux fois plus grave aux yeux de la loi.

Comment répondez-vous à cet argument de l’Association, eu égard strictement à l’article 163?

[Traduction]

Je sais que nous ne parlons pas directement de la motion qui nous a été renvoyée.

**La présidente:** Vous vous éloignez de la discussion sur la motion soumise au comité.

**Le sénateur Joyal:** Je le reconnais mais je pense que cela fait partie des délibérations de notre comité.

[Français]

**Mme Angers:** En effet, j’ai lu le mémoire de l’Association canadienne de télévision par câble. Je pense qu’il y a confusion en ce qui a trait à l’ajout du mot «sciemment». Comme je l’ai expliqué plus tôt, le mot sciemment n’est pas ajouté dans l’infraction comme telle, mais bien dans la définition de ce que l’infraction signifie.

L’infraction aurait pu être interprétée comme touchant des conduites que le Parlement ne voulait pas toucher, c’est-à-dire quelqu’un qui, par inadvertance, se retrouve sur un site de pornographie juvénile sans l’avoir cherché, mais simplement à cause de la façon dont ces sites peuvent apparaître sur l’écran, bien que ce soit très peu commun, comparé à la pornographie adulte qui peut apparaître plus souvent.

Je ne pense pas qu’il y ait de l’incompatibilité entre la façon dont les infractions relatives à la pornographie juvénile ont été rédigées, bien au contraire. On a simplement voulu s’assurer, pour une des infractions, qui n’était peut-être pas très claire à cause de sa signification en vertu du dictionnaire, comme *Le Petit Robert*, qui pouvait prêter à confusion. On voulait s’assurer que, dans



cases, people could only be prosecuted for knowingly or wilfully having wanted to access child pornography or for having attempted to have such pornography transmitted to them.

Those are the offences as such. I do not believe the government has been inconsistent in its approach to these offences. It is a good thing that the definition of one of these offences states that the intent of the legislation is not to punish someone who inadvertently happens upon such a site and attempts to turn off his computer. That is the distinction.

That is why the proposal submitted by the Canadian Cable Television Association is perhaps not entirely appropriate to the framework set out in section 163.1.

[English]

**Senator Andreychuk:** I am still somewhat perplexed that we want to get at child pornographers. We want the action in the courts and the education system to allow people to understand the horrific consequences of such pornography. If there is doubt here, it seems to me that we will end up much as the B.C. *Sharp* case concluded. People will have the idea that anyone who is anywhere near child pornography, or utilizes child pornography, should be trapped in the net.

While I think the judge was well within his rights to make the decision that he made, that was not the public expectation. From what I read in the House of Commons Hansard and the apparent level of emotions involved, it was obvious that they did not have a clear, rational approach to the issue as you have. They became very emotional, just from the use of the words “child pornography.” When I was speaking to this in the Senate, I also felt very emotional. I questioned what was meant by “a transmitter” and so on. That was the reaction of those in the house who had not studied it fully.

If an Internet service provider finds himself or herself charged in any jurisdiction, how will that person get out of the situation if there is that kind of emotionism surrounding the case, as we saw in B.C.? That is why clarification, as you quite rightly pointed out, was necessary for those who might accidentally find it on their screens. What about all the smaller Internet providers that might face this situation? I do not think it is fair to fall back on the fact that we have had the laws since 1993 and nothing has happened.

We know how you can ride the waves of awareness and understanding and the horrific consequence of one act that can skew public opinion. Why would you not want to protect the industry so that the action is against the real child pornographers and not deflected into another area? I am asking a public policy question.

tous les cas, on pourrait simplement poursuivre les gens qui ont sciemment ou volontairement voulu regarder de la pornographie enfantine ou faire en sorte que cette pornographie leur soit transmise.

Ce sont les infractions comme telles. Je ne crois pas que le gouvernement a fait preuve d'inconstance dans la façon dont il a abordé les infractions. Il est bien qu'une de ces infractions ait été définie en disant: on ne veut pas pénaliser quelqu'un qui se retrouverait sur un tel site par hasard et qui essaierait de fermer son ordinateur. C'est la distinction.

C'est pour cela que la proposition de l'Association canadienne de la télévision par câble n'est peut-être pas tout à fait adaptée au cadre adopté à l'article 163.1.

[Traduction]

**Le sénateur Andreychuk:** Je ne vois pas toujours très bien pourquoi nous voulons réprimer de cette façon la pornographie juvénile. Nous voulons que les tribunaux et notre système éducatif montrent à la population quelles sont les conséquences horribles de ce genre de pornographie. En cas de doute, je crois que nous nous retrouverons dans une situation comparable à celle qu'a créée l'arrêt *Sharp* en Colombie-Britannique. Les gens vont penser que toute personne qui a le moindre contact avec la pornographie juvénile, ou qui utilise la pornographie juvénile, devrait être visée par ces dispositions.

Je pense que le juge pouvait fort bien rendre la décision qu'il a rendue mais ce n'était pas celle que souhaitait la population. D'après ce que je lis dans le hansard de la Chambre des communes et compte tenu du caractère très émotif de ces situations, il m'a paru évident que cette situation n'a pas été examinée de façon claire et objective. Les gens sont devenus très émotifs, pour la seule raison qu'on utilisait l'expression «pornographie juvénile». Lorsque j'ai parlé de cette question devant le Sénat, j'ai également réagi vivement. Je voulais savoir ce que l'on voulait dire par «transmetteur», par exemple. C'était la réaction qu'on eut les députés qui n'avaient pas étudié ces dispositions en détail.

Si un fournisseur d'accès Internet est inculpé, quelle que soit la province ou le territoire, comment pourra-t-il s'en sortir si cette affaire suscite le genre de réaction très vive de la part de la population, comme cela s'est produit en Colombie-Britannique? C'est pourquoi il était nécessaire d'apporter une précision, comme vous l'avez fait remarquer très justement, pour les personnes qui pourraient voir apparaître ce genre de chose sur leur écran sans l'avoir voulu. Qu'arriverait-il à tous ces petits fournisseurs qui pourraient se trouver dans ce genre de situation? Je ne pense pas que l'on puisse se contenter de dire que ces lois existent depuis 1993 et que rien n'est jamais arrivé.

Nous savons ce qui peut se produire et les terribles conséquences que peut avoir un acte qui émeut autant l'opinion publique. Pourquoi ne pas vouloir protéger l'industrie pour que cette mesure vise uniquement les véritables distributeurs de pornographie juvénile et ne soit pas applicable à d'autres domaines? Je pose une question d'intérêt public.

**Ms Angers:** You are asking why we do not want to protect the industry. The intention of the government is to protect the industry; to not impose on them obligations that they do not have; and to not prosecute them in cases where they do not have a guilty mind. Most ISPs are law abiding citizens, but it is relatively easy to become an ISP. There will be ISPs with guilty minds, and the government does not want to protect them. It is possible for anyone to become an ISP. The concern is obviously in relation to small ISPs. The government will not go after them if they do not know the content of their servers. I gave the example of pedophiles becoming ISPs, and that is a real concern. That could be envisaged by some of them to reduce their responsibility if such emotion is brought forward.

The general precepts of criminal legislation imply, if it is a criminal offence, you must know that you are committing a criminal act in order to be found guilty. We have that guarantee for offences in the Criminal Code. For instance, if the crime is murder, the person knows that it is a criminal offence and must want to commit the murder. Child pornography is not different in that respect. The prosecutors will go after the guilty minds, as opposed to going after the persons who have no intent to commit an offence.

Once again, to reinforce this, as the minister said when she appeared before you, the government's intent is certainly not to go after the Internet service providers who only provide the means and the facilities, it is to go after those who know that their service is being used for that purpose. We agree that we should certainly go after them.

The government believes that the wording presently does capture your concern. Additional wording to that effect could have a negative impact on the interpretation of other provisions of the Criminal Code.

[Translation]

**Senator Nolin:** Let us suppose we have the amendment before us and that it proposes the addition of the word "knowingly."

[English]

Just so everyone understands, the idea is to add the word "knowingly" after the word "anyone."

[Translation]

You referred to the interpretation the courts give to this group of offences in section 163.1, which does go back nine years. That is indeed an argument in favour of making the text of our offences more precise. The Supreme Court, which in the *Sharp* case had decided on a broad interpretation of two defences, had later on added two new defences which had not been provided for in the Code. They decided to act, as is their right and certainly their duty. The interpretation the Code gives to section 163.1 must certainly be considered if we want to draft an amendment to the Code that will wear well.

**Mme Angers:** Vous demandez pourquoi nous ne voulons pas protéger cette industrie. Le gouvernement souhaite protéger l'industrie, il ne veut pas lui imposer des obligations qu'elle n'a pas à assumer, ni à poursuivre les fournisseurs qui n'ont pas une intention coupable. La plupart des FAI sont des citoyens respectueux des lois mais il est assez facile de devenir un FAI. Il y aura donc des FAI qui ont une intention coupable et le gouvernement ne veut pas qu'ils soient protégés. N'importe qui peut devenir un FAI. Le problème vient évidemment des petits FAI. Le gouvernement ne les poursuivra pas s'ils ne savent pas ce qu'il y a dans leurs serveurs. J'ai cité l'exemple des pédophiles qui se transformaient en FAI, et c'est un problème réel. Certains pourraient souhaiter ainsi réduire leur responsabilité lorsque ce genre de situation soulève autant de réactions.

Selon les principes du droit pénal, l'auteur d'un acte doit savoir qu'il commettait un acte criminel pour qu'il puisse être déclaré coupable. Ce principe s'applique aux infractions du Code criminel. Par exemple dans le cas d'un meurtre, l'auteur de cet acte sait qu'il s'agit d'une infraction pénale et il faut qu'il ait voulu commettre le meurtre. Les mêmes principes s'appliquent à la pornographie juvénile. Les procureurs de la Couronne vont tenter des poursuites contre les personnes qui ont une intention criminelle, et non pas contre celles qui n'avaient aucune intention de commettre une infraction.

Là encore, comme la ministre l'a dit lorsqu'elle a comparu devant vous, le gouvernement n'a certainement pas l'intention de poursuivre les fournisseurs d'accès Internet qui fournissent uniquement certains moyens et certaines installations mais il entend agir à l'égard de ceux qui savent que l'on utilise leurs services dans ce but. Nous reconnaissons qu'il faut effectivement poursuivre ces personnes.

Le gouvernement estime que la formulation actuelle répond à votre préoccupation. En ajoutant d'autres termes ayant ce sens, on risque de compromettre l'interprétation d'autres dispositions du Code criminel.

[Français]

**Le sénateur Nolin:** Présumons que nous avons l'amendement et qu'il suggère d'inclure le mot «sciemment».

[Traduction]

Pour que tout le monde comprenne, l'idée est d'ajouter le mot «sciemment» après le mot «quiconque».

[Français]

Vous avez parlé de l'interprétation que les tribunaux donnaient à ce groupe d'infractions prévues à l'article 163,1, lequel date quand même de neuf ans. Cela milite justement en faveur d'une précision dans la facture de nos infractions. La Cour suprême qui, dans l'affaire *Sharp*, avait décidé d'avoir une interprétation large de deux défenses avait, par la suite, ajouté deux nouvelles défenses qui n'avaient pas été prévues au Code. Ils en ont au bistouri, comme c'est leur droit de le faire et certainement leur devoir. L'interprétation des tribunaux sur l'article 163,1 doit donc être considéré si on veut rédiger un amendement au Code qui tient bien la route.

After that preamble, you still believe that the word “knowingly” would not be necessary, even if a lawyer wanted to use another section, such as section 202, for instance, which establishes a parallel between the actions. It deals with transmission by telephone and telegraph. The parallel is obvious between transmitting information by Internet and transmitting information by telephone or telegraph. Indeed, I am surprised that the Internet was not added as a means of transmission in that section.

If I were a Crown prosecutor, I would use the argument that a lesser degree of proof is needed under section 163.1 (paragraph three) than under section 202. And the Court of Appeal of the Province of Quebec would concur.

**Ms Angers:** The problem is that the vast majority of offences in the Criminal Code require criminal intent. We do find the words “knowingly” or “wilfully” in certain provisions of the Criminal Code, but that is really the exception rather than the rule. One cannot know the entire Criminal Code. To each his or her area of expertise.

However with regard to paragraph 202,1(b), for instance, the cases specifying that the action must be performed in a willful manner, such as the present case, could lead one to think that since it was deemed necessary to specify it in these instances, it should be specified in cases of child pornography. The problem, however, is the impact that such a change would have on the other provisions.

You were alluding to the fact that child pornography had been in the Criminal Code since 1993. Provisions concerning obscenity, however, were included in it from the very beginning. They have always been interpreted in the same way, and required a criminal intent. If you add the word “knowingly” for a single one of these offences, from the political point of view, this could cause interpretation problems where the other are concerned. People would then believe that you meant to say that the other offences need not be performed knowingly, whereas there is a common law presumption to that effect. Everyone agrees on what needs to be done. It is the way in which it should be done that is controversial. How to conciliate these issues with the actual text of the Criminal Code, which has remained the same since 1867?

The *Sharp* affair caused a great deal of controversy by allowing two exceptions for certain types of behaviours. The Supreme Court thus opened the door to numerous debates. We recently saw one consequence of this in Judge Shaw’s decision in the new *Sharp* affair. Be that as it may, the Supreme Court never questioned the fact that these offences, possession offences in this instance, required a guilty intent on the part of Mr. Sharp. The problem was not so much at the level of the offence, which did require a wrongful intent, but rather at the level of the definition as such, which according to the court was too broad and covered behaviours that should not have been covered, including that of two young people of seventeen who could not take photographs of their sexual relations.

Après ce préambule, vous pensez quand même que le mot «sciemment» ne serait pas nécessaire même si un avocat voulait utiliser un autre article, comme l’article 202, par exemple, qui fait le parallèle entre les actions. Il s’agit de transmission par téléphone et par télégraphe. Le parallèle est évident entre transmettre de l’information par Internet et transmettre de l’information par téléphone ou télégraphe. D’ailleurs, je suis étonné qu’on n’ait pas ajouté, dans cet article, l’Internet comme moyen de transmission.

Si j’étais avocat de la Couronne, j’utiliserais comme argument que le degré de preuve qui m’est imposé est moindre dans l’article 163,1 (paragraphe trois) que dans l’article 202. Et la Cour d’appel de la province de Québec m’approuverait.

**Mme Angers:** Le problème est que la grande majorité des infractions dans le Code criminel requièrent une intention coupable. Nous retrouvons les mots «sciemment» ou des «volontairement» dans certaines dispositions du Code criminel, mais c’est vraiment l’exception plutôt que la règle. On ne peut pas connaître le Code criminel en entier. À chacun son expertise selon son domaine.

Cependant, pour ce qui est de l’alinéa 202,1(b), par exemple, les cas où on précise que l’action doit être faite de façon volontaire, comme dans le cas présent, peuvent faire en sorte que vous pensiez que, puisqu’on a cru bon de le préciser à ces endroits, qu’on devrait le préciser dans les cas de pornographie juvénile. Le problème, par contre, c’est l’impact qu’une telle inclusion aurait sur les autres dispositions.

On faisait allusion au fait que la pornographie juvénile s’était retrouvée dans le Code criminel en 1993. Pourtant, les dispositions sur l’obscénité y sont incluses depuis le début. Elles ont toujours été interprétées de la même façon et exigeaient donc une intention coupable. Si vous rajoutez «sciemment» pour une seule des infractions, du point de vue politique, cela pourrait poser des problèmes d’interprétation pour les autres infractions. Les gens croiraient alors que vous voulez dire que les autres infractions ne devraient pas être faites de façon volontaire alors qu’il existe une présomption de common law à cet effet. Tout le monde s’entend sur ce qu’il faut faire. C’est la façon de le faire qui cause des problèmes. Comment se réconcilier avec la facture actuelle du Code criminel, laquelle est demeurée la même depuis 1867?

L’affaire *Sharp* a fait couler beaucoup d’encre en permettant deux exceptions pour certains types de comportements particuliers. La Cour suprême a ainsi ouvert la porte à de nombreux débats. On a vu récemment ce que cela a donné dans la décision du juge Shaw dans la nouvelle affaire *Sharp*. Toutefois, la Cour suprême n’a jamais mis en doute le fait que ces infractions, de possession en l’occurrence, exigeaient une intention coupable de la part de M. Sharp. Le problème ne se situait pas tant au niveau de l’infraction, qui exigeait qu’il y ait une intention coupable, mais beaucoup plus au niveau de la définition comme telle qui, selon la cour, était trop large et couvrait des comportements qui n’auraient pas dû l’être, dont ceux des deux jeunes de 17 ans qui ne pouvaient pas prendre des photographies de leurs relations sexuelles.

The Supreme Court never stated that the offence, in the absence of the words “knowingly” or “wilfully,” included child pornography. It never said that because these words were not included in the offence, it should be interpreted as a liability offence.

**Senator Nolin:** The Supreme Court never questioned the offence. It raised certain questions having to do with the offence and Mr. Sharp’s fundamental rights. The Court did not have to rule on Mr. Sharp’s wrongly intent, it had to rule on the conflict between the offence and his fundamental rights.

**Ms Angers:** I agree with you. It is simply the way in which it responded. All of the constituent elements were reviewed: possession, defence, the text of the definition, etc. It gave a general overview of all the different elements that must be proven when there is a possession offence.

**Senator Nolin:** It developed the test of the defence very well.

**Ms Angers:** Quite so.

**Senator Nolin:** We know exactly what the provision means and we must act accordingly. That is what Judge Shaw did in British Columbia.

[English]

**The Chairman:** I have also allowed a wide range of expressions all around the motion.

**Senator Beaudoin:** I agree that this is a question of interpretation, and that the Supreme Court has, so far, liberally interpreted that provision. Two days ago, the Chief Justice of Canada, Madam Justice McLachlin, said that we are more liberal in that area than the United States.

**\*\*You say that that is good enough because, when there is no intention, no *mens rea*, the Supreme Court will certainly say so. There is no risk that that person will be found guilty.**

In our system, we have the presumption of innocence. We must establish clearly that the person is guilty beyond a reasonable doubt. Those are the fundamental principles of the criminal law.

On balance, it is the opinion of those on this side that we should have an amendment because that would be a positive step. You respond by saying, although that is true, even if we do not have that amendment, we should not be concerned because the Supreme Court will cure the evil. The Supreme Court will not make a finding of guilt.

We are the legislators, and we must do the best we can. If I had the choice between including the word “knowingly” or not, I would include the word “knowingly.” That is my argument, but it is a question of interpretation. I am simply sharing my opinion.

**The Chairman:** Thank you for your opinion, Senator Beaudoin.

La Cour suprême n’a jamais dit que l’infraction, parce qu’on n’avait pas le mot «sciemment» ou «volontairement», incluait de la pornographie infantile. Elle n’a jamais dit que parce que ces mots n’étaient pas inclus dans l’infraction qu’on devait interpréter l’infraction comme une infraction de responsabilité.

**Le sénateur Nolin:** La Cour suprême n’a jamais remis en cause l’infraction. Elle s’est interrogée sur l’infraction en rapport avec les droits fondamentaux de M. Sharp. La Cour n’avait pas à se prononcer sur l’intention coupable de M. Sharp, elle devait se prononcer sur le conflit entre l’infraction et les droits fondamentaux.

**Mme Angers:** Je suis d’accord avec vous. C’est simplement la façon dont elle a répondu. Toutes les composantes ont été revues: la possession, la défense, la rédaction de la définition, et cetera. Elle a donné un aperçu global de tous les différents éléments qui doivent être prouvés lorsqu’il y a infraction de possession.

**Le sénateur Nolin:** Elle a bien élaboré le test de la défense.

**Mme Angers:** Tout à fait.

**Le sénateur Nolin:** On sait exactement ce que cela veut dire et on doit agir en conséquence. C’est ce que le juge Shaw a fait en Colombie-Britannique.

[Traduction]

**La présidente:** J’ai également permis qu’on exprime toutes sortes d’opinions au sujet de la motion.

**Le sénateur Beaudoin:** Je reconnais qu’il s’agit là d’une question d’interprétation et que jusqu’ici, la Cour suprême a donné une interprétation libérale de cette disposition. Il y a deux jours, la juge en chef du Canada, Mme McLachlin, a déclaré que nous sommes plus libéraux sur ce point que les États-Unis.

Vous dites que cela suffit puisqu’en l’absence d’intention, d’élément moral, la Cour suprême décidera en conséquence. Il est impossible qu’une telle personne soit déclarée coupable.

Dans notre système, il y a la présomption d’innocence. Il faut établir que l’accusé est coupable au-delà de tout doute raisonnable. Ce sont là les principes fondamentaux du droit pénal.

Dans l’ensemble, les personnes qui sont assises de ce côté-ci estiment que l’on devrait adopter cette modification parce qu’elle constitue une amélioration. Vous répondez en disant, et vous avez raison sur ce point, que, même en l’absence de toute modification, nous ne devrions pas nous inquiéter parce que la Cour suprême règlera le problème. La Cour suprême ne condamnera pas l’accusé.

Nous sommes les législateurs et nous devons trouver la meilleure formulation possible. Si j’avais à choisir entre ajouter le mot «sciemment» et ne pas le faire, j’ajouterais le mot «sciemment». Voilà mon argument mais c’est une question d’interprétation. Je vous communique simplement mon opinion.

**La présidente:** Merci de nous avoir exposé votre opinion, monsieur le sénateur Beaudoin.

**Senator Fraser:** This has been a fascinating discussion. As honourable senators are aware, I was not here for most of the study of this bill. Thus, I had no previously adopted position to defend. However, I have followed the discussions with interest and I have reviewed some of the material in preparation for this examination of Bill C-15A. It has been most instructive.

The discussion of whether the word “knowingly” should be inserted in clause 3, is very interesting. On balance, I believe that Ms Angers has swayed me. However, that is not the issue we are in a position to address. We are in a position to address the fact that the House of Commons has rejected an amendment that the Senate proposed. I think the House of Commons did the right thing. The amendment they rejected would have opened the door wide to people who knew what their customers were doing.

Therefore, I move:

That the committee recommend that the Senate do not insist on its amendment numbered 1(a) to Bill C-15A, to amend the Criminal Code and to amend other acts.

**The Chairman:** Is there further discussion on the motion, honourable senators? Hearing no response —

**Senator Beaudoin:** Excuse me. We were saying that we were out of order since the beginning. What are we voting on?

**The Chairman:** We are voting on the motion that the Senate has referred to us, that the Senate do not insist on its amendment numbered 1(a) to Bill C-15A, to amend the Criminal Code and to amend other acts. That is all that we have before us.

**Senator Andreychuk:** This is the first time that I have been involved in a motion being referred to a committee. Seeing the landscape of the committee, I recognize that we will not insist on the amendment. If that were to be the case, would we be contemplating comments to our report?

My concern is that the minister said that they do not want to go after Internet providers if they solely provide the equipment and nothing else.

**Senator Fraser:** They do not know.

**Senator Andreychuk:** Do you want to use the word “knowingly”?

**Senator Nolin:** I hope that is what they want to do.

**Senator Andreychuk:** What is important is that there is a lot of confusion out there now. I am sure if a poll were taken that said, “Do you want to get at Internet providers?” the response would be that people do not want child pornography of any kind. Either we support that position or we support what I thought was the government’s position. The government’s position is: “We do not want to entrap Internet service providers who solely provide the hardware. If, however, they are in any way involved in child pornography by knowing what is on their system, by setting up a

**Le sénateur Fraser:** C’est une discussion fascinante. Comme les honorables sénateurs le savent, j’ai très peu participé à l’étude de ce projet de loi. Je n’ai donc aucune position antérieure à défendre. J’ai toutefois suivi les discussions avec beaucoup d’intérêt et examiné un certain nombre de documents pour me préparer à l’étude du projet de loi C-15A. J’ai trouvé cela très instructif.

La question de savoir s’il convient d’ajouter le mot «sciemment» à l’article 3 a suscité une discussion très intéressante. Dans l’ensemble, je dirais que Mme Angers m’a convaincue. Cependant, ce n’est pas la question que nous pouvons régler en ce moment. Nous devons discuter du fait que la Chambre des communes a rejeté la modification proposée par le Sénat. Je pense que la Chambre des communes a eu raison. La modification qui a été rejetée aurait protégé les personnes qui savent fort bien ce que font leurs clients.

Je présente donc la motion suivante:

Que le comité recommande que le Sénat n’insiste pas pour que soit adoptée la modification numéro 1a) au projet de loi C-15A, Loi modifiant le Code criminel et d’autres lois.

**La présidente:** Y a-t-il d’autres interventions sur la motion, honorables sénateurs? Étant donné qu’il n’y a pas de réponse —

**Le sénateur Beaudoin:** Excusez-moi. Nous disions que nous avions agi de façon irrégulière depuis le début. Sur quoi votons-nous?

**La présidente:** Nous votons sur la motion que nous a transmise le Sénat, à savoir que le Sénat n’insiste pas pour que soit adoptée sa modification numéro 1a) au projet de loi C-15A, Loi modifiant le Code criminel et d’autres lois. C’est tout ce qui nous a été soumis.

**Le sénateur Andreychuk:** C’est la première fois que je participe à l’étude d’une motion qui a été renvoyée à un comité. Lorsque je vois la couleur du comité, je sais que nous n’allons pas insister pour que cette modification soit adoptée. Si cela devait être néanmoins le cas, faudrait-il préparer des observations pour compléter notre rapport?

Je trouve inquiétant que le ministre ait déclaré qu’il ne souhaitait pas poursuivre les fournisseurs d’accès Internet lorsque ces derniers fournissent uniquement de l’équipement.

**Le sénateur Fraser:** Ils ne savent pas.

**Le sénateur Andreychuk:** Vous voulez que l’on utilise le mot «sciemment»?

**Le sénateur Nolin:** J’espère que c’est ce qu’ils veulent faire.

**Le sénateur Andreychuk:** L’aspect important est qu’il existe une grande confusion dans la population à l’heure actuelle. Je suis sûre que si l’on faisait un sondage en posant la question suivante «Voulez-vous que l’on poursuive les fournisseurs d’accès Internet?» Les gens répondraient qu’ils veulent interdire complètement la pornographie juvénile. Nous pouvons soit appuyer cette position ou appuyer ce qui me paraissait être la position du gouvernement. Voici la position du gouvernement: «Nous ne voulons pas sanctionner les fournisseurs d’accès

system, et cetera, and it falls into the category of now being a perpetrator of child pornography, that of course is a different situation.”

There must be a clear signal given from this committee that it is what the government said that we are supporting when they said they were not going after Internet providers, if they are solely and exclusively providers only, without knowledge. We should suggest that, somehow or other, the government provide some information to courts and prosecutors across Canada. I do not think that will come about. Hearing that there have been no cases since 1993 does not bring me comfort.

We should do something to encourage the government, through its federal-provincial-territorial working group, to make it clear what the government's intent was by this legislation in order that it not entrap honest Internet service providers.

**The Chairman:** I have been advised that there is precedent for a motion such as this. If we decide to go that route, it would reinforce the government's position, and I see no problem with that. If we vote in favour of this motion, surely the committee will allow the steering committee to comment in the report, that we are essentially reinforcing what has been told to us by the government on this issue.

At this point, if honourable senators are agreed, I will call the vote on the following motion:

That the committee recommend that the Senate do not insist on its amendment numbered 1(a) to Bill C-15A, to amend the Criminal Code and to amend other acts.

All in favour?

**Hon. Senators:** Agreed.

**The Chairman:** We are agreed. There are abstentions. I cannot report abstentions, but we will report with very short and simple observations.

With the permission of honourable senators, I will report Bill C-15A tomorrow afternoon.

**Senator Beaudoin:** When you say an abstention is not recorded, what does that mean?

**The Chairman:** I mean that it is recorded in our minutes. However, I do not report to the Senate that there were abstentions.

This part of the committee meeting is concluded. I shall report to the Senate tomorrow afternoon on this motion, with observations.

Internet qui fournissent uniquement du matériel. Par contre, si ces personnes sont mêlées d'une façon ou d'une autre à la pornographie juvénile parce qu'elles savent ce qui passe dans leur système, parce qu'elles ont monté un système, elles tombent dans la catégorie d'auteur d'actes reliés à la pornographie juvénile, et c'est une situation tout à fait différente».

Il faut que le comité indique clairement que c'est bien cela que le gouvernement a déclaré, et que nous l'appuyons, à savoir que les fournisseurs d'accès Internet ne seront pas poursuivis, s'ils agissent uniquement à ce titre, sans avoir connaissance de quoi que ce soit d'autre. Nous proposons que le gouvernement prennent des mesures pour informer les tribunaux et les poursuivants de son intention. Je ne pense pas que cela se fera. Je ne suis pas vraiment rassurée lorsque je me dis qu'aucune poursuite n'a été intentée depuis 1993.

Nous devrions faire quelque chose pour inciter le gouvernement à indiquer clairement, par le truchement du groupe de travail fédéral, provincial, territorial, la nature exacte de son intention, à savoir que ce projet de loi n'a pas pour but d'incriminer les fournisseurs d'accès Internet qui respectent les lois.

**La présidente:** On m'informe qu'il existe des précédents pour ce genre de motion. Si nous décidons de retenir cette formule, cela renforcerait la position du gouvernement, et je ne pense pas que cela pose de problème. Si nous votons en faveur de cette motion, je suis certaine que le comité autorisera le comité de direction à formuler des commentaires dans le rapport, en disant que nous tenons principalement à rappeler clairement la position que le gouvernement a adoptée à l'égard de ce projet de loi.

Si les honorables sénateurs y consentent, je demanderais que l'on vote sur la motion suivante:

Que le comité recommande que le Sénat n'insiste pas pour que soit adoptée la modification numéro 1a) au projet de loi C-15A, Loi modifiant le Code criminel et d'autres lois.

Ceux qui sont pour?

**Des voix:** Adoptée.

**La présidente:** La motion est adoptée. Il y a des abstentions. Je ne peux pas faire rapport sur les abstentions mais nous préparerons un rapport contenant de brèves observations.

Avec la permission des honorables sénateurs, je ferais rapport demain après-midi sur le projet de loi C-15A.

**Le sénateur Beaudoin:** Lorsque vous dites que les abstentions ne sont pas enregistrées, qu'entendez-vous au juste?

**La présidente:** Je veux dire que cela figure dans notre procès-verbal. Cependant, je ne mentionnerai pas dans le rapport au Sénat qu'il y a eu des abstentions.

Voilà qui termine cette partie de la séance de notre comité. Je ferai rapport au Sénat demain après-midi sur cette motion, avec des observations.

We shall proceed to the second part of our meeting on Bill S-41, to re-enact legislative instruments enacted in only one official language.

We have before us, from the Department of Justice, Mr. Newman, Mr. Tremblay and Mr. Keyes.

Please proceed.

**Mr. Marc Tremblay, Senior Counsel, Official Languages Law Group, Department of Justice:** Honourable senators, before we begin, I should like to state once again the respective roles of the witnesses before you this evening. As honourable senators are aware, I am responsible for this bill within the department and have had carriage of this file since 1998.

Mr. Newman has been involved in a great deal of language rights litigation over the past twenty years or so, including both Manitoba language rights cases directly relevant to the issues today, and the *Brunet* and *Sinclair* cases in the Supreme Court on language rights. Mr. Newman was also the project director for the 1988 Official Languages Act.

Mr. Keyes is an expert in legislative policy and has written extensively on the very topic underlying this bill, delegated executive legislation. We hope Mr. Keyes will be able to respond to concerns of the committee on issues regarding the Statutory Instruments Act and regulations in general.

With those comments, we are ready to answer your questions.

**Senator Fraser:** In previous proceedings, the principal argument advanced for addressing this difficulty the way Bill S-41 proposes, that is, to re-enact legislative instruments if they are drawn to the attention of the Governor in Council, was that it would be too huge a task to do a systematic search and find all the instruments that failed on linguistic grounds. However, we heard testimony last week to the effect that this would not be that burdensome a task, given that these are all official acts. There are records of them. They can be found if a systematic search is done, without too much difficulty and without imposing hugely burdensome costs on the people of Canada.

The suggestion was made that we should redo them all properly as Manitoba was obliged to do. Why should we not do that? How heavy would this burden be?

**Mr. Warren J. Newman, General Counsel, Constitutional and Administrative Law Section, Department of Justice:** In 1992 I had to look at some of these instruments in respect of a case that was before the Quebec Superior Court where an Order in Council dating from 1921 was at issue. The Order in Council had never been published because it was not required to be published. It simply authorized the making of a proclamation. The proclamation was printed and published in both official languages in the *Canada Gazette*.

Nous allons aborder maintenant la deuxième partie de notre séance, qui porte sur le projet de loi S-41, Loi visant la réédiction de textes législatifs n'ayant été édictés que dans une langue officielle.

Nous allons entendre MM. Newman, Tremblay et Keyes du ministère de la Justice.

Vous avez la parole.

**M. Marc Tremblay, avocat-conseil, Groupe du droit des langues officielles, ministère de la Justice:** Honorables sénateurs, avant de commencer, j'aimerais vous préciser le rôle des témoins que vous allez entendre ce soir. Comme les honorables sénateurs le savent, j'ai été chargé de piloter ce projet de loi au sein du ministère et je m'occupe de ce dossier depuis 1998.

M. Newman a beaucoup travaillé ces 20 dernières années dans le domaine du contentieux des droits linguistiques, notamment dans les deux affaires du Manitoba concernant les droits linguistiques qui touchent directement les questions qui nous occupent aujourd'hui et dans les affaires de droits linguistiques *Brunet* et *Sinclair* qui ont été portées devant la Cour suprême. M. Newman était également le directeur de projet pour la Loi de 1988 sur les langues officielles.

M. Keyes est un spécialiste en politique législative et a beaucoup écrit sur le sujet sous-jacent à ce projet de loi, la législation déléguée de nature exécutive. Nous espérons que M. Keyes sera en mesure de répondre aux préoccupations du comité sur les questions qui touchent la Loi sur les textes réglementaires et les règlements en général.

Cela dit, nous sommes prêts à répondre à vos questions.

**Le sénateur Fraser:** Le principal argument qui a été avancé pour résoudre cette difficulté comme le propose le projet de loi S-41, c'est-à-dire en rééditant les textes législatifs qui ont été portés à l'attention du gouverneur en conseil, était qu'une recherche systématique de tous les textes comportant des lacunes sur le plan linguistique serait une tâche beaucoup trop difficile. Nous avons toutefois entendu la semaine dernière des témoins qui nous ont déclaré que cette tâche ne serait pas aussi lourde qu'on l'affirme, étant donné que ces textes sont tous officiels. Ils se trouvent dans les archives. Il est possible de les trouver en procédant de façon systématique, sans que cela soit trop compliqué, ni que cela coûte trop cher aux Canadiens.

On a proposé de refaire tous ces textes correctement, comme le Manitoba a été obligé de le faire. Pourquoi ne pas procéder ainsi? Serait-ce vraiment une tâche très lourde?

**M. Warren J. Newman, avocat général, Section du droit administratif et constitutionnel, ministère de la Justice:** En 1992, j'ai été amené à examiner certains textes dans le cadre d'une affaire qui avait été soumise à la Cour supérieure du Québec et qui portait sur un décret datant de 1921. Ce décret n'avait jamais été publié parce qu'il n'était pas obligatoire qu'il le soit. Ce texte avait pour seul effet d'autoriser une proclamation. La proclamation avait été imprimée et publiée dans les deux langues officielles dans la *Gazette du Canada*.

I wanted to ascertain the existence of the impugned Order in Council. I went first to the offices of the Privy Council. Much older documents are no longer located on the premises. I had to consult the National Archivist and, indeed, go to the National Archives. It took quite some work to, first of all, locate the document I thought I was looking for. As I said, since it was an Order in Council, I believed it would have been recorded. Whether the registration processes were as they are today is another story. It was quite difficult for me to determine whether a second language version had been made at the time. I had to conclude that that probably was not the case.

On top of that, the Order in Council that I was looking at was, in my view, administrative in character and not legislative. I had to make a judgment call in that regard. It simply authorized the making of a proclamation, which meant it was an executive instrument on its face. However, there is controversy in the cases as to whether certain proclamations should not be considered to be of a legislative character nonetheless, despite the fact that they do not themselves contain a rule of law nor do they simply apply laws. In this case, it was a proclamation bringing into force the provision of an act.

In my consultations at the time, I was given to understand, because I wanted to get a better picture of what was out there, that it would not be easy. It would not necessarily be efficient, because, as this committee knows, the government has relied upon the 1978 consolidation of regulations where all regulations that were supposed to be in force were, in a sense, re-enacted in both official languages in 1978. We were looking at instruments that, for one reason or another, were not considered necessary to be published at the time. I would suggest we would be sort of looking for needles in a haystack.

In other words, our sense is that there are probably not many instruments out there that might cause a problem in the nature of the one I mentioned from 1921. Nobody has raised examples. The parliamentary committee on the scrutiny of regulations has been assiduous in pointing out the existence of five regulations that they have managed to find that were actually printed and published in the *Canada Gazette* but perhaps not provided in both official languages. They have never pointed out any regulation or any instrument of a legislative character that has not been published.

The point is that we would have to look at all these instruments. You cannot just send a few summer students to do the job, as someone, I understand, suggested. You must make a legal judgment on each one, and then you must look at them in the context of the legislation itself, and conclude, perhaps, that a certain instrument is not in the nature of legal character, in and of itself, but perhaps the net effect of the instrument, taken with the law in question, could be considered that way.

That was the case in a series of instruments in the *Sinclair* case, where there were letters patent, a notice to the public and other documents that the legislation contemplated, and these instruments were published in the *Quebec Official Gazette*, but

Je voulais établir l'existence du décret contesté. Je me suis d'abord rendu dans les bureaux du Conseil privé. Les documents anciens ne se trouvent plus dans ces locaux. J'ai dû consulter l'archiviste national et en fait, me rendre aux Archives nationales. Il a fallu déployer pas mal d'efforts pour, premièrement, localiser le document que je pensais chercher. Comme je l'ai dit, puisque c'était un décret, je pensais qu'il aurait été enregistré. Je n'ai jamais su si le mécanisme d'enregistrement utilisé à cette époque était le même que celui d'aujourd'hui. J'ai eu beaucoup de mal à déterminer si on avait préparé à l'époque une version de ce texte dans l'autre langue. J'ai dû conclure que cela n'avait sans doute pas été fait.

Autre aspect, le décret que je cherchais était, d'après moi, davantage de nature administrative que législative. J'ai dû poser un jugement à ce sujet. Ce décret avait uniquement pour effet d'autoriser une proclamation, ce qui veut dire qu'il semblait être un texte de nature exécutive. Cependant, la jurisprudence sur la question de savoir si certaines proclamations ont un caractère législatif même si elles ne contiennent elles-mêmes aucune règle de droit ou n'ont pas pour effet d'appliquer des règles de droit, est incertaine. Dans cette affaire, il s'agissait d'une proclamation qui donnait effet aux dispositions d'une loi.

Au cours des consultations auxquelles j'ai procédé à l'époque, on m'a laissé entendre qu'il ne serait pas facile de savoir avec précision ce qui existe. Une recherche risque de ne pas être fiable parce que, comme le savent les membres du comité, le gouvernement s'est fondé sur la codification des règlements de 1978 qui a eu pour effet de réédicter dans les deux langues officielles tous les règlements qui devaient être en vigueur en 1978. Nous examinions des textes qu'on n'avait pas jugés nécessaires, pour une raison ou une autre, de publier à l'époque. Je pense que cela reviendrait à peu près à chercher une aiguille dans une botte de foin.

En d'autres termes, je pense qu'il n'existe sans doute pas beaucoup de textes susceptibles de soulever un problème comme celui que j'ai mentionné qui remontait à 1921. Personne n'a fourni d'exemples. Le comité parlementaire chargé de l'examen de la réglementation a réussi à signaler l'existence de cinq règlements qui ont été imprimés et publiés dans la *Gazette du Canada* mais peut-être pas dans les deux langues officielles, comme il semble l'avoir constaté après de longues recherches. Les membres de ce comité n'ont jamais signalé de règlements ou de textes de caractère législatif qui n'auraient pas été publiés.

Le fait est qu'il faudrait examiner tous ces documents. On ne pourrait pas confier ce travail à quelques étudiants pendant l'été, comme quelqu'un semble l'avoir suggéré. Il faut poser un jugement juridique sur chacun de ces documents, et ensuite, les examiner dans le contexte de la loi elle-même pour peut-être en conclure qu'un document donné n'est peut-être pas de nature législative, considéré isolément, mais que l'effet général de ce texte, combiné à la loi en question, pourrait être qualifié ainsi.

C'est le raisonnement qui a été tenu à l'égard d'une série de textes dont il s'agissait dans l'affaire *Sinclair*, qui comprenaient des lettres patentes, un avis à la population et d'autres documents prévus par la loi en question et qui ont été tous publiés dans la



only in French. The court decided that the instruments, taken together with the scheme of that particular piece of legislation, which was to effect the amalgamation of Rouyen-Noranda, were of a legislative character when taken together. There are these judgment calls, as I indicated.

Manitoba was under an obligation because it had done nothing in either language. The distinction we have drawn between the Manitoba, Quebec and federal situations is that throughout our history we have never attempted to put one language on a lesser footing than the other. The intent all along, through publication in the *Canada Gazette*, was to ensure that Canadians would have access to those documents published in the *Canada Gazette* in English and in French. There was never any question about one version being lesser than the other. You could rely on what was published in the *Canada Gazette*. There has never been an attempt to circumvent in any way the requirements of section 133 of the Constitution Act of 1867 or section 18 of the Charter, for that matter. Measures have been put in place through both the 1969 Official Languages Act and the 1988 Official Languages Act to ensure that the administration of the affairs of the Government of Canada are in accordance with the rule of law.

The issue, once again, is: What is the extent of the problem? Is it worth the number of resources that might be required to do that search, to systematically go through everything that may have been done, to make the determination, on the basis that there might be one, two or three of these instruments that are significant enough to warrant doing it on a systematic basis.

**Senator Fraser:** I appreciate that one would require experienced legal minds to make the final determination in cases where the precise nature may appear unclear. My strong recommendation is: When in doubt, fix it.

However, I cannot see that the initial task of tracking instruments down would require the efforts of many senior lawyers. There are only a limited number of places or sources, and it may be boring to wade through the old documents, but that is why we have junior lawyers.

**Mr. John Mark Keyes, Director, Legislative Policy and Development, Department of Justice:** As Mr. Newman described, once you have found the instruments, the judgment has to be made. The exercise of finding these instruments will be daunting. You might begin by looking at all of the Orders in Council that were ever passed, but that might be just the tip of the iceberg because we are talking about all of the powers granted under federal statutes, not just those given to the Governor in Council. We are talking about powers given to ministers and other officials.

The great problem is that there is no central registry for all of these documents that are made in the exercise of various statutory powers. You would have to start by looking at the statutes to see what powers have been granted over the years; compile a list of all these powers reading back to each of the successive statute provisions; reading all the laws passed since those revisions;

*Gazette officielle du Québec*, mais uniquement en français. Le tribunal a décidé que ces textes, combinés à la loi en question, qui avaient pour but de fusionner les villes de Rouyen et Noranda, étaient de nature législative, considérés ensemble. Il faut donc poser des jugements, comme je l'ai indiqué.

Le Manitoba a été obligé de faire certaines choses parce qu'il n'avait rien fait ni dans une langue ni dans l'autre. La différence qu'il faut faire entre le Manitoba, le Québec et les institutions fédérales est qu'au cours de notre histoire nous n'avons jamais essayé d'accorder un traitement moins favorable à l'une des deux langues. L'intention, avec la *Gazette du Canada*, était de veiller à ce que tous les Canadiens aient accès en anglais et en français à tous les documents publiés dans la *Gazette du Canada*. Il n'a jamais été question d'attribuer une valeur moindre à une des deux versions. On pouvait se fier à ce qui était publié dans la *Gazette du Canada*. Personne n'a jamais essayé de contourner les prescriptions de l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867, ni celles de l'article 18 de la Charte. Les lois sur les langues officielles de 1969 et de 1988 ont créé un régime assurant le respect de la suprématie du droit dans l'administration des affaires du gouvernement du Canada.

La question qu'il faut se poser est encore une fois la suivante: quelle est la gravité du problème? Vaut-il la peine de mettre en œuvre toutes les ressources qu'il faudrait employer pour effectuer cette recherche, pour examiner systématiquement tout ce qui a été fait, pour examiner cette question, en sachant qu'il y a peut-être un, deux ou trois de ces textes qui est suffisamment important pour justifier une telle recherche systématique?

**Le sénateur Fraser:** Je comprends qu'il faut être un juriste spécialisé pour prendre une décision définitive dans les cas où la nature exacte du document en question est douteuse. Ma recommandation préférée est la suivante: En cas de doute, agissons.

Je ne pense pas toutefois que le travail initial consistant à retracer ces documents exigerait qu'on y attelle des avocats d'expérience. Le nombre des lieux ou des sources susceptibles d'abriter ces documents est limité et il pourrait être fastidieux de se plonger dans des documents anciens mais c'est pour cela qu'il y a des avocats stagiaires.

**M. John Mark Keyes, directeur, Orientations et perfectionnement législatifs, ministère de la Justice:** Comme l'a mentionné M. Newman, lorsqu'on a retrouvé les textes en question, il faut poser un jugement. La recherche de ces textes n'est pas une tâche facile. On pourrait commencer par examiner tous les décrets qui ont été adoptés mais cela pourrait ne constituer que le sommet d'un iceberg parce qu'il s'agit de tous les pouvoirs attribués par une loi fédérale et non pas uniquement de ceux qui ont été attribués au gouverneur en conseil. Nous parlons des pouvoirs accordés aux ministres et aux autres fonctionnaires.

La principale difficulté vient du fait qu'il n'existe pas de registre central contenant tous les documents qui ont été pris en vertu des pouvoirs d'origine législative. Il faudrait commencer par déterminer quelles sont les lois qui ont accordé des pouvoirs de ce genre, établir une liste de tous ces pouvoirs en identifiant les dispositions légales successives les concernant, lire toutes les lois

compile a list of what potentially may be legislative powers and who is exercising them; and then try to track them down in the archives of the various departments. I am not sure how you would do that.

You would perhaps start by combing the records of the offices of ministers and those who had statutory powers to see what records would turn up. You would have to go through a considerable volume of paper to try to find these instruments because there has been no central registry system for them. As Mr. Newman said, it is like looking for a needle in a large paper haystack.

**Mr. Tremblay:** The senator has provided us with the opportunity to draw a parallel with Manitoba, which is quite apt. It is interesting that Manitoba tabled a report by the Minister of Justice to the Manitoba Legislative Assembly regarding the validation of Manitoba's laws, wherein they explained the process that they had to go through. They had to search through all of the government's files, through all of the departments identified as having had regulatory powers delegated to them. I can certainly leave a copy of this. It is a bilingual document prepared by the Government of Manitoba.

I turn now to the important table. We are not saying that the cost is the major impediment here. For Manitoba's entire process, just before completion, it was \$6.85 million. It is not an astronomical sum, but they note that it does not include all of the real costs; rather, it includes the directly attributable costs. The main costs are not those of translation. It is not because they found an inordinate number of documents, but it was the searching that was the major part. Approximately \$5 million was spent for the search and about \$1 million for the translation.

They noted that to quantify the contribution of all the agencies involved and many people across the government who were involved was impossible. For example, in the Department of Justice alone, 20 legal services division lawyers worked for an extended period on one aspect of the project related to regulations. That is the problem we are dealing with here — the unknown, unpublished regulations. That employed 20 lawyers. All counsel staff, 31 at the height of the project, worked on the project. These numbers are not included in the \$5-million figure. It is a significant exercise and one that is fraught with imperfections.

*[Translation]*

**Senator Beaudoin:** I would like to go back to that issue. We did not talk at length about section 18 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. The laws, archives, proceedings and records of debates of Parliament are printed and published in French and in English, and both versions of the laws are equally authoritative.

adoptées depuis ces révisions, établir une liste des pouvoirs susceptibles d'être qualifiés de législatifs et de leurs détenteurs et enfin les rechercher dans les archives des divers ministères. Je ne saurais pas très bien comment procéder.

On pourrait peut-être commencer par passer au peigne fin les registres des bureaux des ministres et de ceux qui pourraient exercer des pouvoirs légaux pour voir ce que l'on pourrait trouver. Il faudrait trier une quantité invraisemblable de documents pour essayer de trouver ces textes parce qu'il n'existe aucun système d'enregistrement centralisé. Comme l'a dit M. Newman, cela reviendrait à chercher une aiguille dans une botte de foin.

**M. Tremblay:** Le sénateur nous fourni l'occasion d'établir un parallèle avec le Manitoba, une comparaison tout à fait appropriée. Il est intéressant de mentionner que le ministre de la Justice du Manitoba a déposé auprès de l'Assemblée législative de cette province un rapport concernant la réadoption des lois du Manitoba, dans lequel le ministre explique le processus utilisé. Ses fonctionnaires ont fouillé dans tous les dossiers du gouvernement, dans tous les ministères ayant reçu une délégation de pouvoir réglementaire. Je pourrais vous en laisser une copie. C'est un document bilingue préparé par le gouvernement du Manitoba.

J'en arrive au tableau essentiel. Nous ne disons pas que le coût de l'opération est le principal obstacle dans le cas qui nous intéresse. Pour le processus utilisé au Manitoba, ce coût s'est élevé à près de 6,85 millions de dollars. Ce n'est pas une somme astronomique, mais les auteurs du rapport notent que ce montant ne comprend pas tous les coûts; il comprend uniquement les coûts directement attribuables à cette opération. La plus grande partie des coûts ne concerne pas la traduction. Ils n'ont pas trouvé un grand nombre de documents mais c'est la recherche qui constitue la principale composante de ce coût. La province a dépensé près de 5 millions de dollars pour la recherche et 1 million de dollars pour la traduction.

Les auteurs ont noté qu'il était impossible de quantifier l'apport de tous les organismes et fonctionnaires du gouvernement qui ont participé à ce travail. Par exemple, dans le seul ministère de la Justice, 20 avocats de la Direction des services juridiques ont travaillé pendant une longue période sur un aspect du projet concernant les règlements. C'est le problème qui nous occupe ici — les règlements inconnus et non publiés. Cela a occupé 20 avocats. Tous les avocats du ministère, soit 31 à un moment donné, ont travaillé à ce projet. Ces chiffres ne figurent pas dans le chiffre de 5 millions de dollars. C'est une opération importante et nécessairement imparfaite.

*[Français]*

**Le sénateur Beaudoin:** Je voudrais revenir sur la question. On n'a pas beaucoup parlé de l'article 18 de la Charte canadienne des droits et libertés. Les lois, les archives, les comptes-rendus et les procès-verbaux du Parlement sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi.

It seems to me that that section has solved the problem since 1982. Does section 18 allow certain regulations not to be published? I would like an answer to that. Section 133 refers to laws. The Fathers of Confederation were not very conversant with delegated power in 1867. There have been two cases that dealt with the matter. The first was *Blaikie*, in which it was said that regulations had to be published. The other, from 1992, stated that certain documents, certain regulations could be exempted from publication. It was said very clearly.

Since it is a decision of the Supreme Court, we say that:

[English]

This is the law of the land; it is a decision of the Supreme Court; and it is part of the Constitution.

It was clearly said that the legislative regulations must be published but that some need not be published if they are not in the public interest. This is clear-cut. What has happened since 1982? We now have section 18. Is it possible to say that we do not have to publish some of those regulations? If they are of a legislative nature, the delegated legislation or regulations should be published and adopted in both languages. If it is not of a legislative nature, then we may just get rid of that.

The fact is that section 18 is there, and it is right at the centre of the Constitution. The argument that it is costly and difficult is not a valid argument. I was involved in the Supreme Court of Canada *Blaikie* case in 1985. No one pleaded that.

[Translation]

The *Beaulac* decision states:

I wish to emphasize that mere administrative inconvenience is not a relevant factor.

[English]

I do not think we may invoke that. It may be costly, difficult or long, but it must be done.

I accept that certain delegated legislation does not need to be published.

**Senator Fraser:** They still need to be enacted, though.

**Senator Joyal:** They need to be enacted.

**Senator Fraser:** Yes, in both languages.

**Senator Rivest:** In both languages, yes.

**Senator Beaudoin:** Exactly. Section 18 is very clear. Laws, archives, et cetera, are to be printed and published. There is no exception.

**Mr. Newman:** I agree up to a point. What section 18 does not do is track the language of *Blaikie*. It does not say, "shall be enacted, printed and published," which is unfortunate, in a sense, I suppose. Furthermore, it does not say, "laws and legislative instruments," or "laws and regulations," et cetera.

Il me semble que cet article règle le problème depuis 1982. Est-ce que l'article 18 permet que des règlements ne soient pas publiés? J'aimerais bien qu'on me réponde. L'article 133 parle des lois. Les Pères de la Confédération n'étaient pas très au courant du pouvoir délégué en 1867. On a eu deux causes qui parlent de ce sujet. La première, c'est *Blaikie*, qui a dit que les règlements doivent être publiés. L'autre, qui date de 1992, dit que certains documents, certains règlements peuvent ne pas être publiés. C'est très clair.

Comme c'est une décision de la Cour suprême, on dit que:

[Traduction]

C'est la loi du pays; c'est une décision de la Cour suprême et cela fait partie de la Constitution.

Il a été clairement déclaré que les règlements législatifs doivent être publiés mais que certains sont exemptés de cette publication s'ils ne sont pas d'intérêt public. Cela est limpide. Que s'est-il passé depuis 1982? Il y a maintenant l'article 18. Est-il possible de dire qu'il n'est pas nécessaire de publier certains règlements? S'ils sont de nature législative, les règlements et la législation déléguée doivent être publiés et adoptés dans les deux langues. S'ils ne sont pas de nature législative, nous pouvons alors nous passer de cette obligation.

Le fait est que l'article 18 existe, il est au centre de la Constitution. L'argument fondé sur les coûts et les difficultés de la tâche n'est pas valide. J'ai participé à l'affaire *Blaikie* entendue par la Cour suprême du Canada en 1985. Personne n'a avancé cet argument.

[Français]

Dans l'arrêt *Beaulac*, on lit:

Je tiens à souligner qu'un simple inconvénient administratif n'est pas un facteur pertinent.

[Traduction]

Je ne pense pas que nous puissions invoquer cela. Qu'importe le coût, la difficulté ou la longueur de l'opération, elle doit être faite.

Je reconnais que certains textes législatifs délégués n'ont pas à être publiés.

**Le sénateur Fraser:** Ils doivent tout de même être édictés.

**Le sénateur Joyal:** Il faut qu'ils soient édictés.

**Le sénateur Fraser:** Oui, dans les deux langues.

**Le sénateur Rivest:** Dans les deux langues, oui.

**Le sénateur Beaudoin:** Exactement. L'article 18 est très clair. Les lois, les archives, et le reste, doivent être imprimés et publiés. Il n'y a pas d'exception.

**M. Newman:** Je suis d'accord avec vous jusqu'à un certain point. L'article 18 ne reprend pas la terminologie de l'arrêt *Blaikie*. Il ne dit pas «édicte, imprimé et publié», ce qui est dans un certain sens regrettable. En outre, cet article ne parle pas de «lois et instruments législatifs» ou de «lois et règlements», et le reste.

[Translation]

Basically, this repeats what is said in section 133. In fact, sections 17, 18 and 19 of the Charter, overall, repeat section 133, for the federal government, but also for New Brunswick. The case law interprets sections 17, 18 and 19 in the same way as section 23 of the Manitoba Act and section 133.

**Senator Beaudoin:** Nothing more?

**Mr. Newman:** Not to my knowledge, and certainly not within the framework of section 18 of the Charter. Section 18 concerns the same area as sections 23 and 133. This is said first in the *Reference re Manitoba Language Rights* and in the *Société des Acadiens* judgment.

**Senator Beaudoin:** Yes, but laws are printed and published in French and in English. There are no exceptions.

**Mr. Newman:** No, and there are no exceptions where section 133 is concerned, either. The acts of Parliament are printed and published in both languages. It is not because section 18 says substantially the same thing as section 133 that this changes anything. Whether you refer to section 133 or section 18, they must be interpreted in the same way, it seems to me. I do not say this to reduce the scope of either section 18 or section 133, but to say that both require that the acts of Parliament be enacted, printed and published in both languages, first, and secondly, to the extent that the *Blaikie* decision specified this, as well as, to the 1992 decision in the *Reference re Manitoba Language Rights*, the same thing applies to statutory instruments. That is the reason why I had distributed to senators this excerpt from the 1988 Official Languages Act which contains these same requirements.

You pointed out that section 7 of the 1988 Official Languages Act did not state absolutely that texts had to be printed and published in both languages, that this was a breach of section 133. What I understand of sections 18, 133 and 23 and of what was done through the Official Languages Act in sections 7 and the following, is that the legislator's intent was to trigger an interpretation based on the object of these linguistic guarantees, i. e. equality of access, universality of access to the legislatures, laws and courts, for francophones as well as anglophones.

If you look at what was done to implement sections 133 and 18 of the Charter and sections 5 and the following of the Official Languages Act, you will see in section 6:

All Acts of Parliament shall be enacted, printed and published in both official languages.

As for legislative instruments and regulations:

Any instrument made in the execution of a legislative power conferred by or under an Act of Parliament that is made by, or with the approval of, the Governor in Council or one or more ministers of the Crown [...] shall be made in both official languages [...].

[Français]

Essentiellement, cela répète ce qui était dans l'article 133. D'ailleurs, les articles 17, 18 et 19 de la Charte, pris dans leur ensemble, répètent l'article 133, pour le gouvernement fédéral, mais aussi pour le Nouveau-Brunswick. La jurisprudence interprète les articles 17, 18 et 19 de la même manière que l'article 23 de la Loi sur le Manitoba et l'article 133.

**Le sénateur Beaudoin:** Pas plus?

**M. Newman:** Pas à ma connaissance, et certainement pas dans le cadre de l'article 18 de la Charte. L'article 18 vise le même domaine que les articles 23 et 133. Cela est dit d'abord dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* et dans l'arrêt *Société des Acadiens*.

**Le sénateur Beaudoin:** Oui, mais si vous prenez les lois, elles sont imprimées et publiées en français et en anglais. Il n'y a pas d'exception.

**M. Newman:** Non, mais il n'y a pas d'exception dans l'article 133 non plus. Les lois du Parlement sont imprimées et publiées dans les deux langues. Ce n'est pas parce que l'article 18 dit sensiblement la même chose que l'article 133, que cela change des choses. Qu'on invoque l'article 133 ou l'article 18, il faut les interpréter de la même manière, il me semble. Et ceci non pas pour réduire la portée de l'article 18 ni celle de l'article 133, mais pour dire que les deux exigent d'abord l'adoption, l'impression et la publication des lois du Parlement — ce qu'on appelle «The Act of Parliament» — et, deuxièmement, dans la mesure où l'arrêt *Blaikie* l'a précisé, ainsi que le jugement de 1992 dans le *Renvoi des droits linguistiques au Manitoba*, c'est la même chose pour les textes législatifs. C'est pour cette raison que j'ai fait circuler parmi les sénateurs cet extrait de la Loi sur les langues officielles de 1988 qui reprend ces mêmes exigences.

Vous avez signalé que si l'article 7 de la Loi sur les langues officielles de 1988 ne disait pas absolument qu'il fallait imprimer et publier dans les deux langues, c'était une entorse à l'article 133. Ce que je comprends des articles 18, 133 et 23 et de ce qu'on avait fait avec la Loi sur les langues officielles aux articles 7 et suivants, c'est qu'on avait visé l'interprétation fondée sur l'objet de ces garanties linguistiques qui sont l'égalité d'accès, l'universalité d'accès aux législatures, aux lois et aux tribunaux, tant pour les francophones que pour les anglophones.

Si vous regardez ce qu'on avait fait pour la mise en œuvre des articles 133 et 18 de la Charte aux articles 5 et suivants de la Loi sur les langues officielles, vous allez voir à l'article 6:

Les lois du Parlement sont adoptées, imprimées et publiées dans les deux langues officielles.

Quant aux actes législatifs, aux règlements:

Sont établis dans les deux langues officielles les actes pris, dans l'exercice d'un pouvoir législatif conféré sous le régime d'une loi fédérale, soit par le gouverneur en conseil ou par un ou plusieurs ministres fédéraux, soit avec leur agrément [...].

And at the very end, it says:

... if printed and published, shall be printed and published in both official languages.

The Official Languages Act is neutral on the issue of whether or not there is an inherent requirement in section 133 concerning printing and publication. I believe that the intent of section 133 is first and foremost to establish the equality of status of both languages when laws are enacted, printed and published.

**Senator Beaudoin:** But there is section 18. I like the Official Languages Act. It puts both languages on the same footing. That is all well and good, but it is not the Constitution. The Constitution is what impresses me. Section 18 says:

[English]

The statutes, records and journals of Parliament shall be printed and published in English and French and both language versions are equally authoritative.

In my opinion, that goes further than section 133.

**Mr. Newman:** How can it go further?

**Senator Beaudoin:** Because it says so.

**Mr. Newman:** I do not see what it says in section 133 as being different that what is interpreted in *Blaikie*, with all due respect, because in *Blaikie* the court held that the words of section 133 not only provide, but require, that equal status be given to both the English and French languages, not only with respect to the printing and publication but with respect to the enactment of the legislation. Except for the fact that the words are expressly there, and they are also in the Official Languages Act, both versions are equally authoritative. I do not see what it adds to section 133.

**Senator Beaudoin:** There is a difference. The Parliament of Canada may amend the Official Languages Act tomorrow. You may try to amend section 18 tomorrow; but you will not succeed.

**Mr. Newman:** In regard to what, senator? Is it in regard to the equality of status? That rule is already set, as you yourself said, in *Blaikie*. The interpretation in *Blaikie* of section 133 is a rule of law. Everyone accepts that equality of status is required by section 133, and by sections 18 and 23.

**Senator Beaudoin:** The decisions of the Supreme Court of Canada on the Constitution are part of the Constitution.

**Mr. Newman:** There you go; we are in agreement on that point.

**Senator Beaudoin:** It is stronger than the Official Languages Act.

À la toute fin, dans la version française, on dit:

Leur impression et leur publication éventuelles se font dans les deux langues officielles.

La Loi sur les langues officielles est neutre sur la question, à savoir s'il y a une exigence à l'intérieur même de l'article 133 quant à l'impression et à la publication. Je crois que l'article 133 vise, d'abord et avant tout, l'égalité de statut des deux langues dans l'adoption et dans l'impression et la publication des lois.

**Le sénateur Beaudoin:** Mais il y a l'article 18. La Loi sur les langues officielles, je l'aime bien. Elle met les deux langues sur le même pied. Je trouve cela très bien, mais ce n'est pas la Constitution. Moi, c'est la Constitution qui m'impressionne. L'article 18 dit:

[Traduction]

Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux du Parlement sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

J'estime que cette disposition va plus loin que l'article 133.

**M. Newman:** Dans quelle mesure va-t-elle plus loin?

**Le sénateur Beaudoin:** À cause de ses termes.

**M. Newman:** Je ne vois pas en quoi la teneur de l'article est différente de ce qui a été interprété dans l'arrêt *Blaikie*, parce que dans cet arrêt, la cour a déclaré que les termes de l'article 133 ne prévoyaient pas seulement l'égalité de statut des langues française et anglaise, mais ils obligeaient à respecter cette égalité, non seulement pour ce qui est de l'impression et de la publication, mais également pour ce qui est de l'édition des lois. À part le fait que ces mots se retrouvent expressément dans cette disposition, tout comme dans la Loi sur les langues officielles, on peut dire que les deux versions ont la même force juridique. Je ne vois pas ce que cela ajoute à l'article 133.

**Le sénateur Beaudoin:** Il y a une différence. Le Parlement du Canada peut modifier demain la Loi sur les langues officielles. Vous pouvez essayer de modifier l'article 18 quand vous voudrez mais vous n'y parviendrez pas.

**M. Newman:** Sur quel point, monsieur le sénateur? Sur l'égalité de statut? Cette règle est déjà établie, comme vous l'avez dit vous-même, par l'arrêt *Blaikie*. L'interprétation donnée à l'article 133 dans l'arrêt *Blaikie* est une règle de droit. Tout le monde reconnaît que l'article 133, les articles 18 et 23, établissent l'égalité de statut des deux langues officielles.

**Le sénateur Beaudoin:** Les décisions de la Cour suprême du Canada sur la Constitution font partie de la Constitution.

**M. Newman:** Parfait, nous sommes d'accord sur ce point.

**Le sénateur Beaudoin:** Ces dispositions ont une valeur supérieure à la Loi sur les langues officielles.

**Mr. Newman:** Whether or not it is stronger, all I am saying is that, in respect of section 133 of the Constitution, section 18 of the Charter, and section 23 of the Manitoba Act, the requirements appear to be that legislation must be enacted in both languages. That must be done simultaneously, and both language versions are equally authoritative.

As well, the requirement extends to delegated or subordinate legislation of the type identified by the Supreme Court of Canada in *Blaikie No. 2*, and as refined in the 1992 decisions of the Supreme Court of Canada, *Reference re Manitoba Language Rights No. 2* and in the *Sinclair* case.

**Senator Beaudoin:** I agree with that.

**Mr. Newman:** All we would say from this perspective of language is what is essential is that both languages versions be equally authoritative and be treated with equal status. The question as to whether there is an actual requirement to print and publish may arise under section 133, it may arise in common law, or under section 7 of the Charter as a principle of fundamental justice, but it does not have a bearing, in our respectful view, on this particular piece of legislation.

**Senator Beaudoin:** Is it possible, since 1982, section 18, to have an Order in Council that is not published?

**Mr. Newman:** That is not published?

**Senator Beaudoin:** I am referring to one that is not of a legislative nature. They say here “printed and published.” There is no exception. This is the law of the land under section 18.

**Mr. Newman:** That is right.

**Senator Beaudoin:** That is not the opinion of Joe Blow. It is the Supreme Court of Canada opinion in the *Blaikie* case, and that is on the same level as the provisions of the Constitution. I think we all agree on this.

**Mr. Newman:** May I try this on for size, senator, with respect?

I would refer to what was done in 1988 to deal with the very issue. The whole point of the 1988 Official Languages Act was to implement and respect the constitutional guarantees relating to language, including those in relation to enactment and bilingual legislative processes. Perhaps the English version will put clarify what I am saying when I say the following in French.

[Translation]

...If printed and published, shall be printed and published in both official languages.

**M. Newman:** Valeur supérieure ou non, je dis simplement que l'article 133 de la Constitution, l'article 18 de la Charte et l'article 23 de la Loi sur le Manitoba exigent que les lois soient adoptées dans les deux langues officielles. Cela doit se faire simultanément et les deux versions ont la même valeur juridique.

En outre, cette obligation s'étend à la législation déléguée ou subordonnée du type décrit par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Blaikie n° 2*, et telle que précisée dans la décision de la Cour suprême du Canada rendue en 1992 dans le *Renvoi n° 2 concernant les droits linguistiques au Manitoba* et dans l'arrêt *Sinclair*.

**Le sénateur Beaudoin:** Je suis d'accord avec vous.

**M. Newman:** Sur la plan linguistique, l'aspect essentiel est que les deux versions ont la même force juridique et doivent avoir un statut égal. La question de savoir si l'article 133, la common law, ou l'article 7 de la Charte à titre de principe de justice fondamentale, exigent que ces textes soient imprimés et publiés ne concerne aucunement, d'après nous, ce projet de loi.

**Le sénateur Beaudoin:** Est-il possible depuis 1982, depuis l'article 18, qu'un décret ne soit pas publié?

**M. Newman:** Ne soit pas publié?

**Le sénateur Beaudoin:** Je parle d'un décret qui ne serait pas de nature législative. On dit ici «imprimé et publié». Il n'y a pas d'exception. C'est la loi telle que l'énonce l'article 18.

**M. Newman:** C'est exact.

**Le sénateur Beaudoin:** Ce n'est pas l'opinion de n'importe qui. C'est l'opinion de la Cour suprême dans l'arrêt *Blaikie* et cette opinion se situe au même niveau que les dispositions de la Constitution. Je crois que nous nous entendons tous là-dessus.

**M. Newman:** Monsieur le sénateur, permettez-moi d'essayer de reformuler cela.

Je me reporte à ce qui a été fait en 1988 pour régler ce problème. L'objectif essentiel de la Loi sur les langues officielles de 1988 était de mettre en oeuvre et d'appliquer les garanties constitutionnelles concernant la langue, notamment celles qui touchaient l'adoption des lois et le processus législatif bilingue. Je crois pouvoir clarifier la version anglaise en disant ce qui suit en français.

[Français]

Leur impression et leur publication éventuelle se font dans les deux langues officielles.

[English]

In English it states that legislative instruments shall be made in both official languages.

That is key, I think we all agree. That is what *Blaikie* is about because that is what ensures equality status and equal force of law. It goes on to state that, if printed and published, it shall be printed and published in both official languages.

The phrase “shall be printed and published in both official languages” is exactly what is contained in section 18 of the Charter. You are saying that sections 133 and 18 require printing and publication per se. That may well be, but it has never been decided.

**Senator Beaudoin:** It is clear-cut.

**Mr. Newman:** It has not been decided at the level of delegated legislation, and we know that, under the Statutory Instruments Act — and this is the same in many countries — there are classes of delegated legislation, of regulations, that are not published at least in the sense of published in the *Canada Gazette* because of the very nature of the instruments at issue. Our colleague, John Mark Keyes, will speak more to that practice.

**Senator Beaudoin:** I followed you until about the last 10 miles.

**Mr. Newman:** They are a hard 10 miles to walk.

**Senator Beaudoin:** When you say they must be published in both official languages, we agree. Statutes must be published at all times. The regulations, if they are of a legislative nature, must also be published at all times. It is only in some cases when it is not in the public interest that we may say that it is not mandatory to publish those regulations. This is only found in the act. The act is important, but it is not the Constitution. How can you restrict in the Official Languages Act what is already in the Constitution?

**Mr. Tremblay:** The Official Languages Act does not restrict publication. If anything restricts publication, it would be the Statutory Instruments Act.

**Mr. Newman:** Which is why we are handing it over to Mr. Keyes.

**Senator Beaudoin:** Even if it is another act that is at fault, it is still unconstitutional.

**Mr. Keyes:** Senator Beaudoin, perhaps we could go back to the language of sections 133 and 18. They state that they apply to acts and to statutes. We ordinarily understand that those words means bills that are passed by Parliament and that they do not include delegated legislation.

**Senator Beaudoin:** I agree.

[Traduction]

La version anglaise énonce ceci: [...] legislative instruments shall be made in both official languages. (les actes de nature législative sont établis dans les deux langues officielles).

C'est là le point essentiel, je crois que nous sommes tous d'accord là-dessus. C'est également l'énoncé essentiel de l'arrêt *Blaikie* parce que c'est ce principe qui assure l'égalité de statut et l'égalité sur le plan de la valeur juridique. La disposition énonce ensuite que leur impression et leur publication éventuelles se font dans les deux langues officielles.

L'expression «shall be printed and published in both official languages» de la version anglaise est exactement celle que l'on retrouve à l'article 18 de la Charte. Vous affirmez que les articles 133 et 18 rendent obligatoires l'impression et la publication. C'est peut-être vrai, mais cette question n'a jamais été tranchée.

**Le sénateur Beaudoin:** Cela est limpide.

**M. Newman:** Cette question n'a pas été tranchée dans le cas de la législation déléguée et nous savons que la Loi sur les textes réglementaires — et c'est la même chose dans de nombreux autres pays — prévoit des catégories de législation déléguée et de règlements qui ne sont pas publiés dans le sens qu'ils ne sont pas publiés dans la *Gazette du Canada* à cause de la nature même des textes en cause. Notre collègue, M. Keyes, vous en dira davantage à ce sujet.

**Le sénateur Beaudoin:** Je vous ai perdu dans les derniers kilomètres.

**M. Newman:** Ce sont les derniers kilomètres les plus durs.

**Le sénateur Beaudoin:** Lorsque vous dites qu'ils doivent être publiés dans les deux langues officielles, nous sommes d'accord. Les lois doivent toujours être publiées. Les règlements de nature législative doivent également être toujours publiés. Dans certains cas seulement, lorsque le règlement n'est pas d'intérêt public, il n'est pas obligatoire de les publier. Cela se trouve uniquement dans cette loi. Cette loi est importante, mais ce n'est pas la Constitution. Comment la Loi sur les langues officielles pourrait-elle restreindre ce qu'énonce la Constitution?

**M. Tremblay:** La Loi sur les langues officielles ne limite pas l'obligation de publier. S'il existe des dispositions limitant cette publication, ce serait celles de la Loi sur les textes réglementaires.

**M. Newman:** C'est pour cette raison que nous demandons à M. Keyes de vous répondre.

**Le sénateur Beaudoin:** Même si cela vient d'une autre loi, c'est encore inconstitutionnel.

**M. Keyes:** Monsieur le sénateur Beaudoin, nous pourrions peut-être revenir aux termes des articles 133 et 18. Ces dispositions énoncent qu'elles s'appliquent aux lois. Le mot loi désigne habituellement les projets de loi adoptés par le Parlement mais ne comprend pas la législation déléguée.

**Le sénateur Beaudoin:** Je suis d'accord.

**Mr. Keyes:** It may be significant that in 1982, after the *Blaikie* decisions, when section 18 was enacted there was no express reference to delegated legislation. It continues to use a word that we understand to apply only to bills passed by Parliament. It uses the word “statutes.”

**Senator Beaudoin:** Where do you see that? Are you saying that section 18 has not more impact than section 133?

**Mr. Keyes:** No, I am not saying that.

**Senator Beaudoin:** It has.

**Mr. Keyes:** I am suggesting that it may be significant.

**Senator Beaudoin:** Are you saying that section 18 covers less than section 133?

**Senator Joyal:** That is what he implies.

**The Chairman:** Perhaps I can quote from *Blaikie No. 2*. This has no page references that will make sense to anyone because it has been downloaded from the Internet. This document states that they both emphasize some connection between the legislature and delegated legislation apart from the delegation itself. This connection is the decisive factor in so far as the subjection of Government regulations to section 133 of the BNA Act is concerned.

**Senator Beaudoin:** “Is concerned?”

**Senator Joyal:** It is clearly stated in section 133.

**The Chairman:** It is right there.

**Mr. Keyes:** Yes, it is quite clear that there must be a connection between the delegated legislation and Parliament. That is why many forms of delegated legislation are not covered by section 133, for example, municipal bylaws. There is not a sufficient connection between the municipality and the legislature in that case. Therefore, municipal bylaws, which are a form of delegated legislation, are not subject to section 133.

**The Chairman:** We are not talking about municipal bylaws here; we are talking about section 133 of the BNA Act as far as it applies to the regulations of the Government of Canada.

**Mr. Keyes:** Yes, I agree.

**Senator Beaudoin:** In 1867 there was very little delegated legislation. Compared to what is going on today, they are two different worlds.

The most important amending statute was enacted in 1982, in my opinion, the Charter of Rights and Freedoms. It is the heart of the Constitution.

If I read the second paragraph of section 133 and section 18, I conclude that section 18 is larger. It does not restrict section 133.

**Mr. Keyes:** I did not mean to suggest that there is any difference between section 18 and section 133.

I should like to go back to the point that you made, namely, that in 1867 there was very little delegated legislation. At that time, the act probably did not apply. In fact, there was no regular

**M. Keyes:** Il est peut-être important de noter qu’en 1982, après les arrêts *Blaikie*, l’article 18 adopté cette année-là ne faisait pas expressément référence à la législation déléguée. Cette disposition utilise un mot qui ne s’applique qu’aux projets de loi adoptés par le Parlement, à savoir les «lois».

**Le sénateur Beaudoin:** Où lisez-vous cela? Dites-vous que l’article 18 n’a pas une portée plus large que l’article 133?

**M. Keyes:** Non, ce n’est pas ce que je dis.

**Le sénateur Beaudoin:** Cela est vrai.

**M. Keyes:** Je suggère que cela est peut-être important.

**Le sénateur Beaudoin:** Affirmez-vous que l’article 18 a une portée plus restreinte que l’article 133?

**Le sénateur Joyal:** C’est ce qu’il laisse entendre.

**La présidente:** Je pourrais peut-être citer un passage de l’arrêt *Blaikie n° 2*. Je ne peux pas vous référer utilement à une page parce que cela a été téléchargé sur Internet. Selon ce document, il doit exister un lien entre l’Assemblée législative et la législation déléguée autre que le seul fait de la délégation. Ce lien est le facteur déterminant pour ce qui est de l’assujettissement des règlements du gouvernement à l’article 133 de l’AANB.

**Le sénateur Beaudoin:** «Pour ce qui est?»

**Le sénateur Joyal:** Cela est clairement énoncé à l’article 133.

**La présidente:** C’est énoncé là.

**M. Keyes:** Oui, il est très clair qu’il doit exister un lien entre la législation déléguée et le Parlement. C’est pourquoi l’article 133 ne s’applique pas à de nombreux types de législation déléguée, comme par exemple, les règlements municipaux. Dans ce genre de cas, il n’existe pas un lien suffisant entre la municipalité et l’Assemblée législative. C’est pourquoi les règlements municipaux, qui constituent une forme de législation déléguée, ne sont pas visés par l’article 133.

**La présidente:** Nous ne parlons pas de règlements municipaux ici; nous parlons de l’article 133 de l’AANB et de son application aux règlements adoptés par le gouvernement du Canada.

**M. Keyes:** Oui, j’en conviens.

**Le sénateur Beaudoin:** En 1867, la législation déléguée était très rare. Comparé à la situation actuelle, c’était très différent à cette époque.

D’après moi, la plus grande loi modificatrice a été adoptée en 1982, et c’est la Charte des droits et libertés. Elle est au coeur de la Constitution.

Si je lis le second paragraphe de l’article 133 et l’article 18, je conclus que l’article 18 a une portée plus large. Cet article ne vient pas limiter l’application de l’article 133.

**M. Keyes:** Je n’ai pas voulu dire qu’il y avait une différence entre l’article 18 et l’article 133.

J’aimerais revenir à la remarque que vous avez faite, à savoir qu’en 1867, la législation déléguée était une chose très rare. À cette époque, la loi ne s’appliquait probablement pas. En fait, il



system for publishing delegated legislation throughout the Commonwealth. The first general statute for publishing delegated legislation was enacted in 1891 in England. The first statute enacted federally in Canada in that regard was in the late 1940s.

Throughout this period from 1867 onward, we see a growth in the significance of delegated legislation. We also see a development in systems for publishing and making these forms of law known. From the beginning, there never was a uniform system that applied to all of these forms of delegated legislation. They were growing and the systems of publication were evolving.

It is fair to say that, through that progress, we see greater and greater publication and more attention paid to delegated legislation, but there have always been types of delegated legislation that have not been caught by those formal systems. I would suggest that there have been good reasons for that.

In looking at what the Constitution requires, it is important to look at how our systems of publishing delegated legislation evolved. In the case law, particularly relating to *Blaikie* and to *Manitoba*, it is fair to say the courts have taken a fairly pragmatic view about these requirements in some cases.

**Senator Beaudoin:** The difficulty is this: In 1985, the Supreme Court of Canada, in effect, said, “You have legislated only in English. All your legislation is ultra vires, but it is deemed to be valid for the minimum number of years. If you translate it within three or five years, it will be valid because of the de facto doctrine and the rule of law, because we are a democracy.” It is beautiful. It is a masterpiece of the Supreme Court.

When the Supreme Court makes a ruling, it is as in the Constitution. It may do that. Parliament may legislate, but the difficulty lies in deciding what form that legislation should take. In my opinion, we must consider the delegated legislation. We must find a way, perhaps by passing a bill, to say that, retroactively, that delegated legislation is deemed to have been adopted in both languages. I want to find a way to do that. I would support a bill that would settle this problem.

My difficulty lies in how we do that. We must do it properly. I am not in favour of retroactivity in constitutional law. It goes directly against international law. If we have a list of all the delegated legislation, and we will, I might be ready to accept that we should pass a bill that would deem that they have been enacted. However, I am not yet entirely convinced. Something is missing in the reasoning to reach that conclusion.

**Mr. Keyes:** What is an important element of the Supreme Court cases is the de facto doctrine. In a sense, when Manitoba was validating its laws, it was doing so retroactively. However, it

n’existait pas de mécanisme permanent prévoyant la publication de la législation déléguée dans les pays du Commonwealth. La première loi générale prévoyant la publication de la législation déléguée a été adoptée en 1891 en Angleterre. La première loi fédérale adoptée au Canada à ce sujet remonte à la fin des années 40.

L’importance de la législation déléguée a progressivement augmenté depuis 1867. Parallèlement, des mécanismes prévoyant la publication et l’adoption de ces règles juridiques se sont développés. Au départ, il n’existait pas de mécanisme uniforme s’appliquant à toutes ces catégories de législation déléguée. Ces catégories se sont multipliées et les mécanismes de publication ont évolué.

Je crois que l’on peut dire que, tout au cours de cette évolution, la publication a joué un rôle de plus en plus important, tout comme la législation déléguée, mais il y a toujours eu des catégories de législation déléguée qui n’ont pas été visées par ces mécanismes officiels. Je pense qu’il existait d’excellentes raisons pour cela.

Lorsqu’il s’agit de déterminer ce qu’exige la Constitution, il est important d’étudier comment notre mécanisme de publication de la législation déléguée a évolué. Si l’on se reporte à la jurisprudence, en particulier aux arrêts *Blaikie* et au *Renvoi du Manitoba*, on peut dire que les tribunaux ont adopté une conception assez pragmatique de ces obligations constitutionnelles.

**Le sénateur Beaudoin:** La difficulté est la suivante: en 1985, la Cour suprême du Canada a déclaré: «Vous avez adopté des lois uniquement en anglais. Toutes vos lois sont invalides; elles seront toutefois réputées valides pendant un certain nombre d’années. Si vous les traduisez en trois ou cinq ans, elles seront valides à cause de la notion de situation de fait et du principe de légalité, parce que nous vivons en démocratie». Cela est très beau. C’est le chef-d’oeuvre de la Cour suprême.

Lorsque la Cour suprême se prononce, c’est comme si sa déclaration faisait partie de la Constitution. Elle peut le faire. Le Parlement peut légiférer, mais la difficulté réside dans le choix de la forme utilisée pour le faire. J’estime qu’il faut tenir compte de la législation déléguée. Nous devons trouver le moyen, en adoptant un projet de loi par exemple, pour dire rétroactivement que la législation déléguée est réputée avoir été adoptée dans les deux langues. Je voudrais trouver le moyen de le faire. Je serais favorable à un projet de loi qui réglerait ce problème.

La difficulté réside dans la façon de le faire. Nous devons le faire correctement. Je ne suis pas en faveur de la rétroactivité en droit constitutionnel. Cela va directement à l’encontre du droit international. Si nous avions une liste de toute la législation déléguée, et nous l’aurons, je serais prêt à accepter que l’on adopte un projet de loi qui déclarerait que cette législation est réputée avoir été édictée. Je ne suis toutefois pas encore complètement convaincu. Il manque dans ce raisonnement un élément qui m’empêche d’en arriver à cette conclusion.

**M. Keyes:** Un élément important de ces arrêts de la Cour suprême est la notion de situation de fait. Dans un certain sens, lorsque le Manitoba a validé ses lois, il l’a fait de façon

was not creating new sets of laws. Most people probably thought they were valid laws until they were questioned constitutionally. It does seem to go against the principle of creating laws retroactively. In another sense, it is simply trying to restore the de facto law that was there and to put it on a sound footing.

**Senator Beaudoin:** We must translate them. I cannot see how we can avoid that.

**The Chairman:** If I may just come in here again on *Blaikie No. 2*, because two paragraphs further on from what I was reading to you before, it goes on to say that the particular form of words used matters little. It states that they can be assimilated with the enactments of the government and, therefore, of the legislature, as long as positive action of the government is required to breathe life into them. This is what we are looking for here, positive action from the government.

**Senator Andreychuk:** I was going to attack this differently. If I understood the *Blaikie* case and the de facto element, it found that these were laws that people thought were their laws anyway, and it was now deeming them to be in both official languages.

What troubles me in the methodology you have used on that same point is that it stretches *Blaikie* to a point beyond which I am willing to go. We do not know which laws we are dealing with. We cannot even collate them, yet, we are prepared to say that they are all right in both official languages.

We go one step further in Bill S-41. We are saying, if they were not published in either official language, we will deem them to be all right. Is that not really stretching it much further than the judgment? Is it not going beyond the de facto recognition that the courts gave to the dilemma in the *Manitoba* case?

**Mr. Tremblay:** The issue is, what can the government do to restore —

**Senator Andreychuk:** Not “can;” what “should” it do.

**Mr. Tremblay:** But what can it do? We cannot go back to 1867 and make them anew. People have acted on the understanding that these regulations, these Orders in Council that created various legal orders and on which people have ordered their affairs for 125 years were the law of the land. We have been told after the fact that that was not the case. Only so much can be done to correct this important irregularity that nobody knew, in good faith, would be applicable before the courts pronounced on it.

We are combining here two techniques that the Supreme Court has said are valid techniques; and both techniques the court has identified in the context of language rights litigation.

rétroactive. Il n'a toutefois pas créé une nouvelle série de lois. La plupart des gens pensaient probablement que ces lois étaient valides avant qu'on en conteste la constitutionnalité. Cela semble aller contre le principe qui interdit l'adoption rétroactive de lois. Dans un autre sens, cela revient simplement à réadopter des lois invalides de façon à ce qu'on ne puisse plus les contester.

**Le sénateur Beaudoin:** Il faut les traduire. Je ne vois pas comment nous pourrions éviter cela.

**La présidente:** Si vous me permettez d'intervenir encore avec l'arrêt *Blaikie n° 2*, je mentionnerais que deux paragraphes après celui que je vous ai lu, la Cour poursuit en disant que la forme des mots utilisés importe peu. L'arrêt énonce qu'il est possible d'assimiler ces textes à des dispositions adoptées par le gouvernement, et par conséquent, par l'Assemblée législative, dès que le gouvernement est tenu de prendre des mesures positives pour leur donner une valeur juridique. C'est cela que nous recherchons, des mesures positives prises par le gouvernement.

**Le sénateur Andreychuk:** J'allais aborder la question d'un autre point de vue. Si j'ai bien compris l'arrêt *Blaikie* et le principe de la situation de fait, je dirais que ces lois ont été considérées par la population comme étant des lois mais qu'elles étaient désormais réputées être dans les deux langues officielles.

Ce qui me gêne avec la méthode que vous avez utilisée sur cet aspect précis, c'est qu'elle étend la portée de l'arrêt *Blaikie* à un point auquel je ne suis pas prête à aller. Nous ne savons pas quelles sont les lois concernées. Nous ne sommes même pas en mesure de les recenser mais nous sommes par contre prêts à dire qu'elles existent dans les deux langues officielles.

Nous allons encore plus loin avec le projet de loi S-41. Nous disons que si elles n'ont pas été publiées dans l'une ou l'autre langue officielle, nous allons déclarer qu'elles sont réputées valides. Est-ce que cela ne revient pas à aller beaucoup plus loin que ne le permet le jugement? Est-ce que cela ne va pas au-delà de la reconnaissance d'une situation de fait dont ont tenu compte les tribunaux dans l'affaire du *Manitoba*?

**M. Tremblay:** Il faut se demander ce que peut faire le gouvernement pour...

**Le sénateur Andreychuk:** Non pas ce qu'il «peut» faire, mais ce qu'il «doit» faire.

**M. Tremblay:** Mais que peut-il faire? Nous ne pouvons revenir en 1867 et réadopter ces textes. Les gens ont tenu pour acquis que ces règlements, ces décrets qui créaient diverses règles de droit et sur lesquels les gens se sont fiés pendant 125 ans étaient la loi du pays. On nous dit après coup que cela n'est pas le cas. Il n'est pas possible de remédier parfaitement à cette grave irrégularité que tout le monde ignorait, de bonne foi, avant que les tribunaux la signalent.

Nous combinons ici deux techniques qui ont été reconnues valides par la Cour suprême; deux techniques que la cour a utilisées dans le contexte du contentieux des droits linguistiques.

One is a technique of incorporation by reference, which basically means that, in one act of Parliament, you would not be required to reset, reprint, and have the words of all the texts to which you refer reappear. You may simply refer to them. They are presumed to be exactly as if they had been included in the legislation.

Clause 3 has that effect. It incorporates, by reference, all of these published regulations in the exact same way with the exact same legal effect as if we had gone to all of the gazetted versions since 1867, gathered them all up, reassembled them, reset them, reprinted them, republished them and put them to Parliament for a vote. There would be tens of thousands of pages of such gazetted text, but it would have no different legal effect either way. We would have exactly the same situation.

The court recognized in the *Manitoba Language Rights Reference* case that incorporation by reference is an acceptable and legitimate technique. It is a technique that is used regularly.

**The Chairman:** We are not quibbling with clause 3. We are concerned about clause 4.

**Mr. Tremblay:** We were quibbling, I believe, with both in the previous discussions. We were saying that we had some problem with the fact that these texts were gazetted and that we were going back to make them anew.

As for clause 4, we have explained that we are dealing with, again, a difficult historical situation, where all steps have been taken in good faith to restore the legal order. We could leave things as they are. We have been living with the situation as the courts have left it. There have been no cases of successful legal challenges of any federal regulations, Orders in Council or other instruments. There was the Alcan case that we have discussed, and that is the only example we have. Nobody has been able to find any of these texts and bring them forward.

We are suggesting that the legislator provide the government with a reasonable means to correct the situation, if ever a problem is identified.

**Senator Andreychuk:** Mr. Tremblay, on the one hand, you are telling me there are thousands of regulations, and you do not know where they are. On the other hand, you are saying it has only been raised in a few cases. I am very confused. Nobody has done a spot-checking analysis to see whether we have many or very few.

Are we to presume that virtually all of our laws were not printed and published in both languages and that all of our laws, by way of regulation and legislation, were not published? Surely that is not the proper inference. Some were published in both languages at some point in time. Surely, most of what was necessary to be published was published. I would have gone along with that.

La première est l'incorporation par renvoi, une technique qui permet pour l'essentiel d'adopter une loi du Parlement sans avoir à reproduire, à imprimer à nouveau tous les textes auxquels il est fait référence. Il suffit d'y faire référence. Ils sont présumés figurer dans cette loi comme s'ils en faisaient partie.

L'article 3 a cet effet. Il incorpore, par renvoi, tous ces règlements publiés de la même façon, et avec le même effet juridique, que si on avait repris toutes les versions de ces règlements publiés dans *La Gazette* depuis 1867, si on les avait rassemblées, regroupées, réimprimées, republiées et qu'on les avait fait adopter par le Parlement. Ces textes extraits de *La Gazette* rempliraient des dizaines de milliers de pages mais leur effet serait identique. Nous nous trouverions dans la même situation.

La cour a reconnu dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* que l'incorporation par renvoi était une technique légitime et acceptable. Elle est d'ailleurs utilisée régulièrement.

**La présidente:** Nous ne sommes en train de discuter de l'article 3. Nous examinons l'article 4.

**M. Tremblay:** Je pense que nous étions en train de discuter de ces deux articles il y a un instant. Nous étions en train de dire que le fait que ces textes aient été publiés dans *La Gazette* et que nous les adoptions à nouveau soulève certains problèmes.

Pour ce qui est de l'article 4, nous avons expliqué que nous essayons de régler, je le répète, une situation difficile qui perdure, et que le gouvernement a, de bonne foi, pris toutes les mesures qu'il pouvait prendre pour rétablir l'ordre juridique. Nous pourrions laisser les choses comme elles sont. Nous avons vécu dans cette situation qui a été créée par les tribunaux. Les règlements, les décrets ou les autres textes fédéraux n'ont jamais été déclarés anticonstitutionnels. Il y a eu l'affaire Alcan dont nous avons parlé mais c'est le seul exemple qui existe. Personne n'a réussi à trouver de texte de ce genre et à le signaler aux autorités.

Nous pensons que le législateur fournit au gouvernement un moyen raisonnable de remédier à la situation, dans le cas où un problème apparaîtrait.

**Le sénateur Andreychuk:** Monsieur Tremblay, vous dites d'une part qu'il y a des milliers de règlements et que vous ne savez pas où ils se trouvent. Vous affirmez également que ce problème n'a été soulevé qu'à quelques occasions. Je ne comprends pas très bien. Personne n'a fait une analyse aléatoire pour déterminer s'il y en avait beaucoup ou très peu.

Devons-nous tenir pour acquis que pratiquement aucune de nos lois n'ont été imprimées et publiées dans les deux langues et que toutes nos lois, adoptées par voie de règlement et de loi, n'ont pas été publiées? Ce n'est certainement pas la bonne déduction à faire. Certaines ont été publiées dans les deux langues à un moment donné. Il est évident que la plupart des textes qui devaient être publiés l'ont été. J'aurais fort bien pu accepter cela.

You are telling us that everything was done in good faith, but I do not think that good faith is the issue here at all. As another witness who appeared before us said, in a democracy such as Canada, citizens have a right to know what the laws are, and we have you coming forward saying that you do not know.

The court took a pragmatic approach and found that time was required to redress this situation. Perhaps, in this case, it will take not one or three years but 10 or 20 years to collate and gather the laws. However, something is fundamentally missing in your argument when you say bureaucracy and the government have no idea where the laws and the regulations are and have no way of getting at them.

**Mr. Tremblay:** That is not quite right.

**Senator Andreychuk:** If I were the Prime Minister, I would direct one department, as a test case, to find out whether its act and regulations are in order.

**Mr. Keyes:** Senator Andreychuk, I would certainly agree with you if clause 4 were to automatically re-enact all of the unpublished regulations that exist in the abstract and no one is quite sure what they are. However, this bill would not re-enact them all. It gives the Governor in Council the responsibility to, first, identify them and then to re-enact them by regulation, in both languages. These regulations must be pulled out of a mass of paper and highlighted as delegated legislation that must be re-enacted and validated.

I was trying to indicate the challenge of finding these by saying that we think there are relatively few of these instruments, but that they are buried in a mass of paper and powers. There are many thousands of powers and probably millions of pages of paper. The challenge is to find what we think are a relatively few instruments buried amongst a whole mass of others that exercise powers.

**Mr. Tremblay:** It is true, in addition, that the great majority of the ones that are of significance to the public are not exempted from publication, and those will have been resolved. We are being told repeatedly that this committee has no problem with clause 3. I remind honourable senators that the vast majority of these texts have been codified. The ones that the Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations had problems with are all codified and published. We have a vast array of federal regulations that were, indeed, published in both official languages, for which potential problem the solution will lie in clause 3.

We are really talking about things beyond the more easily identifiable ones that are at the core of our federal regulations and are published. We are talking about the other texts that are, as Mr. Keyes put it, among the millions of pages.

**Senator Andreychuk:** On what basis are you saying these texts are beyond reach? You have brought no evidence to support the conclusions you are drawing.

Vous nous dites que tout a été fait de bonne foi mais je ne pense pas qu'il soit question ici de bonne foi. Comme nous l'a déclaré un autre témoin, dans une démocratie comme le Canada, les citoyens ont le droit de connaître les lois et vous venez nous dire ici que vous ne les connaissez pas.

La cour a adopté une approche pragmatique et a reconnu qu'il fallait du temps pour redresser la situation. Il est possible que, dans ce cas-ci, il ne suffira pas d'un ou de trois ans mais de 10 ou 20 ans pour recenser et réunir toutes ces lois. Votre raisonnement ne tient pas lorsque vous dites que l'administration et le gouvernement n'ont aucune idée du lieu où se trouvent les lois et les règlements et n'ont aucun moyen de les trouver.

**M. Tremblay:** Ce n'est pas tout à fait exact.

**Le sénateur Andreychuk:** Si j'étais le premier ministre, j'ordonnerais à un ministère de vérifier si ses lois et ses règlements sont correctement classés et archivés, pour faire un essai.

**M. Keyes:** Madame le sénateur Andreychuk, je serais certainement d'accord avec vous si l'article 4 avait pour effet de réédicter automatiquement tous les règlements non publiés qui existent en théorie et dont personne ne sait exactement quels ils sont. Cependant, ce projet de loi n'a pas pour effet de réédicter tous ces textes. Il charge le gouverneur en conseil, premièrement, d'identifier ces textes et ensuite, de les réédicter, par voie de règlement, dans les deux langues. Ces règlements doivent être tirés d'une masse de papiers et désignés comme constituant de la législation déléguée qui doit être rééditée et validée à nouveau.

J'essayais d'expliquer la difficulté de trouver ces textes en disant que nous pensons qu'il en existe relativement peu mais qu'ils sont dissimulés dans une masse de papiers et de pouvoirs. Il existe plusieurs milliers de pouvoirs et probablement des millions de pages de documents. La difficulté est de trouver ce que nous pensons être un petit nombre de textes enfouis dans une grande masse d'autres textes qui attribuent certains pouvoirs.

**M. Tremblay:** Il est vrai en outre que l'immense majorité des textes qui offrent un intérêt public ne sont pas exemptés de publication, et que ces textes-là ne posent donc aucun problème. On nous a déclaré à plusieurs reprises que votre comité ne voyait pas de difficulté avec l'article 3. Je rappelle aux honorables sénateurs que l'immense majorité de ces textes ont été codifiés. Les textes que le Comité mixte permanent d'examen de la réglementation a signalés ont tous été codifiés et publiés. Il existe toute une série de règlements fédéraux qui ont en fait été publiés dans les deux langues officielles et pour lesquels l'article 3 offre une solution susceptible de régler les problèmes qu'ils pourraient soulever.

Nous parlons de textes qui ne font pas partie des textes faciles à identifier qui représentent l'essentiel des règlements fédéraux et qui ont été publiés. Nous parlons d'autres textes qui se trouvent, comme l'a dit M. Keyes, parmi des millions de pages.

**Le sénateur Andreychuk:** Sur quoi vous basez-vous pour affirmer que ces textes sont difficiles à identifier? Vous n'avez présenté aucun élément qui puisse justifier cette conclusion.

Clause 4 states, “The Governor in Council may...” That makes it permissive. Surely, if we are not complying with the law, the word we should use should be “shall.” I would feel better if the wording were, “The Governor in Council shall...” by regulation, repeal and institute whatever process is necessary to identify and correct the problem. That would involve a time lag.

In the future, with the new technology, we will be able to ascertain whether there is a law that covers any given circumstance. It seems to me that we are not approaching this with a view to using modern technology to meet the expectations of society.

**Mr. Tremblay:** That is because this problem goes back to 1867 when we did not have the technology we have today.

**Senator Andreychuk:** Today we have to manually find them. Are we bound by laws that have not been properly enacted? The government is applying, but they are not valid.

**Mr. Keyes:** I would suggest that we are not and that the government would have a great deal of difficulty trying to enforce secret laws against the public, whether in a penal context or any other context. There are a number of cases that deal with what you might call an “implied” requirement of publication and the question of whether there is, at common law, a duty of the government to publish its laws.

One of the most important of these is a decision from about 25 years ago involving police regulations in Toronto. In that case, a reporter wanted to obtain access to internal police disciplinary regulations. The newspaper went to court to try to force the police commission to divulge.

In that case, the judge clearly found that there is no common law right, generally, of the public of access to even things like these regulations. However, the court said that it would be unthinkable to apply one of these regulations against a person to the prejudice of his or her rights if that person had had no knowledge or notice of it.

As a matter of how the legal system handles these unpublished or less than formally published laws, there are substantial protections that have always been in the legal system. As a practical matter, the government would have found it very difficult, if not impossible, to apply any of these secret laws, if indeed they exist, against members of the public to the prejudice of their rights.

[Translation]

**Senator Rivest:** Publication in both languages is a constitutional obligation pursuant to section 133. You are raising reasonable and practical justifications concerning financial and administrative difficulties. But the fact remains that this is a constitutional obligation which must be satisfied.

Someone may drive through a red light and provide a thousand reasons to explain why he broke the speed limit. There is a legal problem. Could a citizen force the government, in spite of all

L'article 4 énonce: «Le gouverneur en conseil peut...». Cette disposition est donc facultative. Il semble que, si nous ne respectons pas la loi, le présent de l'indicatif s'impose. Je serais plus tranquille si l'article se lisait ainsi «Le gouverneur en conseil abroge et réédite...», par règlement, le texte qui fait problème. Cela accorderait un certain délai.

À l'avenir, grâce aux nouvelles technologies, nous serons en mesure de déterminer s'il existe un texte législatif applicable à une situation donnée. Il me semble que nous n'abordons pas cette situation en essayant d'utiliser les techniques modernes qui permettent de répondre aux attentes de la population.

**M. Tremblay:** C'est parce que ce problème remonte à 1867 et qu'à cette époque, nous n'avions pas la technologie que nous avons aujourd'hui.

**Le sénateur Andreychuk:** De nos jours, il faut les retrouver manuellement. Sommes-nous liés par les lois qui n'ont pas été correctement édictées? Le gouvernement les applique mais elles ne sont pas valides.

**M. Keyes:** Je dirais que ce n'est pas le cas et que le gouvernement aurait bien du mal à essayer d'appliquer des lois secrètes, que ce soit dans un contexte pénal ou autre. Il existe un certain nombre de décisions judiciaires qui traitent de ce que l'on peut appeler l'obligation «implicite» de publier certains textes et la question de savoir si le gouvernement est tenu, par la common law, de publier ces lois.

Une des principales décisions dans ce domaine a été rendue il y a près de 25 ans et portait sur les règlements de la police de Toronto. Dans cette affaire, un journaliste voulait avoir accès au règlement disciplinaire interne de la police. Le journal a demandé aux tribunaux d'obliger la commission de police à divulguer ce règlement.

Dans cette affaire, le juge a conclu que la common law n'accordait pas au public un droit d'accès à ce genre de chose, même lorsqu'il s'agit de règlements. La cour a néanmoins déclaré qu'il serait impensable d'appliquer un de ces règlements à une personne qui en ignore l'existence et qui, en plus, en subirait un préjudice.

Pour ce qui est de la façon dont le système juridique traite ces lois non publiées ou qui n'ont pas été publiées tout à fait officiellement, il existe des protections substantielles qui ont toujours été reconnus par le système juridique. En pratique, le gouvernement aurait beaucoup de mal, et il ne pourrait même pas le faire, à appliquer des lois secrètes, s'il en existait vraiment, aux citoyens et au préjudice de leurs droits.

[Français]

**Le sénateur Rivest:** La publication dans les deux langues constitue une obligation constitutionnelle en vertu de l'article 133. Vous nous fournissez des justifications raisonnables, pratiques des difficultés financières et administratives. Mais cela reste une obligation constitutionnelle qui doit être satisfaite.

Quelqu'un peut passer sur un feu rouge et invoquer mille raisons pour lesquelles il a dépassé la limite de vitesse. Il y a un problème de loi. Est-ce qu'un citoyen pourrait obliger le

administrative and financial considerations, to respect its constitutional commitments under section 133? I understand that there has not been a case, but someone could insist that the government respect its constitutional obligations.

**Mr. Newman:** You have asked a very good question. At the Department of Justice, we would reply that this is a hypothetical question. What happens in a legal dispute is that someone is faced with a regulation. This happened in the *Alcan* case. As the person runs the risk of being charged with an offence pursuant to the legislation, the legislation in question is challenged.

**Senator Rivest:** Just as in Quebec, the CEQ (Quebec Teachers Corporation) raised the fact that the laws had not been enacted in English. It used that argument. But someone could ask for that in any case. It is hypothetical, but possible.

**Mr. Newman:** Yes.

**Senator Rivest:** It is hypothetical, but it could happen. I'm very happy that you are providing, as an official, some explanations. There is a political decision to be made that is not ours or yours to make.

I wanted to clarify the issue of enactments, of the publication and printing of laws. There are many references to section 133 in the Official Languages Act. The Government of Quebec, the Government of Canada and the Government of New Brunswick follow the same constitutional rules with regard to the enactment of laws. That is why I do not think that section 133 is the basis for the fact that laws must be enacted, published, etc.

It has been said repeatedly that section 133 and the Official Languages Act stipulate that the Parliament of Canada, the National Assembly of Quebec and the Legislature of New Brunswick must publish and print their laws in both languages for other considerations.

Perhaps I am mistaken, but the constitutional obligation of enacting and publishing is not based on section 133.

**Mr. Tremblay:** We are in agreement. We do believe that the debate may be ongoing. This bill is interesting. Section 133, section 18, the Official Languages Act, and even the Statutory Instruments Act are all neutral. If there is such an obligation, a court will say so at some point.

**Senator Rivest:** Let us say, hypothetically speaking, that the Government of Canada has not fulfilled its constitutional obligations. It is thus exposing itself to legal sanctions sooner or later, even if they are hypothetical. If it decides for administrative and financial reasons to not make the necessary corrections because that seems to be the government's decision, someone can ask it to do so or initiate a legal challenge, as there has been in Quebec, with *ALCAN*, for instance. This could be used by someone who follows our debates. In that case, the hypothesis could become a reality in short order.

gouvernement, malgré toutes les considérations administratives et financières, à respecter ses engagements constitutionnels en vertu de l'article 133? Je comprends qu'il n'y a pas eu de cause, mais quelqu'un pourrait insister pour que le gouvernement respecte ses obligations constitutionnelles.

**M. Newman:** Vous avez posé une très bonne question. Au ministère de la Justice, nous allons répondre que c'est une question hypothétique. Ce qui arrive dans un litige, c'est que quelqu'un se trouve devant un règlement. Cela s'est produit dans l'affaire *Alcan*. Comme la personne risque d'être inculpée en vertu de ce décret, on conteste le décret en question.

**Le sénateur Rivest:** Comme au Québec, la CEQ a invoqué le fait que les lois n'avaient pas été adoptés en anglais. Elle a utilisé cet argument. Mais quelqu'un pourrait le demander de toute façon. C'est hypothétique mais possible.

**M. Newman:** Oui.

**Le sénateur Rivest:** C'est hypothétique mais cela pourrait arriver. Je suis très content que vous nous fournissiez, en tant que fonctionnaire, des explications. Il y a une décision politique qui ne relève pas de vous ni de nous.

Je voulais clarifier les questions de l'édition, de la publication et de l'impression des lois. On parle beaucoup de l'article 133 de la Loi sur les langues officielles. Le gouvernement du Québec, le gouvernement du Canada et le gouvernement du Nouveau-Brunswick ont les mêmes règles constitutionnelles à l'égard de l'adoption des lois. C'est pour cela que je ne pense pas que ce soit l'article 133 qui est à la base de la façon dont les lois doivent être adoptées, publiées, et cetera.

On a beaucoup dit que l'article 133 et la Loi sur les langues officielles stipulent que quand cela arrive au Parlement du Canada, à l'Assemblée nationale du Québec et à l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, ceux-ci doivent publier et imprimer, pour d'autres considérations, leurs lois dans les deux langues.

Peut-être que je me trompe, ce n'est pas sur l'article 133 qu'est fondée l'obligation constitutionnelle de publier et d'adopter.

**M. Tremblay:** Nous sommes d'accord. Nous disons que bien que le débat peut continuer. Il est intéressant, ce projet de loi. L'article 133, l'article 18, la Loi sur les langues officielles et même la Loi sur les textes réglementaires sont tous neutres. S'il existe une telle obligation, un tribunal pourra le dire à un moment donné.

**Le sénateur Rivest:** Disons, de façon hypothétique, que le gouvernement du Canada n'a pas rempli ses obligations constitutionnelles. Il s'expose donc à une sanction un jour ou l'autre même si elle est hypothétique. S'il décide pour des raisons administratives et financières de ne pas faire les corrections qui s'imposent parce que c'est ce qui semble être la décision du gouvernement, quelqu'un peut lui demander de le faire ou il peut y avoir une contestation juridique, comme il y en a eu au Québec, à *ALCAN* par exemple. Cela pourrait être utilisé par quelqu'un qui écoute nos débats. Alors là, l'hypothèse pourrait devenir réalité, ce ne serait pas long.

**Mr. Newman:** Let's look at the *Manitoba* case again. All of that province's legislation going back to 1890 has not been translated and reenacted. Rather, Manitoba chose to translate laws that were still valid, where it was worthwhile to do so. It also chose private laws which created, among other things, the Société franco-manitobaine. The fate of the other laws was deemed to be a matter of judgment. One cannot say that the province did not respect its constitutional obligation by not translating certain laws it deemed obsolete. Invalid laws no longer have any legal effect. So to say that the Government of Canada is not respecting its constitutional obligations by choosing not to verify everything and translate everything, is quite a leap, with all due respect, because it is quite possible that we are in full compliance with our constitutional obligations, and that was the intent of the Official Languages Act of 1988.

**Senator Rivest:** That is your opinion, but could there be others?

**Mr. Newman:** No.

**Senator Joyal:** I would like to make a comment on the redundancy of section 18 with regard to section 133. There is a principle of statutory interpretation which states that a statute exists to say something and if legislators drafted section 18 in 1982, it is because they wanted to say something, and we must try to understand what they wanted to say.

In addition, Mr. Keyes, there is another fundamental legal principle: that which is incidental is ancillary to the principal provision, unless an exception has been made. In this case what is incidental are the regulations. They follow the legal nature of the principal, unless in the law that provides for the creation of consequential provisions, a specific exception has been made for the different nature of those provisions. I do not think that your reasoning to the effect that that which derives from the legislative authority delegated by Parliament to a minister or Governor in Council to make laws, changes the nature of the act. On this aspect, once again, there is an abundance of doctrine.

I would like to go back to section 4. If we were to suppose that the decision was to translate the regulation — if we found ourselves, for instance, in the same position as Manitoba, where the Supreme Court enjoined us to translate, if we wanted to be reasonable, rational and practical, according to your experience of legal administration in Canada, what approach should we choose? Should we begin with the departments whose regulations are the most useful to the majority — I was thinking of income tax regulations, because a witness told us that the income tax regulations were unconstitutional since they had been enacted in only one official language. I imagine that we should then have to determine the most useful regulations, those which concern the greatest number of people. Afterwards, we would choose statutes that have been consolidated, since those regulations are already known to us.

**M. Newman:** Prenons de nouveau le cas du *Manitoba*. Toutes les lois de cette province, depuis 1890, n'ont pas été traduites pour être ensuite réadoptées. Le Manitoba a plutôt choisi les lois encore efficaces, pour lesquelles la traduction valait la peine. Il a également choisi des lois privées qui ont créé, entre autres, la société franco-manitobaine. Les autres lois ont été laissées au gré du jugement. On ne peut pas dire qu'il n'a pas respecté son obligation constitutionnelle en ne traduisant pas certaines lois qu'il a jugées caduques. Des lois invalides n'ont plus de portée juridique. Dire, donc, que le gouvernement du Canada ne respecte ses obligations constitutionnelles en choisissant de ne pas tout vérifier ni de tout traduire, c'est encore un saut, avec égard, parce qu'il se peut fort bien qu'on soit tout à fait en règle avec nos obligations constitutionnelles et c'est le but de la Loi sur la langues officielles de 1998.

**Le sénateur Rivest:** C'est votre prétention, mais il pourrait y en avoir d'autres?

**M. Newman:** Non.

**Le sénateur Joyal:** J'aurais un commentaire à faire sur la redondance de l'article 18 par rapport à l'article 133. On ne peut pas soutenir juridiquement que l'article 18 est redondant par rapport à l'article 133. C'est un principe d'interprétation des statuts que la loi est là pour dire quelque chose et que si le législateur en 1982 a créé l'article 18, c'est parce qu'il voulait dire quelque chose et il faut essayer de comprendre ce qu'il a voulu dire.

D'autre part, M. Keyes, il y a un autre principe de droit fondamental: l'accessoire suit le principal à moins qu'on ait prévu une exception. L'accessoire, dans le cas présent, ce sont les règlements. Ils suivent la nature juridique du principal, à moins que dans la loi qui donne le pouvoir de faire des accessoires, on prévoit une nature différente de l'accessoire. Je ne crois pas que votre raisonnement, à l'effet que ce qui ressort de l'autorité législative déléguée par le Parlement à un ministre ou gouverneur en conseil de faire des lois, change la nature de l'acte posé. Sur cet aspect, encore une fois, il existe des tonnes de doctrines.

Je voudrais revenir à l'article quatre. Si nous avons à considérer que la voie retenue serait de traduire les règlements — si on se retrouvait, par exemple, dans le même contexte que celui du Manitoba selon lequel la Cour suprême nous exhorte à traduire, voulant alors être raisonnable, rationnel et pratique, quelle serait alors, selon votre expérience de l'administration légale au Canada, l'approche à privilégier? Commenceriez-vous avec les ministères dont les règlements sont les plus utiles à la majorité — je pensais aux règlements de l'impôt, parce qu'un témoin nous a dit que le règlement de l'impôt sur le revenu était inconstitutionnel puisqu'il a été édicté dans une seule langue officielle. J'imagine alors qu'on devrait déterminer les règlements les plus utiles, qui concernent le plus grand nombre de personnes. Ensuite, on irait là où il y a déjà eu consolidation, puisqu'on connaît déjà ces règlements.

There are whole shelves full of consolidated regulations in libraries. We must disabuse ourselves of the notion that all of the regulations were thrown into the air and are floating about everywhere. The opposite is true; the vast majority of Canadian regulations is known.

**Mr. Tremblay:** Their case would be settled by section 3.

**Senator Joyal:** Exactly. Let us try to be practical and constructive in this debate. All of this considered, which approach would you advocate in a case like that one, while taking into account the costs and the workload that can be absorbed on a daily basis without creating chaos?

**Mr. Tremblay:** We have to be cautious. The bill which is before you today was examined by the Department of Justice. Interesting points of view were put forward. Our preference is already expressed in the bill. We are really talking about section 4, that is considered to be at the limit. We will have to see whether the suggestions that have been put forward are acceptable. The suggestion for instance of creating a duty for the Governor in Council cannot be effected through legislative drafting. The Governor in Council does not represent the executive. We cannot force the cabinet to act in this way. It is a matter of language. A law could not impose a clearer obligation than the Constitution already imposes. We would have difficulties at the level of language, but the concept according to which a given action should be undertaken is positive, if that were the point of view selected by the committee. It is however not our first option. We would consider, rather, a second option similar to that which is currently before the committee. However, aside from restricting the obligation to previous acts — only acts from before the 1988 act would be involved — we could also conceive that to force the administration to act the revisions would have to be done within three or five years, failing which the enabling power that will have been created through this bill would lapse.

Yes, there would be some uncertainty, but the government would be willing to live with that uncertainty, knowing that all its legislative instruments were valid. This would probably be our second suggestion to the minister, before adopting a model to implement research that would have to be exhaustive to be effective. So, why have created section 3, a fine technique that garnered everyone's agreement and would apply to the vast majority of relevant texts, to then initiate an exhaustive research? One loses the advantage of it, to some extent.

These are fringe benefits and as you go down the scale, it is certain that the benefits for government decrease. The minister would have to decide how he wishes to proceed.

**Senator Joyal:** You heard the witnesses comment section 4(3)(b) — and I am repeating what they said:

(b) it is proved that reasonable steps were taken to bring the substance of the legislative instrument it replaces to the notice of that person [...] before the contravention occurred.

Il y a des rayons de bibliothèques remplis de règlements consolidés. Il faut s'enlever de la tête l'idée que tous les règlements ont été lancés en l'air et qu'ils flottent partout. Au contraire, la très grande masse des règlements canadiens est connue.

**M. Tremblay:** Leur cas serait réglé par l'article trois.

**Le sénateur Joyal:** Exactement. Essayons d'être pratique et utile dans ce débat. Tout cela mis ensemble, quelle approche préconiserez-vous dans un cas comme celui-là, tout en tenant compte des coûts et de la somme de travail qui peut être absorbée dans la gestion quotidienne sans créer de chaos?

**M. Tremblay:** Il faut être prudent. Le projet de loi qui est devant vous aujourd'hui a été étudié par le ministre de la Justice. Des points de vue intéressants ont été mis de l'avant. Notre préférence est déjà exprimée dans le projet de loi. On parle vraiment de l'article quatre, ce que l'on considère être à la marge. Il faudra voir si les suggestions mises de l'avant sont acceptables. La suggestion, par exemple, de créer un devoir du gouverneur en conseil ne se fait pas sur le plan de la rédaction législative. Le gouverneur en conseil ne représente pas l'exécutif. On ne peut lier ainsi le Cabinet à prendre des actions. C'est une question de langage. Une loi ne pourrait pas imposer plus clairement une obligation que la Constitution impose déjà. On aurait des difficultés au niveau du langage, mais le concept voulant qu'une action quelconque pourrait devoir être entreprise est positif, si c'était le point de vue retenu par ce comité. Ce n'est cependant pas notre première option. On envisagerait plutôt une seconde option, de la nature de celle qui est présentement devant le comité. Toutefois, en plus de la restreindre à des actes antérieurs — ce serait seulement des textes antérieurs à la loi de 1988 qui seraient visés par la manœuvre —, on pourrait aussi concevoir qu'il faut, pour contraindre l'administration à agir, que les révisions engagées soient faites d'ici trois ou cinq ans, faute de quoi le pouvoir habilitant qu'on aura créé au moyen de ce projet de loi disparaîtrait.

Oui, une incertitude règnerait, mais le gouvernement serait prêt à vivre avec cette incertitude, sachant que tous ses textes législatifs sont valides. Ce serait probablement notre seconde suggestion au ministre, avant d'en arriver à adopter un modèle visant une recherche qui se vaudrait exhaustive si elle se veut efficace. Alors pourquoi avoir fait l'article 3, une belle technique avec laquelle tout le monde est d'accord qui visera la vaste majorité des textes pertinents, pour ensuite aller vers la recherche exhaustive? On en perd un peu le bénéfice.

Il s'agit de bénéfices marginaux et à mesure qu'on descend les échelles, il est certain que les bénéfices pour le gouvernement sont moindres. Il faudrait que le ministre décide comment il veut procéder.

**Le sénateur Joyal:** Vous avez entendu les témoins qualifiés l'article 4(3)(b) — je vous les répète lorsqu'on dit que:

(b) il est prouvé que des mesures raisonnables ont été prises pour que la substance du texte législatif qu'il remplace soit portée à la connaissance de cette personne avant la violation.



You heard at least two witnesses, among these the Commissioner of Official Languages, who referred to the *Beaulac* decision and who seem to have established very clearly in our minds that the substance of the instrument must have been brought to the notice of the person in the official language of that person, regardless of whether or not the person knows the other language. I believe the Commissioner of Official Languages sent a letter to the members of the committee which has not yet been tabled. She reiterates that element very clearly in page 3 of her letter, which she submitted after having been asked for comments when Professor Foucher testified.

The approach you propose is that of the government. Would you accept an amendment to section 4(3)(b) to recognize that particular aspect concerning the official language of the person, so as to give effect to the *Beaulac* decision?

**Mr. Tremblay:** Once again, as officials we must proceed with caution. We have no instructions from our minister in this regard.

Once again, it is a matter of perspective. The perspective of Professor Foucher and of the Commissioner of Official Languages on this matter is very interesting.

That being said, the approach or interpretation of the principles, or of the distinction between linguistic rights and principles of natural justice is debatable. In the *Beaulac* decision, Justice Bastarache indicated that there was a history of confusion between the two notions; one concerns understanding and the other the existence of linguistic rights.

He said: "I would like to put an end to it, but obviously the debate continues as to where linguistic rights begin and where the right to understanding ends." I will not claim to solve this issue today. When new legislative instruments are enacted under section 4, the government will study the recommendations that will have been submitted to it in that regard.

**Senator Beaudoin:** I read Mr. Bernier's text. You do not arrive at the same conclusion on the issue of one year or two. I am very open. One year, two years, three years, it is not the end of the world. However, he is somewhat stricter insofar as the remedy is concerned. Sections 3 and 4 are very close to constitutional law. The Parliament has the right to legislate, of course, and in its domain, it is sovereign. He goes quite far, because he says that it is a "deeming clause." The Supreme Court did so in the Manitoba case. This was accepted, it is a decision of the Supreme Court, it is as if it had legislated. Can we do the same thing? This is what we are attempting to do with sections 3 and 4. I agree that sections 3 and 4 are better than nothing. If I had a choice between doing nothing and accepting sections 3 and 4, I would accept sections 3 and 4. They are much better than nothing at all. But there is an unknown factor in all of this. The court could arrive at the conclusion that Parliament may not enact sections 3 and 4 without a constitutional amendment. That is the only problem we have. It is quite an extraordinary task, but the problem is to determine whether, when the bill is challenged — because it likely will be challenged — the court will not arrive at the following

Vous avez entendu au moins deux témoins, dont la Commissaire aux langues officielles, qui ont fait référence à l'arrêt *Beaulac* qui semble avoir établi très clairement dans notre esprit qu'il faut que la substance ait été communiquée dans la langue de la personne, indépendamment du fait que la personne puisse connaître l'autre langue. Je crois comprendre que la Commissaire aux langues officielles a envoyé une lettre aux membres du comité qui n'a pas été déposée encore. Elle réitère cet élément très clairement à la page 3 de la lettre qu'elle nous a fait parvenir, suite aux commentaires qu'on lui a demandés lorsque le professeur Foucher a témoigné.

L'approche que vous proposez demeure celle du gouvernement. Accepteriez-vous que l'article 4(3)(b) soit amendé pour reconnaître cet aspect particulier dans la langue officielle de la personne de manière à donner effet au jugement *Beaulac*?

**M. Tremblay:** Encore une fois, la prudence du fonctionnaire s'impose. Nous n'avons pas d'instruction de notre ministre à cet égard.

Encore une fois, c'est une question de perspective. La perspective que le professeur Foucher et que la Commissaire aux langues officielles ont apportée à ce sujet est très intéressante.

Cela dit, l'approche ou l'interprétation qu'on fait des principes ou de la distinction entre les droits linguistiques et les principes de justice naturelle est débattable. Dans l'arrêt *Beaulac*, le juge Bastarache a indiqué qu'il y a eu une histoire de confusion entre les deux notions; une vise la compréhension et l'autre vise l'existence de droits linguistiques.

Il a dit: «Je voudrais y mettre fin, mais de toute évidence, on continue de débattre, si on veut, d'où commence le droit linguistique et d'où fini le droit à la compréhension». Je ne veux pas résoudre cette question aujourd'hui. Lorsqu'on rééditera, le temps venu, des textes législatifs sous l'article 4, le gouvernement étudiera les recommandations qui lui auront été faites à cet égard.

**Le sénateur Beaudoin:** J'ai lu le texte M. Bernier. Vous n'arrivez pas à la même conclusion sur la question d'un an ou deux. Je suis très ouvert. Un an, deux ans, trois ans, ce n'est pas la fin du monde. Par contre, il est quand même un peu plus sévère pour le remède. Les articles 3 et 4 ressemblent beaucoup au droit constitutionnel. Le Parlement a le droit de légiférer, c'est certain et dans son domaine, il est souverain. Il va assez loin parce qu'il dit c'est un «deeming clause». La Cour suprême l'a fait dans le cas du Manitoba. Cela a été accepté, c'est une décision de la Cour suprême, c'est comme si elle légiférait. Pouvons-nous faire la même chose? C'est ce qu'on tente de faire avec les articles 3 et 4. Je suis d'accord que les articles 3 et 4 sont mieux que rien. Si j'avais le choix entre ne rien faire et accepter les articles 3 et 4, j'accepterais les articles 3 et 4. C'est beaucoup mieux que rien du tout. Il y a une inconnue dans cela. La cour pourrait arriver à la conclusion que le Parlement ne pourrait pas édicter les articles 3 et 4 sans en faire un amendement constitutionnel. C'est la seule difficulté que nous avons. C'est un travail assez extraordinaire, mais le problème est de savoir si, une fois que le projet de loi sera contesté — parce qu'il le sera probablement —, la cour n'arrivera

conclusion: yes, you have done a great deal of work, but you need a constitutional amendment for this to be considered as valid as the Manitoba decision.

The court may also say that this is delegated legislation. A decision has been handed down concerning the Manitoba laws. This basically concerns delegated legislation. Parliament has done what it could because Parliament may delegate legislation. In that sense, it would be valid. It is not beyond question. You go as far as possible, but I am not sure that this solves the problem which is before us.

**Mr. Newman:** Rather than the Manitoba example, let us look at the *Sinclair* affair in Quebec, for instance, where what was at stake was precisely a series of orders, letters patent and notices. In that case, the Supreme Court had given the Quebec legislature a year to re-enact the legislation and orders concerned. The *Brunet, Albert et Collier* case dealt with documents incorporated into back-to-work legislation in Quebec. The documents were in one language only and they had to be re-enacted in both languages. This law aims to comply with the Constitution by solving — without waiting for a Supreme Court decision in this regard — a situation that existed in the past and will no longer exist in the future. The question that is raised, thus, is the following: are certain measures valid or not? How will a court interpret such a law? Firstly, it will benefit from the presumption of constitutionality. There will be a reading down of the act if it goes too far in certain respects, but it will also be interpreted according to its pith and substance.

The pith and substance of the law mean that insofar as its effects are concerned, the federal legislation will be in compliance with sections 133 and 18 of the Charter with regard to the past. In this connection, Parliament and legislative techniques must allow it to comply with section 133.

It is useless when claiming linguistic rights to insist on procedures that are beyond the adoption of new procedures, beyond the publication in both languages or beyond what the *Blaikie* decision already requires since 1992. This does not serve the cause of promoting language rights. The bill wishes to establish the equality of both languages.

It is in that perspective that the bill must be looked at. If the 1978 consolidation had been examined by a court, as had always been claimed, would the court have demanded more than what has been done because they have adopted new rules concerning printing and publication in both languages? The bill aims to have both official languages respected, nothing more. I believe that all of that would have been taken into consideration if the issue had been brought before the courts. This was not done. Thus, the constitutionality presumption is at play here.

**Senator Beaudoin:** Yes, I would accept that. Perhaps the court would say: “Listen, you have done everything you could. You attempted to validate, in a retroactive manner, regulations that had not been translated.” This can be done at the governmental

pas à la conclusion suivante: oui, vous avez fait beaucoup de travail, mais il faudrait que ce soit un amendement constitutionnel pour que cela ait une valeur comme la décision du Manitoba.

Peut-être que la cour dira aussi que c’est de la législation déléguée. On a rendu notre arrêt pour les lois du Manitoba. Ceci, dans le fond, c’est pour la législation déléguée. Le Parlement a fait ce qu’il peut parce que le Parlement peut déléguer la législation. En ce sens, ce serait valide. Ce n’est pas au-delà de tout doute. Vous allez le plus loin possible, mais je ne suis pas sûr que cela répond au problème devant nous.

**M. Newman:** Au lieu de l’exemple du Manitoba, prenons plutôt celui du Québec dans l’affaire *Sinclair*, par exemple, où ce qui était en jeu était justement une série de décrets, de lettres patentes et d’avis. Dans ce cas, la Cour suprême avait donné un an à la législature du Québec pour adopter à nouveau la législation en cause et les décrets en cause. Dans l’affaire *Brunet, Albert et Collier* il était question des documents incorporés dans des lois de retour au travail au Québec. Les documents n’étaient que dans une seule langue et il fallait les adopter à nouveau dans les deux langues. Cette loi vise à aller dans le sens de la Constitution, de régler — sans attendre un jugement de la Cour suprême à cet égard — une situation qui existait par le passé et qui n’existe plus par rapport à l’avenir. La question qui se pose est donc: certaines mesures sont-elles valides ou non? Comment un tribunal va-t-il interpréter une telle loi? D’abord, cela va bénéficier de la présomption de la constitutionnalité. Il y aura une lecture atténuée de la loi si cela va trop loin à certains égards, mais ce sera interprété aussi selon son caractère véritable.

Le caractère véritable de la loi fait en sorte qu’au niveau de ses effets, la législation fédérale sera conforme aux articles 133 et 18 de la Charte par rapport au passé. À cet égard, il faut que le Parlement et les techniques législatives lui permettent de se conformer à l’article 133.

Il est inutile, sur le plan de la revendication des droits linguistiques, d’insister sur des procédures qui sont au-delà de l’adoption de nouvelles procédures, au-delà de la publication dans les deux langues ou au-delà de ce que l’arrêt *Blaikie* exige déjà depuis 1992. Cela ne sert pas la cause des droits linguistiques. Le projet de loi vise l’égalité des deux langues.

C’est dans cette optique qu’il faut regarder ce projet de loi. Si la codification de 1978 avait été examinée par un tribunal, comme on l’avait toujours prétendu, est-ce que le tribunal aurait exigé plus que ce qui a été fait parce qu’ils ont adopté de nouveau les règlements d’impression et de publication dans les deux langues? Il n’est jamais question de faire autre chose que de respecter les deux langues officielles. Selon moi, ils auraient pris tout cela en considération si la question avait été abordée devant les tribunaux. Ce qui n’a pas été le cas. Donc la présomption à la constitutionnalité y est pour quelque chose.

**Le sénateur Beaudoin:** Oui, j’accepterais cela. Peut-être que la cour dirait: «Écoutez, vous avez fait tout ce qui est possible. Vous avez tenté de valider, de façon rétroactive, des règlements qui n’avaient pas été traduits». Cela peut être fait aux niveaux

and legislative levels, and a bill is a legislative tool. Perhaps they will not go any further and will give their benediction to the bill by saying that this all that can be done at the legislative level.

**Mr. Tremblay:** As you know, our bill is modelled on the Quebec legislation. We considered the Quebec Superior Court's ruling in the *Société Asbestos* case which we referred to during our first appearance before the committee, and from which I quoted certain excerpts. One court has already examined the model for our bill and stated that it was quite reasonable for the government to create this instrument to right a historical wrong.

**Senator Beaudoin:** The *Société Asbestos* ruling was not appealed?

**Mr. Tremblay:** As I said on April 24, there was a request for leave to appeal, but this issue was not debated by the Appeal Court and the appeal was denied on other grounds. This means that the ruling holds; the validity of the Quebec law was not questioned. The Appeal Court, which would have had the opportunity, had it wanted to do so, to question its bases, did not do so. The proceedings stopped at the Appeal Court level, and did not go on to the Supreme Court.

[English]

**The Chairman:** Trying to settle the dilemma that we have before us and in full agreement with the premise behind this bill and what it is trying to do, what, then, would be wrong with following the approach that they did in Manitoba, where they identified the regulations that were currently in use and were not in compliance with section 133 of the BNA Act and cleaned those up? One could do that fairly easily with an amendment along the lines suggested to us by the Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations that added subclause (7) to clause 4, that any legislative instrument referred to in subsection (1) shall be deemed to be revoked on the day — 12 months, two years, whatever would be a reasonable period of time — on which this act comes into force unless the instrument is re-enacted under subsection (1) before that day.

That would give you the freedom you need to cure the problems with the regulations that are in constant use, which you must be fairly well aware of, and not to worry so much about the obscure ones for which you would have to search for hours. If those do arise and cause problems in the future, then a bill could be drafted to remedy the problems.

**Mr. Tremblay:** Two distinctions are important. Manitoba could have started with *tabula rasa*. It could have proceeded from the premise that none of its legislation past a given date, and none of its legislative instruments would be left behind. It could have had a wonderful project of society-building where it could have said, "What laws do we need? Enact those. What regulations do we need? Enact those," and be done with it. However, in a sense, it undertook a bigger enterprise, but one that was much more circumscribed.

gouvernemental et législatif, et un projet de loi, c'est législatif. Peut-être qu'ils n'iront pas plus loin et qu'ils vont donner la bénédiction à la loi en disant que c'est tout ce qu'on peut faire sur le plan juridique.

**M. Tremblay:** Comme vous le savez, notre projet de loi est modelé sur la loi québécoise. C'est justement ce que la Cour supérieure du Québec a statué dans l'affaire *Société Asbestos* dont il a été question lors de notre première comparaison, et dont j'ai cité des extraits. Il y a déjà un tribunal qui a regardé le modèle pour notre projet de loi et qui a dit que c'était une mesure tout à fait raisonnable que le gouvernement se dote de cet instrument pour corriger une situation historique.

**Le sénateur Beaudoin:** L'affaire *Société Asbestos* n'a pas été en appel?

**M. Tremblay:** Je reprends ce que j'ai dit le 24 avril, il y a eu un appel, mais cette question n'a pas été débattue par la cour d'appel et l'appel a été rejeté pour d'autres motifs. Ce qui veut dire que le jugement tient; la validité de la loi québécoise n'a pas été questionnée. La cour d'appel qui aurait eu l'occasion, si elle l'avait voulu, d'en questionner les fondements, ne l'a pas fait. Cela s'est arrêté à la cour d'appel, cela ne s'est pas rendu en Cour suprême.

[Traduction]

**La présidente:** Si l'on veut régler le problème qui nous est soumis, conformément aux principes sur lesquels repose ce projet de loi et les mesures proposées, pourquoi n'adopterions-nous pas l'approche qui a été utilisée au Manitoba, qui a consisté à identifier les règlements en vigueur à un moment donné et qui ne respectaient pas l'article 133 de l'AANB et à les valider? Cela pourrait être fait assez facilement en adoptant une modification dans le sens que propose le Comité mixte permanent d'examen de la réglementation qui ajouterait un paragraphe (7) à l'article 4, selon lequel tout texte législatif visé par le paragraphe (1) est réputé être abrogé le jour — 12 mois, deux ans, enfin une période raisonnable — de l'entrée en vigueur de la présente loi, à moins que le texte ne soit réédité conformément au paragraphe (1) avant cette date.

Cela vous donnerait la latitude dont vous avez besoin pour remédier aux problèmes que posent les règlements qui sont fréquemment utilisés, et que vous devez certainement connaître très bien, et ne pas vous inquiéter des règlements obscurs que vous ne pourriez retrouver qu'en faisant des recherches approfondies. Si ces règlements causaient des problèmes à l'avenir, il serait toujours possible de préparer un projet de loi pour y remédier.

**M. Tremblay:** Il faut faire deux distinctions. Le Manitoba aurait pu repartir à zéro. Il aurait partir du principe que toutes les lois et tous les textes législatifs postérieurs à une certaine date étaient abrogés. Il aurait pu se lancer dans une entreprise de société et se demander: «quelles sont les lois dont nous avons besoin? Adoptons-les. Quels sont les règlements dont nous avons besoin? Adoptons-les» et faire son travail de cette façon. Le Manitoba s'est lancé dans une entreprise à la fois plus vaste et mieux circonscrite.

The second distinction is that Manitoba had the benefit of a court ruling that protected things that had been done under the laws that would cease to exist. It is not a course of action that we want to take, but unless a court decides that the federal regulations or legislative instruments are invalid and then grants us, temporary validity and the use of the other safeguarding doctrines of *de facto* and *stare decisis* and so on, and unless we have a judgment to that effect, if our exercise done under the model suggested by the Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations failed in some way, and we missed one instrument somewhere —

**The Chairman:** You would then get a court instruction to do something.

**Mr. Tremblay:** In the meantime, how would we find out we had missed one? Someone would have find it, as in *Alcan*. Someone would challenge the fact that land may have been given to someone else or a licence given to a competitor. It would create the very types of uncertainty that we are trying to avoid here.

Someone suggested the other day that there is a "damned if you do damned if you don't" attitude. We are proceeding on the assumption that the government must take whatever reasonable measures it can to resolve an issue. We have done so in constant and repetitive phases from 1969, 1978, 1982, 1988 and post 1992 with the *Manitoba Language Rights Reference*. Our knowledge of this issue and the way we deal with regulation and regulation-making has evolved, but we cannot have certainty that the method we will use will be perfect unless we undertake a massive and complete search of government documents to ensure that the legal effects under these acts are protected.

**The Chairman:** If you are to undertake a massive search to ensure that these measures are protected, surely to goodness five years would be adequate. If you had not found these things after five years, they could be deemed to be revoked without any problem whatsoever.

**Mr. Tremblay:** There is certainly some reasonableness to the assumptions you are making. Again, however, we could make a mistake. When I called the legal services department of Revenue Canada to find out about these regulations that had been identified, the 1955 regulations, I found out that they had never looked at the 1955 regulations. They had a consolidation in 1978 and amendments upon amendments. The people who deal with this deal with documents that are contemporaneous today. They have no reason to go behind those.

However, a taxpayer may have a reason to go behind those documents. They may say, "We have an argument we think is reasonable with respect to the tax regulations." Certain texts that are, perhaps, more arcane may have created a legal order upon which other texts have been built through the years. To believe

La deuxième différence est que le Manitoba s'appuyait sur une décision judiciaire qui protégeait tous les actes posés conformément aux lois qui cessaient d'exister. Ce n'est pas de cette façon que nous entendons procéder mais à moins qu'un tribunal décide que les règlements ou les textes législatifs fédéraux sont inconstitutionnels et leur accorde ensuite une validité temporaire, par le recours au principe de la protection des situations de fait et à la règle du *stare decisis*, tant que nous n'aurons pas un jugement en ce sens, si la méthode proposée par le Comité mixte permanent d'examen de la réglementation nous amenait à commettre certaines erreurs et si nous manquions un texte se trouvant...

**La présidente:** Vous pourriez obtenir une directive judiciaire pour réparer cela.

**M. Tremblay:** Entre-temps, comment saurions-nous si un texte nous a échappé? Quelqu'un pourrait s'en apercevoir, comme dans l'affaire *Alcan*. Quelqu'un pourrait contester le fait qu'un terrain a été donné à quelqu'un d'autre ou un permis accordé à un concurrent. Cela susciterait le genre d'incertitude que nous essayons d'éviter ici.

Certaines personnes ont déclaré l'autre jour que nous nous trouvons devant un grave dilemme. Nous partons du principe que le gouvernement doit prendre toutes les mesures raisonnables pour résoudre ce problème. Nous l'avons fait à différentes étapes, en 1969, en 1978, en 1982, en 1988 et après en 1992 avec le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*. Les connaissances que nous avons acquises et la façon de mettre en oeuvre le pouvoir réglementaire ont évolué mais nous ne pouvons être sûrs que la méthode utilisée donnera des résultats parfaits si nous ne procédons pas à un examen complet et détaillé des documents du gouvernement pour être certains de préserver les effets juridiques de ces lois.

**La présidente:** Si vous procédez à un examen complet et détaillé dans le but d'assurer cette protection, il paraît évident qu'une période de cinq ans serait suffisante. Si vous n'avez pas trouvé ces choses après les avoir cherchées pendant cinq ans, elles pourraient être réputées avoir été abrogées sans que cela pose aucun problème.

**M. Tremblay:** Les hypothèses sur lesquelles vous vous basez semblent raisonnables. Nous pourrions néanmoins commettre une erreur. Lorsque j'ai demandé aux services juridiques de Revenu Canada de faire une recherche sur le règlement qui avait été signalé, le règlement de 1955, j'ai constaté que ce service n'avait jamais examiné le règlement de 1955. Le règlement avait été codifié en 1978 et ensuite, il y avait eu des modifications successives. Les personnes qui utilisent ces documents, les utilisent sous leur forme actuelle. Elles n'ont aucune raison de remonter plus loin.

Il se pourrait toutefois qu'un contribuable ait des motifs pour remonter plus loin dans le temps. Il pourrait se dire «J'ai un argument qui me paraît raisonnable pour ce qui est du règlement de l'impôt». Il est possible que certains textes plus obscurs que d'autres aient mis en place un ordre juridique auquel se sont

that it is easy for federal regulatory authorities to know that these things have been built upon through the years is not an assumption that can be borne out by the facts.

The reality is we can be dealing with ancient texts that have, over the years, been amended, and so on. The original text could have contained a problem, an unsuspected problem. It is a question of degree of risk.

**The Chairman:** Well, more power to them if they do that kind of research, find the problem, and point it out. Then the government can correct it.

**Senator Beaudoin:** If a problem statute were referred to the Supreme Court of Canada in a reference case, nothing would preclude the Supreme Court of Canada from giving an advisory opinion that this mechanism is acceptable, and the court could give its blessing. That is the best thing to do, perhaps.

My first reaction is probably to say it is not the end of the world to go before the Supreme Court in a reference case. We have done it 125 times. This is big enough to be the objective of a reference case. The court may say, "No, this is acceptable," or it may say, "You need a constitutional amendment." However, the court may say it is acceptable for two or three reasons. Since it is a decision of the court, it is a constitutional reply. In my opinion, a reference case is a possibility.

**The Chairman:** If you ever said to the ordinary citizen of Canada that the Department of Justice is unable to spend the time and the money to find all the incorrect instruments that were enacted in the past, I think the ordinary citizen would conclude that the government is trying to hide something, and would question what it is trying to hide. I have some problems with that.

**Senator Fraser:** My difficulty is similar, though not identical.

For 35 years, public policy in this country has rejected arguments from private persons, institutions and corporations that it would be too costly to comply with the Official Languages Act. No organization in this country has greater resources and probably none has more battalions of lawyers than the Government of Canada. For us to fall back on an argument that, in my view, we rightly have rejected for everyone else in the country, strikes me as very difficult to justify.

That is a political statement. You do not have to respond to it. It is something I am finding harder and harder to avoid as we get further into this matter.

**The Chairman:** I will give you the chance to respond, and then we will stop for the evening and let you off the hook.

**Mr. Keyes:** The difference in what we are discussing here today is the extent of the obligation. On our part, there is no argument. If there is an obligation, it is a constitutional obligation. The government must comply, regardless of the cost. The question is: What, exactly, is the extent of that obligation, particularly, in terms of resurrecting instruments and republishing instruments?

ajoutés progressivement d'autres règles. Rien ne permet de penser que les autorités réglementaires fédérales sont en mesure de savoir comment ces règles sont apparues au cours des années.

En réalité, il est possible que nous utilisions des textes anciens qui ont été modifiés plusieurs fois au cours des années. Il y a le risque que le texte original puisse soulever un problème, un problème imprévu. C'est donc une question de risque.

**La présidente:** Eh bien, bravo s'ils peuvent faire ce genre de recherche, découvrir le problème et le signaler. Le gouvernement pourra toujours le corriger ensuite.

**Le sénateur Beaudoin:** Si une loi problème faisait l'objet d'un renvoi devant la Cour suprême du Canada, rien n'empêcherait celle-ci de donner un avis consultatif déclarant que le mécanisme utilisé est acceptable et qu'elle lui accorde sa bénédiction. Ce serait sans doute la meilleure chose à faire.

Ma première réaction consisterait probablement à dire que ce n'est pas la fin du monde de présenter un renvoi à la Cour suprême. Nous l'avons fait 125 fois. Cette question est suffisamment importante pour faire l'objet d'un renvoi. Il est possible que la cour dise: «Non, cela est acceptable» ou «Il faut une modification constitutionnelle». La cour pourrait également déclarer que cela est acceptable pour deux ou trois raisons. Une décision de cette cour est une réponse de nature constitutionnelle. J'estime donc que l'on pourrait procéder par renvoi.

**La présidente:** Si l'on disait à un citoyen ordinaire que le ministère de la Justice n'a ni le temps, ni les moyens de rechercher tous les textes qui ont été édictés de façon irrégulière dans le passé, il me semble que ce citoyen penserait que le gouvernement essaie de cacher quelque chose et qu'il tenterait de découvrir ce que c'est. J'aurais du mal à accepter une telle chose.

**Le sénateur Fraser:** Je vois là un problème semblable mais pas identique.

Pendant 35 ans, le gouvernement a officiellement rejeté les arguments des citoyens, des institutions et des sociétés privées qui soutenaient que l'application de la Loi sur les langues officielles était trop coûteuse. Il n'existe pas au Canada une organisation ayant davantage de ressources et accès à un si grand nombre d'avocats que le gouvernement du Canada. Je ne vois pas comment l'on pourrait invoquer un argument que nous avons interdit, à juste titre d'après moi, aux autres.

C'est une déclaration politique. Vous n'êtes pas obligé d'y répondre. C'est un aspect que j'ai de plus en plus de mal à éviter à mesure que nous approfondissons cette question.

**La présidente:** Je vais vous donner la possibilité de répondre; nous nous arrêterons ensuite pour ce soir et nous vous libérerons.

**M. Keyes:** Ce qui nous sépare dans cette discussion d'aujourd'hui, c'est l'étendue de l'obligation. De notre côté, il n'y a pas d'hésitation. Si c'est une obligation, c'est une obligation constitutionnelle. Le gouvernement doit la respecter, quel qu'en soit le coût. La question à résoudre est la suivante: quelle est l'étendue exacte de cette obligation, en particulier pour ce qui est de découvrir ces textes et de les republier?

In terms of trying to assess the extent of that obligation, we are suggesting that it is relevant to understand what it would take if the obligation were such. That is relevant to understanding and coming to a conclusion about what it is reasonable to expect the government to do and what a reasonable obligation is in terms of these matters.

That is the nub of the question: How far does the Constitution require us to go in terms of resurrecting these instruments?

Our position is the instruments you are talking about under clause 4, without any action by the government, are probably invalid. They probably have no legal significance. Are we talking about some sort of obligation to resurrect them? That is the nub of the issue here. That is where we are saying there is no obligation to resurrect them but if we do not resurrect them, then we, the government, must live with the consequences of a whole series of invalid instruments.

**The Chairman:** I believe that Mr. Tremblay told us that many present regulations may be built on the foundation of these unconstitutional regulations.

**Mr. Keyes:** That is correct. If that is the case, then the government will have to bear the responsibility of validating its current regulations.

**Mr. Tremblay:** To clarify that, many of those will have been consolidated. What we are dealing with will have been corrected through clause 3.

However, we are dealing with the anterior period, and I brought a Supreme Court of Canada case, *Air Canada v. British Columbia*, where the Supreme Court considered a similar issue of giving retroactive effect to legislation. People were coming back and saying, "We want the taxes back that we paid on this previously ultra vires act." That type of situation might arise if we miss, if there are court judgments and if our technique is not complete.

Mr. Keyes' point is that, from 1978, 1969, 1978, 1982, et cetera, the corpus of federal legislation regulations has increasingly been bilingual. We are reducing the number, and people are aging. As regulations disappear from use and are replaced by new and valid regulations and instruments, a process that has already begun, the possibility that something arising from the past will come back will become a moot point. It began in 1969 and it is ongoing.

**The Chairman:** I hope we made you gentlemen aware that we see problems with this.

Thank you very much for your patience.

The committee adjourned.

Nous estimons que pour évaluer la portée de cette obligation, il est important de comprendre ce qu'elle impliquerait en fonction de la portée qui lui est attribuée. C'est un aspect qui permet d'apprécier ce qu'il serait raisonnable que le gouvernement fasse et ce qui constitue une obligation raisonnable dans ce domaine.

Voilà la question essentielle: qu'est-ce que la Constitution nous oblige à faire pour ressusciter ces textes?

Nous pensons que les textes qui sont visés par l'article 4 sont sans doute invalides, si le gouvernement ne prend aucune mesure à leur égard. Ils n'ont sans doute aucune importance juridique. Le gouvernement est-il vraiment obligé de ressusciter ces textes? C'est là l'essentiel de la question. Nous pensons que le gouvernement n'est pas obligé de le faire mais si nous ne le faisons pas, le gouvernement devra vivre avec les conséquences qui peuvent découler de l'existence d'une série de textes invalides.

**La présidente:** Je crois que M. Tremblay nous a déclaré qu'il est possible que des règlements en vigueur actuellement soient fondés sur des règlements inconstitutionnels.

**M. Keyes:** C'est exact. Si tel est bien le cas, le gouvernement devra alors se charger de valider les règlements actuels.

**M. Tremblay:** Il faut préciser que la plupart de ces règlements ont déjà été codifiés. Les textes dont nous parlons auront déjà été corrigés grâce à l'article 3.

Nous visons cependant une période antérieure et j'ai apporté un arrêt de la Cour suprême du Canada, *Air Canada c. Colombie-Britannique*, dans lequel la Cour suprême a examiné une question semblable portant sur l'effet rétroactif d'une loi. Les gens ont réclamé de l'argent: «Nous voulons qu'on nous rembourse les taxes que nous avons payées à cause de cette loi inconstitutionnelle». Ce genre de situation pourrait se reproduire si nous commettons une erreur, si les tribunaux prononcent des jugements contre nous et si la technique utilisée n'est pas sans faille.

M. Keyes a fait remarquer qu'à partir de 1978, de 1969, de 1978, de 1982, et par la suite, les règlements fédéraux sont devenus de plus en plus bilingues. Nous réduisons le nombre de ces règlements et la population vieillit. À mesure que les règlements ne sont plus utilisés et sont remplacés par de nouveaux règlements et textes valides, processus qui est déjà engagé, il deviendra de moins en moins probable qu'un texte ancien pose des problèmes. Le processus a démarré en 1969 et il s'est poursuivi depuis.

**La présidente:** J'espère que nous vous avons bien fait comprendre que nous pensions que ce projet de loi soulevait certains problèmes.

Merci de votre patience.

La séance est levée.





*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Public Works and Government Services Canada – Publishing  
45 Sacré-Coeur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*

Travaux publics et Services gouvernementaux Canada – Édition  
45 Boulevard Sacré-Coeur  
Hull, Québec, Canada K1A 0S9

---

WITNESSES

**On the motion and message concerning an amendment to Bill C-15A:**

*From the Department of Justice:*

Ms Lucie Angers, Counsel, Criminal Law Policy Section;

Ms Carole Morency, Senior Counsel, Family, Children and Youth Section.

**On Bill S-41:**

*From the Department of Justice:*

Mr. Warren J. Newman, General Counsel, Constitutional and Administrative Law Section;

Mr. Marc Tremblay, Senior Counsel, Official Languages Law Group;

Mr. John Mark Keyes, Director, Legislative Policy and Development.

TÉMOINS

**Motion et message au sujet d'un amendement au projet de loi C-15A:**

*Du Ministère de la Justice:*

Mme Lucie Angers, avocate, Section de la politique en matière de droit pénal;

Mme Carole Morency, avocate conseil, Section de la famille, des enfants et des adolescents.

**Projet de loi S-41:**

*Du Ministère de la Justice:*

M. Warren J. Newman, avocat général, Section du droit administratif et constitutionnel;

M. Marc Tremblay, avocat-conseil, Groupe du droit des langues officielles;

M. John Mark Keyes, directeur, Orientation et perfectionnement législatifs.