

FEDERAL COURT

BETWEEN:

ANIZ ALANI

Applicant

and

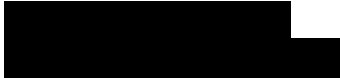
THE PRIME MINISTER OF CANADA,
THE GOVERNOR GENERAL OF CANADA and
THE QUEEN'S PRIVY COUNCIL FOR CANADA

Respondents

APPLICANT'S BOOK OF AUTHORITIES

VOLUME I of II

Aniz Alani, on his own behalf



Tel: 604.600.1156

Applicant

William F. Pentney
Deputy Attorney General of Canada
Per: **Jan Brongers/Oliver Pulleyblank**
Department of Justice
B.C Regional Office
900 – 840 Howe Street
Vancouver, BC V6Z 2S9
Tel: 604.666.0110
Fax: 604.666.1585

Solicitor for the Respondents

THIS PAGE INTENTIONALLY BLANK

INDEX

No.	Title	Pages
<u>VOLUME I</u>		
<u>Statutory Materials</u>		
1.	<i>An Act to Give Effect to the Requirement for Clarity as Set out in the Opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference</i> , S.C. 2000, c. 26	1-6
2.	<i>Constitution Act, 1867</i> (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 5	7-27
3.	<i>Federal Courts Act</i> , R.S.C. 1985, c. F-7	28-32
<u>Case Law</u>		
4.	<i>Air Canada v. Toronto Port Authority</i> , 2011 FCA 347	33-72
5.	<i>Alani v. Canada (Prime Minister)</i> , 2015 FC 649	73-92
6.	<i>Alani v. Canada (Prime Minister)</i> , 2015 FC 859	93-104
7.	<i>Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.</i> , [2010] 3 SCR 585, 2010 SCC 62	105-146
8.	<i>Canada (Prime Minister) v. Khadr</i> , 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44	147-172
9.	<i>Hupacasath First Nation v. Canada (Attorney General)</i> , 2015 FCA 4	173-214
10.	<i>Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)</i> , 2001 SCC 15, [2001] 1 S.C.R. 470	215-272
11.	<i>Reference re Secession of Quebec</i> , [1998] 2 SCR 217	273-354
12.	<i>Reference re: Senate Reform</i> , 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704	355-416
<u>VOLUME II</u>		
<u>Secondary Sources</u>		
13.	Brown and Evans, <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> , looseleaf, (Toronto, On: Carswell, 2013)	417-470
14.	CBC News, "Stephen Harper vows not to name any senators before reforms made", http://www.cbc.ca/news/politics/stephen-harper-vows-not-to-name-any-senators-before-reforms-made-1.3167112 ; retrieved: August 30, 2015	471-474

No.	Title	Pages
15.	Andrew David Heard, <i>Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics</i> , 2 nd ed. (Toronto: Oxford University Press, 2014)	475-488
16.	Peter W. Hogg, <i>Constitutional Law of Canada</i> , loose-leaf (Toronto: Carswell, 2007)	489-552
17.	F. A. Kunz, <i>The Modern Senate of Canada 1925-1963, A Re-Appraisal</i> . (Toronto: University of Toronto Press, 1965)	553-556
18.	Library of Parliament, “Party Standings in the Senate”	557-562
19.	Library of Parliament, “Party Standings in the Senate since 1867”	563-574
20.	Hon. Mr. Justice Marshall Rothstein, “Address to the American Bar Association Section of Administrative Law and Regulatory Practice” (2011), 63 <i>Administrative Law Review</i> 961	575-584
21.	Lorne M. Sossin, <i>Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada</i> , 2 nd ed., 2012, Toronto: Carswell	585-588
22.	Lorne Sossin, “The Rule of Law and the Justiciability of Prerogative Powers: A Comment on <i>Black v. Chrétien</i> ” (2002), 47 McGill L.J. 435	589-610
23.	Mark D. Walters, “The Law Behind the Conventions of the Constitution: Reassessing the Prorogation Debate” (2001), 5 <i>Journal of Parliamentary and Political Law</i> 127	611-634
Minutes of Council		
24.	P.C. 1896 – 1853 (May 1, 1896)	635-638
25.	P.C. 1896 – 2710 (July 13, 1896)	639-642
26.	P.C. 1935 – 3374 (October 23, 1935)	643-646
Parliamentary Debates		
27.	<i>House of Commons Debates</i> , 20 th Parliament, 2 nd Session, Vol. 1, 1946 (1 April 1946)	647-650
28.	<i>Senate Debates</i> , Vol. 144, No. 59 (May 13, 2008)	651-654
29.	<i>Senate Debates</i> , Vol. 146, No. 8 (February 10, 2009)	655-660

No.	Title	Pages
30.	<i>Senate Debates</i> , Vol. 146, No. 034 (May 12, 2009)	661-664
31.	Special Senate Committee on Senate Reform, <i>Minutes of Proceedings</i> , 39 th Parliament, 1 st Session, No. 2 (7 September 2006)	665-708
32.	Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, <i>Minutes of Proceedings</i> , 39 th Parliament, 2 nd Session, No. 15 (17 April 2008)	709-726
33.	Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, <i>Minutes of Proceedings</i> , 39 th Parliament, 2 nd Session, No. 16 (30 April 2008 – 1 May 2008)	727-800
34.	Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, <i>Minutes of Proceedings</i> , 39 th Parliament, 2 nd Session, No. 17 (7 May 2008)	801-825

THIS PAGE INTENTIONALLY BLANK



CANADA

CONSOLIDATION

CODIFICATION

Clarity Act

Loi de clarification

S.C. 2000, c. 26

L.C. 2000, ch. 26

Current to August 4, 2015

À jour au 4 août 2015

Published by the Minister of Justice at the following address:
<http://laws-lois.justice.gc.ca>

Publié par le ministre de la Justice à l'adresse suivante :
<http://lois-laws.justice.gc.ca>



S.C. 2000, c. 26

L.C. 2000, ch. 26

An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference

Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec

[Assented to 29th June 2000]

[Sanctionnée le 29 juin 2000]

Preamble

WHEREAS the Supreme Court of Canada has confirmed that there is no right, under international law or under the Constitution of Canada, for the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally;

WHEREAS any proposal relating to the break-up of a democratic state is a matter of the utmost gravity and is of fundamental importance to all of its citizens;

WHEREAS the government of any province of Canada is entitled to consult its population by referendum on any issue and is entitled to formulate the wording of its referendum question;

WHEREAS the Supreme Court of Canada has determined that the result of a referendum on the secession of a province from Canada must be free of ambiguity both in terms of the question asked and in terms of the support it achieves if that result is to be taken as an expression of the democratic will that would give rise to an obligation to enter into negotiations that might lead to secession;

WHEREAS the Supreme Court of Canada has stated that democracy means more than simple majority rule, that a clear majority in favour of secession would be required to create an obligation to negotiate secession, and that a qualitative evaluation is required to determine whether a clear majority in favour of secession exists in the circumstances;

WHEREAS the Supreme Court of Canada has confirmed that, in Canada, the secession of

Préambule

Attendu :

que la Cour suprême du Canada a confirmé que ni l'Assemblée nationale, ni la législature, ni le gouvernement du Québec ne dispose, en droit international ou au titre de la Constitution du Canada, du droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada;

que toute proposition relative au démembrement d'un État démocratique constitue une question extrêmement grave et est d'une importance fondamentale pour l'ensemble des citoyens de celui-ci;

que le gouvernement d'une province du Canada est en droit de consulter sa population par référendum sur quelque sujet que ce soit et de décider du texte de la question référendaire;

que la Cour suprême du Canada a déclaré que les résultats d'un référendum sur la sécession d'une province du Canada ne sauraient être considérés comme l'expression d'une volonté démocratique créant l'obligation d'engager des négociations pouvant mener à la sécession que s'ils sont dénués de toute ambiguïté en ce qui concerne tant la question posée que l'appui reçu;

qu'elle a déclaré que le principe de la démocratie signifie davantage que la simple règle de la majorité, qu'une majorité claire en faveur de la sécession serait nécessaire pour que naisse l'obligation de négocier la sécession et que c'est une majorité claire au sens

a province, to be lawful, would require an amendment to the Constitution of Canada, that such an amendment would perforce require negotiations in relation to secession involving at least the governments of all of the provinces and the Government of Canada, and that those negotiations would be governed by the principles of federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and the protection of minorities;

WHEREAS, in light of the finding by the Supreme Court of Canada that it would be for elected representatives to determine what constitutes a clear question and what constitutes a clear majority in a referendum held in a province on secession, the House of Commons, as the only political institution elected to represent all Canadians, has an important role in identifying what constitutes a clear question and a clear majority sufficient for the Government of Canada to enter into negotiations in relation to the secession of a province from Canada;

AND WHEREAS it is incumbent on the Government of Canada not to enter into negotiations that might lead to the secession of a province from Canada, and that could consequently entail the termination of citizenship and other rights that Canadian citizens resident in the province enjoy as full participants in Canada, unless the population of that province has clearly expressed its democratic will that the province secede from Canada;

NOW, THEREFORE, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

1. (1) The House of Commons shall, within thirty days after the government of a province tables in its legislative assembly or otherwise officially releases the question that it intends to submit to its voters in a referendum relating to

qualitatif, dans les circonstances, dont il faut déterminer l'existence;

qu'elle a confirmé qu'au Canada, la sécession d'une province, pour être légale, requerrait une modification à la Constitution du Canada, qu'une telle modification exigerait forcément des négociations sur la sécession auxquelles participeraient notamment les gouvernements de l'ensemble des provinces et du Canada, et que ces négociations seraient régies par les principes du fédéralisme, de la démocratie, du constitutionnalisme et de la primauté du droit, et de la protection des minorités;

que, compte tenu du fait que la Cour suprême du Canada a conclu qu'il revient aux représentants élus de déterminer en quoi consistent une question et une majorité claires dans le cadre d'un référendum sur la sécession tenu dans une province, la Chambre des communes, seule institution politique élue pour représenter l'ensemble des Canadiens, a un rôle important à jouer pour déterminer en quoi consistent une question et une majorité suffisamment claires pour que le gouvernement du Canada engage des négociations sur la sécession d'une province du Canada;

que le gouvernement du Canada se doit de n'engager aucune négociation pouvant mener à la sécession d'une province du Canada et, par conséquent, au retrait de la citoyenneté et à l'annulation des autres droits dont jouissent, à titre de Canadiens à part entière, les citoyens du Canada qui résident dans la province, à moins que la population de celle-ci n'ait déclaré clairement et de façon démocratique qu'elle veut que la province fasse sécession du Canada,

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte :

1. (1) Dans les trente jours suivant le dépôt à l'assemblée législative d'une province, ou toute autre communication officielle, par le gouvernement de cette province, du texte de la question qu'il entend soumettre à ses électeurs

House of
Commons to
consider
question

Examen de la
question par les
Communes

the proposed secession of the province from Canada, consider the question and, by resolution, set out its determination on whether the question is clear.

dans le cadre d'un référendum sur un projet de sécession de la province du Canada, la Chambre des communes examine la question et détermine, par résolution, si la question est claire.

Extension of time	(2) Where the thirty days referred to in subsection (1) occur, in whole or in part, during a general election of members to serve in the House of Commons, the thirty days shall be extended by an additional forty days.	(2) S'il coïncide, en tout ou en partie, avec la tenue d'une élection générale des députés à la Chambre des communes, le délai mentionné au paragraphe (1) est prorogé de quarante jours.	Prorogation du délai
Considerations	(3) In considering the clarity of a referendum question, the House of Commons shall consider whether the question would result in a clear expression of the will of the population of a province on whether the province should cease to be part of Canada and become an independent state.	(3) Dans le cadre de l'examen de la clarté de la question référendaire, la Chambre des communes détermine si la question permettrait à la population de la province de déclarer clairement si elle veut ou non que celle-ci cesse de faire partie du Canada et devienne un État indépendant.	Facteurs à considérer
Where no clear expression of will	(4) For the purpose of subsection (3), a clear expression of the will of the population of a province that the province cease to be part of Canada could not result from (a) a referendum question that merely focuses on a mandate to negotiate without soliciting a direct expression of the will of the population of that province on whether the province should cease to be part of Canada; or (b) a referendum question that envisages other possibilities in addition to the secession of the province from Canada, such as economic or political arrangements with Canada, that obscure a direct expression of the will of the population of that province on whether the province should cease to be part of Canada.	(4) Pour l'application du paragraphe (3), la question référendaire ne permettrait pas à la population de la province de déclarer clairement qu'elle veut que celle-ci cesse de faire partie du Canada dans les cas suivants : a) elle porte essentiellement sur un mandat de négocier sans requérir de la population de la province qu'elle déclare sans détour si elle veut que la province cesse de faire partie du Canada; b) elle offre, en plus de la sécession de la province du Canada, d'autres possibilités, notamment un accord politique ou économique avec le Canada, qui rendent ambiguë l'expression de la volonté de la population de la province quant à savoir si celle-ci devrait cesser de faire partie du Canada.	Absence d'expression claire de la volonté
Other views to be considered	(5) In considering the clarity of a referendum question, the House of Commons shall take into account the views of all political parties represented in the legislative assembly of the province whose government is proposing the referendum on secession, any formal statements or resolutions by the government or legislative assembly of any province or territory of Canada, any formal statements or resolutions by the Senate, any formal statements or resolutions by the representatives of the Aboriginal peoples of Canada, especially those in the province whose government is proposing the referendum on secession, and any other views it considers to be relevant.	(5) Dans le cadre de l'examen de la clarté de la question référendaire, la Chambre des communes tient compte de l'avis de tous les partis politiques représentés à l'assemblée législative de la province dont le gouvernement propose la tenue du référendum sur la sécession, des résolutions ou déclarations officielles des gouvernements ou assemblées législatives des provinces et territoires du Canada, des résolutions ou déclarations officielles du Sénat, des résolutions ou déclarations officielles des représentants des peuples autochtones du Canada, en particulier ceux de cette province, et de tout autre avis qu'elle estime pertinent.	Avis à considérer

No negotiations if question not clear

(6) The Government of Canada shall not enter into negotiations on the terms on which a province might cease to be part of Canada if the House of Commons determines, pursuant to this section, that a referendum question is not clear and, for that reason, would not result in a clear expression of the will of the population of that province on whether the province should cease to be part of Canada.

(6) Le gouvernement du Canada n'engage aucune négociation sur les conditions auxquelles une province pourrait cesser de faire partie du Canada si la Chambre des communes conclut, conformément au présent article, que la question référendaire n'est pas claire et, par conséquent, ne permettrait pas à la population de la province de déclarer clairement si elle veut ou non que celle-ci cesse de faire partie du Canada.

Aucune négociation en cas d'ambiguïté de la question

House of Commons to consider whether there is a clear will to secede

2. (1) Where the government of a province, following a referendum relating to the secession of the province from Canada, seeks to enter into negotiations on the terms on which that province might cease to be part of Canada, the House of Commons shall, except where it has determined pursuant to section 1 that a referendum question is not clear, consider and, by resolution, set out its determination on whether, in the circumstances, there has been a clear expression of a will by a clear majority of the population of that province that the province cease to be part of Canada.

2. (1) Dans le cas où le gouvernement d'une province, après la tenue d'un référendum sur un projet de sécession de celle-ci du Canada, cherche à engager des négociations sur les conditions auxquelles la province pourrait cesser de faire partie du Canada, la Chambre des communes, sauf si elle a conclu conformément à l'article 1 que la question référendaire n'était pas claire, procède à un examen et, par résolution, détermine si, dans les circonstances, une majorité claire de la population de la province a déclaré clairement qu'elle veut que celle-ci cesse de faire partie du Canada.

Volonté claire d'effectuer la sécession : examen par les Communes

Factors for House of Commons to take into account

(2) In considering whether there has been a clear expression of a will by a clear majority of the population of a province that the province cease to be part of Canada, the House of Commons shall take into account

(2) Dans le cadre de l'examen en vue de déterminer si une majorité claire de la population de la province a déclaré clairement qu'elle voulait que celle-ci cesse de faire partie du Canada, la Chambre des communes prend en considération :

Facteurs à considérer

- (a) the size of the majority of valid votes cast in favour of the secessionist option;
- (b) the percentage of eligible voters voting in the referendum; and
- (c) any other matters or circumstances it considers to be relevant.

- a) l'importance de la majorité des voix valablement exprimées en faveur de la proposition de sécession;
- b) le pourcentage des électeurs admissibles ayant voté au référendum;
- c) tous autres facteurs ou circonstances qu'elle estime pertinents.

Other views to be considered

(3) In considering whether there has been a clear expression of a will by a clear majority of the population of a province that the province cease to be part of Canada, the House of Commons shall take into account the views of all political parties represented in the legislative assembly of the province whose government proposed the referendum on secession, any formal statements or resolutions by the government or legislative assembly of any province or territory of Canada, any formal statements or resolutions by the Senate, any formal statements or resolutions by the representatives of the Aboriginal peoples of Canada, especially

(3) Dans le cadre de l'examen en vue de déterminer si une majorité claire de la population de la province a déclaré clairement qu'elle voulait que celle-ci cesse de faire partie du Canada, la Chambre des communes tient compte de l'avis de tous les partis politiques représentés à l'assemblée législative de la province dont le gouvernement a proposé la tenue du référendum sur la sécession, des résolutions ou déclarations officielles des gouvernements ou assemblées législatives des provinces et territoires du Canada, des résolutions ou déclarations officielles du Sénat, des résolutions ou déclarations officielles des représentants des peuples au-

Avis à considérer

those in the province whose government proposed the referendum on secession, and any other views it considers to be relevant.

No negotiations unless will clear

(4) The Government of Canada shall not enter into negotiations on the terms on which a province might cease to be part of Canada unless the House of Commons determines, pursuant to this section, that there has been a clear expression of a will by a clear majority of the population of that province that the province cease to be part of Canada.

Constitutional amendments

3. (1) It is recognized that there is no right under the Constitution of Canada to effect the secession of a province from Canada unilaterally and that, therefore, an amendment to the Constitution of Canada would be required for any province to secede from Canada, which in turn would require negotiations involving at least the governments of all of the provinces and the Government of Canada.

Limitation

(2) No Minister of the Crown shall propose a constitutional amendment to effect the secession of a province from Canada unless the Government of Canada has addressed, in its negotiations, the terms of secession that are relevant in the circumstances, including the division of assets and liabilities, any changes to the borders of the province, the rights, interests and territorial claims of the Aboriginal peoples of Canada, and the protection of minority rights.

tochtones du Canada, en particulier ceux de cette province, et de tout autre avis qu'elle estime pertinent.

(4) Le gouvernement du Canada n'engage aucune négociation sur les conditions auxquelles la province pourrait cesser de faire partie du Canada, à moins que la Chambre des communes ne conclue, conformément au présent article, qu'une majorité claire de la population de cette province a déclaré clairement qu'elle veut que celle-ci cesse de faire partie du Canada.

3. (1) Il est entendu qu'il n'existe aucun droit, au titre de la Constitution du Canada, d'effectuer unilatéralement la sécession d'une province du Canada et que, par conséquent, la sécession d'une province du Canada requerrait la modification de la Constitution du Canada, à l'issue de négociations auxquelles participeraient notamment les gouvernements de l'ensemble des provinces et du Canada.

(2) Aucun ministre ne peut proposer de modification constitutionnelle portant sécession d'une province du Canada, à moins que le gouvernement du Canada n'ait traité, dans le cadre de négociations, des conditions de sécession applicables dans les circonstances, notamment la répartition de l'actif et du passif, toute modification des frontières de la province, les droits, intérêts et revendications territoriales des peuples autochtones du Canada et la protection des droits des minorités.

Négociations seulement en cas de volonté claire

Modification constitutionnelle

Réserve



CANADA

A Consolidation of

**THE
CONSTITUTION
ACTS
1867 to 1982**

**DEPARTMENT OF JUSTICE
CANADA**

Consolidated as of January 1, 2013

referred to; corresponding enactments by the provinces that were created at a later date are not noted.

Spent Provisions

Footnote references are made to those sections that are spent or probably spent. For example, section 119 became spent by lapse of time and the footnote reference indicates this. In turn, section 140 is probably spent, but short of examining all statutes passed before Confederation there would be no way of ascertaining definitely whether or not the section is spent; the footnote reference therefore indicates that the section is probably spent.

General

The enactments of the United Kingdom Parliament and the Parliament of Canada, and Orders in Council admitting territories, that are referred to in the footnotes may be found in Appendix II of the Appendices to the Revised Statutes of Canada, 1985 and in the annual volumes of the Statutes of Canada.

There are some inconsistencies in the capitalization of nouns. It was originally the practice to capitalize the first letter of all nouns in British statutes and the *Constitution Act, 1867* was so written, but this practice was discontinued and was never followed in Canadian statutes. In the original provisions included in this consolidation, nouns are written as they were enacted.

French Version

The French version of the *Constitution Act, 1867* is the conventional translation. It does not have the force of law since this Act was enacted by the Parliament of the United Kingdom in English only.

Section 55 of the *Constitution Act, 1982* provides that a “French version of the portions of the Constitution of Canada referred to in the schedule [to that Act] shall be prepared by the Minister of Justice of Canada as expeditiously as possible”. The French Constitutional Drafting Committee was established in 1984 with a mandate to assist the Minister of Justice in that task. The Committee’s Final Report, which contains forty-two constitutional enactments, was tabled in Parliament in December 1990. The French version of the Final Report is available on the Justice Canada Website at the following URL: <http://canada.justice.gc.ca/fra/pi/const/index.html>.

CONSTITUTION ACT, 1867

30 & 31 Victoria, c. 3 (U.K.)

An Act for the Union of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick, and the Government thereof; and for Purposes connected therewith

(29th March 1867)

WHEREAS the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom:

And whereas such a Union would conduce to the Welfare of the Provinces and promote the Interests of the British Empire:

And whereas on the Establishment of the Union by Authority of Parliament it is expedient, not only that the Constitution of the Legislative Authority in the Dominion be provided for, but also that the Nature of the Executive Government therein be declared:

And whereas it is expedient that Provision be made for the eventual Admission into the Union of other Parts of British North America: ⁽¹⁾

I. PRELIMINARY

Short title

1. This Act may be cited as the *Constitution Act, 1867*. ⁽²⁾
2. Repealed. ⁽³⁾

⁽¹⁾ **The enacting clause was repealed by the *Statute Law Revision Act, 1893, 56-57 Vict., c. 14 (U.K.)*. It read as follows:**

Be it therefore enacted and declared by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the Advice and Consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the Authority of the same, as follows:

⁽²⁾ **As amended by the *Constitution Act, 1982*, which came into force on April 17, 1982. The section originally read as follows:**

1. This Act may be cited as *The British North America Act, 1867*.

⁽³⁾ **Section 2, repealed by the *Statute Law Revision Act, 1893, 56-57 Vict., c. 14 (U.K.)*, read as follows:**

2. The Provisions of this Act referring to Her Majesty the Queen extend also to the Heirs and Successors of Her Majesty, Kings and Queens of the United Kingdom of Great Britain and Ireland.

Constitution Act, 1867

II. UNION

Declaration of Union

3. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice of Her Majesty's Most Honourable Privy Council, to declare by Proclamation that, on and after a Day therein appointed, not being more than Six Months after the passing of this Act, the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick shall form and be One Dominion under the Name of Canada; and on and after that Day those Three Provinces shall form and be One Dominion under that Name accordingly. ⁽⁴⁾

Construction of subsequent Provisions of Act

4. Unless it is otherwise expressed or implied, the Name Canada shall be taken to mean Canada as constituted under this Act. ⁽⁵⁾

Four Provinces

5. Canada shall be divided into Four Provinces, named Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick. ⁽⁶⁾

Provinces of Ontario and Quebec

6. The Parts of the Province of Canada (as it exists at the passing of this Act) which formerly constituted respectively the Provinces of Upper Canada and Lower Canada shall be deemed to be severed, and shall form Two separate Provinces. The Part which formerly constituted the Province of Upper Canada shall constitute the Province of Ontario; and the Part which formerly constituted the Province of Lower Canada shall constitute the Province of Quebec.

Provinces of Nova Scotia and New Brunswick

7. The Provinces of Nova Scotia and New Brunswick shall have the same Limits as at the passing of this Act.

⁽⁴⁾ **The first day of July, 1867, was fixed by proclamation dated May 22, 1867.**

⁽⁵⁾ **Partially repealed by the *Statute Law Revision Act, 1893, 56-57 Vict., c. 14 (U.K.)*. The section originally read as follows:**

4. The subsequent Provisions of this Act shall, unless it is otherwise expressed or implied, commence and have effect on and after the Union, that is to say, on and after the Day appointed for the Union taking effect in the Queen's Proclamation; and in the same Provisions, unless it is otherwise expressed or implied, the Name Canada shall be taken to mean Canada as constituted under this Act.

⁽⁶⁾ **Canada now consists of ten provinces (Ontario, Quebec, Nova Scotia, New Brunswick, Manitoba, British Columbia, Prince Edward Island, Alberta, Saskatchewan and Newfoundland and Labrador) and three territories (Yukon, the Northwest Territories and Nunavut).**

For further details, see endnote 1.

Constitution Act, 1867

Decennial Census

8. In the general Census of the Population of Canada which is hereby required to be taken in the Year One thousand eight hundred and seventy-one, and in every Tenth Year thereafter, the respective Populations of the Four Provinces shall be distinguished.

III. EXECUTIVE POWER

Declaration of Executive Power in the Queen

9. The Executive Government and Authority of and over Canada is hereby declared to continue and be vested in the Queen.

Application of Provisions referring to Governor General

10. The Provisions of this Act referring to the Governor General extend and apply to the Governor General for the Time being of Canada, or other the Chief Executive Officer or Administrator for the Time being carrying on the Government of Canada on behalf and in the Name of the Queen, by whatever Title he is designated.

Constitution of Privy Council for Canada

11. There shall be a Council to aid and advise in the Government of Canada, to be styled the Queen's Privy Council for Canada; and the Persons who are to be Members of that Council shall be from Time to Time chosen and summoned by the Governor General and sworn in as Privy Councillors, and Members thereof may be from Time to Time removed by the Governor General.

All Powers under Acts to be exercised by Governor General with Advice of Privy Council, or alone

12. All Powers, Authorities, and Functions which under any Act of the Parliament of Great Britain, or of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, or of the Legislature of Upper Canada, Lower Canada, Canada, Nova Scotia, or New Brunswick, are at the Union vested in or exerciseable by the respective Governors or Lieutenant Governors of those Provinces, with the Advice, or with the Advice and Consent, of the respective Executive Councils thereof, or in conjunction with those Councils, or with any Number of Members thereof, or by those Governors or Lieutenant Governors individually, shall, as far as the same continue in existence and capable of being exercised after the Union in relation to the Government of Canada, be vested in and exerciseable by the Governor General, with the Advice or with the Advice and Consent of or in conjunction with the Queen's Privy Council for Canada, or any Members thereof, or by the Governor General individually, as the Case requires, subject nevertheless (except with respect to such as exist under Acts of the Parliament of Great Britain or of the Parliament of

Constitution Act, 1867

the United Kingdom of Great Britain and Ireland) to be abolished or altered by the Parliament of Canada. ⁽⁷⁾

Application of Provisions referring to Governor General in Council

13. The Provisions of this Act referring to the Governor General in Council shall be construed as referring to the Governor General acting by and with the Advice of the Queen's Privy Council for Canada.

Power to Her Majesty to authorize Governor General to appoint Deputies

14. It shall be lawful for the Queen, if Her Majesty thinks fit, to authorize the Governor General from Time to Time to appoint any Person or any Persons jointly or severally to be his Deputy or Deputies within any Part or Parts of Canada, and in that Capacity to exercise during the Pleasure of the Governor General such of the Powers, Authorities, and Functions of the Governor General as the Governor General deems it necessary or expedient to assign to him or them, subject to any Limitations or Directions expressed or given by the Queen; but the Appointment of such a Deputy or Deputies shall not affect the Exercise by the Governor General himself of any Power, Authority, or Function.

Command of Armed Forces to continue to be vested in the Queen

15. The Command-in-Chief of the Land and Naval Militia, and of all Naval and Military Forces, of and in Canada, is hereby declared to continue and be vested in the Queen.

Seat of Government of Canada

16. Until the Queen otherwise directs, the Seat of Government of Canada shall be Ottawa.

IV. LEGISLATIVE POWER

Constitution of Parliament of Canada

17. There shall be One Parliament for Canada, consisting of the Queen, an Upper House styled the Senate, and the House of Commons.

Privileges, etc., of Houses

18. The privileges, immunities, and powers to be held, enjoyed, and exercised by the Senate and by the House of Commons, and by the members thereof respectively, shall be such as are from time to time defined by Act of the Parliament of Canada, but so that any Act of the Parliament of Canada defining such privileges, immunities, and powers shall not confer any privileges, immunities, or powers exceeding those at the passing of such Act held, enjoyed, and exercised by the Commons

⁽⁷⁾ See footnote (65) to section 129, below.

Constitution Act, 1867

House of Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and by the members thereof. ⁽⁸⁾

First Session of the Parliament of Canada

19. The Parliament of Canada shall be called together not later than Six Months after the Union. ⁽⁹⁾

20. Repealed. ⁽¹⁰⁾

THE SENATE

Number of Senators

21. The Senate shall, subject to the Provisions of this Act, consist of One Hundred and five Members, who shall be styled Senators. ⁽¹¹⁾

⁽⁸⁾ Repealed and re-enacted by the *Parliament of Canada Act, 1875, 38-39 Vict., c. 38 (U.K.)*. The original section read as follows:

18. The Privileges, Immunities, and Powers to be held, enjoyed, and exercised by the Senate and by the House of Commons and by the Members thereof respectively shall be such as are from Time to Time defined by Act of the Parliament of Canada, but so that the same shall never exceed those at the passing of this Act held, enjoyed, and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland and by the Members thereof.

⁽⁹⁾ Spent. The first session of the first Parliament began on November 6, 1867.

⁽¹⁰⁾ Section 20, repealed by the *Constitution Act, 1982*, read as follows:

20. There shall be a Session of the Parliament of Canada once at least in every Year, so that Twelve Months shall not intervene between the last Sitting of the Parliament in one Session and its first sitting in the next Session.

Section 20 has been replaced by section 5 of the *Constitution Act, 1982*, which provides that there shall be a sitting of Parliament at least once every twelve months.

⁽¹¹⁾ As amended by the *Constitution Act, 1915, 5-6 Geo. V, c. 45 (U.K.)* and modified by the *Newfoundland Act, 12-13 Geo. VI, c. 22 (U.K.)*, the *Constitution Act (No. 2), 1975, S.C. 1974-75-76, c. 53*, and the *Constitution Act, 1999 (Nunavut), S.C. 1998, c. 15, Part 2*. The original section read as follows:

21. The Senate shall, subject to the Provisions of this Act, consist of Seventy-two Members, who shall be styled Senators.

The *Manitoba Act, 1870*, added two senators for Manitoba; the *British Columbia Terms of Union* added three; upon admission of Prince Edward Island four more were provided by section 147 of the *Constitution Act, 1867*; the *Alberta Act* and the *Saskatchewan Act* each added four. The Senate was reconstituted at 96 by the *Constitution Act, 1915*. Six more senators were added upon union with Newfoundland, and one senator each was added for Yukon and the Northwest Territories by the *Constitution Act (No. 2), 1975*. One senator was added for Nunavut by the *Constitution Act, 1999 (Nunavut)*.

Constitution Act, 1867

Representation of Provinces in Senate

22. In relation to the Constitution of the Senate Canada shall be deemed to consist of Four Divisions:

1. Ontario;
2. Quebec;
3. The Maritime Provinces, Nova Scotia and New Brunswick, and Prince Edward Island;
4. The Western Provinces of Manitoba, British Columbia, Saskatchewan, and Alberta;

which Four Divisions shall (subject to the Provisions of this Act) be equally represented in the Senate as follows: Ontario by twenty-four senators; Quebec by twenty-four senators; the Maritime Provinces and Prince Edward Island by twenty-four senators, ten thereof representing Nova Scotia, ten thereof representing New Brunswick, and four thereof representing Prince Edward Island; the Western Provinces by twenty-four senators, six thereof representing Manitoba, six thereof representing British Columbia, six thereof representing Saskatchewan, and six thereof representing Alberta; Newfoundland shall be entitled to be represented in the Senate by six members; the Yukon Territory, the Northwest Territories and Nunavut shall be entitled to be represented in the Senate by one member each.

In the Case of Quebec each of the Twenty-four Senators representing that Province shall be appointed for One of the Twenty-four Electoral Divisions of Lower Canada specified in Schedule A. to Chapter One of the Consolidated Statutes of Canada. ⁽¹²⁾

⁽¹²⁾ **As amended by the *Constitution Act, 1915*, 5-6 Geo. V, c. 45 (U.K.), the *Newfoundland Act*, 12-13 Geo. VI, c. 22 (U.K.), the *Constitution Act (No. 2)*, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 53 and the *Constitution Act, 1999 (Nunavut)*, S.C. 1998, c. 15, Part 2. The original section read as follows:**

22. In relation to the Constitution of the Senate, Canada shall be deemed to consist of Three Divisions:

1. Ontario;
2. Quebec;
3. The Maritime Provinces, Nova Scotia and New Brunswick;

which Three Divisions shall (subject to the Provisions of this Act) be equally represented in the Senate as follows: Ontario by Twenty-four Senators; Quebec by Twenty-four Senators; and the Maritime Provinces by Twenty-four Senators, Twelve thereof representing Nova Scotia, and Twelve thereof representing New Brunswick.

In the case of Quebec each of the Twenty-four Senators representing that Province shall be appointed for One of the Twenty-four Electoral Divisions of Lower Canada specified in Schedule A. to Chapter One of the Consolidated Statutes of Canada.

The reference in section 22 to the Consolidated Statutes of Canada is a reference to the Consolidated Statutes of 1859.

Constitution Act, 1867

Qualifications of Senator

23. The Qualifications of a Senator shall be as follows:

- (1) He shall be of the full age of Thirty Years;
- (2) He shall be either a natural-born Subject of the Queen, or a Subject of the Queen naturalized by an Act of the Parliament of Great Britain, or of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, or of the Legislature of One of the Provinces of Upper Canada, Lower Canada, Canada, Nova Scotia, or New Brunswick, before the Union, or of the Parliament of Canada after the Union;
- (3) He shall be legally or equitably seised as of Freehold for his own Use and Benefit of Lands or Tenements held in Free and Common Socage, or seised or possessed for his own Use and Benefit of Lands or Tenements held in Franc-alleu or in Roture, within the Province for which he is appointed, of the Value of Four thousand Dollars, over and above all Rents, Dues, Debts, Charges, Mortgages, and Incumbrances due or payable out of or charged on or affecting the same;
- (4) His Real and Personal Property shall be together worth Four thousand Dollars over and above his Debts and Liabilities;
- (5) He shall be resident in the Province for which he is appointed;
- (6) In the Case of Quebec he shall have his Real Property Qualification in the Electoral Division for which he is appointed, or shall be resident in that Division. ⁽¹³⁾

⁽¹³⁾ Section 44 of the *Constitution Act, 1999 (Nunavut)*, S.C. 1998, c. 15, Part 2, provided that, for the purposes of that Part (which added one senator for Nunavut), the word “Province” in section 23 of the *Constitution Act, 1867* has the same meaning as is assigned to the word “province” by section 35 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, as amended, which provides that the term “province” means “a province of Canada, and includes Yukon, the Northwest Territories and Nunavut”.

Section 2 of the *Constitution Act (No. 2)*, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 53, provided that for the purposes of that Act (which added one senator each for the Yukon Territory and the Northwest Territories) the term “Province” in section 23 of the *Constitution Act, 1867* has the same meaning as is assigned to the term “province” by section 28 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, which provides that the term “province” means “a province of Canada, and includes the Yukon Territory and the Northwest Territories”.

Constitution Act, 1867

Summons of Senator

24. The Governor General shall from Time to Time, in the Queen's Name, by Instrument under the Great Seal of Canada, summon qualified Persons to the Senate; and, subject to the Provisions of this Act, every Person so summoned shall become and be a Member of the Senate and a Senator.

25. Repealed. ⁽¹⁴⁾

Addition of Senators in certain cases

26. If at any Time on the Recommendation of the Governor General the Queen thinks fit to direct that Four or Eight Members be added to the Senate, the Governor General may by Summons to Four or Eight qualified Persons (as the Case may be), representing equally the Four Divisions of Canada, add to the Senate accordingly. ⁽¹⁵⁾

Reduction of Senate to normal Number

27. In case of such Addition being at any Time made, the Governor General shall not summon any Person to the Senate, except on a further like Direction by the Queen on the like Recommendation, to represent one of the Four Divisions until such Division is represented by Twenty-four Senators and no more. ⁽¹⁶⁾

(14) Repealed by the *Statute Law Revision Act, 1893, 56-57 Vict., c. 14 (U.K.)*. The section read as follows:

25. Such Persons shall be first summoned to the Senate as the Queen by Warrant under Her Majesty's Royal Sign Manual thinks fit to approve, and their Names shall be inserted in the Queen's Proclamation of Union.

(15) As amended by the *Constitution Act, 1915, 5-6 Geo. V, c. 45 (U.K.)*. The original section read as follows:

26. If at any Time on the Recommendation of the Governor General the Queen thinks fit to direct that Three or Six Members be added to the Senate, the Governor General may by Summons to Three or Six qualified Persons (as the Case may be), representing equally the Three Divisions of Canada, add to the Senate accordingly.

(16) As amended by the *Constitution Act, 1915, 5-6 Geo. V, c. 45 (U.K.)*. The original section read as follows:

27. In case of such Addition being at any Time made the Governor General shall not summon any Person to the Senate except on a further like Direction by the Queen on the like Recommendation, until each of the Three Divisions of Canada is represented by Twenty-four Senators and no more.

Constitution Act, 1867

Maximum Number of Senators

28. The Number of Senators shall not at any Time exceed One Hundred and thirteen. ⁽¹⁷⁾

Tenure of Place in Senate

29. (1) Subject to subsection (2), a Senator shall, subject to the provisions of this Act, hold his place in the Senate for life.

Retirement upon attaining age of seventy-five years

(2) A Senator who is summoned to the Senate after the coming into force of this subsection shall, subject to this Act, hold his place in the Senate until he attains the age of seventy-five years. ⁽¹⁸⁾

Resignation of Place in Senate

30. A Senator may by Writing under his Hand addressed to the Governor General resign his Place in the Senate, and thereupon the same shall be vacant.

Disqualification of Senators

31. The Place of a Senator shall become vacant in any of the following Cases:

- (1) If for Two consecutive Sessions of the Parliament he fails to give his Attendance in the Senate;
- (2) If he takes an Oath or makes a Declaration or Acknowledgment of Allegiance, Obedience, or Adherence to a Foreign Power, or does an Act whereby he becomes a Subject or Citizen, or entitled to the Rights or Privileges of a Subject or Citizen, of a Foreign Power;
- (3) If he is adjudged Bankrupt or Insolvent, or applies for the Benefit of any Law relating to Insolvent Debtors, or becomes a public Defaulter;
- (4) If he is attainted of Treason or convicted of Felony or of any infamous Crime;

⁽¹⁷⁾ As amended by the *Constitution Act, 1915*, 5-6 Geo. V, c. 45 (U.K.), the *Constitution Act (No. 2)*, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 53, and the *Constitution Act, 1999 (Nunavut)*, S.C. 1998, c. 15, Part 2. The original section read as follows:

28. The Number of Senators shall not at any Time exceed Seventy-eight.

⁽¹⁸⁾ As enacted by the *Constitution Act, 1965*, S.C. 1965, c. 4, which came into force on June 2, 1965. The original section read as follows:

29. A Senator shall, subject to the Provisions of this Act, hold his Place in the Senate for Life.

Constitution Act, 1867

- (5) If he ceases to be qualified in respect of Property or of Residence; provided, that a Senator shall not be deemed to have ceased to be qualified in respect of Residence by reason only of his residing at the Seat of the Government of Canada while holding an Office under that Government requiring his Presence there.

Summons on Vacancy in Senate

32. When a Vacancy happens in the Senate by Resignation, Death, or otherwise, the Governor General shall by Summons to a fit and qualified Person fill the Vacancy.

Questions as to Qualifications and Vacancies in Senate

33. If any Question arises respecting the Qualification of a Senator or a Vacancy in the Senate the same shall be heard and determined by the Senate.

Appointment of Speaker of Senate

34. The Governor General may from Time to Time, by Instrument under the Great Seal of Canada, appoint a Senator to be Speaker of the Senate, and may remove him and appoint another in his Stead. ⁽¹⁹⁾

Quorum of Senate

35. Until the Parliament of Canada otherwise provides, the Presence of at least Fifteen Senators, including the Speaker, shall be necessary to constitute a Meeting of the Senate for the Exercise of its Powers.

Voting in Senate

36. Questions arising in the Senate shall be decided by a Majority of Voices, and the Speaker shall in all Cases have a Vote, and when the Voices are equal the Decision shall be deemed to be in the Negative.

THE HOUSE OF COMMONS

Constitution of House of Commons in Canada

37. The House of Commons shall, subject to the Provisions of this Act, consist of three hundred and eight members of whom one hundred and six shall be elected for Ontario, seventy-five for Quebec, eleven for Nova Scotia, ten for New

⁽¹⁹⁾ Provision for exercising the functions of Speaker during his or her absence is made by Part II of the *Parliament of Canada Act*, R.S.C. 1985, c. P-1 (formerly the *Speaker of the Senate Act*, R.S.C. 1970, c. S-14). Doubts as to the power of Parliament to enact the *Speaker of the Senate Act* were removed by the *Canadian Speaker (Appointment of Deputy) Act*, 1895, 2nd Sess., 59 Vict., c. 3 (U.K.), which was repealed by the *Constitution Act, 1982*.

Constitution Act, 1867

Brunswick, fourteen for Manitoba, thirty-six for British Columbia, four for Prince Edward Island, twenty-eight for Alberta, fourteen for Saskatchewan, seven for Newfoundland, one for the Yukon Territory, one for the Northwest Territories and one for Nunavut. ⁽²⁰⁾

Summoning of House of Commons

38. The Governor General shall from Time to Time, in the Queen's Name, by Instrument under the Great Seal of Canada, summon and call together the House of Commons.

Senators not to sit in House of Commons

39. A Senator shall not be capable of being elected or of sitting or voting as a Member of the House of Commons.

Electoral districts of the four Provinces

40. Until the Parliament of Canada otherwise provides, Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick shall, for the Purposes of the Election of Members to serve in the House of Commons, be divided into Electoral Districts as follows:

1. ONTARIO

Ontario shall be divided into the Counties, Ridings of Counties, Cities, Parts of Cities, and Towns enumerated in the First Schedule to this Act, each whereof shall be an Electoral District, each such District as numbered in that Schedule being entitled to return One Member.

2. QUEBEC

Quebec shall be divided into Sixty-five Electoral Districts, composed of the Sixty-five Electoral Divisions into which Lower Canada is at the passing of this Act divided under Chapter Two of the Consolidated Statutes of Canada, Chapter Seventy-five of the Consolidated Statutes for Lower Canada, and the Act of the Province of Canada of the Twenty-third Year of the Queen, Chapter One, or any other Act amending the same in force at the Union, so that each such Electoral Division shall be for the Purposes of this Act an Electoral District entitled to return One Member.

(20) The figures given here result from the application of section 51, as enacted by the *Constitution Act, 1985 (Representation)*, S.C. 1986, c. 8, Part I, and amended by the *Constitution Act, 1999 (Nunavut)*, S.C. 1998, c. 15, Part 2, and readjustments made pursuant to the *Electoral Boundaries Readjustment Act*, R.S.C. 1985, c. E-3. The original section (which was altered from time to time as the result of the addition of new provinces and changes in population) read as follows:

37. The House of Commons shall, subject to the Provisions of this Act, consist of one hundred and eighty-one members, of whom Eighty-two shall be elected for Ontario, Sixty-five for Quebec, Nineteen for Nova Scotia, and Fifteen for New Brunswick.

Constitution Act, 1867

3. NOVA SCOTIA

Each of the Eighteen Counties of Nova Scotia shall be an Electoral District. The County of Halifax shall be entitled to return Two Members, and each of the other Counties One Member.

4. NEW BRUNSWICK

Each of the Fourteen Counties into which New Brunswick is divided, including the City and County of St. John, shall be an Electoral District. The City of St. John shall also be a separate Electoral District. Each of those Fifteen Electoral Districts shall be entitled to return One Member. ⁽²¹⁾

Continuance of existing Election Laws until Parliament of Canada otherwise provides

41. Until the Parliament of Canada otherwise provides, all Laws in force in the several Provinces at the Union relative to the following Matters or any of them, namely, — the Qualifications and Disqualifications of Persons to be elected or to sit or vote as Members of the House of Assembly or Legislative Assembly in the several Provinces, the Voters at Elections of such Members, the Oaths to be taken by Voters, the Returning Officers, their Powers and Duties, the Proceedings at Elections, the Periods during which Elections may be continued, the Trial of controverted Elections, and Proceedings incident thereto, the vacating of Seats of Members, and the Execution of new Writs in case of Seats vacated otherwise than by Dissolution, — shall respectively apply to Elections of Members to serve in the House of Commons for the same several Provinces.

Provided that, until the Parliament of Canada otherwise provides, at any Election for a Member of the House of Commons for the District of Algoma, in addition to Persons qualified by the Law of the Province of Canada to vote, every Male British Subject, aged Twenty-one Years or upwards, being a Householder, shall have a Vote. ⁽²²⁾

⁽²¹⁾ Spent. The electoral districts are now established by proclamations issued from time to time under the *Electoral Boundaries Readjustment Act*, R.S.C. 1985, c. E-3, as amended for particular districts by Acts of Parliament (see the most recent *Table of Public Statutes and Responsible Ministers*).

⁽²²⁾ Spent. Elections are now provided for by the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9; qualifications and disqualifications of members by the *Parliament of Canada Act*, R.S.C. 1985, c. P-1. The right of citizens to vote and hold office is provided for in section 3 of the *Constitution Act, 1982*.

Constitution Act, 1867

42. Repealed. ⁽²³⁾

43. Repealed. ⁽²⁴⁾

As to Election of Speaker of House of Commons

44. The House of Commons on its first assembling after a General Election shall proceed with all practicable Speed to elect One of its Members to be Speaker.

As to filling up Vacancy in Office of Speaker

45. In case of a Vacancy happening in the Office of Speaker by Death, Resignation, or otherwise, the House of Commons shall with all practicable Speed proceed to elect another of its Members to be Speaker.

Speaker to preside

46. The Speaker shall preside at all Meetings of the House of Commons.

Provision in case of Absence of Speaker

47. Until the Parliament of Canada otherwise provides, in case of the Absence for any Reason of the Speaker from the Chair of the House of Commons for a Period of Forty-eight consecutive Hours, the House may elect another of its Members to act as Speaker, and the Member so elected shall during the Continuance of such Absence of the Speaker have and execute all the Powers, Privileges, and Duties of Speaker. ⁽²⁵⁾

⁽²³⁾ Repealed by the *Statute Law Revision Act, 1893, 56-57 Vict., c. 14 (U.K.)*. The section read as follows:

42. For the First Election of Members to serve in the House of Commons the Governor General shall cause Writs to be issued by such Person, in such Form, and addressed to such Returning Officers as he thinks fit.

The Person issuing Writs under this Section shall have the like Powers as are possessed at the Union by the Officers charged with the issuing of Writs for the Election of Members to serve in the respective House of Assembly or Legislative Assembly of the Province of Canada, Nova Scotia, or New Brunswick; and the Returning Officers to whom Writs are directed under this Section shall have the like Powers as are possessed at the Union by the Officers charged with the returning of Writs for the Election of Members to serve in the same respective House of Assembly or Legislative Assembly.

⁽²⁴⁾ Repealed by the *Statute Law Revision Act, 1893, 56-57 Vict., c. 14 (U.K.)*. The section read as follows:

43. In case a Vacancy in the Representation in the House of Commons of any Electoral District happens before the Meeting of the Parliament, or after the Meeting of the Parliament before Provision is made by the Parliament in this Behalf, the Provisions of the last foregoing Section of this Act shall extend and apply to the issuing and returning of a Writ in respect of such Vacant District.

⁽²⁵⁾ Provision for exercising the functions of Speaker during his or her absence is now made by Part III of the *Parliament of Canada Act, R.S.C. 1985, c. P-1*.

Constitution Act, 1867

Quorum of House of Commons

48. The Presence of at least Twenty Members of the House of Commons shall be necessary to constitute a Meeting of the House for the Exercise of its Powers, and for that Purpose the Speaker shall be reckoned as a Member.

Voting in House of Commons

49. Questions arising in the House of Commons shall be decided by a Majority of Voices other than that of the Speaker, and when the Voices are equal, but not otherwise, the Speaker shall have a Vote.

Duration of House of Commons

50. Every House of Commons shall continue for Five Years from the Day of the Return of the Writs for choosing the House (subject to be sooner dissolved by the Governor General), and no longer. ⁽²⁶⁾

Readjustment of representation in Commons

51. (1) The number of members of the House of Commons and the representation of the provinces therein shall, on the completion of each decennial census, be readjusted by such authority, in such manner, and from such time as the Parliament of Canada provides from time to time, subject and according to the following rules:

Rules

- 1.** There shall be assigned to each of the provinces a number of members equal to the number obtained by dividing the population of the province by the electoral quotient and rounding up any fractional remainder to one.
- 2.** If the number of members assigned to a province by the application of rule 1 and section 51A is less than the total number assigned to that province on the date of the coming into force of the *Constitution Act, 1985 (Representation)*, there shall be added to the number of members so assigned such number of members as will result in the province having the same number of members as were assigned on that date.
- 3.** After the application of rules 1 and 2 and section 51A, there shall, in respect of each province that meets the condition set out in rule 4, be added, if nec-

⁽²⁶⁾ The term of the 12th Parliament was extended by the *British North America Act, 1916*, 6-7 Geo. V., c. 19 (U.K.), which Act was repealed by the *Statute Law Revision Act, 1927*, 17-18 Geo. V, c. 42 (U.K.). See also the *Constitution Act, 1982*, subsection 4(1), which provides that no House of Commons shall continue for longer than five years from the date fixed for the return of the writs at a general election of its members, and subsection 4(2), which provides for continuation of the House of Commons in special circumstances.

Constitution Act, 1867

essary, a number of members such that, on the completion of the readjustment, the number obtained by dividing the number of members assigned to that province by the total number of members assigned to all the provinces is as close as possible to, without being below, the number obtained by dividing the population of that province by the total population of all the provinces.

4. Rule 3 applies to a province if, on the completion of the preceding readjustment, the number obtained by dividing the number of members assigned to that province by the total number of members assigned to all the provinces was equal to or greater than the number obtained by dividing the population of that province by the total population of all the provinces, the population of each province being its population as at July 1 of the year of the decennial census that preceded that readjustment according to the estimates prepared for the purpose of that readjustment.
5. Unless the context indicates otherwise, in these rules, the population of a province is the estimate of its population as at July 1 of the year of the most recent decennial census.
6. In these rules, “electoral quotient” means
 - (a) 111,166, in relation to the readjustment following the completion of the 2011 decennial census, and
 - (b) in relation to the readjustment following the completion of any subsequent decennial census, the number obtained by multiplying the electoral quotient that was applied in the preceding readjustment by the number that is the average of the numbers obtained by dividing the population of each province by the population of the province as at July 1 of the year of the preceding decennial census according to the estimates prepared for the purpose of the preceding readjustment, and rounding up any fractional remainder of that multiplication to one.

Constitution Act, 1867

Population estimates

(1.1) For the purpose of the rules in subsection (1), there is required to be prepared an estimate of the population of Canada and of each province as at July 1, 2001 and July 1, 2011 — and, in each year following the 2011 decennial census in which a decennial census is taken, as at July 1 of that year — by such authority, in such manner, and from such time as the Parliament of Canada provides from time to time. ⁽²⁷⁾

⁽²⁷⁾ As enacted by the *Fair Representation Act*, S.C. 2011, c. 26, s. 2, which came into force on royal assent on December 16, 2011.

The section, as originally enacted, read as follows:

51. On the Completion of the Census in the Year One Thousand eight hundred and seventy-one, and of each subsequent decennial Census, the Representation of the Four Provinces shall be readjusted by such Authority, in such Manner, and from such Time, as the Parliament of Canada from Time to Time provides, subject and according to the following Rules:

(1) Quebec shall have the fixed Number of Sixty-five Members:

(2) There shall be assigned to each of the other Provinces such a Number of Members as will bear the same Proportion to the Number of its Population (ascertained at such Census) as the Number Sixty-five bears to the Number of the Population of Quebec (so ascertained):

(3) In the Computation of the Number of Members for a Province a fractional Part not exceeding One Half of the whole Number requisite for entitling the Province to a Member shall be disregarded; but a fractional Part exceeding One Half of that Number shall be equivalent to the whole Number:

(4) On any such Re-adjustment the Number of Members for a Province shall not be reduced unless the Proportion which the Number of the Population of the Province bore to the Number of the aggregate Population of Canada at the then last preceding Re-adjustment of the Number of Members for the Province is ascertained at the then latest Census to be diminished by One Twentieth Part or upwards:

(5) Such Re-adjustment shall not take effect until the Termination of the then existing Parliament.

For further details, see endnote 2.

Constitution Act, 1867

Yukon Territory, Northwest Territories and Nunavut

(2) The Yukon Territory as bounded and described in the schedule to chapter Y-2 of the Revised Statutes of Canada, 1985, shall be entitled to one member, the Northwest Territories as bounded and described in section 2 of chapter N-27 of the Revised Statutes of Canada, 1985, as amended by section 77 of chapter 28 of the Statutes of Canada, 1993, shall be entitled to one member, and Nunavut as bounded and described in section 3 of chapter 28 of the Statutes of Canada, 1993, shall be entitled to one member. ⁽²⁸⁾

Constitution of House of Commons

51A. Notwithstanding anything in this Act a province shall always be entitled to a number of members in the House of Commons not less than the number of senators representing such province. ⁽²⁹⁾

Increase of Number of House of Commons

52. The Number of Members of the House of Commons may be from Time to Time increased by the Parliament of Canada, provided the proportionate Representation of the Provinces prescribed by this Act is not thereby disturbed.

MONEY VOTES; ROYAL ASSENT

Appropriation and Tax Bills

53. Bills for appropriating any Part of the Public Revenue, or for imposing any Tax or Impost, shall originate in the House of Commons.

Recommendation of Money Votes

54. It shall not be lawful for the House of Commons to adopt or pass any Vote, Resolution, Address, or Bill for the Appropriation of any Part of the Public Revenue, or of any Tax or Impost, to any Purpose that has not been first recommended to that House by Message of the Governor General in the Session in which such Vote, Resolution, Address, or Bill is proposed.

⁽²⁸⁾ As enacted by the *Constitution Act, 1999 (Nunavut)*, S.C. 1998, c. 15, Part 2. Note that the description of the territory of Yukon is now set out in Schedule 1 to the *Yukon Act*, S.C. 2002, c. 7, which replaced R.S.C. 1985, c. Y-2. Subsection 51(2) was previously amended by the *Constitution Act (No. 1)*, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 28, and read as follows:

(2) The Yukon Territory as bounded and described in the schedule to chapter Y-2 of the Revised Statutes of Canada, 1970, shall be entitled to one member, and the Northwest Territories as bounded and described in section 2 of chapter N-22 of the Revised Statutes of Canada, 1970, shall be entitled to two members.

⁽²⁹⁾ As enacted by the *Constitution Act, 1915*, 5-6 Geo. V, c. 45 (U.K.).

THIS PAGE INTENTIONALLY BLANK

THIS PAGE INTENTIONALLY BLANK



CANADA

CONSOLIDATION

CODIFICATION

Federal Courts Act

Loi sur les Cours fédérales

R.S.C., 1985, c. F-7

L.R.C. (1985), ch. F-7

Current to May 25, 2015

À jour au 25 mai 2015

Last amended on December 16, 2014

Dernière modification le 16 décembre 2014

Published by the Minister of Justice at the following address:
<http://laws-lois.justice.gc.ca>

Publié par le ministre de la Justice à l'adresse suivante :
<http://lois-laws.justice.gc.ca>

	<p>eral Court — Trial Division or the Exchequer Court of Canada; and</p> <p>(b) any question of law, fact or mixed law and fact that the Crown and any person have agreed in writing shall be determined by the Federal Court, the Federal Court — Trial Division or the Exchequer Court of Canada.</p>	<p>tion de première instance de la Cour fédérale;</p> <p>b) toute question de droit, de fait ou mixte à trancher, aux termes d'une convention écrite à laquelle la Couronne est partie, par la Cour fédérale — ou l'ancienne Cour de l'Échiquier du Canada — ou par la Section de première instance de la Cour fédérale.</p>	
Conflicting claims against Crown	<p>(4) The Federal Court has concurrent original jurisdiction to hear and determine proceedings to determine disputes in which the Crown is or may be under an obligation and in respect of which there are or may be conflicting claims.</p>	<p>(4) Elle a compétence concurrente, en première instance, dans les procédures visant à régler les différends mettant en cause la Couronne à propos d'une obligation réelle ou éventuelle pouvant faire l'objet de demandes contradictoires.</p>	<p>Demandes contradictoires contre la Couronne</p>
Relief in favour of Crown or against officer	<p>(5) The Federal Court has concurrent original jurisdiction</p> <p>(a) in proceedings of a civil nature in which the Crown or the Attorney General of Canada claims relief; and</p> <p>(b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of the duties of that person as an officer, servant or agent of the Crown.</p>	<p>(5) Elle a compétence concurrente, en première instance, dans les actions en réparation intentées :</p> <p>a) au civil par la Couronne ou le procureur général du Canada;</p> <p>b) contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits — actes ou omissions — survenus dans le cadre de ses fonctions.</p>	<p>Actions en réparation</p>
Federal Court has no jurisdiction	<p>(6) If an Act of Parliament confers jurisdiction in respect of a matter on a court constituted or established by or under a law of a province, the Federal Court has no jurisdiction to entertain any proceeding in respect of the same matter unless the Act expressly confers that jurisdiction on that court.</p> <p>R.S., 1985, c. F-7, s. 17; 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25.</p>	<p>(6) Elle n'a pas compétence dans les cas où une loi fédérale donne compétence à un tribunal constitué ou maintenu sous le régime d'une loi provinciale sans prévoir expressément la compétence de la Cour fédérale.</p> <p>L.R. (1985), ch. F-7, art. 17; 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25.</p>	<p>Incompétence de la Cour fédérale</p>
Extraordinary remedies, federal tribunals	<p>18. (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction</p> <p>(a) to issue an injunction, writ of <i>certiorari</i>, writ of prohibition, writ of <i>mandamus</i> or writ of <i>quo warranto</i>, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and</p> <p>(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.</p>	<p>18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :</p> <p>a) décerner une injonction, un bref de <i>certiorari</i>, de <i>mandamus</i>, de prohibition ou de <i>quo warranto</i>, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;</p> <p>b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.</p>	<p>Recours extraordinaires : offices fédéraux</p>

Extraordinary remedies, members of Canadian Forces	(2) The Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine every application for a writ of <i>habeas corpus ad subjiciendum</i> , writ of <i>certiorari</i> , writ of prohibition or writ of <i>mandamus</i> in relation to any member of the Canadian Forces serving outside Canada.	(2) Elle a compétence exclusive, en première instance, dans le cas des demandes suivantes visant un membre des Forces canadiennes en poste à l'étranger : bref d' <i>habeas corpus ad subjiciendum</i> , de <i>certiorari</i> , de prohibition ou de <i>mandamus</i> .	Recours extraordinaires : Forces canadiennes
Remedies to be obtained on application	(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1. R.S., 1985, c. F-7, s. 18; 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26.	(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire. L.R. (1985), ch. F-7, art. 18; 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26.	Exercice des recours
Application for judicial review	18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.	18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.	Demande de contrôle judiciaire
Time limitation	(2) An application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within 30 days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected by it, or within any further time that a judge of the Federal Court may fix or allow before or after the end of those 30 days.	(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.	Délai de présentation
Powers of Federal Court	(3) On an application for judicial review, the Federal Court may (a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or (b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.	(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut : a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable; b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.	Pouvoirs de la Cour fédérale
Grounds of review	(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal (a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction; (b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;	(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'office fédéral, selon le cas : a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer; b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;	Motifs

	<p>(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;</p> <p>(d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;</p> <p>(e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or</p> <p>(f) acted in any other way that was contrary to law.</p>	<p>c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;</p> <p>d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;</p> <p>e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;</p> <p>f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.</p>	
Defect in form or technical irregularity	<p>(5) If the sole ground for relief established on an application for judicial review is a defect in form or a technical irregularity, the Federal Court may</p> <p>(a) refuse the relief if it finds that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; and</p> <p>(b) in the case of a defect in form or a technical irregularity in a decision or an order, make an order validating the decision or order, to have effect from any time and on any terms that it considers appropriate.</p> <p>1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27.</p>	<p>(5) La Cour fédérale peut rejeter toute demande de contrôle judiciaire fondée uniquement sur un vice de forme si elle estime qu'en l'occurrence le vice n'entraîne aucun dommage important ni déni de justice et, le cas échéant, valider la décision ou l'ordonnance entachée du vice et donner effet à celle-ci selon les modalités de temps et autres qu'elle estime indiquées.</p> <p>1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27.</p>	Vice de forme
Interim orders	<p>18.2 On an application for judicial review, the Federal Court may make any interim orders that it considers appropriate pending the final disposition of the application.</p> <p>1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28.</p>	<p>18.2 La Cour fédérale peut, lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire, prendre les mesures provisoires qu'elle estime indiquées avant de rendre sa décision définitive.</p> <p>1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28.</p>	Mesures provisoires
Reference by federal tribunal	<p>18.3 (1) A federal board, commission or other tribunal may at any stage of its proceedings refer any question or issue of law, of jurisdiction or of practice and procedure to the Federal Court for hearing and determination.</p>	<p>18.3 (1) Les offices fédéraux peuvent, à tout stade de leurs procédures, renvoyer devant la Cour fédérale pour audition et jugement toute question de droit, de compétence ou de pratique et procédure.</p>	Renvoi d'un office fédéral
Reference by Attorney General of Canada	<p>(2) The Attorney General of Canada may, at any stage of the proceedings of a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the <i>National Defence Act</i>, refer any question or issue of the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of regulations made under an Act of Parliament to the Federal Court for hearing and determination.</p> <p>1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28.</p>	<p>(2) Le procureur général du Canada peut, à tout stade des procédures d'un office fédéral, sauf s'il s'agit d'un tribunal militaire au sens de la <i>Loi sur la défense nationale</i>, renvoyer devant la Cour fédérale pour audition et jugement toute question portant sur la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, d'une loi fédérale ou de ses textes d'application.</p> <p>1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28.</p>	Renvoi du procureur général
Hearings in summary way	<p>18.4 (1) Subject to subsection (2), an application or reference to the Federal Court under any of sections 18.1 to 18.3 shall be heard and</p>	<p>18.4 (1) Sous réserve du paragraphe (2), la Cour fédérale statue à bref délai et selon une procédure sommaire sur les demandes et les</p>	Procédure sommaire d'audition

Exception	<p>determined without delay and in a summary way.</p> <p>(2) The Federal Court may, if it considers it appropriate, direct that an application for judicial review be treated and proceeded with as an action.</p> <p>1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28.</p>	<p>renvois qui lui sont présentés dans le cadre des articles 18.1 à 18.3.</p> <p>(2) Elle peut, si elle l'estime indiqué, ordonner qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action.</p> <p>1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28.</p>	Exception
Exception to sections 18 and 18.1	<p>18.5 Despite sections 18 and 18.1, if an Act of Parliament expressly provides for an appeal to the Federal Court, the Federal Court of Appeal, the Supreme Court of Canada, the Court Martial Appeal Court, the Tax Court of Canada, the Governor in Council or the Treasury Board from a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with that Act.</p> <p>1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28.</p>	<p>18.5 Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour d'appel fédérale, la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel de la cour martiale, la Cour canadienne de l'impôt, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi.</p> <p>1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28.</p>	Dérogation aux art. 18 et 18.1
Intergovernmental disputes	<p>19. If the legislature of a province has passed an Act agreeing that the Federal Court, the Federal Court of Canada or the Exchequer Court of Canada has jurisdiction in cases of controversies between Canada and that province, or between that province and any other province or provinces that have passed a like Act, the Federal Court has jurisdiction to determine the controversies.</p> <p>R.S., 1985, c. F-7, s. 19; 2002, c. 8, s. 28.</p>	<p>19. Lorsqu'une loi d'une province reconnaît sa compétence en l'espèce, — qu'elle y soit désignée sous le nom de Cour fédérale, Cour fédérale du Canada ou Cour de l'Échiquier du Canada — la Cour fédérale est compétente pour juger les cas de litige entre le Canada et cette province ou entre cette province et une ou plusieurs autres provinces ayant adopté une loi semblable.</p> <p>L.R. (1985), ch. F-7, art. 19; 2002, ch. 8, art. 28.</p>	Différents entre gouvernements
Industrial property, exclusive jurisdiction	<p>20. (1) The Federal Court has exclusive original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise,</p> <p>(a) in all cases of conflicting applications for any patent of invention, or for the registration of any copyright, trade-mark, industrial design or topography within the meaning of the <i>Integrated Circuit Topography Act</i>; and</p> <p>(b) in all cases in which it is sought to impeach or annul any patent of invention or to have any entry in any register of copyrights, trade-marks, industrial designs or topographies referred to in paragraph (a) made, expunged, varied or rectified.</p>	<p>20. (1) La Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, dans les cas suivants opposant notamment des administrés :</p> <p>a) conflit des demandes de brevet d'invention ou d'enregistrement d'un droit d'auteur, d'une marque de commerce, d'un dessin industriel ou d'une topographie au sens de la <i>Loi sur les topographies de circuits intégrés</i>;</p> <p>b) tentative d'invalidation ou d'annulation d'un brevet d'invention, ou d'inscription, de radiation ou de modification dans un registre de droits d'auteur, de marques de commerce, de dessins industriels ou de topographies visées à l'alinéa a).</p>	Propriété industrielle : compétence exclusive

Federal Court
of Appeal



Cour d'appel
fédérale

Date: 20111212

Docket: A-355-10

Citation: 2011 FCA 347

**CORAM: LÉTOURNEAU J.A.
DAWSON J.A.
STRATAS J.A.**

BETWEEN:

AIR CANADA

Appellant

and

**TORONTO PORT AUTHORITY
and PORTER AIRLINES INC.**

Respondents

Heard at Toronto, Ontario, on June 6, 2011.

Judgment delivered at Ottawa, Ontario, on December 12, 2011.

REASONS FOR JUDGMENT BY: STRATAS J.A.

REASONS CONCURRING IN THE RESULT BY: LÉTOURNEAU AND DAWSON J.J.A.

Federal Court
of Appeal



Cour d'appel
fédérale

Date: 20111212

Docket: A-355-10

Citation: 2011 FCA 347

**CORAM: LÉTOURNEAU J.A.
DAWSON J.A.
STRATAS J.A.**

BETWEEN:

AIR CANADA

Appellant

and

**TORONTO PORT AUTHORITY
and PORTER AIRLINES INC.**

Respondents

REASONS FOR JUDGMENT

STRATAS J.A.

[1] This is an appeal from the judgment of the Federal Court (*per* Justice Hughes): 2010 FC 774. The Federal Court dismissed two applications for judicial review brought by Air Canada.

[2] Air Canada brought the two applications for judicial review in response to two bulletins issued by the Toronto Port Authority concerning the Billy Bishop Toronto City Airport (the “City Airport”). The Toronto Port Authority manages and operates the City Airport.

[3] The Federal Court judge dismissed the applications for judicial review on a number of grounds. Three of those grounds and the Federal Court judge’s rulings on them were as follows:

- The Toronto Port Authority’s bulletins and its conduct described in the bulletins were not susceptible to judicial review. These matters did not trigger rights on the part of Air Canada to bring a judicial review.
- In issuing the bulletins and in engaging in the conduct described in the bulletins, the Toronto Port Authority was not acting as a “federal board, commission or other tribunal.” Accordingly, judicial review was not available under the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. The Toronto Port Authority’s conduct was private in nature, not public.
- Air Canada failed to establish that the bulletins and the conduct described in them offended duties of procedural fairness, were unreasonable, or were motivated by an improper purpose.

[4] Air Canada now appeals to this Court from the dismissal of both of its applications for judicial review.

[5] Following oral argument, we reserved our decision in this appeal. Somewhat later, the Supreme Court of Canada released its decision in *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504. That decision was of potential significance to the second of these three grounds, and, in particular, to the public-private distinction and whether the Toronto Port Authority's conduct described in the bulletins is reviewable. Accordingly, we invited the parties to make further written submissions concerning that decision. We have now received the parties' further written submissions and we have considered them.

[6] For the reasons set out below, I agree with the Federal Court judge's dismissal of Air Canada's applications for judicial review. Like the Federal Court judge, I find that each of the above three grounds is fatal to the applications for judicial review. It follows that I would dismiss the appeal, with costs.

A. Basic facts

[7] The City Airport is located on Toronto Island. Once a quiet location frequented mainly by small aircraft and hobby fliers, it is now a bustling commercial airport. This transformation was years in the making.

[8] Key to this transformation was an agreement, entered into in 1983 among the City of Toronto, the Toronto Harbour Commissioners and the federal Minister of Transport. Known colloquially as the Tripartite Agreement, it granted to the Toronto Harbour Commissioners, and later its successor, the Toronto Port Authority, a 50-year lease for the City Airport and related facilities. Importantly, the Tripartite Agreement imposed an obligation on the Toronto Harbour Commissioners, and later the Toronto Port Authority, to regulate the number of takeoffs and landings in order to limit noise in the nearby residential neighbourhood.

[9] In 1990, Air Ontario, an Air Canada subsidiary, started operations at the City Airport. Later, another Air Canada affiliate, Jazz, operated at the City Airport.

[10] In 1998, the *Canada Marine Act*, S.C. 1998, c. 10 became law. A year later, under its provisions, the Toronto Port Authority was established and letters patent were issued to it: (1999) *Canada Gazette* Part I, vol. 133, no. 23 (supplement). These shall be examined later in these reasons. Under subsection 7.2(j) of the letters patent, the Toronto Port Authority was authorized to operate and manage the City Airport in accordance with the Tripartite Agreement.

[11] By 2002, the Toronto Port Authority was operating at a loss. As we shall later see, under the *Canada Marine Act*, the Toronto Port Authority was meant to be financially self-sufficient. To remedy its financial situation, the Toronto Port Authority tried to get Jazz to commit to the continuance and even the enhancement of its operations at the City Airport. In the meantime, the Toronto Port Authority started to enter into discussions with another proposed airline about

operating at the City Airport. That airline was later known as Porter, operated by the respondent Porter Airlines Inc.

[12] As part of this investigation, the Toronto Port Authority and the airline that was later to be known as Porter approached the Competition Bureau for advice about whether Porter could ramp up operations considerably at the City Airport, taking 143 of 167 takeoff and landing slots. The Competition Bureau responded. It defined the relevant market as including Lester B. Pearson International Airport, considered it to be a “close substitute” for the City Airport for Toronto air passengers, and noted Air Canada’s dominance at Pearson Airport. It concluded that capping Air Canada’s takeoff and landing slots at the City Airport at a low level and granting Porter a number of takeoff and landing slots at the City Airport would be justified “as an interim measure” to allow Porter to establish a viable new service at the City Airport.

[13] By 2004, Jazz reduced the number of locations served and the frequency of flights at the City Airport. By 2005, it ceased shuttle bus services to the ferry by which passengers travelled to and from the City Airport and it used only six takeoff and landing slots at the City Airport.

[14] Mindful of the coming expiration of Jazz’s Commercial Carrier Operating Agreement for the City Airport, the Toronto Port Authority proposed a new agreement with Jazz. Jazz rejected the proposal and ceased all of its operations at the City Airport in 2006.

[15] Soon afterward, Porter announced the launch of its services from the City Airport. It had already signed a Commercial Carrier Agreement with the Toronto Port Authority during the previous year (2005). That agreement provided for an initial period during which Porter would receive a guaranteed number of takeoff and landing slots, following which Porter would be entitled to those slots on a “use it or lose it” basis. Porter was also entitled to participate “on a fair basis” concerning any additional slots that might become available.

[16] After Porter announced its launch, Air Canada announced plans to reinstate its services at the City Airport. In addition, Air Canada’s affiliate, Jazz, started an action in the Ontario Superior Court against the Toronto Port Authority claiming damages. In this action, Jazz alleged, among other things, that the Toronto Port Authority gave Porter a monopoly on terminal facilities and the vast majority of takeoff and landing slots at the City Airport: see Amended Statement of Claim, paragraph 31, Appeal Book, volume 14, pages 5746-5747. In 2006, Jazz also filed applications for judicial review in the Federal Court, complaining of these same matters: see Notices of Application, Appeal Book, volume 15, pages 5894-5916 and 6189-6201. Later, Jazz discontinued or abandoned all of these proceedings.

[17] Porter’s flights from the City Airport steadily increased. Porter, through its affiliate City Centre Terminal Corp., invested \$49 million into the City Airport’s infrastructure, including the building of a new terminal and, later, expanding it. For the first time in more than two decades, the City Airport began to enjoy an operating profit.

[18] Later, in September, 2009, Air Canada expressed new interest in starting service from the City Airport. At this time, the Toronto Port Authority was studying the possibility of allowing new takeoff and landing slots within the limits of the Tripartite Agreement and was open to additional carriers operating at the City Airport and engaged in discussions with all of them, including Air Canada. The Toronto Port Authority's studies and discussions continued into 2010.

[19] On December 24, 2009 and April 9, 2010, the Toronto Port Authority issued the two bulletins that are the subject of Air Canada's applications for judicial review in this case. Also on April 9, 2010, unknown to Air Canada at the time, the Toronto Port Authority and Porter entered into a new Commercial Carrier Operating Agreement, under which Porter's existing landing slots were grandparented, with the result that Porter received 157 of 202 available takeoff and landing slots at the City Airport.

[20] In its application for judicial review of the second bulletin, Air Canada seeks the setting aside of Porter's 2010 Commercial Carrier Operating Agreement, among other things. However, as we shall see, that application for judicial review concerns the Toronto Port Authority's "decisions" evidenced in the second bulletin, not the Toronto Port Authority's decision to enter into the 2010 Commercial Carrier Operating Agreement with Porter. Air Canada has not brought an application for judicial review of that decision.

B. Did the Toronto Port Authority’s conduct described in the bulletins constitute administrative action susceptible to judicial review?

[21] As mentioned above, before the Federal Court were two applications for judicial review launched in response to the two bulletins. In response, the respondents submitted to the Federal Court that judicial review was not available because the Toronto Port Authority had not made a “decision” or “order” within the meaning of the *Federal Courts Act*. All that the Toronto Port Authority had done was to issue two information bulletins of a general nature. Air Canada disagreed with the respondents and submitted to the Federal Court that there was such a “decision” or “order” and so judicial review was available to it. The parties advanced substantially similar submissions in this Court.

[22] The Federal Court judge agreed with the respondents’ submissions, finding that that no “decision” or “order” was present before him because the Toronto Port Authority’s bulletins “do not determine anything” (at paragraph 73).

[23] Although the Federal Court judge and the parties focused on whether a “decision” or “order” was present, I do not take them to be saying that there has to be a “decision” or an “order” before any sort of judicial review can be brought. That would be incorrect.

[24] Subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* provides that an application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by “the matter in respect of which relief is sought.” A “matter” that can be subject of judicial review includes not only

a “decision or order,” but any matter in respect of which a remedy may be available under section 18 of the *Federal Courts Act*: *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.). Subsection 18.1(3) sheds further light on this, referring to relief for an “act or thing,” a failure, refusal or delay to do an “act or thing,” a “decision,” an “order” and a “proceeding.” Finally, the rules that govern applications for judicial review apply to “applications for judicial review of administrative action,” not just applications for judicial review of “decisions or orders”: Rule 300 of the *Federal Courts Rules*.

[25] As far as “decisions” or “orders” are concerned, the only requirement is that any application for judicial review of them must be made within 30 days after they were first communicated: subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act*.

[26] Although the parties and the Federal Court judge focused on whether a “decision” or “order” was present, in substance they were addressing something more basic: whether, in issuing the bulletins and in engaging in the conduct described in the bulletins, the Toronto Port Authority had done anything that triggered any rights on the part of Air Canada to bring a judicial review.

[27] On this, I agree with the respondents’ submissions and the Federal Court judge’s holding: in issuing the bulletins and in engaging in the conduct described in the bulletins, the Toronto Port Authority did nothing to trigger rights on the part of Air Canada to bring a judicial review.

[28] The jurisprudence recognizes many situations where, by its nature or substance, an administrative body's conduct does not trigger rights to bring a judicial review.

[29] One such situation is where the conduct attacked in an application for judicial review fails to affect legal rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects: *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488; *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commission*, 2009 FCA 15, (2009), 86 Admin. L.R. (4th) 149.

[30] The decided cases offer many illustrations of this situation: e.g., *1099065 Ontario Inc. v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FCA 47, 375 N.R. 368 (an official's letter proposing dates for a meeting); *Philipps v. Canada (Librarian and Archivist)*, 2006 FC 1378, [2007] 4 F.C.R. 11 (a courtesy letter written in reply to an application for reconsideration); *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Minister of National Revenue*, [1998] 2 C.T.C. 176, 148 F.T.R. 3 (T.D.) (an advance ruling that constitutes nothing more than a non-binding opinion).

[31] In this case, Air Canada issued two notices of application:

- The first seeks judicial review of “the December 24, 2009 decision...of the Toronto Port Authority...announcing a process...through which it intends to award slots” at the City Airport. Like the Federal Court judge, I interpret this as a judicial review of

the December 24, 2009 bulletin issued by the Toronto Port Authority and the conduct described in it.

- The second seeks judicial review of “the April 9, 2010 decision...of the Toronto Port Authority...announcing a Request for Proposals process...to allocate slots and otherwise grant access to commercial carriers seeking access” to the City Airport. Like the Federal Court judge, I interpret this as a judicial review of the April 9, 2010 bulletin issued by the Toronto Port Authority and the conduct described in it.

[32] I shall examine each of the two bulletins and assess whether they, or the conduct described in them, affected Air Canada’s legal rights, imposed legal obligations, or caused Air Canada prejudicial effects.

(1) The first bulletin

[33] The first bulletin is entitled “TPA announces capacity assessment results for Billy Bishop Toronto City Airport, begins accepting formal carrier proposals.” This bulletin did five things, none of which, in reality, is attacked by Air Canada in its first application for judicial review:

- It announced the results of a noise impact study and capacity assessment for the City Airport and stated that the Toronto Port Authority anticipated that between 42 and 92 additional takeoff and landing slots would be available. Nowhere in its

application for judicial review of the bulletin does Air Canada attack this study or capacity assessment. Nowhere does it attack the Toronto Port Authority's assessment of the availability of takeoff and landing slots.

- It announced that the Toronto Port Authority intended to solicit formal business proposals for additional airline service at the City Airport. In its judicial review of this bulletin, Air Canada does not attack this intention.
- It disclosed the appointment of a slot coordinator to allocate available takeoff and landing slots at the City Airport. Air Canada does not say in its application for judicial review that the slot coordinator was improperly appointed, should not have been appointed, was biased, or conducted itself in some other inappropriate way.
- It stated that all airlines providing service from the City Airport will have to enter into a commercial carrier operating agreement with the Toronto Port Authority and secure appropriate terminal space from the City Centre Terminal Corp. Air Canada does not attack this aspect of the bulletin in its application for judicial review.
- It announced that further capital expenditures on the City Airport would be required to accommodate the additional air traffic. In its judicial review, Air Canada does not attack this aspect of the bulletin.

[34] In its first notice of application attacking this bulletin and the conduct described in it, Air Canada set out the grounds for its attack. The grounds focus on the Toronto Port Authority's alleged bias in favour of Porter. Air Canada says that the matters disclosed in the first bulletin perpetuate "Porter's existing anti-competitive advantage" and prevent "meaningful competition," something that is "contrary to the purposes of the *Canada Marine Act* and contrary to the common law." Air Canada complains about "Porter's exclusive access" to the City Airport and the "significant competitive advantages" offered by the City Airport compared to other airports in the Toronto area. It adds that when new takeoff and landing slots are awarded, Porter's dominance at the City Airport will be maintained – Porter will continue to enjoy a vast majority of the overall number of takeoff and landing slots.

[35] But the first bulletin and the conduct described in it does not do any of these things. On the subject of takeoff and landing slots, the first bulletin only sets out a process for the allocation of new slots and an approximate number to be allocated under that process. In reality, Air Canada does not attack anything that the first bulletin does or describes. Instead, Air Canada is really attacking the Toronto Port Authority's earlier allocation of takeoff and landing slots to Porter, an earlier decision that is not now the subject of judicial review. As mentioned in paragraph 16, above, Air Canada's affiliate, Jazz, attacked that matter and other allegedly monopolistic matters in 2006 by way of an action and judicial reviews, but it later discontinued and abandoned those proceedings.

[36] If Air Canada's application for judicial review concerning the first bulletin were granted and the matters described in the first bulletin were set aside, the pre-existing allocation of takeoff and

landing slots to Porter – the matter that is the real focus of its complaint – would remain. But in its notice of application Air Canada does not attack that pre-existing allocation of takeoff and landing slots to Porter.

[37] Therefore, the first bulletin and the matters described in it – the matters that Air Canada attacks in its first notice of application – do not affect Air Canada’s legal rights, impose legal obligations, or cause Air Canada prejudicial effects. This bulletin and the matters described in it are not the proper subject of judicial review. Other matters may perhaps be causing prejudicial effects to Air Canada, but they are not the subject of its first notice of application.

(2) The second bulletin

[38] The second bulletin is entitled “Toronto Port Authority issues formal Request for Proposals for additional carriers at Billy Bishop Toronto City Airport.” This bulletin did three things, none of which, in reality, is attacked by Air Canada in its second notice of application:

- It announced that two airlines, one of which was Air Canada, expressed informal interest in participating in the request for proposals for additional airline service at the City Airport. It invited others to participate in the request for proposal process.
- It appointed an independent party to review the proposals and allocate slots based on a methodology used at other airports.

- It announced results from a capacity assessment report and stated that, based on that report and the Tripartite Agreement, 90 new takeoff and landing slots could be made available.

[39] Again, in reality, Air Canada does not attack anything that the bulletin does. Nowhere in its second notice of application for judicial review does Air Canada suggest that these things affect its legal rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects upon it.

[40] In its second notice of application, Air Canada states that this bulletin implements the process that was proposed in the first bulletin. But, as we have seen, the process that was proposed in the first bulletin is not the real focus of Air Canada's attack. Air Canada's real focus is the pre-existing allocation of takeoff and landing slots, something over which Jazz launched challenges in 2006 but later abandoned.

[41] By the time of its second application for judicial review, Air Canada was aware of the allocation of takeoff and landing slots to Porter, set out in Porter's 2010 Commercial Carrier Operating Agreement. Its second notice of application alludes to that agreement. But the second bulletin and the conduct described in it – the subject-matter of the second application for judicial review – do not mention or allude to Porter's 2010 Commercial Carrier Operating Agreement. The second notice of application does not seek review of the Toronto Port Authority's decision to enter into that agreement and allocate a significant number of takeoff and landing slots to Porter.

[42] Therefore, for the foregoing reasons, Air Canada's two notices of application do not attack any matter that affects Air Canada's legal rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects. The notices of application did not place before the Federal Court any matter susceptible to review.

[43] This is sufficient to dismiss the appeal. However, I shall go on to consider two other grounds relied upon by the Federal Court judge to dismiss Air Canada's applications for judicial review.

C. Was the Toronto Port Authority acting as a "federal board, commission or other tribunal" when it engaged in the conduct described in the bulletins?

(1) This is a mandatory requirement

[44] An application for judicial review under the *Federal Courts Act* can only be brought against a "federal board, commission or other tribunal."

[45] Various provisions of the *Federal Courts Act* make this clear. Subsection 18(1) of the *Federal Courts Act* vests the Federal Court with exclusive original jurisdiction over certain matters where relief is sought against any "federal board, commission or other tribunal." In exercising that jurisdiction, the Federal Court can grant relief in many ways, but only against a "federal board, commission or other tribunal": subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act*. It is entitled to grant that relief where it is satisfied that certain errors have been committed by the "federal board, commission or other tribunal": subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*.

(2) What is a “federal board, commission or other tribunal”?

[46] “Federal board, commission or other tribunal” is defined in subsection 2(1) of the *Federal Courts Act*. Subsection 2(1) tells us that only those that exercise jurisdiction or powers “conferred by or under an Act of Parliament” or “an order made pursuant to [Crown prerogative]” can be “federal boards, commissions or other tribunals”:

2. (1) In this Act,

“federal board, commission or other tribunal”

« *office fédéral* »

“federal board, commission or other tribunal” means any body, person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown...

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

« *office fédéral* »

“*federal board, commission or other tribunal*”

« *office fédéral* » Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d’une prérogative royale...

[47] These words require us to examine the particular jurisdiction or power being exercised in a particular case and the source of that jurisdiction or power: *Anisman v. Canada (Canada Border Services Agency)*, 2010 FCA 52, 400 N.R. 137.

[48] The majority of decided cases concerning whether a “federal board, commission or other tribunal” is present turn on whether or not there is a particular federal Act or prerogative underlying an administrative decision-maker’s power or jurisdiction. *Anisman* is a good example. In that case the source of the administrative decision-maker’s power was provincial legislation, and so judicial review under the *Federal Courts Act* was not available.

[49] In this case, all parties accept that the actions disclosed in the Toronto Port Authority’s bulletins find their ultimate source in federal law.

[50] However, before us, the Toronto Port Authority submits that that alone is not enough to satisfy the requirement that an entity was acting as a “federal board, commission or other tribunal” when it engaged in the conduct or exercised the power that is the subject of judicial review. It has cited numerous cases to us in support of the proposition that the conduct or the power exercised must be of a public character. An authority does not act as a “federal board, commission or other tribunal” when it is conducting itself privately or is exercising a power of a private nature: see, for example, *DRL Vacations Ltd. v. Halifax Port Authority*, 2005 FC 860, [2006] 3 F.C.R. 516; *Halterm Ltd. v. Halifax Port Authority* (2000), 184 F.T.R. 16 (T.D.).

[51] The Toronto Port Authority’s submission has much force.

[52] Every significant federal tribunal has public powers of decision-making. But alongside these are express or implied powers to act in certain private ways, such as renting and managing premises,

hiring support staff, and so on. In a technical sense, each of these powers finds its ultimate source in a federal statute. But, as the governing cases cited below demonstrate, many exercises of those powers cannot be reviewable. For example, suppose that a well-known federal tribunal terminates its contract with a company to supply janitorial services for its premises. In doing so, it is not exercising a power central to the administrative mandate given to it by Parliament. Rather, it is acting like any other business. The tribunal's power in that case is best characterized as a private power, not a public power. Absent some exceptional circumstance, the janitorial company's recourse lies in an action for breach of contract, not an application for judicial review of the tribunal's decision to terminate the contract.

[53] The Supreme Court has recently reaffirmed that relationships that are in essence private in nature are redressed by way of the private law, not public law: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. In that case, a government dismissed one of its employees who was employed under a contract governed by the ordinary laws of contract. The employee brought a judicial review, alleging procedural unfairness. The Supreme Court held that in the circumstances the matter was private in character and so there was no room for the implication of a public law duty of procedural fairness.

[54] Recently, on the same principles but on quite different facts, the Supreme Court found that a relationship before it was a public one and so judicial review was available: *Mavi, supra*.

[55] A further basis for this public-private distinction can be found in subsection 18(1) of the *Federal Courts Act* which provides that the main remedies on review are certiorari, mandamus and prohibition. Each of those is available only against exercises of power that are public in character. So said Justice Dickson (as he then was) in the context of *certiorari* in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; see also *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex p. Lain*, [1967] 2 Q.B. 864.

[56] The tricky question, of course, is what is public and what is private. In *Dunsmuir* and in *Mavi*, the Supreme Court did not provide a comprehensive answer to that question.

[57] Perhaps there can be no comprehensive answer. In law, there are certain concepts that, by their elusive nature, cannot be reduced to clear definition. For example, in the law of negligence, when exactly does a party fall below the standard of care? We cannot answer that in a short sentence or two. Instead, the answer emerges from careful study of the factors discussed in many cases decided on their own facts. In my view, determining whether a matter is public or private for the purposes of judicial review must be approached in the same way.

[58] Further, it may be unwise to define the public-private distinction with precision. The “exact limits” of judicial review have “varied from time to time” to “meet changing conditions.” The boundaries of judicial review, in large part set by the public-private distinction, have “never been and ought not to be specifically defined.” See the comments of Justice Dickson (as he then was) in *Martineau*, *supra* at page 617, citing Lord Parker L.J. in *Lain*, *supra* at page 882.

[59] While the parties, particularly the Toronto Port Authority, have supplied us with many cases that shed light on the public-private distinction for the purposes of judicial review, only preliminary comments necessary to adjudicate upon this case are warranted in these circumstances.

[60] In determining the public-private issue, all of the circumstances must be weighed: *Cairns v. Farm Credit Corp.*, [1992] 2 F.C. 115 (T.D.); *Jackson v. Canada (Attorney General)* (1997), 141 F.T.R. 1 (T.D.). There are a number of relevant factors relevant to the determination whether a matter is coloured with a public element, flavour or character sufficient to bring it within the purview of public law. Whether or not any one factor or a combination of particular factors tips the balance and makes a matter “public” depends on the facts of the case and the overall impression registered upon the Court. Some of the relevant factors disclosed by the cases are as follows:

- *The character of the matter for which review is sought.* Is it a private, commercial matter, or is it of broader import to members of the public? See *DRL v. Halifax Port Authority, supra*; *Peace Hills Trust Co. v. Moccasin*, 2005 FC 1364 at paragraph 61, 281 F.T.R. 201 (T.D.) (“[a]dministrative law principles should not be applied to the resolution of what is, essentially, a matter of private commercial law...”).
- *The nature of the decision-maker and its responsibilities.* Is the decision-maker public in nature, such as a Crown agent or a statutorily-recognized administrative

body, and charged with public responsibilities? Is the matter under review closely related to those responsibilities?

- The extent to which a decision is founded in and shaped by law as opposed to private discretion.* If the particular decision is authorized by or emanates directly from a public source of law such as statute, regulation or order, a court will be more willing to find that the matter is public: *Mavi, supra*; *Scheerer v. Waldbillig* (2006), 208 O.A.C. 29, 265 D.L.R. (4th) 749 (Div. Ct.); *Aeric, Inc. v. Canada Post Corp.*, [1985] 1 F.C. 127 (T.D.). This is all the more the case if that public source of law supplies the criteria upon which the decision is made: *Scheerer v. Waldbillig, supra* at paragraph 19; *R. v. Hampshire Farmer's Markets Ltd.*, [2004] 1 W.L.R. 233 at page 240 (C.A.), cited with approval in *MacDonald v. Anishinabek Police Service* (2006), 83 O.R. (3d) 132 (Div. Ct.). Matters based on a power to act that is founded upon something other than legislation, such as general contract law or business considerations, are more likely to be viewed as outside of the ambit of judicial review: *Irving Shipbuilding Inc, supra*; *Devil's Gap Cottager (1982) Ltd. v. Rat Portage Band No. 38B*, 2008 FC 812 at paragraphs 45-46, [2009] 2 F.C.R. 276.
- The body's relationship to other statutory schemes or other parts of government.* If the body is woven into the network of government and is exercising a power as part of that network, its actions are more likely to be seen as a public matter: *Onuschuk v. Canadian Society of Immigration*, 2009 FC 1135 at paragraph 23, 357 F.T.R. 22;

Certified General Accountants Association of Canada v. Canadian Public Accountability Board (2008), 233 O.A.C. 129 (Div. Ct.); *R. v. Panel on Take-overs and Mergers; Ex Parte Datafin plc.*, [1987] Q.B. 815 (C.A.); *Volker Stevin N.W.T. ('92) Ltd. v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1994] N.W.T.R. 97, 22 Admin. L.R. (2d) 251 (C.A.); *R. v. Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex parte Aga Khan*, [1993] 2 All E.R. 853 at page 874 (C.A.); *R. v. Hampshire Farmer's Markets Ltd.*, *supra* at page 240 (C.A.). Mere mention in a statute, without more, may not be enough: *Ripley v. Pommier* (1990), 99 N.S.R. (2d) 338, [1990] N.S.J. No. 295 (S.C.).

- **The extent to which a decision-maker is an agent of government or is directed, controlled or significantly influenced by a public entity.** For example, private persons retained by government to conduct an investigation into whether a public official misconducted himself may be regarded as exercising an authority that is public in nature: *Masters v. Ontario* (1993), 16 O.R. (3d) 439, [1993] O.J. No. 3091 (Div. Ct.). A requirement that policies, by-laws or other matters be approved or reviewed by government may be relevant: *Aeric, supra*; *Canadian Centre for Ethics in Sport v. Russell*, [2007] O.J. No. 2234 (S.C.J.).
- **The suitability of public law remedies.** If the nature of the matter is such that public law remedies would be useful, courts are more inclined to regard it as public in nature: *Dunsmuir, supra*; *Irving Shipbuilding, supra* at paragraphs 51-54.

- *The existence of compulsory power.* The existence of compulsory power over the public at large or over a defined group, such as a profession, may be an indicator that the decision is public in nature. This is to be contrasted with situations where parties consensually submit to jurisdiction. See *Chyz v. Appraisal Institute of Canada* (1984), 36 Sask. R. 266 (Q.B.); *Volker Stevin, supra*; *Datafin, supra*.
- An “exceptional” category of cases where the conduct has attained a serious public dimension. Where a matter has a very serious, exceptional effect on the rights or interests of a broad segment of the public, it may be reviewable: *Aga Khan, supra* at pages 867 and 873; see also Paul Craig, “Public Law and Control Over Private Power” in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (Oxford: Hart Publishing, 1997) 196. This may include cases where the existence of fraud, bribery, corruption or a human rights violation transforms the matter from one of private significance to one of great public moment: *Irving Shipbuilding, supra* at paragraphs 61-62.

(3) Application of these principles to the facts of this case

[61] In my view, the matters set out in the bulletins – the matters subject to review in this case – are private in nature. In dealing with these matters, the Toronto Port Authority was not acting as a “federal board, commission or other tribunal.”

[62] While no one factor is determinative, there are several factors in this case that support this conclusion.

– I –

[63] First, in engaging in the conduct described in the bulletins, the Toronto Port Authority was not acting as a Crown agent.

[64] Section 7 of the *Canada Marine Act* provides that a port authority, such as the Toronto Port Authority, is a Crown agent only for the purposes of engaging in port activities referred to in paragraph 28(2)(a) of the Act. Those activities are “port activities related to shipping, navigation, transportation of passengers and goods, handling of goods and storage of goods, to the extent that those activities are specified in the letters patent.” Port authorities can engage in “other activities that are deemed in the letters patent to be necessary to support port operations” (paragraph 28(2)(b) of the Act) but, by virtue of section 7 of the Act, they conduct those activities on their own account, not as Crown agents.

[65] The letters patent of the Toronto Port Authority draw a distinction between matters on which it acts as a Crown agent and matters on which it does not. In section 7.1, the letters patent set out what port activities under paragraph 28(2)(a) of the *Canada Marine Act* that the Toronto Port Authority may do – activities for which the Toronto Port Authority is a Crown agent. In section 7.2, the letters patent set out all other activities that are necessary to support port operations – activities for which the Toronto Port Authority acts on its own account, and not as a Crown agent.

[66] Subsection 7.2(j) of the letters patent is most significant. In that subsection, the Toronto Port Authority is authorized to manage and operate the City Airport. For this purpose, it is not a Crown agent. Subsection 7.2(j) reads as follows:

7.2 Activities of the Authority Necessary to Support Port Operations.
To operate the port, the Authority may undertake the following activities which are deemed necessary to support port operations pursuant to paragraph 28(2)(b) of the Act:

...

(j) the operation and maintenance of the Toronto City Centre Airport in accordance with the Tripartite Agreement among the Corporation of the City of Toronto, Her Majesty the Queen in Right of Canada and The Toronto Harbour Commissioners dated the 30th day of June, 1983 and ferry service, bridge or tunnel across

7.2 Activités de l'Administration nécessaires aux opérations portuaires. Pour exploiter le port, l'Administration peut se livrer aux activités suivantes jugées nécessaires aux opérations portuaires conformément à l'alinéa 28(2)b) de la Loi:

[...]

j) exploitation et entretien de l'aéroport du centre-ville de Toronto conformément à l'accord tripartite conclu entre la Corporation of the City of Toronto, Sa Majesté la Reine du chef du Canada et les Commissaires du havre de Toronto le 30 juin 1983, et service de traversier, pont ou tunnel au lieu dit

the Western Gap of the Toronto harbour to provide access to the Toronto City Centre Airport.

Western Gap dans le port de Toronto pour permettre l'accès à l'aéroport du centre-ville de Toronto;

[67] Air Canada submits that the allocation of takeoff and landing slots at the City Airport is a matter relating to licensing federal real property, a matter that falls under subsections 7.1(c), (e) and (f) of the letters patent. It submits that takeoff and landing slots are allocated by way of “licence.” Air Canada also submits that subsection 7.1(a), which provides for the “issuance...of authorizations respecting use...of the port,” embraces the granting of takeoff and landing slots. Accordingly, says Air Canada, when the Toronto Port Authority allocates takeoff and landing slots, it does so as a Crown agent.

[68] Air Canada is correct in saying that section 7.1 of the letters patent includes “licences” over “federal real property” and the issuance of “authorizations” for use of the port. Section 7.1 reads as follows:

7.1 Activities of the Authority Related to Certain Port Operations. To operate the port, the Authority may undertake the port activities referred to in paragraph 28(2)(a) of the Act to the extent specified below:

(a) development, application, enforcement and amendment of rules, orders, by-laws, practices or procedures and issuance and administration of authorizations respecting use, occupancy or operation of the port and enforcement of Regulations or making of

7.1 Activités de l'Administration liées à certaines opérations portuaires. Pour exploiter le port, l'Administration peut se livrer aux activités portuaires mentionnées à l'alinéa 28(2)a) de la Loi dans la mesure précisée ci-dessous:

a) élaboration, application, contrôle d'application et modification de règles, d'ordonnances, de règlements administratifs, de pratiques et de procédures; délivrance et administration de permis concernant l'utilisation, l'occupation ou l'exploitation du port; contrôle

Regulations pursuant to subsection 63(2) of the Act;

d'application des Règlements ou prise de Règlements conformément au paragraphe 63(2) de la Loi;

...

[...]

(c) management, leasing or licensing the federal real property described in Schedule B or described as federal real property in any supplementary letters patent, subject to the restrictions contemplated in sections 8.1 and 8.3 and provided such management, leasing or licensing is for, or in connection with, the following:

c) sous réserve des restrictions prévues aux paragraphes 8.1 et 8.3, gestion, location ou octroi de permis relativement aux immeubles fédéraux décrits à l'Annexe « B » ou dans des lettres patentes supplémentaires comme étant des immeubles fédéraux, à condition que la gestion, la location ou l'octroi de permis vise ce qui suit:

(i) those activities described in sections 7.1 and 7.2;

(i) les activités décrites aux paragraphes 7.1 et 7.2;

(ii) those activities described in section 7.3 provided such activities are carried on by Subsidiaries or other third parties pursuant to leasing or licensing arrangements;

(ii) les activités décrites au paragraphe 7.3 pourvu qu'elles soient menées par des Filiales ou des tierces parties conformément aux arrangements de location ou d'octroi de permis;

(iii) the following uses to the extent such uses are not described as activities in section 7.1, 7.2 or 7.3:

(iii) les utilisations suivantes dans la mesure où elles ne figurent pas dans les activités décrites aux paragraphes 7.1, 7.2 ou 7.3 :

(A) uses related to shipping, navigation, transportation of passengers and goods, handling of goods and storage of goods;

(A) utilisations liées à la navigation, au transport des passagers et des marchandises et à la manutention et à l'entreposage des marchandises;

(B) provision of municipal services or facilities in connection with such federal real property;

(B) prestation de services ou d'installations municipaux relativement à ces immeubles fédéraux;

(C) uses not otherwise within subparagraph 7.1(c)(iii)(A), (B)

(C) utilisations qui ne sont pas prévues aux divisions

or (D) that are described in supplementary letters patent;	7.1 <i>c</i>)(iii)(A), (B) ou (D) mais qui sont décrites dans des lettres patentes supplémentaires;
(D) government sponsored economic development initiatives approved by Treasury Board;	(D) projets de développement économique émanant du gouvernement et approuvés par le Conseil du Trésor;
provided such uses are carried on by third parties, other than Subsidiaries, pursuant to leasing or licensing arrangements;	pourvu qu'elles soient menées par des tierces parties, à l'exception des Filiales, conformément aux arrangements de location ou d'octroi de permis;
...	...
<i>e</i>) granting, in respect of federal real property described in Schedule B or described as federal real property in any supplementary letters patent, road allowances or easements, rights of way or licences for utilities, service or access;	<i>e</i>) octroi d'emprises routières, de servitudes ou de permis pour des droits de passage ou d'accès ou des services publics visant des immeubles fédéraux décrits à l'Annexe « B » ou dans des lettres patentes supplémentaires comme étant des immeubles fédéraux;
...	[...]
<i>p</i>) carrying on activities described in section 7.1 on real property other than federal real property described in Schedule C or described as real property other than federal real property in any supplementary letters patent;	<i>p</i>) exécution des activités décrites au paragraphe 7.1 sur des immeubles, autres que des immeubles fédéraux, décrits à l'Annexe « C » ou décrits dans des lettres patentes supplémentaires comme étant des immeubles autres que des immeubles fédéraux;
provided that in conducting such activities the Authority shall not enter into or participate in any commitment, agreement or other arrangement whereby the Authority is liable jointly or jointly and severally with any other person for any debt, obligation, claim or liability.	pourvu que l'Administration ne s'engage pas de façon conjointe ou solidaire avec toute autre personne à une dette, obligation, réclamation ou exigibilité lorsqu'elle prend un engagement, conclut une entente ou participe à un arrangement dans l'exercice de ses activités.

[69] However, in my view, the licences and authorizations mentioned in section 7.1 of the letters patent do not relate to takeoff and landing slots at the City Airport. The granting of takeoff and landing slots, even if they are legally considered to be the granting of licences over federal real property, is an integral part of the operation of the City Airport, a matter that is dealt with under section 7.2.

[70] The power to operate and maintain the City Airport in section 7.2 of the letters patent is qualified by the words “in accordance with the Tripartite Agreement.” Among other things, that Agreement deals with the quantity and timing of takeoffs and landings at the City Airport. As a matter of interpretation, section 7.2 explicitly embraces the subject-matter of takeoffs and landings at the City Airport. Section 7.1 cannot be interpreted to qualify or derogate from that subject-matter.

[71] I cannot interpret section 7.1 as somehow whittling down section 7.2 that vests specific power in the Toronto Port Authority to engage in “the operation and maintenance of the Toronto City Centre Airport.” The normal rule of interpretation is that a specific provision such as section 7.2 prevails over a more general one such as section 7.1: *Canada v. McGregor*, [1989] F.C.J. No. 266, 57 D.L.R. (4th) 317 (C.A.).

[72] In any event, the bulletins do not grant any takeoff or landing slots. Fairly characterized, they announce studies, intentions and plans that concern the operation and maintenance of the City Airport. Takeoff and landing slots are granted under Commercial Carrier Operating Agreements.

– II –

[73] The private nature of the Toronto Port Authority is another factor leading me to conclude that the Toronto Port Authority was not acting as a “federal board, commission or other tribunal” in this case.

[74] As noted above, the Toronto Port Authority received letters patent. One condition of receiving letters patent was that the Toronto Port Authority was and would likely remain “financially self-sufficient”: *Canada Marine Act*, paragraph 8(1)(a). Buttressing this condition is subsection 29(3) of the Act. It provides as follows:

29. (3) Subject to its letters patent, to any other Act, to any regulations made under any other Act and to any agreement with the Government of Canada that provides otherwise, a port authority that operates an airport shall do so at its own expense.

29. (3) Sous réserve de ses lettres patentes, des autres lois fédérales et de leurs règlements d’application ou d’une entente contraire avec le gouvernement du Canada, l’administration portuaire qui exploite un aéroport doit le faire à ses frais.

[75] Subsections 8(1) and 29(3) of the *Canada Marine Act* are indications that, in operating and maintaining the City Airport under section 7.2 of the letters patent, the Toronto Port Authority may pursue private purposes, such as revenue generation and enhancing its financial position. For the Toronto Port Authority, to a considerable extent, the matters discussed in the bulletins have a private dimension to them.

– III –

[76] I turn now to some of the other relevant factors commonly used in making the public-private determination for the purposes of judicial review. I mentioned these in paragraph 60, above.

[77] In no way can the Toronto Port Authority be said to be woven into the network of government or exercising a power as part of that network. The *Canada Marine Act* and the letters patent do the opposite.

[78] There is no statute or regulation that constrains the Toronto Port Authority's discretion. There is no statute or regulation that supplies criteria for decision-making concerning the subject-matters discussed in the bulletins. Put another way, the discretions exercised by the Toronto Port Authority that are evidenced in the bulletins are not founded upon or shaped by law, but rather are shaped by the Toronto Port Authority's private views about how it is best to proceed in all the circumstances.

[79] There is no evidence showing that on the matters described in the bulletins, and indeed in its operation and maintenance of the City Airport, the Toronto Port Authority is instructed, directed, controlled, or significantly influenced by government or another public entity. As well, there are no legislative provisions that would lead to any such finding of instruction, direction, control or influence.

[80] Finally, there is no evidence before this Court in this particular instance that would suggest that the matters described in the bulletin fall with the exceptional category of cases where conduct has attained a serious public dimension or that the matters described in the bulletin have caused or will cause a very serious, exceptional effect on the rights or interests of a broad segment of the public, such that a public law remedy is warranted.

[81] For the foregoing reasons, in engaging in the conduct described in the bulletins in this instance, the Toronto Port Authority was not acting in a public capacity, as that is understood in the jurisprudence. Therefore, judicial review does not lie in these circumstances.

D. Procedural fairness, reasonableness review and improper purpose

[82] Assuming for the moment that judicial review did lie in these circumstances, Air Canada submits that the “decisions” evidenced by the bulletins should be set aside for want of procedural fairness. However, in the particular circumstances of this case, no duty of procedural fairness arose. Such duties do not arise where, as here, the relationship is private and commercial, not public: *Dunsmuir, supra*; see also paragraphs 61-81, above. In different circumstances, as explained above, an action taken by the Toronto Port Authority could assume a public dimension and procedural duties could arise, but that is not the case here.

[83] Further, I find no reviewable error in the Federal Court judge’s rejection of Air Canada’s procedural fairness submissions and, in fact, substantially agree with his reasons at paragraphs 86-

95. In his reasons, the Federal Court judge rejected Air Canada's submission that the Toronto Port Authority was obligated to follow the World Scheduling Guidelines promulgated by the International Air Transport Association. He also held that the Toronto Port Authority did not create any legitimate expectation of consultation on the part of Air Canada, and that, in any event, Air Canada had made its views known fully to the Toronto Port Authority.

[84] Air Canada also submits that the "decisions" evidenced by the bulletins should be set aside because they are unreasonable. The Federal Court judge rejected this submission. Again, I find no reviewable error in the reasons of the Federal Court judge (at paragraphs 96-101), and substantially agree with them. In this case, the actions of the Toronto Port Authority described in the bulletins were within the range of defensibility and acceptability.

[85] Air Canada also submits that the Toronto Port Authority pursued an improper purpose. In its first notice of application, Air Canada describes this as "prefer[ring] Porter over new entrants and...perpetuat[ing] Porter's significant anti-competitive advantage into the future." Insofar as the bulletins and the conduct described in them are concerned – the only matters that are the subject of the judicial reviews in this case – the Federal Court judge stated that "[t]here is no evidence...to suggest that [the Toronto Port Authority] and Porter were doing anything more than engaging in normal, reasonable commercial activity." There is nothing to warrant interference with that factual finding. Therefore, I find no reviewable error in the Federal Court's judge's rejection of Air Canada's submissions on improper purpose. To the extent that Air Canada considers that the

bulletins, the conduct described in them, other matters or any or all of these things have resulted in damage to competition, it has its recourses under the *Competition Act*.

E. Proposed disposition

[86] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

"David Stratas"

J.A.

REASONS CONCURRING IN THE RESULT (Létourneau and Dawson J.J.A.)

[87] We have read the reasons now received from our colleague Stratas J.A. We concur with his proposed disposition.

"Gilles Létourneau"

J.A.

"Eleanor R. Dawson"

J.A.

FEDERAL COURT OF APPEAL

NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: A-355-10

**APPEAL FROM A JUDGMENT OF THE HONOURABLE JUSTICE HUGHES
DATED JULY, 21, 2010**

STYLE OF CAUSE: Air Canada v. Toronto Port
Authority and Porter Airlines Inc.

PLACE OF HEARING: Toronto, Ontario

DATE OF HEARING: June 6, 2011

REASONS FOR JUDGMENT BY: Stratas J.A.

REASONS CONCURRING IN THE RESULT BY: Létourneau and Dawson JJ.A.

DATED: December 12, 2011

APPEARANCES:

Neil Finkelstein
Sarit E. Batner
Brandon Kain
Byron Shaw

FOR THE APPELLANT

Peter K. Doody
Colleen M. Shannon
Christaan A. Jordaan

FOR THE RESPONDENT,
TORONTO PORT AUTHORITY

Robert L. Armstrong
Orestes Pasparakis
Greg Sheahan
Nicholas Daube

FOR THE RESPONDENT, PORTER
AIRLINES INC.

SOLICITORS OF RECORD:

McCarthy Tétrault LLP
Toronto, Ontario

Borden Ladner Gervais LLP
Ottawa, Ontario

Norton Rose
Toronto, Ontario

FOR THE APPELLANT

FOR THE RESPONDENT,
TORONTO PORT AUTHORITY

FOR THE RESPONDENT, PORTER
AIRLINES INC.

THIS PAGE INTENTIONALLY BLANK



Date: 20150521

Docket: T-2506-14

Citation: 2015 FC 649

Ottawa, Ontario, May 21, 2015

PRESENT: The Honourable Mr. Justice Harrington

BETWEEN:

ANIZ ALANI

Applicant

and

**THE PRIME MINISTER OF CANADA AND
THE GOVERNOR GENERAL OF CANADA**

Respondents

ORDER AND REASONS

[1] Last December, Prime Minister Harper is said to have publicly communicated his decision not to advise the Governor General to fill existing vacancies in the Senate. Mr. Alani, a Vancouver lawyer, considers this “decision” illegal. He has applied for judicial review thereof. He seeks various declarations, the main one being that the Prime Minister must call upon the Governor General to appoint his nominees to the Senate within a reasonable time after a vacancy occurs. He does not ask that the Prime Minister be so ordered.

[2] The Deputy Attorney General, on behalf of the Prime Minister and the Governor General, has moved this Court for an order that the application for judicial review be struck at the outset, before it is heard on the merits. He submits it is plain and obvious that the application is bereft of any chance of success.

[3] For the reasons that follow, I am not persuaded, on the record presently before me, that it is plain and obvious that Mr. Alani has no chance of success. No matter the generality of the language which follows, it is always cushioned by this “plain and obvious” concept.

[4] The respondents’ motion references s. 221(1)(a) of the *Federal Courts Rules* which provides:

221. (1) On motion, the Court may, at any time, order that a pleading, or anything contained therein, be struck out, with or without leave to amend, on the ground that it

(a) discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be,

221. (1) À tout moment, la Cour peut, sur requête, ordonner la radiation de tout ou partie d’un acte de procédure, avec ou sans autorisation de le modifier, au motif, selon le cas :

a) qu’il ne révèle aucune cause d’action ou de défense valable;

[5] No evidence is to be heard on such a motion. The facts pleaded are taken to be true. The burden falls upon the respondents to persuade me that even if the facts are true, no cause of action is made out.

[6] The leading case on point is the decision in *Hunt v Carey Canada Inc*, [1990] 2 SCR 959. The Supreme Court held that the test to be applied was whether it was “plain and obvious” that

the pleadings disclosed no reasonable claim. “[I]f there is a chance that the plaintiff might succeed, then the plaintiff should not be “driven from the judgment seat.” It is certainly not for the Court, at this stage, to weigh the applicant’s chances of success. See also *Attorney General of Canada v Inuit Tapirisat et al*, [1980] 2 SCR 735 and *Operation Dismantle v The Queen*, [1985] 1 SCR 441.

[7] Also relevant is *Dyson v Attorney-General*, [1911] 1 KB 410 at 419, in which Fletcher Moulton LJ said:

Differences of law, just as differences of fact, are normally to be decided by trial after hearing in Court, and not to be refused a hearing in Court by an order of the judge in chambers.

I. Issues

[8] The following issues arise:

- a. Should the motion to strike be heard now, or at the same time as the application is heard on the merits?
- b. Does Mr. Alani have standing?
- c. Was there a decision to be judicially reviewed?
- d. Is there a constitutional convention by which the timing of Senate appointments is left to the Prime Minister’s discretion?

- e. If there is such a convention, is it valid if contrary to an imperative requirement of the constitution?
- f. Is this a question of statutory interpretation, no more, no less?
- g. Is the matter justiciable or better left to the political arena?
- h. If justiciable, does the Federal Court have jurisdiction?
- i. Costs.

A. *Should the motion have been postponed?*

[9] Applications to this Court, by way of judicial review or otherwise, are supposed to be summary in nature (*Federal Courts Act*, s 18.4). Interlocutory motions interrupt the flow of proceedings. Nevertheless, there are circumstances, whether under *Federal Courts Rule 221* or otherwise, in which the Court in control of its own process will not permit an application to run its course (*David Bull Laboratories (Canada) Inc v Pharmacia Inc*, [1995] 1 FC 588 (CA)). More recently, Mr. Justice Stratas speaking for the Court of Appeal referred to *David Bull Laboratories* and said “[t]here must be a “show stopper” or a “knockout punch” – an obvious fatal flaw striking at the root of this Court’s power to entertain the application” (*Canada (National Revenue) v JP Morgan Asset Management (Canada) Inc*, 2013 FCA 250 at para 47).

[10] This application was put under case management and a case management conference has already been held. Serious issues were raised which is why, in my discretion, I decided to hear the motion to strike now.

B. *Does Mr. Alani have standing?*

[11] The respondents have not challenged Mr. Alani's standing as such, at least not at this stage. Section 18.1 of the *Federal Courts Act* provides that: "An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought." Is Mr. Alani directly affected? In any event, as this is a matter which falls within my discretion, I grant him standing on a public interest basis to oppose the motion to have his application struck (*Thorson v Attorney General of Canada*, [1975] 1 SCR 138).

[12] The respondents submit that Mr. Alani is really referring a point of law to this Court for decision. Only federal boards, commissions and tribunals, and the Attorney General of Canada may refer a question of law to this Court (s. 18.3 of the *Federal Courts Act*). On the other hand, it is open to the Court to grant declaratory relief in accordance with s. 18 of the Act. The application is framed as a judicial review of a decision, not as a reference.

C. *Is there a decision to be judicially reviewed?*

[13] The language of this decision, and the circumstances in which it was allegedly made, are not set out in the pleadings. Was this a statement made in the House of Commons? Or was it a statement made during a media scrum? An off-the-cuff remark may not be a decision at all. Nevertheless, I am required to assume, at this stage, that a decision was made.

[14] For their part, the respondents do not deny at this stage that a decision was made. Perhaps, otherwise, we would be facing the thorny issue as to whether *mandamus* to fulfill a public duty lies.

[15] As mentioned by Mr. Justice Stratas at paragraph 40 of *JP Morgan*, above, a “concise” statement of the grounds on which judicial review is sought must include the material facts necessary to establish that the Court can and should grant the relief sought. However, it does not include the evidence. As judge, I certainly would have preferred better particulars.

D. *Is there a constitutional convention?*

[16] All agree that a constitutional convention has developed whereby the Governor General will only fill vacancies in the Senate on the advice of the Prime Minister (*Reference re Senate Reform*, [2014] 1 SCR 704 at para 50). The Prime Minister’s role may have developed and be evidenced by Minutes of Council going back to 1896. The parties disagree as to whether these Minutes of Council simply constitute recognition of a convention, or whether they show that the Prime Minister’s advice is provided pursuant to Crown prerogative.

[17] However, no constitutional convention has been brought to my attention as to the timing of the Prime Minister’s recommendations. Certainly, at some stage, senators have to be appointed. If there were to be no quorum, (the quorum being fifteen), Parliament could not function as it is composed of both the House of Commons and the Senate.

E. *Is the Convention Valid?*

[18] The convention is that the Governor General will not do something except on the recommendation of the Prime Minister. In the past, there were conventions that Parliament in Westminster would not amend the *British North America Act* except on Canada's request. These are conventions that provide that something will not be done except in certain circumstances. However, if the Constitution requires something to be done promptly, *i.e.* that Senate vacancies be filled, can the law be flaunted by convention? This goes to the merits of the application and cannot be answered at this time as the full scope of the convention has not been laid out before me.

F. *Is this a question of statutory interpretation?*

[19] Mr. Alani submits that this is a straightforward case of statutory interpretation. For instance, it had to go all the way to the Judicial Committee of the Privy Council before it was decided that women were "persons" eligible to be appointed to the Senate (*Edwards v Attorney-General for Canada*, [1930] AC 124).

[20] Mr. Alani's case is based upon section 32 of the *Constitution Act, 1867* which provides:

32. When a Vacancy happens in the Senate by Resignation, Death, or otherwise, the Governor General shall by Summons to a fit and qualified Person fill the Vacancy.

32. Quand un siège deviendra vacant au Sénat par démission, décès ou toute autre cause, le gouverneur-général remplira la vacance en adressant un mandat à quelque personne capable et ayant les qualifications voulues.

When shall a vacancy be filled? When it happens, not at the pleasure of the Prime Minister.

[21] Sections 21 and following of the same Act provide that the Senate shall consist of 105 members. Quebec and Ontario shall each be represented by 24, 10 from Nova Scotia, 10 from New Brunswick, 4 from Prince Edward Island, 6 from Manitoba, 6 from British Columbia, 6 from Saskatchewan, 6 from Alberta and 6 from Newfoundland and Labrador. The Yukon Territory, the Northwest Territories and Nunavut shall be entitled to be represented by one senator each. As noted above, the quorum is 15.

[22] Mr. Alani's other point is that the Senate was not intended to serve as a rest home for old political war horses. Apart from being a sober second chamber, it provides for regional representation. As of 20 March 2015, only 87 of the 105 seats in the Senate were filled, with no one having been appointed since 25 March 2013. Seven provinces are currently shortchanged, with Manitoba only having three of its six allocated seats.

[23] Again, the timing question cannot be answered at this time as we do not know the actual scope of the constitutional convention. The respondents must provide proof thereof as indeed stated at page 888 of *Re: Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 SCR 753 (the *First Reference*):

2. Requirements for establishing a convention

The requirements for establishing a convention bear some resemblance with those which apply to customary law. Precedents and usage are necessary but do not suffice. They must be normative. We adopt the following passage of Sir W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution* (5th ed., 1959), at p. 136:

We have to ask ourselves three questions: first, what are the precedents; secondly, did the actors in the precedents believe that they were bound by a rule; and thirdly, is there a reason for the rule? A single precedent with a good reason may be enough to establish the rule. A whole string of precedents without such a reason will be of no avail, unless it is perfectly certain that the persons concerned regarded them as bound by it.

[24] The parties will have an opportunity to provide proof of the existence and scope of any relevant convention at the hearing of the application on the merits.

G. *Is the matter justiciable?*

[25] The respondents submit there is no justiciable issue because the Prime Minister advises on Senate appointments by constitutional convention (true); constitutional conventions are not enforced by the courts (true); constitutional conventions do not become rules of law unless adopted by statute (true); and advice on Senate appointments is not given pursuant to the Crown prerogative (there is some debate on this point). It is further submitted that this Court, as a statutory court created by virtue of s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, only has jurisdiction conferred by or under an act of Parliament or Crown prerogative (s. 2 of the *Federal Courts Act*). Consequently, even if the Prime Minister's advice in respect of Senate appointments were justiciable, this Court lacks jurisdiction. Since a constitutional convention does not arise from statute and is not a prerogative of the Crown, the Prime Minister is not a federal board, commission or other tribunal when performing this advice-giving function.

[26] Courts are certainly called upon to determine whether or not a convention exists. In addition to the *First Reference*, the Supreme Court again referred to constitutional conventions in *Re: Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 SCR 793 (the *Quebec Veto Reference*). More recently, this Court was called upon to review the Prime Minister's decision advising the Governor General to dissolve Parliament and to set an election date, in light of the *Canada Elections Act* having been amended to provide fixed election dates (*Conacher v Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 920, [2010] 3 FCR 411). Mr. Justice Shore was not satisfied that a new convention existed that limited the ability of the Prime Minister to advise the Governor General. He was upheld by the Federal Court of Appeal from the bench (2010 FCA 131) and leave to appeal to the Supreme Court was refused ([2010] SCCA No 315).

[27] Consequently, it is arguable at this stage that we are only left with the interpretation of statute, albeit a very important one. In the circumstances, it is not necessary for this Court to consider constitutional conventions in detail. Suffice it to say that both the majority and the minority in the *First Reference* and the Court in the *Quebec Veto Reference* adopted the definition given by Chief Justice Freedman in the *Reference re: Amendment of Constitution of Canada*, [1981] MJ No 95 (CA) (the *Manitoba Reference*), as quoted in the *Quebec Veto Reference* as follows at page 802:

The majority opinion as well as the dissenting opinion both approved, at pp. 852 and 883, the definition of a convention given by Freedman C.J.M. in the *Manitoba Reference* and quoted at p. 883 of the *First Reference*:

What is a constitutional convention? There is a fairly lengthy literature on the subject. Although there may be shades of difference among the constitutional lawyers, political scientists, and Judges who have contributed to that literature, the essential features of a convention may be set forth

with some degree of confidence. Thus there is general agreement that a convention occupies a position somewhere in between a usage or custom on the one hand and a constitutional law on the other. There is general agreement that if one sought to fix that position with greater precision he would place convention nearer to law than to usage or custom. There is also general agreement that “a convention is a rule which is regarded as obligatory by the officials to whom it applies”. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 9. There is, if not general agreement, at least weighty authority, that the sanction for breach of a convention will be political rather than legal.

[28] If there is a valid constitutional convention, it is clear that the Court will not enforce it. The respondents submit that the Court should not even make a declaration on the point, because failure to adhere to a declaration may, in some circumstances, lead to contempt of Court and, thereby, indirect enforcement of a convention. They base themselves on *Assiniboine v Meeches*, 2013 FCA 114.

[29] *Assiniboine v Meeches* was a decision of Mr. Justice Mainville of the Federal Court of Appeal, sitting alone as duty judge. The appellants were seeking to stay a judgment of the Federal Court which declared that an Indian band election appeal committee had made a final and binding decision requiring new elections. At paragraphs 14 to 15 he referred to the decision of Mr. Justice MacGuigan in *LeBar v Canada*, [1989] 1 FC 603 (CA) and to the decision of the Supreme Court in *Doucet-Boudreau v Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62. It was said in the latter that in appropriate cases, if public bodies or officials do not comply with a declaratory order, contempt proceedings could lie against the Crown.

[30] However, those circumstances were not spelled out. The statement in respect of contempt was in the majority reasons, written by Mr. Justice Iacobucci and Madam Justice Arbour, in which they disagreed with Mr. Justice Lebel and Madam Justice Deschamps, dissenting, that the trial judge's order that the court supervise the implementation of its decision was void.

[31] If we took this point to its logical extreme, there would be no scope for a declaration that a constitutional convention requires a government official to do something.

[32] *LeBar* was an appeal from a judgment of the Federal Court Trial Division which declared that Mr. LeBar was entitled to have been released from prison earlier than when he in fact was released.

[33] Mr. Justice MacGuigan set out the principles of declarations in great detail. For these purposes it is sufficient to note that at pages 610-611, he said:

... [A] declaration is a peculiarly apt instrument in dealing with bodies "invested with public responsibilities" because it can be assumed that they will, without coercion, comply with the law as stated by the courts. Hence the inability of a declaration to sustain, without more, an execution process should not be seen as an inadequacy of declaratory proceedings vis-à-vis the Government. Any power to enforce such a judgment against the Government would be superfluity.

In my opinion, the necessity for the Government and its officials to obey the law is the fundamental aspect of the principle of the rule of law, which is now enshrined in our Constitution by the preamble to the Canadian Charter of Rights and Freedoms...

...

Elusive as it is as a concept, the rule of law must in all events mean "the law is supreme" and that officials of the Government have no option to disobey it. It would be unthinkable, under the rule of law,

to assume that a process of enforcement is required to ensure that the Government and its officials will faithfully discharge their obligations under the law. That the Government must and will obey the law is a first principle of our Constitution.

[34] It is to be emphasized that Mr. Alani only seeks a declaration, and does not ask that it be enforced.

[35] Certainly it is premature to say now that this matter is not justiciable. If this is merely a matter of interpreting a statute, and it is not plain and obvious that it is not, then certainly the matter is justiciable.

[36] Without a doubt there is a political aspect to Senate appointments. From time to time the Senate, or some Senators, may be a source of embarrassment to the Government, to the House of Commons as a whole, and indeed, to many Canadians. However, I know of no law which provides that one may not do what one is otherwise obliged to do simply because it would be embarrassing. The Supreme Court made it perfectly clear in the *Reference re Senate Reform* that significant changes to the Senate, including its abolishment, require a formal constitutional amendment.

H. *Does this Court have jurisdiction?*

[37] I think some confusion arises between the concepts of justiciability and jurisdiction. If there is a valid constitutional convention the courts will not enforce it, but may make declarations in respect of its content. However, the jurisdiction to hear this application is quite a different matter. In accordance with sections 2 and 18 and following of the *Federal Courts Act*,

this Court may judicially review the decisions of federal boards, commissions or other tribunals, which are defined as any body or person having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers “conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown...”. Many decisions of Ministers of the Crown are subject to judicial review (*Irving Shipbuilding Inc v Canada (Attorney General)*, [2010] 2 FCR 488 (CA)). Current thought is that the Constitution, although originally enacted by the United Kingdom, is, following the patriation of our constitution, a law of Canada (*Canadian Transit Company v Windsor (Corporation of the City)*, 2015 FCA 88 at paras 47-49).

[38] The respondents submit that constitutional conventions do not form part of the Crown prerogative, and therefore are not subject to judicial review. However, at this stage it cannot be said with any certainty whether or not the decision was grounded on a valid constitutional convention. Furthermore, there are some who would argue that constitutional conventions are akin to the Crown prerogative so that *Dyson*, above, would call for a hearing on the merits.

[39] In the alternative, Mr. Alani states that this Court has jurisdiction by virtue of section 17 of the *Federal Courts Act* as the Federal Court has concurrent original jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the Crown.

[40] There are not enough established facts to justify going down that road at this time.

I. *Costs*

[41] Both sides sought costs. The respondents seek an order for \$1,000.00 all inclusive, which is clearly much less than any amount which might be set under the tariff. Mr. Alani seeks costs in the same amount in any event of the cause on the basis that it was “plain and obvious” that this motion to strike at this stage was “doomed to failure”. If an award is not granted now he reserves his right to seek a higher amount. He also seeks a public interest immunity from costs. I think it better to simply order that costs be in the cause.

II. Amendments to the Notice of Application

[42] In his reply to the respondents’ motion to strike, Mr. Alani proposed certain amendments should the motion fail, and other amendments should it succeed, as in such instances the Court may strike with leave to amend. These latter proposed amendments need not be considered as the motion is dismissed.

[43] A good part of the proposed amendments simply reflect a shuffling of parts of the application to the grounds therefore, and pose no problem.

[44] He also proposes that the Queen’s Privy Council for Canada be added as a respondent in light of the cabinet minutes referred to above. This is simply meant to cover the bases, and I see no issue.

[45] However, he wishes to delete his reference to the Prime Minister making a decision. He rather seeks a declaration with respect to the Prime Minister's failure, refusal or unreasonable delay, or alternatively the Queen's Privy Council acting on his recommendation to advise the Governor General to fill existing vacancies in the Senate. This is not acceptable.

[46] The whole basis on which this application has proceeded is that it is a judicial review of a decision. If those assertions are deleted, the application would look like a reference. Only federal boards and tribunals and the Attorney General of Canada may refer matters to the Court.

Mr. Alani cannot.

[47] Thus the opening of the amended application shall read as it did in the original Notice of Application:

THIS IS AN APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW in respect of the decision of the Prime Minister, as communicated publicly on December 4, 2014, not to advise the Governor General to summon fit and qualified Persons to fill existing Vacancies in the Senate.

THE APPLICANT makes application for:

- 1) A declaration that:
 - a) the Prime Minister of Canada must advise the Governor General to summon a qualified Person to the Senate within a reasonable time after a Vacancy happens in the Senate.

[48] The rest of the application and the grounds therefore may be amended as requested save and except for the beginning of number 12 of the Grounds of the amended application, which will read: "The Prime Minister's decision not to recommend..."

[49] This amended application is to be formally served and filed forthwith. Thereafter the normal delays set out in Rule 304 and following of the *Federal Courts Rules* shall be followed.

ORDER

FOR REASONS GIVEN;

THIS COURT ORDERS that:

1. This motion to strike is dismissed, costs in the cause.
2. The style of cause is amended to add the Queen's Privy Council for Canada as a party respondent. It now reads:

ANIZ ALANI

Applicant

and

**THE PRIME MINISTER OF CANADA,
THE GOVERNOR GENERAL OF CANADA
AND THE QUEEN'S PRIVY COUNCIL FOR
CANADA**

Respondents

"Sean Harrington"

Judge

FEDERAL COURT
SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: T-2506-14

STYLE OF CAUSE: ANIZ ALANI v THE PRIME MINISTER OF CANADA,
THE GOVERNOR GENERAL OF CANADA AND THE
QUEEN’S PRIVY COUNCIL FOR CANADA

PLACE OF HEARING: VANCOUVER, BRITISH COLUMBIA

DATE OF HEARING: APRIL 23, 2015

ORDER AND REASONS JUSTICE HARRINGTON

DATED: MAY 21, 2015

APPEARANCES:

Mr. Aniz Alani

THE APPLICANT
(ON HIS OWN BEHALF)

Jan Brongers
Oliver Pulleyblank

FOR THE RESPONDENTS

SOLICITORS OF RECORD:

William F. Pentney
Deputy Attorney General of
Canada

FOR THE RESPONDENTS

THIS PAGE INTENTIONALLY BLANK



Date: 20150714

Docket: T-2506-14

Citation: 2015 FC 859

Ottawa, Ontario, July 14, 2015

PRESENT: The Honourable Madam Justice Gagné

BETWEEN:

ANIZ ALANI

Applicant

and

**THE PRIME MINISTER OF CANADA, THE
GOVERNOR GENERAL OF CANADA AND
THE QUEEN'S PRIVY COUNCIL FOR
CANADA**

Respondents

ORDER AND REASONS

[1] This motion arises in the context of an application brought by Mr. Aniz Alani before this Court for judicial review of the Prime Minister's decision, as communicated publicly on December 4, 2014, not to advise the Governor General to summon fit and qualified persons to fill existing vacancies in the Senate. As general elections are expected to be held on October 19, 2015, Mr. Alani is asking the Court to abridge the timeline fixed by the Order dated June 9, 2015

of the Case management Judge Roger Lafrenière in relation to the remaining steps in the proceeding, and asks to immediately set a pre-election hearing date.

[2] He is further seeking an order granting leave to the Respondents to cross-examine him – or any other deponent - on his affidavit, before the Respondents have served their own affidavits and, as a corollary, to file their affidavits after having cross-examined him – or any other deponent - on his or their affidavit.

[3] The main question is therefore whether the Court ought to depart from the timelines prescribed in Part 5 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [Rules] more particularly Rules 307, 308, 309, 310 and 314.

I. Background

[4] After having heard the declaration publicly made by the Prime Minister that he did not intend to fill the 16 vacancies then existing in the Senate, the Applicant filed a notice of application for judicial review seeking, *inter alia*, a declaration that the Prime Minister must advise the Governor General to summon a qualified person to the Senate, within a reasonable time after the vacancy happens.

[5] Within a month from the filing of his application for judicial review, the Applicant sought to avail himself of the Court's procedure for requesting a hearing date before the perfection of the application. He wrote to counsel for the Respondents and proposed a timetable that would have caused the file to have been perfected by April 27, 2015.

[6] Instead, the Respondents served a motion to strike the application for judicial review which was heard by my colleague Harrington J. on April 23, 2015. The Respondents essentially argued that Mr. Alani had no standing in the claim before the Court, that there was no real decision to be judicially reviewed and that in any event, there was a constitutional convention by which the timing of Senate appointments is left to the Prime Minister's discretion, and that a breach of that constitutional convention is not justiciable but rather left to the political arena.

[7] On May, 21, 2015, Harrington J. observed that on most issues raised before him, there were insufficient facts established to permit him to undertake a thorough analysis. He therefore found that it was not plain and obvious that Mr. Alani's application had no chance of success and he dismissed the Respondents' motion to strike. Harrington J. also allowed most of the proposed amendments to Mr. Alani's Notice of Application and stated that the normal procedure of the Rules, including the delays set out in Rule 304 and following of the Rules should be followed thereafter.

[8] From May 21, 2015 to June 1, 2015, the Applicant attempted, without success, to have the Respondents' consent on abridging the timetable that would cause the file to be perfected on or around August 4, 2015. During a case management conference held on June 1st, counsel for the Respondents advised the Court they anticipated commissioning an expert to provide affidavit evidence speaking to the issues relating to constitutional conventions. As a result, they further advised they might need additional time to do so. A week after, the Respondents advised they would be able to serve their responding affidavits by July 31, 2015 and that they were hoping the Applicant would consent to this extension of time without the need to file a formal Rule 8

motion. The Applicant consented to the Respondents' informal request but reiterated that he was hoping for the Respondents to consent to the proposed timetable for the remaining steps in the proceedings.

[9] On June 11, 2015, as these discussions were ongoing, the Applicant raised the potential for his application to become moot after the general election anticipated for October 19, 2015.

[10] On June 15, 2015, counsel for the Respondents advised the Applicant that:

“In the absence of a formal motion to expedite or any evidence in support of your assertions, we see no utility in engaging in an academic debate on the merits of your apparent position at this time. Suffice it to say, in our respectful submission, we find neither of the grounds you have raised to be persuasive. They certainly do not provide a justification for denying either party the opportunity to properly prepare their respective cases. In sum, it is our position that the timing of the next federal election is not a factor that ought to govern the determination of either the procedural deadlines or the hearing date of this application.”

[11] The Respondents also declined to provide a time estimate for the hearing and to reveal their availability until after the production of their Application Record. In any event, counsel for the Respondents then advised the Applicant that they were unavailable from September 28 to October 16, having previously scheduled other hearings or professional commitments.

[12] As a result, the Applicant served and filed his present Rule 8 motion on June 17, 2015. As things stand, the file is case managed by Prothonotary Lafrenière and it is expected to be

perfected by September 9, 2015, at which time the Applicant is expected to file his Requisition for hearing in accordance with Rule 314.

II. Analysis

[13] The only issue raised by this motion is whether the Court should exercise its discretion to expedite this application in order to accommodate a hearing date before the federal election which will be held on October 19, 2015.

[14] Rule 8 authorizes the Court to “extend or abridge a period provided by these Rules or fixed by an order”. It does not set out the test this Court should apply while exercising its discretion but both parties rely on the factors that emanate from this Court’s few decisions where abridgment was considered in order to expedite the proceeding so it could be heard prior to a particular event (*May v CBC/Radio Canada*, 2011 FCA 130 at paras 12 and 13; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v Dragan*, 2003 FCA 139 at para 7; *Trotter v Canada (Auditor General)*, 2011 FC 498 at paras 5-7; *Conacher v Canada (Prime Minister)*, 2008 FC 1119 at para 16; *Canadian Wheat Board v Canada (Attorney General)*, 2007 FC 39 at para 13 and *Gordon v Canada (Minister of National Defence)*, 2004 FC 1642 at para 11) . They can be summarized as follows:

- i. Whether the proceeding is really urgent or does the moving party simply prefer that the matter be expedited (Respondents rather formulate this first branch of the test as being: whether prejudice will ensue to the moving party if the matter is not expedited);
- ii. Whether prejudice will ensue to the responding party if the matter is expedited;

- iii. Whether the matter will become moot if it is not expedited; and
- iv. Whether expediting the matter will prejudice other litigants by “queue jumping”.

[15] The consideration of these factors is not mandatory but should be used by the Court as guidance, bearing in mind that the scheduling deadlines presumptively imposed by Part 5 of the Rules are designed as a “compromise” between the need to have applications for judicial review heard summarily and the need to ensure the parties have sufficient time to adequately prepare their cases. The burden to show the need to depart from these Rules lies on the party seeking the abridgement.

[16] In the case at bar, I am of the view, mainly mindful of the factors set-out in i) and iii) above, that the Applicant failed to meet his burden and that this case should continue to proceed in accordance with the Rules, with the assistance of the Case Management Judge.

[17] The Applicant’s main complaint concerns the soon to be 22 vacancies of the Senate and the fact that those vacancies would deny the Canadian population the guaranteed level of regional representation set out in the *Constitution Act, 1867*, ss. 21–22. He seeks a declaratory relief interpreting and giving effect to section 32 of the *Constitution Act, 1867* and, in particular, in determining whether, in the circumstances “when a vacancy happens”, the requirement to summon qualified persons to the Senate imposes an obligation to cause appointments to be made within a reasonable time.

[18] As can be read from the judgment of Harrington J. on the Respondents' motion to strike, the Applicant's application for judicial review raises complex and novel constitutional issues and, as such, it will require a complete evidentiary record placed before the Court. Amongst other things, that will include expert evidence on the existence, validity and content of a constitutional convention on Senate appointments. Neither the parties nor the Court should be rushed, without compelling reasons, into an early hearing or a decision on the merits.

[19] The Applicant argues that the urgency to proceed with his application and to obtain a ruling from the Court emanates from one of the defence arguments advanced by the Respondents. The Respondents argue that the matter raised by this application is non-justiciable and that any remedy related to the Prime Minister's inaction must be found in the political realm. If the Court ought to agree with the Respondents on that specific issue and if the decision is not rendered before the October 19, 2015 election, the individual voters will be deprived of a singular opportunity to effect an obviously available political remedy. In other words, says the applicant, we are dealing here with a "ballot box" issue.

[20] Although this is a possible outcome, it is not the only one. However, the Applicant does not argue that urgency would exist in any other scenario - for example, in the instance where the Court finds in his favour or rather finds that it lacks jurisdiction over the matter.

[21] Not only is the applicant's sense of urgency rather speculative but he has not presented evidence that the Canadian electorate, or himself for that matter, requires the benefit of a ruling from this Court on Senate vacancies in order to make an informed decision at the next election.

[22] Vacancies at the Senate exist and they are known to the public. In fact, many issues regarding the Senate and Senators have received extensive media coverage during the last few years. As things stand, the issues raised by this application for judicial review are exposed in Harrington J.'s public decision of May 21, 2015 and they will be further enunciated in the parties' public written submissions which will be filed in the Court record prior to October 19, 2015.

[23] Even if the Court could accommodate the parties and hold a hearing between September 10 and September 28 (again, both counsel for the Respondents are unavailable from September 28 and October 16), it is not to say that the Court would issue its Judgment and Reasons before October 19, 2015. Considering the importance of the issues raised, it is not excluded either that this Court's judgment will be appealed before the Federal Court of Appeal. Therefore, even if I see the next general election as a relevant factor favouring an abridgment of the delays and scheduling of a hearing before the file is perfected, which is not the case, it is unlikely that the individual voters would benefit from a final decision of this Court or the Federal Court of Appeal before October 19, 2015.

[24] Similar comments can be made as regards the Applicant's mootness argument. The Applicant acknowledges that the result of the October 19 election cannot be predicted, nor can its impact on his application for judicial review. The Applicant says that his application could become moot: i) if the Prime Minister "resiles from his stated intention not to appoint senators"; or ii) if the Prime Minister does not remain in office following the election. My answer to that argument is also twofold: If the applicant's objective is to have the Senate vacancies filled, he

should be satisfied if his first hypothesis becomes reality. However, if his real intention is to have a declaration from the Court dealing with a Prime Minister's duties and obligations with respect to Senate appointments, this application for judicial review might not be moot if the vacancies are filled before a final judgment is rendered. In any case, the Applicant's argument is hypothetical and highly speculative.

[25] Finally, in his written submissions, the Applicant states that he would also wish to have his application for judicial review heard before the third week of November as his wife is expected to give birth to his child. The Applicant did not raise that issue during the hearing but I agree with the Respondents that the Court should be able to accommodate the parties and set a hearing date between mid-October and mid-November. A note should be added to that effect in the Applicant's request for hearing.

III. Conclusion

[26] For these reasons, and keeping in mind that this file is case managed by Case Management Judge Lafrenière, I do not think that the Court's intervention is warranted and that a hearing should be scheduled before the file is perfected and before counsel for the parties can provide the Court with an estimate of the time they require to present their case.

[27] However, in the same way that I do not think this file's timetable should be influenced by the general election expected on October 19, the general election equally should not be used by the Respondents in an attempt to delay the hearing and avoid the media attention it may attract. I

have no evidence that these concerns have been the case so far, and I am confident that the Case Management Judge will ensure that it does not become the case in the near future.

[28] Considering the special circumstances of this case and the fact that the Applicant has brought and conducted the proceedings in a timely manner, no costs will be granted.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The Applicant's motion be dismissed;
2. No costs be granted.

"Jocelyne Gagné"

Judge

FEDERAL COURT
SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: T-2506-14

STYLE OF CAUSE: ANIZ ALANI v THE PRIME MINISTER OF CANADA,
THE GOVERNOR GENERAL OF CANADA AND THE
QUEEN'S PRIVY COUNCIL FOR CANADA

PLACE OF HEARING: VANCOUVER, BRITISH COLUMBIA

DATE OF HEARING: JUNE 30, 2015

ORDER AND REASONS: GAGNÉ J.

DATED: JULY 14, 2015

APPEARANCES:

Mr. Aniz Alani

FOR THE APPLICANT
(ON HIS OWN BEHALF)

Me Jan Brongers
Me Oliver Pulleyblank

FOR THE RESPONDENTS

SOLICITORS OF RECORD:

Mr. Aniz Alani
Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANT
(ON HIS OWN BEHALF)

William F. Pentney
Deputy Attorney General of Canada
Vancouver, British Columbia

FOR THE RESPONDENTS

Attorney General of Canada *Appellant***Procureur général du Canada** *Appelant*

v.

c.

TeleZone Inc. *Respondent***TeleZone Inc.** *Intimée***INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v.
TELEZONE INC.****RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.
TELEZONE INC.****2010 SCC 62****2010 CSC 62**

File No.: 33041.

N° du greffe : 33041.

2010: January 20, 21; 2010: December 23.

2010 : 20, 21 janvier; 2010 : 23 décembre.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron,
Rothstein and Cromwell JJ.Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella,
Charron, Rothstein et Cromwell.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

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

Courts — Jurisdiction — Provincial superior courts — Action brought against federal Crown in Ontario Superior Court of Justice seeking damages for breach of contract, negligence and unjust enrichment arising from decision rejecting application for telecommunications licence — Whether plaintiff entitled to proceed by way of action in Ontario Superior Court of Justice without first proceeding by way of judicial review in Federal Court — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18; Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 21.

Tribunaux — Compétence — Cours supérieures provinciales — Action en dommages-intérêts intentée contre la Couronne fédérale devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour inexécution de contrat, négligence et enrichissement injustifié à la suite du rejet d'une demande de licence de télécommunications — La demanderesse a-t-elle le droit d'intenter une action en Cour supérieure de justice de l'Ontario sans engager d'abord une procédure de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18; Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 21.

In 1995, Industry Canada issued a call for personal communication services licence applications, and released the policy statement within which potential service providers could shape their applications. The statement provided that Industry Canada would grant up to six licences on the basis of criteria it set out. T submitted an application, but when Industry Canada announced its decision, there were only four successful applicants and T was not among them. T filed an action against the Federal Crown in the Ontario Superior Court of Justice for breach of contract, negligence and unjust enrichment, and sought compensation for claimed losses of \$250 million. It claimed that it was an express or implied term of the policy statement that Industry Canada would only issue fewer than six licences if fewer than six applications met the criteria. Since its application satisfied all the criteria, it says, Industry Canada must have considered other undisclosed factors

En 1995, Industrie Canada a lancé une invitation à soumettre des demandes de licences de services de communications personnelles et a publié l'énoncé de politique devant servir de cadre aux demandes des fournisseurs potentiels. L'énoncé indiquait qu'Industrie Canada délivrerait jusqu'à six licences en fonction des critères qu'elle avait définis. T a soumis une demande, mais seules quatre demandes ont été retenues par Industrie Canada et celle de T n'en faisait pas partie. T a intenté une action contre la Couronne fédérale devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour inexécution de contrat, négligence et enrichissement injustifié, réclamant des dommages-intérêts pour les pertes de 250 millions de dollars qu'elle affirme avoir subies. Elle a allégué que l'énoncé de politique comportait la condition expresse ou implicite qu'Industrie Canada délivrerait moins de six licences uniquement si moins de six demandes répondaient aux critères. Puisque, aux dires de T, sa

when it rejected T's application. The Attorney General of Canada, relying on *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287, challenged the jurisdiction of the Superior Court on the ground that the claim constituted a collateral attack on the decision, which is barred by the grant to the Federal Court, by s. 18 of the *Federal Courts Act*, of exclusive judicial review jurisdiction in relation to decisions of all federal boards, commissions or other tribunals. The Superior Court dismissed the objection on the ground that it was not plain and obvious that the claim would fail. The Court of Appeal upheld the decision, holding that *Grenier* was wrongly decided. In that court's view s. 17 of the *Federal Courts Act* and s. 21 of the *Crown Liability and Proceedings Act* conferred concurrent jurisdiction on the superior courts and the Federal Court for claims against the Crown, and s. 18 of the *Federal Courts Act* did not remove relief by way of an award of damages from the jurisdiction of superior courts.

Held: The appeal should be dismissed.

This appeal is fundamentally about access to justice. People who claim to be injured by government action should have whatever redress the legal system permits through procedures that minimize unnecessary costs and complexity. The Court's approach should be practical and pragmatic with that objective in mind. Acceptance of *Grenier* would tend to undermine the effectiveness of the *Federal Courts Act* reforms of the early 1990s by retaining in the Federal Court exclusive jurisdiction over a key element of many causes of action proceeding in the provincial courts despite Parliament's promise to give plaintiffs a choice of forum and to make provincial superior courts available to litigants "in all cases in which relief is claimed against the [federal] Crown" except as otherwise provided.

Apart from constitutional limitations, none of which are relevant here, Parliament may by statute transfer jurisdiction from the superior courts to other adjudicative bodies including the Federal Court. However, any derogation from the jurisdiction of the provincial superior courts (in favour of the Federal Court or otherwise) requires clear and explicit statutory language. Nothing in the *Federal Courts Act* satisfies this test. The explicit grant to the provincial superior courts of concurrent jurisdiction in claims against the Crown in s. 17 of that Act (as well as s. 21 of the *Crown Liability and Proceedings Act*) directly refutes the Attorney General's argument. The grant of exclusive jurisdiction

demande satisfaisait à tous les critères, Industrie Canada a dû appliquer d'autres facteurs, non communiqués, pour la rejeter. Se fondant sur *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287, le procureur général du Canada a contesté la compétence de la Cour supérieure de justice au motif que la demande était une contestation indirecte de la décision, ce qui est interdit compte tenu de la compétence exclusive accordée à la Cour fédérale par l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* (« LCF ») en matière de contrôle judiciaire des décisions de tout office fédéral. La Cour supérieure a rejeté cette objection parce que la demande n'était pas manifestement vouée à l'échec. La Cour d'appel a maintenu la décision, estimant que l'arrêt *Grenier* est incorrect. Selon elle, l'art. 17 de la LCF et l'art. 21 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* confèrent aux cours supérieures et à la Cour fédérale une compétence concurrente à l'égard des demandes de réparation contre la Couronne, et l'art. 18 de la LCF n'a pas soustrait l'action en dommages-intérêts de la compétence des cours supérieures.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le pourvoi porte essentiellement sur l'accès à la justice. Les personnes qui prétendent avoir subi un préjudice attribuable à une mesure administrative doivent pouvoir exercer les recours autorisés par la loi au moyen de procédures réduisant au minimum les frais et complexités inutiles. La Cour doit adopter une approche pratique et pragmatique en gardant cet objectif à l'esprit. Appliquer *Grenier* tendrait à miner l'efficacité des réformes mises en place par la LCF au début des années 1990, en maintenant l'exclusivité juridictionnelle de la Cour fédérale à l'égard d'un élément fondamental de nombreux recours instruits devant les cours provinciales, en dépit de la promesse du législateur de donner au demandeur le choix du tribunal et de permettre aux parties l'accès aux cours supérieures provinciales, « dans les cas de demande de réparation contre la Couronne » fédérale, sauf disposition contraire.

Sous réserve de restrictions constitutionnelles, dont aucune n'est pertinente en l'espèce, le législateur peut transférer un pouvoir appartenant aux cours supérieures à d'autres organismes juridictionnels, comme la Cour fédérale. Cependant, la compétence des cours supérieures provinciales ne peut être amoindrie (en faveur de la Cour fédérale ou d'un autre tribunal) que si une disposition législative claire le prévoit expressément. Aucune disposition de la LCF ne répond à ce critère. L'octroi explicite aux cours supérieures provinciales d'une compétence concurrente en matière de demandes de réparation contre la Couronne, à l'art. 17 de cette loi (et à l'art. 21 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le*

to judicially review federal decision makers in s. 18 is best understood as a reservation or subtraction from the more comprehensive grant of concurrent jurisdiction in s. 17 “in all cases in which relief is claimed against the [federal] Crown”. This reservation or subtraction is expressed in s. 18 of the *Federal Courts Act* in terms of particular remedies. All the remedies listed are traditional administrative law remedies and do not include awards of damages. If a claimant seeks compensation, he or she cannot get it on judicial review, but must file an action.

The *Federal Courts Act* contains other internal evidence that Parliament could not have intended judicial review to have the gatekeeper function envisaged by *Grenier*. Section 18.1(2) imposes a 30-day limitation for judicial review applications. A 30-day cut off for a damages claimant would be unrealistic, as the facts necessary to ground a civil cause of action may not emerge until after 30 days have passed, and the claimant may not be in a position to apply for judicial review within the limitation period. While the 30-day limit can be extended, the extension is discretionary and would subordinate the fate of a civil suit brought in a superior court to the discretion of a Federal Court judge ruling upon a request for an extension of time for reasons that have to do with public law concerns, not civil damages. Moreover, the grant of judicial review is itself discretionary and may be denied even if the applicant establishes valid grounds for the court’s intervention. This does not align well with the paradigm of a common law action for damages where, if the elements of the claim are established, compensation ought generally to follow as a matter of course. Further, s. 8 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, which codifies the defence of statutory authority, is evidence that Parliament envisaged that the lawfulness of administrative decisions could be assessed by the provincial superior court in the course of adjudicating a claim for damages.

The *Grenier* approach cannot be justified by the rule against collateral attacks. T’s claim is not an attempt to invalidate or render inoperative the Minister’s decision; rather, the decision and the financial losses allegedly consequent to it constitute the very foundation of the damages claim. In any event, given the statutory grant of concurrent jurisdiction in s. 17 of the *Federal Courts*

contentieux administratif) réfute directement l’argument du procureur général. Il faut voir l’attribution de la compétence exclusive en matière de contrôle judiciaire des décisions de l’administration fédérale à l’art. 18 comme une réserve ou une exception à l’attribution d’une compétence concurrente plus générale à l’art. 17 « dans les cas de demande de réparation contre la Couronne » fédérale. Cette réserve ou exception est énoncée à l’art. 18 de la *LCF* sous forme de recours particuliers. Tous les recours énumérés sont des recours classiques du droit administratif, et l’octroi de dommages-intérêts n’en fait pas partie. L’indemnisation n’est pas possible dans le cadre d’une procédure de contrôle judiciaire; mais seulement dans le cadre d’une action.

D’autres éléments intrinsèques de la *LCF* indiquent que le législateur ne peut avoir eu l’intention de faire du contrôle judiciaire une épreuve préliminaire comme le laisse entrevoir l’arrêt *Grenier*. Le paragraphe 18.1(2) fixe un délai de 30 jours pour la présentation d’une demande de contrôle judiciaire. Il ne serait pas réaliste qu’une action en dommages-intérêts se prescrive par 30 jours, vu que les faits nécessaires pour fonder un recours civil peuvent fort bien n’être connus qu’après 30 jours et qu’il se pourrait qu’un demandeur ne soit pas en mesure de déposer sa demande de contrôle judiciaire dans le délai fixé. Il est possible de proroger le délai de 30 jours, mais il s’agit là d’une décision discrétionnaire, et l’issue d’une action civile intentée devant une cour supérieure serait ainsi subordonnée au pouvoir discrétionnaire d’un juge de la Cour fédérale statuant sur une demande de prorogation de délai en fonction de considérations de droit public et non de facteurs propres aux dommages-intérêts de droit civil. En outre, les décisions en matière de contrôle judiciaire sont de nature discrétionnaire, et une demande de contrôle judiciaire peut être rejetée même lorsque le demandeur a établi l’existence de motifs qui justifieraient l’intervention de la cour. Cette approche ne concorde pas avec le paradigme de l’action en dommages-intérêts de la common law, suivant lequel la preuve des éléments de la demande entraîne normalement l’indemnisation. De plus, l’art. 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, qui codifie la défense de pouvoir d’origine législative, prouve que le législateur prévoyait que la cour supérieure provinciale pourrait se prononcer sur la légalité de décisions administratives dans le cadre d’une action en dommages-intérêts.

La règle interdisant les contestations indirectes ne peut justifier l’approche proposée dans *Grenier*. T ne sert pas de sa demande pour faire invalider ou déclarer inopérante la décision du ministre; elle fait plutôt de la décision et des pertes pécuniaires qui en auraient résulté les assises mêmes de sa demande de dommages-intérêts. Quoi qu’il en soit, le législateur a spécifié, en attribuant

Act, Parliament has stated that provincial superior courts possess the concurrent necessary jurisdiction to dispose of the whole of a claim and this includes any attack on the validity of the Minister's decision where this issue is essential to the cause of action and where adjudicating the matter is a necessary step in disposing of the claim. While the doctrine of collateral attack may be raised by the Crown in the provincial superior court as a defence, the possible availability of the defence is not an argument against provincial superior court jurisdiction. Similarly, while it may be open to the Crown, by way of defence, to argue that the government decision maker was acting under statutory authority which precludes compensation for consequent losses, this is not a matter of jurisdiction and can be dealt with as well by the provincial superior court as by the Federal Court.

It is true that the provincial superior courts and the Federal Court have a residual discretion to stay a damages claim if, in its essential character, it is a claim for judicial review with only a thin pretence to a private wrong. However, where a plaintiff's pleading alleges the elements of a private cause of action, the provincial superior court should not in general decline jurisdiction on the basis that the claim looks like a case that could be pursued on judicial review. If the plaintiff has pleaded a valid cause of action for damages, he or she should generally be allowed to pursue it.

Here, T's claim as pleaded is dominated by private law considerations. It is not attempting to nullify or set aside the decision to issue licences. Nor does it seek to deprive the decision of any legal effect. T's causes of action in contract, tort and equity are predicated on the finality of that decision excluding it from participation in the telecommunications market. The Ontario Superior Court of Justice has jurisdiction over the parties and the subject matter, and has the power to grant the remedy of damages. There is nothing in the *Federal Courts Act* to prevent the Ontario Superior Court from adjudicating T's claim.

Cases Cited

Overruled: *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287; **referred to:** *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38; *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205;

une compétence concurrente à l'art. 17 de la *LCF*, que les cours supérieures provinciales disposent de la compétence concurrente voulue pour trancher une demande dans son intégralité, y compris pour décider de la validité d'une décision du ministre, lorsque cette question est un élément essentiel de la cause d'action et qu'il faut la trancher pour statuer sur la demande. La Couronne peut invoquer la doctrine de la contestation indirecte en défense devant la cour supérieure provinciale, mais la possibilité de recourir à ce moyen de défense ne peut étayer la thèse de l'incompétence de la cour supérieure provinciale. De même, bien que la Couronne puisse faire valoir, en défense, que le décideur public exerçait un pouvoir d'origine législative qui exclut l'indemnisation des pertes pouvant en résulter, cette question n'a pas trait à la compétence et peut être tranchée aussi bien par la cour supérieure d'une province que par la Cour fédérale.

Les cours supérieures provinciales et la Cour fédérale disposent du pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre une action en dommages-intérêts lorsqu'il s'agit essentiellement d'une demande de contrôle judiciaire et qu'elle n'a que superficiellement l'apparence d'un recours délictuel de droit privé. Toutefois, lorsque le demandeur allègue les éléments d'une cause d'action en droit privé dans son argumentation, la cour supérieure provinciale ne doit généralement pas décliner compétence au motif que l'action s'apparente à un recours qui doit être instruit comme une demande de contrôle judiciaire. Si le demandeur a plaidé une cause d'action valide en dommages-intérêts, il devrait généralement être admis à exercer son recours à ce titre.

Tel qu'il a été présenté, le recours de T met principalement en jeu des questions de droit privé. T ne cherche pas à obtenir l'annulation de la décision de délivrer les licences. Elle ne cherche pas non plus à priver la décision de ses effets juridiques. Ses causes d'action contractuelles, délictuelles et en equity sont fondées sur le caractère définitif de cette décision qui l'écarte du marché des télécommunications. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a compétence sur les parties et sur l'objet du litige, et elle a le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts. Aucune disposition de la *LCF* n'empêche la Cour supérieure de l'Ontario de statuer sur la demande.

Jurisprudence

Arrêt renversé : *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287; **arrêts mentionnés :** *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38; *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*,

- Agricultural Research Institute of Ontario v. Campbell-High* (2002), 58 O.R. (3d) 321, leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. vii; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551; *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706; *Hinton v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 215, [2009] 1 F.C.R. 476; *Parrish & Heimbecker Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture and Agri-Food)*, 2008 FCA 362, [2009] 3 F.C.R. 568, rev'd 2010 SCC 64, [2010] 3 S.C.R. 639; *Donovan v. Canada (Attorney General)*, 2008 NLCA 8, 273 Nfld. & P.E.I.R. 116; *Lidstone v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2008 PESCTD 6, 286 Nfld. & P.E.I.R. 244; *River Valley Poultry Farm Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 326, 95 O.R. (3d) 1; *Los Angeles Salad Co. v. Canadian Food Inspection Agency*, 2009 BCSC 109, 92 B.C.L.R. (4th) 379; *Leroux v. Canada Revenue Agency*, 2010 BCSC 865, 2010 D.T.C. 5123; *Fantasy Construction Ltd., Re*, 2007 ABCA 335, 89 Alta. L.R. (4th) 93; *Genge v. Canada (Attorney General)*, 2007 NLCA 60, 270 Nfld. & P.E.I.R. 182; *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694; *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, 314 D.L.R. (4th) 340, leave to appeal refused, [2009] 3 S.C.R. vii; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860; *R. v. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 737; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; *Peacock v. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *Sutherland v. Canada* [1983] 1 R.C.S. 205; *Agricultural Research Institute of Ontario c. Campbell-High* (2002), 58 O.R. (3d) 321, autorisation d'appel refusée, [2003] 1 R.C.S. vii; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551; *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706; *Hinton c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 215, [2009] 1 R.C.F. 476; *Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)*, 2008 CAF 362, [2009] 3 R.C.F. 568, inf. par 2010 CSC 64, [2010] 3 R.C.S. 639; *Donovan c. Canada (Attorney General)*, 2008 NLCA 8, 273 Nfld. & P.E.I.R. 116; *Lidstone c. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2008 PESCTD 6, 286 Nfld. & P.E.I.R. 244; *River Valley Poultry Farm Ltd. c. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 326, 95 O.R. (3d) 1; *Los Angeles Salad Co. c. Canadian Food Inspection Agency*, 2009 BCSC 109, 92 B.C.L.R. (4th) 379; *Leroux c. Canada Revenue Agency*, 2010 BCSC 865, 2010 D.T.C. 5123; *Fantasy Construction Ltd., Re*, 2007 ABCA 335, 89 Alta. L.R. (4th) 93; *Genge c. Canada (Attorney General)*, 2007 NLCA 60, 270 Nfld. & P.E.I.R. 182; *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 694; *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116 (CanLII), autorisation d'appel refusée, [2009] 3 R.C.S. vii; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860; *R. c. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 737; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Peacock c. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Tock c. St. John's Metropolitan*

(Attorney General), 2002 BCCA 416, [2002] 10 W.W.R. 1, leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. xi (*sub nom. Jones v. Attorney General of Canada*); *Lake v. St. John's (City)*, 2000 NFCA 48, 192 Nfld. & P.E.I.R. 84; *Neuman v. Parkland (County)*, 2004 ABPC 58, 36 Alta. L.R. (4th) 161; *Danco v. Thunder Bay (City)* (2000), 13 M.P.L.R. (3d) 130; *Landry v. Moncton (City)*, 2008 NBCA 32, 329 N.B.R. (2d) 212; *Roy v. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee*, [1992] 1 A.C. 624.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, R.S.Q., c. C-1991.
Constitution Act, 1867, ss. 96, 101.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, ss. 3, 8, 21.
Federal Court Act, S.C. 1970-71-72, c. 1.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2(1) “federal board, commission or other tribunal”, 17, 18, 18.1, 18.4, 39, 50(1).
Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2.

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2010).
 Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-38*, No. 1, 2nd Sess., 34th Parl., November 23, 1989, pp. 14-15.
 Canada. *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 28th Parl., March 25, 1970, pp. 5470-71.
 Canada. *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 34th Parl., November 1, 1989, p. 5414.
 Craig, Paul P. *Administrative Law*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2008.
 Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
 Horsman, Karen, and Gareth Morley, eds. *Government Liability: Law and Practice*. Aurora, Ont.: Cartwright Law Group, 2007 (loose-leaf updated 2010).
 Mullan, David J. “Administrative Law Update — 2008-2009”, prepared for the Continuing Legal Education conference, *Administrative Law Conference—2009*. Vancouver: The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2009.
 Woolf, Harry, Jeffrey Jowell and Andrew Le Sueur. *De Smith's Judicial Review*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

Area Board, [1989] 2 R.C.S. 1181; *City of Manchester c. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *Sutherland c. Canada (Attorney General)*, 2002 BCCA 416, [2002] 10 W.W.R. 1, autorisation d'appel refusée, [2003] 1 R.C.S. xi (*sub nom. Jones c. Attorney General of Canada*); *Lake c. St. John's (City)*, 2000 NFCA 48, 192 Nfld. & P.E.I.R. 84; *Neuman c. Parkland (County)*, 2004 ABPC 58, 36 Alta. L.R. (4th) 161; *Danco c. Thunder Bay (City)* (2000), 13 M.P.L.R. (3d) 130; *Landry c. Moncton (Ville)*, 2008 NBCA 32, 329 R.N.-B. (2^e) 212; *Roy c. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee*, [1992] 1 A.C. 624.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.R.Q., ch. C-1991.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96, 101.
Loi sur la Cour fédérale, L.C. 1970-71-72, ch. 1.
Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, ch. R-2.
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 3, 8, 21.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 2(1) « office fédéral », 17, 18, 18.1, 18.4, 39, 50(1).

Doctrine citée

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2010).
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-38*, n^o 1, 2^e sess., 34^e lég., 23 novembre 1989, p. 14-15.
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 28^e lég., 25 mars 1970, p. 5470-5471.
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 34^e lég., 1^{er} novembre 1989, p. 5414.
 Craig, Paul P. *Administrative Law*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2008.
 Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
 Horsman, Karen, and Gareth Morley, eds. *Government Liability: Law and Practice*. Aurora, Ont.: Cartwright Law Group, 2007 (loose-leaf updated 2010).
 Mullan, David J. « Administrative Law Update — 2008-2009 », prepared for the Continuing Legal Education conference, *Administrative Law Conference—2009*. Vancouver: The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2009.
 Woolf, Harry, Jeffrey Jowell and Andrew Le Sueur. *De Smith's Judicial Review*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Borins and Feldman JJ.A.), 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19, 303 D.L.R. (4th) 626, 245 O.A.C. 91, 86 Admin L.R. (4th) 163, 40 C.E.L.R. (3d) 183, [2008] O.J. No. 5291 (QL), 2008 CarswellOnt 7826, affirming a decision of Morawetz J. (2007), 88 O.R. (3d) 173, [2007] O.J. No. 4766 (QL), 2007 CarswellOnt 7847. Appeal dismissed.

Christopher M. Rupar, Alain Préfontaine and Bernard Letarte, for the appellant.

Peter F. C. Howard, Patrick J. Monahan, Eliot N. Kolers and Nicholas McHaffie, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — TeleZone Inc. claims it was wronged by the decision of the Minister of Industry Canada that rejected its application for a licence to provide telecommunications services. It seeks compensation in the Ontario Superior Court of Justice against the Federal Crown for its claimed losses of \$250 million. It pleads breach of contract, negligence, and, in the alternative, unjust enrichment arising out of monies it had thrown away on the application.

[2] The Attorney General challenges the jurisdiction of the Superior Court to proceed with the claim for compensation unless and until TeleZone obtains from the Federal Court of Canada an order quashing the Minister's decision. TeleZone's claim, he says, constitutes an impermissible collateral attack on the Minister's order. Such a collateral attack is barred, he argues, by the grant to the Federal Court of *exclusive* judicial review jurisdiction in relation to decisions of all federal boards, commissions or other tribunals — *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18. The Attorney General relies on a line of cases in the Federal Court of Appeal to this effect, giving particular prominence to *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287, hence the "*Grenier* principle".

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Borins et Feldman), 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19, 303 D.L.R. (4th) 626, 245 O.A.C. 91, 86 Admin L.R. (4th) 163, 40 C.E.L.R. (3d) 183, [2008] O.J. No. 5291 (QL), 2008 CarswellOnt 7826, qui a confirmé une décision du juge Morawetz (2007), 88 O.R. (3d) 173, [2007] O.J. No. 4766 (QL), 2007 CarswellOnt 7847. Pourvoi rejeté.

Christopher M. Rupar, Alain Préfontaine et Bernard Letarte, pour l'appelant.

Peter F. C. Howard, Patrick J. Monahan, Eliot N. Kolers et Nicholas McHaffie, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — TeleZone Inc. prétend avoir été lésée par la décision du ministre d'Industrie Canada de rejeter sa demande de licence de fourniture de services de télécommunications. TeleZone réclame des dommages-intérêts contre la Couronne fédérale devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour les pertes de 250 millions de dollars qu'elle affirme avoir subies. Elle invoque l'inexécution de contrat et la négligence et, subsidiairement, l'enrichissement injustifié afférent aux sommes inutilement consacrées à la demande de licence.

[2] Le procureur général conteste la compétence de la Cour supérieure d'instruire la demande d'indemnisation, affirmant que sa compétence est subordonnée à l'obtention par TeleZone d'une ordonnance de la Cour fédérale du Canada annulant la décision du ministre. Il soutient que la demande de TeleZone sert à contester indirectement la décision du ministre, ce qui est interdit compte tenu de la compétence *exclusive* accordée à la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire des décisions de tout « office fédéral » — *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18 (« LCF »). Le procureur général s'appuie à cet égard sur une série d'arrêts de la Cour d'appel fédérale et, plus particulièrement, sur le principe établi dans *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287.

[3] The definition of “federal board, commission or other tribunal” in the Act is sweeping. It means “any body, person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown” (s. 2), with certain exceptions, not relevant here, e.g., decisions of Tax Court judges. The federal decision makers that are included run the gamut from the Prime Minister and major boards and agencies to the local border guard and customs official and everybody in between. The *Grenier* principle would shield the Crown from private law damages involving any of these people or entities in respect of losses caused by unlawful government decision making without first passing through the Federal Court. Such a bottleneck was manifestly not the intention of Parliament when it enacted the judicial review provisions of the *Federal Courts Act*.

[4] The *Grenier* principle would undermine s. 17 of the same Act granting concurrent jurisdiction to the provincial superior courts “in all cases in which relief is claimed against the Crown” as well as the grant of concurrent jurisdiction to the superior courts in s. 21 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, to deal with tort claims. A central issue in some (but not all) damages claims against the federal Crown will be the “lawfulness” of the government decision said to have caused the loss. *Grenier* would deny the provincial superior courts the jurisdiction to deal with that central issue in a damages claim pending before them. Adoption of the *Grenier* principle would relegate the provincial superior courts in such matters to a subordinate and contingent jurisdiction — not concurrent, i.e., subordinate to the Federal Court’s decision on judicial review and contingent on the Federal Court being willing to grant a discretionary order on judicial review in favour of the plaintiff.

[3] La définition d’un « office fédéral » figurant dans la *LCF* est très large : « Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d’une prérogative royale » (art. 2) — cette définition exclut certains décideurs, notamment les juges de la Cour canadienne de l’impôt, mais ces exceptions ne sont pas pertinentes en l’espèce. Les décideurs fédéraux visés vont du Premier ministre et des organismes les plus importants jusqu’au garde-frontière et au douanier locaux, et englobent tous ceux qui se situent entre ces deux extrêmes. Le principe établi dans *Grenier* immuniserait la Couronne contre l’obligation de verser des dommages-intérêts de droit privé par suite d’une décision administrative illégale de l’une de ces personnes ou entités, à moins que le demandeur lésé ne passe d’abord par la Cour fédérale. Quand le législateur a édicté les dispositions de la *LCF* relatives au contrôle judiciaire, il n’entendait manifestement pas créer un tel goulot d’étranglement.

[4] Le principe énoncé dans *Grenier* irait à l’encontre de l’art. 17 de la *LCF*, qui confère aux cours supérieures provinciales une compétence concurrente « dans les cas de demande de réparation contre la Couronne », et de l’art. 21 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50, qui a le même effet à l’égard des actions en responsabilité délictuelle. Dans certaines actions en dommages-intérêts intentées contre la Couronne fédérale (mais non dans toutes), la question de la « légalité » de la décision administrative censée avoir causé la perte est primordiale. L’arrêt *Grenier* nierait aux cours supérieures provinciales la compétence nécessaire pour examiner cette question fondamentale lorsqu’un demandeur s’adresse à elles pour obtenir des dommages-intérêts. Si l’on adoptait le principe formulé dans cet arrêt, la compétence de ces cours ne serait plus concurrente, mais subordonnée et conditionnelle. Elle deviendrait en effet subordonnée à la décision de la Cour fédérale sur la demande de contrôle judiciaire et conditionnelle à l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en faveur du demandeur.

[5] The Ontario Court of Appeal rejected the Attorney General’s position, and in my respectful opinion, it was correct to do so. *Grenier* is based on what, in my respectful view, is an exaggerated view of the legal effect of the grant of judicial review jurisdiction to the Federal Court in s. 18 of the *Federal Courts Act*, which is best understood as a reservation or subtraction from the more comprehensive grant of concurrent jurisdiction in s. 17 “in all cases in which relief is claimed against the [federal] Crown”. The arguments of the Attorney General, lacking any support in the express statutory language of s. 18, are necessarily based on suggested inferences and implications, but it is well established that inferences and implications are not enough to oust the jurisdiction of the provincial superior courts.

[6] In the present case, the Ontario Superior Court has jurisdiction over the parties, the subject matter and the remedies sought by TeleZone. That jurisdiction includes the authority to determine every legal and factual element necessary for the granting or withholding of the remedies sought unless such authority is taken away by statute. The *Federal Courts Act* does not, by clear and direct statutory language, oust the jurisdiction of the provincial superior courts to deal with these common law and equitable claims, including the potential “unlawfulness” of government orders. That being the case, the Superior Court has jurisdiction to proceed. The Ontario Superior Court ((2007), 88 O.R. (3d) 173) and the Ontario Court of Appeal (2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19) so held. I agree. I would dismiss the appeal.

I. Facts

[7] The alleged faults of the Minister of Industry Canada in dealing with the application under the *Radiocommunication Act*, R.S.C. 1985, c. R-2, are detailed in the amended Statement of Claim. For present purposes, we must take TeleZone’s allegations as capable of proof.

[8] TeleZone was created in 1992 with the ultimate goal of obtaining a licence to provide personal

[5] C’est à bon droit, à mon avis, que la Cour d’appel de l’Ontario a rejeté l’argumentation du procureur général. J’estime que l’arrêt *Grenier* procède d’une perception exagérée de la portée juridique de l’attribution de la compétence en matière de contrôle judiciaire à la Cour fédérale, à l’art. 18 de la *LCF*, qu’il faut voir comme une réserve ou une exception à la compétence concurrente plus générale que lui confère l’art. 17 « dans les cas de demande de réparation contre la Couronne » fédérale. Les arguments du procureur général n’étant pas étayés par les termes exprès de l’art. 18, ils relèvent nécessairement de l’inférence. Or, il est bien établi que les inférences ne suffisent pas pour écarter la compétence des cours supérieures provinciales.

[6] En l’espèce, la Cour supérieure de l’Ontario a compétence à l’égard des parties, de l’objet du litige et des réparations demandées par TeleZone. Cette compétence emporte le pouvoir de statuer sur toutes les questions de droit et de fait nécessaires à l’octroi ou au refus des réparations demandées, à moins que le texte de loi ne l’écarte. Or, la *LCF* n’écarte pas en termes clairs et directs la compétence des cours supérieures provinciales pour statuer sur ces demandes en common law et en equity, y compris sur la question de l’« illégalité » des décisions administratives. La Cour supérieure a donc compétence pour instruire l’affaire. C’est la conclusion à laquelle sont parvenues la Cour supérieure de l’Ontario ((2007), 88 O.R. (3d) 173) et la Cour d’appel de l’Ontario (2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19). Je souscris à cette conclusion. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Faits

[7] La déclaration modifiée décrit les fautes que le ministre d’Industrie Canada aurait commises dans le traitement de la demande de licence sous le régime de la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. 1985, ch. R-2. Il faut supposer, pour les besoins du présent pourvoi, que ces allégations peuvent être prouvées.

[8] TeleZone a été constituée en 1992, avec comme but ultime l’obtention d’une licence de

communication services (“PCS”) — essentially a cell phone network. In December 1992, as a preliminary step toward this goal, TeleZone obtained a licence to provide personal cordless telephone service. Between 1993 and 1995, TeleZone alleges that it kept Industry Canada apprised of its efforts to raise capital and acquire the necessary expertise to provide PCS services. TeleZone says that Industry Canada encouraged it to continue these efforts.

[9] In June 1995, Industry Canada issued a call for PCS licence applications (the “Call”), and released a document setting out the policy and procedural framework within which potential service providers could shape their applications (the “Policy Statement”). The Policy Statement provided that Industry Canada would grant up to six PCS licences on the basis of criteria it set out. TeleZone alleges that Industry Canada promoted a general policy in favour of awarding more rather than fewer licences to encourage competition and consumer choice. TeleZone governed itself accordingly.

[10] Article 9.1 of the Call created a three-step application process: (1) expressions of interest by potential service providers; (2) detailed applications by potential service providers; and (3) the announcement and awarding of PCS licences by Industry Canada. Articles 9.4 to 9.5.6 set out the criteria that would be used to evaluate the applications. The Call did not explicitly reserve to Industry Canada the right to consider additional factors. TeleZone alleges that Industry Canada was prohibited from considering any criteria beyond the factors set out in the Call.

[11] In September 1995, TeleZone submitted its detailed application for a PCS licence to Industry Canada, which was prepared, it says, at a cost of approximately \$20 million. In December 1995, Industry Canada announced its decision regarding the PCS licence applications. There were only four successful applicants. TeleZone was not among them.

fourniture de services de communications personnelles (« SCP ») — essentiellement un réseau de téléphonie cellulaire. En décembre 1992, elle a franchi une étape préliminaire en obtenant une licence de fourniture de services de téléphonie sans fil. TeleZone affirme qu’entre 1993 et 1995 elle a tenu Industrie Canada au courant des efforts qu’elle déployait pour réunir le capital et acquérir l’expérience nécessaire à la fourniture de SCP. Elle soutient qu’Industrie Canada l’a encouragée à persévérer.

[9] Au mois de juin 1995, Industrie Canada a lancé une invitation à soumettre des demandes de licences de SCP et a publié un énoncé de politique décrivant la politique et la procédure qui devaient servir de cadre aux demandes des fournisseurs potentiels. L’énoncé de politique indiquait qu’Industrie Canada délivrerait jusqu’à six licences en fonction des critères qu’elle avait définis. Selon TeleZone, Industrie Canada disait avoir pour politique générale de favoriser la délivrance d’un nombre maximal de licences afin de stimuler la concurrence et de donner un plus grand choix aux consommateurs. TeleZone a agi en fonction de cette politique.

[10] L’article 9.1 de l’invitation créait un processus de demande en trois étapes : (1) la déclaration d’intérêt des fournisseurs potentiels; (2) la présentation de demandes détaillées par les fournisseurs potentiels, (3) l’annonce des candidatures retenues et l’octroi des licences de SCP par Industrie Canada. Les articles 9.4 à 9.5.6 établissaient les critères d’évaluation applicables. Dans l’invitation, Industrie Canada ne s’était pas expressément réservé le droit d’examiner d’autres facteurs. TeleZone soutient qu’Industrie Canada ne pouvait prendre en compte d’autres critères que ceux qui étaient énoncés dans l’invitation.

[11] Au mois de septembre 1995, TeleZone a soumis sa demande détaillée de licence de SCP, dont la préparation lui aurait coûté environ 20 millions de dollars. Industrie Canada a rendu publique sa décision au sujet des licences de SCP en décembre 1995. Seules quatre demandes avaient été retenues. Celle de TeleZone n’en faisait pas partie.

[12] The amended statement of claim pleads that it was either an express or implied term of the Policy Statement that Industry Canada would only issue fewer than six licences if fewer than six applications met the criteria (para. 12). TeleZone says that its application satisfied all the criteria in the Call. Accordingly, it says, the Minister must have considered factors other than those in the Call when it rejected TeleZone’s application (para. 17). These other factors were not disclosed to TeleZone.

[13] On the contractual branch of its case, TeleZone argues that the tendering process gave rise to a tendering contract (Contract A) which imposed an obligation on Industry Canada to act in accordance with the Call and the Policy Statement and to treat all applicants fairly and in good faith in awarding the PCS licences (R.F., at para. 133). TeleZone submits that the Crown breached “Contract A” by (1) granting fewer licences than it represented would be awarded; (2) not adhering to the requirements of the Call including the listed criteria (para. 134); and (3) failing to conform to a duty of care and a duty to act in good faith (para. 135).

[14] In its amended statement of claim, TeleZone does not seek to impugn the Minister’s decision to award the licences. TeleZone does not seek a licence for itself or to remove licences from the successful applicants; it simply seeks damages. Accordingly, TeleZone submits that whether or not the licences were validly issued to the other applicants is irrelevant because under the Call and Policy Statement, there was still room for two more PCS licences and TeleZone only takes issue with the conduct of the Crown *vis-à-vis* TeleZone itself (para. 136).

II. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice (Morawetz J.) (2007), 88 O.R. (3d) 173*

[15] On a preliminary motion to dismiss TeleZone’s action for want of jurisdiction, the Attorney General argued that TeleZone must first have the Minister’s order quashed on judicial

[12] Dans sa déclaration modifiée, TeleZone allègue que l’énoncé de politique comportait une condition expresse ou implicite portant qu’Industrie Canada délivrerait moins de six licences uniquement si moins de six demandes répondaient aux critères (par. 12). Elle affirme que sa demande satisfaisait à tous les critères énumérés dans l’invitation. Elle soutient, en conséquence, que le ministre a dû appliquer d’autres facteurs pour rejeter sa demande (par. 17). Ces autres facteurs n’ont pas été communiqués à TeleZone.

[13] TeleZone fonde le volet contractuel de sa cause sur l’existence d’un contrat (le « Contrat A »), né du processus d’appel d’offres, qui obligeait Industrie Canada à se conformer à l’invitation et à l’énoncé de politique et à traiter tous les demandeurs de licence avec équité et bonne foi dans l’attribution des licences de SCP (m.i., par. 133). Elle prétend que la Couronne a contrevenu au Contrat A (1) en octroyant moins de licences que le nombre annoncé, (2) en ne s’en tenant pas aux exigences formulées dans l’invitation, notamment aux critères qui y étaient énumérés (par. 134), et (3) en manquant à son obligation de diligence et à son obligation d’agir de bonne foi (par. 135).

[14] Dans sa déclaration modifiée, TeleZone ne conteste pas la décision du ministre concernant l’octroi des licences; elle ne cherche pas à obtenir de licence ni à faire retirer leur licence aux candidats retenus. Elle réclame simplement des dommages-intérêts. Elle soutient en conséquence que la question de la validité des licences octroyées aux autres demandeurs ne se pose pas puisque deux autres licences de SCP pouvaient encore être délivrées aux termes de l’invitation et de l’énoncé de politique et qu’elle conteste seulement la conduite de la Couronne à son endroit (par. 136).

II. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario (le juge Morawetz) (2007), 88 O.R. (3d) 173*

[15] Le procureur général a présenté une requête préliminaire visant le rejet de l’action de TeleZone pour défaut de compétence, soutenant que cette dernière devait obtenir l’annulation de la décision

review in the Federal Court as a condition precedent to a civil suit against the Crown. TeleZone countered that its claim is based on causes of action that are distinct from an application for judicial review. It does not seek to set aside the licences. It seeks damages for negligence, breach of contract, or unjust enrichment. Morawetz J. dismissed the objection because, in his view, it was not plain and obvious that TeleZone's claim in the Superior Court would fail.

B. *Ontario Court of Appeal (Laskin, Borins and Feldman J.J.A.), 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19*

[16] Borins J.A., writing for a unanimous court, held that s. 17 of the *Federal Courts Act* and s. 21 of the *Crown Liability and Proceedings Act* conferred concurrent jurisdiction on the superior courts and the Federal Court for claims against the Crown. The Ontario Superior Court, as a court of general and inherent jurisdiction, may entertain any cause of action in the absence of legislation or an arbitration agreement to the contrary. Section 18 of the *Federal Courts Act* removed from the superior courts' jurisdiction the prerogative writs and extraordinary remedies listed (para. 94). Since the relief sought by TeleZone (damages) is not listed in s. 18, he concluded that the Superior Court continues to have jurisdiction. The appeal was dismissed.

III. Relevant Enactments

[17] *Constitution Act, 1867*

101. The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

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

2. (1) . . .

“federal board, commission or other tribunal” means any body, person or persons having, exercising or

du ministre par voie de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale avant d'intenter un recours civil contre la Couronne. TeleZone a répliqué que son recours repose sur des causes d'action distinctes de celles d'une demande de contrôle judiciaire. Elle ne cherche pas à faire annuler les licences; elle cherche à obtenir des dommages-intérêts pour négligence, inexécution de contrat ou enrichissement injustifié. Le juge Morawetz a rejeté la requête, estimant que l'action de TeleZone devant la Cour supérieure n'était pas manifestement vouée à l'échec.

B. *Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Borins et Feldman), 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19*

[16] Dans un jugement unanime, le juge Borins a conclu que l'art. 17 de la *LCF* et l'art. 21 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* confèrent aux cours supérieures et à la Cour fédérale une compétence concurrente à l'égard des demandes de réparation contre la Couronne. Compte tenu de sa compétence générale et inhérente, la Cour supérieure de l'Ontario connaît de toutes les causes d'action, à moins qu'une disposition législative ou une convention d'arbitrage ne prévoit le contraire. L'article 18 de la *LCF* a soustrait les brefs de prérogative et recours extraordinaires qui y sont énumérés à la compétence des cours supérieures (par. 94). Puisque le recours entrepris par TeleZone (action en dommages-intérêts) n'est pas énuméré à l'art. 18, le juge Borins est arrivé à la conclusion que la Cour supérieure demeure compétente. L'appel a été rejeté.

III. Dispositions pertinentes

[17] *Loi constitutionnelle de 1867*

101. Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

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

2. (1) . . .

« office fédéral » Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de

purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than the Tax Court of Canada or any of its judges, any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*;

17. (1) [Relief against the Crown] Except as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Federal Court has concurrent original jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the Crown.

(2) [Cases] Without restricting the generality of subsection (1), the Federal Court has concurrent original jurisdiction, except as otherwise provided, in all cases in which

. . .

(b) the claim arises out of a contract entered into by or on behalf of the Crown;

. . .

(d) the claim is for damages under the *Crown Liability and Proceedings Act*.

(5) [Relief in favour of Crown or against officer] The Federal Court has concurrent original jurisdiction

. . .

(b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of the duties of that person as an officer, servant or agent of the Crown.

18. (1) [Extraordinary remedies, federal tribunals] Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief

personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale, à l'exclusion de la Cour canadienne de l'impôt et ses juges, d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

17. (1) [Réparation contre la Couronne] Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne.

(2) [Motifs] Elle a notamment compétence concurrente en première instance, sauf disposition contraire, dans les cas de demande motivés par :

. . .

b) un contrat conclu par ou pour la Couronne;

. . .

d) une demande en dommages-intérêts formée au titre de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*.

(5) [Actions en réparation] Elle a compétence concurrente, en première instance, dans les actions en réparation intentées :

. . .

b) contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits — actes ou omissions — survenus dans le cadre de ses fonctions.

18. (1) [Recours extraordinaires : offices fédéraux] Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute

contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

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

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

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

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

(2) [Time limitation] An application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within 30 days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected by it, or within any further time that a judge of the Federal Court may fix or allow before or after the end of those 30 days.

(2) [Délai de présentation] Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

(3) [Powers of Federal Court] On an application for judicial review, the Federal Court may

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

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

18.4 (1) [Hearings in summary way] Subject to subsection (2), an application or reference to the Federal Court under any of sections 18.1 to 18.3 shall be heard and determined without delay and in a summary way.

18.4 (1) [Procédure sommaire d'audition] Sous réserve du paragraphe (2), la Cour fédérale statue à bref délai et selon une procédure sommaire sur les demandes et les renvois qui lui sont présentés dans le cadre des articles 18.1 à 18.3.

(2) [Exception] The Federal Court may, if it considers it appropriate, direct that an application for judicial review be treated and proceeded with as an action.

(2) [Exception] Elle peut, si elle l'estime indiqué, ordonner qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action.

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50

3. [Liability] The Crown is liable for the damages for which, if it were a person, it would be liable

- (a) in the Province of Quebec, in respect of
 - (i) the damage caused by the fault of a servant of the Crown, or
 - (ii) the damage resulting from the act of a thing in the custody of or owned by the Crown or by the fault of the Crown as custodian or owner; and
- (b) in any other province, in respect of
 - (i) a tort committed by a servant of the Crown, or
 - (ii) a breach of duty attaching to the ownership, occupation, possession or control of property.

8. [Saving in respect of prerogative and statutory powers] Nothing in sections 3 to 7 makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority that, if those sections had not been passed, would have been exercisable by virtue of the prerogative of the Crown, or any power or authority conferred on the Crown by any statute, and, in particular, but without restricting the generality of the foregoing, nothing in those sections makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority exercisable by the Crown, whether in time of peace or of war, for the purpose of the defence of Canada or of training, or maintaining the efficiency of, the Canadian Forces.

21. (1) [Concurrent jurisdiction of provincial court] In all cases where a claim is made against the Crown, except where the Federal Court has exclusive jurisdiction with respect to it, the superior court of the province in which the claim arises has concurrent jurisdiction with respect to the subject-matter of the claim.

IV. Analysis

[18] This appeal is fundamentally about access to justice. People who claim to be injured by government action should have whatever redress the legal system permits through procedures that minimize unnecessary cost and complexity. The Court's approach should be practical and pragmatic with that objective in mind.

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50

3. [Responsabilité] En matière de responsabilité, l'État est assimilé à une personne pour :

- a) dans la province de Québec :
 - (i) le dommage causé par la faute de ses préposés,
 - (ii) le dommage causé par le fait des biens qu'il a sous sa garde ou dont il est propriétaire ou par sa faute à l'un ou l'autre de ces titres;
- b) dans les autres provinces :
 - (i) les délits civils commis par ses préposés,
 - (ii) les manquements aux obligations liées à la propriété, à l'occupation, à la possession ou à la garde de biens.

8. [Sauvegarde de la prérogative et des pouvoirs de l'État] Les articles 3 à 7 n'ont pas pour effet d'engager la responsabilité de l'État pour tout fait — acte ou omission — commis dans l'exercice d'un pouvoir qui, sans ces articles, s'exercerait au titre de la prérogative royale ou d'une disposition législative, et notamment pour les faits commis dans l'exercice d'un pouvoir dévolu à l'État, en temps de paix ou de guerre, pour la défense du Canada, l'instruction des Forces canadiennes ou le maintien de leur efficacité.

21. (1) [Compétence concurrente des tribunaux provinciaux] Dans les cas de réclamation visant l'État pour lesquels la Cour fédérale n'a pas compétence exclusive, a compétence concurrente en la matière la cour supérieure de la province où survient la cause d'action.

IV. Analyse

[18] C'est essentiellement l'accès à la justice qui est en cause en l'espèce. Les personnes qui prétendent avoir subi un préjudice attribuable à une mesure administrative doivent pouvoir exercer les recours autorisés par la loi au moyen de procédures réduisant au minimum les frais et complexités inutiles. Notre Cour doit aborder cette question d'un point de vue pratique et pragmatique en gardant cet objectif à l'esprit.

[19] If a claimant seeks to set aside the order of a federal decision maker, it will have to proceed by judicial review, as the *Grenier* court held. However, if the claimant is content to let the order stand and instead seeks compensation for alleged losses (as here), there is no principled reason why it should be forced to detour to the Federal Court for the extra step of a judicial review application (itself sometimes a costly undertaking) when that is not the relief it seeks. Access to justice requires that the claimant be permitted to pursue its chosen remedy directly and, to the greatest extent possible, without procedural detours.

[20] The Attorney General argues that a detour to the Federal Court is necessary because the damages action represents a “collateral attack” prohibited by “inferences” derived from s. 18 of the *Federal Courts Act*. His argument, in a nutshell, is:

Simply pleading damages, or some other remedy that is not available by way of judicial review in the Federal Court, should not be accepted as a means to bypass the intention of Parliament that review of federal administrative decisions must take place in the Federal Court.

(A.G. Factum,¹ at para. 4)

[21] The Attorney General accepts that judicial review is not required “for all proceedings that in any manner involve a decision or conduct of a federal board, commission or tribunal” (para. 29). However, the detour is required for claims that engage, directly or indirectly, the “validity and unlawfulness” of such decisions (para. 2). “Lawfulness” is a broad term. The Attorney General uses “invalid” and “unlawful” conjunctively (e.g., at para. 49). He seems to use the term “unlawful” to cover virtually any government order that could lay the basis for a finding of fault

¹ The Attorney General’s principal argument was filed in the companion case of *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626, and references herein are to that factum unless otherwise noted.

[19] Le demandeur qui veut obtenir l’annulation d’une décision de l’administration fédérale doit procéder par voie de contrôle judiciaire, comme le précise l’arrêt *Grenier*. Par contre, s’il ne s’oppose pas à ce que la décision continue de s’appliquer, mais cherche plutôt à se faire indemniser des pertes qu’il dit avoir subies (comme en l’espèce), il n’existe aucune raison logique de lui imposer l’étape supplémentaire d’un détour devant la Cour fédérale pour le contrôle judiciaire de la décision (entreprise pouvant parfois se révéler coûteuse en soi), alors que ce n’est pas le recours qui lui convient. L’accès à la justice exige que le demandeur puisse exercer directement le recours qu’il a choisi et, autant que possible, sans détours procéduraux.

[20] Selon le procureur général, il est nécessaire de passer par la Cour fédérale parce que l’action en dommages-intérêts constitue une « contestation indirecte » interdite « implicitement » par l’art. 18 de la *LCF*. En bref, voici son argument :

[TRADUCTION] On ne saurait permettre qu’il soit possible de contourner la volonté du législateur que le contrôle des décisions administratives fédérales soit réservé à la Cour fédérale en demandant simplement des dommages-intérêts ou une autre forme de réparation qui ne peut être obtenue par voie de contrôle judiciaire devant cette cour.

(Mémoire du P.G.¹, par. 4)

[21] Le procureur général reconnaît que le contrôle judiciaire ne s’impose pas [TRADUCTION] « dans toutes les affaires intéressant de quelque façon une décision ou la conduite d’un office fédéral » (par. 29), mais il affirme que ce détour est nécessaire lorsque la demande met directement ou indirectement en cause la « validité et l’illégalité » d’une telle décision (par. 2). La notion de « légalité » est très large. Le procureur général utilise les termes « invalide » et « illégal » de façon conjonctive (voir, p. ex., le par. 49). Il semble qualifier d’illégale presque toute décision de l’administration fédérale pouvant mener à la

¹ L’argumentation principale du procureur général a été présentée dans l’affaire connexe *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626, et, à moins d’indication contraire, je renvoie dans les présents motifs au mémoire soumis dans cette affaire.

in the private law sense although he excludes such bureaucratic actions as providing erroneous information, performing a “physical task or activity” negligently, or breaching a duty to warn (*Factum*, at para. 50).

[22] The Attorney General’s concern is that permitting different damages claims to proceed in different provinces before a variety of superior court judges arising out of the same or related federal government decisions would re-introduce the spectre of inconsistency and uncertainty across Canada which the enactment of the *Federal Courts Act* was designed to alleviate. However, this concern must have been considered by Parliament when it granted concurrent jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the federal Crown to the superior courts. Undoubtedly, the juxtaposition of ss. 17 and 18 of the *Federal Courts Act* creates a certain amount of subject matter overlap with respect to holding the federal government to account for its decision making. This degree of overlap is inherent in the legislative scheme designed to provide claimants with “convenience” and “a choice of forum” in the provincial courts (see statement of the Minister of Justice in Parliament, *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 34th Parl., November 1, 1989, at p. 5414, reproduced below, at para. 58).

[23] I do not interpret Parliament’s intent, as expressed in the text, context and purposes of the *Federal Courts Act*, to require an awkward and duplicative two-court procedure with respect to all damages claims that directly or indirectly challenge the validity or lawfulness of federal decisions. Such an outcome would have to be compelled by clear and explicit statutory language. Neither the *Federal Courts Act* nor the *Crown Liability and Proceedings Act* do so, in my opinion. With respect, not only is such language absent, but the reasonable inferences from both statutes, especially the concurrent jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown granted to the provincial superior courts, leads to the opposite conclusion.

conclusion qu’il y a eu faute au sens du droit privé, mais il exclut les actes bureaucratiques comme la fourniture de renseignements erronés, la négligence dans l’accomplissement « d’une tâche ou d’une activité physique » ou le manquement à une obligation d’avertissement (*mémoire*, par. 50).

[22] Le procureur général craint de voir resurgir partout au Canada le spectre de l’incohérence et de l’incertitude auxquelles la *LCF* visait à remédier si différents recours en dommages-intérêts découlant des mêmes décisions de l’administration fédérale, ou de décisions connexes, pouvaient être instruits par divers juges de différentes cours supérieures. Il s’agit là cependant d’une préoccupation dont le législateur a sûrement tenu compte lorsqu’il a conféré aux cours supérieures une compétence concurrente dans les cas de demande de réparation contre la Couronne fédérale. Il ne fait aucun doute que la juxtaposition des articles 17 et 18 de la *LCF* entraîne un certain chevauchement de l’objet des recours dans le cadre desquels l’administration fédérale doit rendre compte de ses décisions. Ce chevauchement est indissociable d’un régime législatif qui donne aux demandeurs le « choix » de s’adresser à une cour provinciale, si c’est le tribunal qui leur « convient le mieux » (voir la déclaration du ministre de la Justice devant le Parlement, *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 34^e lég., 1^{er} novembre 1989, p. 5414, reproduite ci-dessous, au par. 58).

[23] Je ne crois pas que le respect de l’intention du législateur, telle qu’elle se dégage du texte, du contexte et des objets de la *LCF*, exige une procédure astreignante faisant appel à deux juridictions différentes pour tous les recours en dommages-intérêts qui mettent directement ou indirectement en cause la validité ou la légalité d’une décision fédérale. Seul un texte législatif clair et explicite pourrait l’exiger. Or, à mon avis, ni la *LCF* ni la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* n’ont cet effet. Non seulement elles ne comportent aucune disposition en ce sens, mais les inférences raisonnables que l’on peut tirer de ces deux lois et, plus particulièrement, de l’octroi aux cours supérieures provinciales d’une compétence concurrente dans les cas de demande de réparation contre la Couronne mènent à la conclusion opposée.

A. *The Nature of Judicial Review*

[24] The Attorney General correctly points to “the substantive differences between public law and private law principles” (Factum, at para. 6). Judicial review is directed at the legality, reasonableness, and fairness of the procedures employed and actions taken by government decision makers. It is designed to enforce the rule of law and adherence to the Constitution. Its overall objective is good governance. These public purposes are fundamentally different from those underlying contract and tort cases or causes of action under the *Civil Code of Québec*, R.S.Q., c. C-1991, and their adjunct remedies, which are primarily designed to right private wrongs with compensation or other relief.

[25] Not all invalid government decisions result in financial losses to private persons or entities. Not all financial losses that *do* occur will lay the basis for a private cause of action. Subordinate legislative and adjudicative functions do not in general attract potential government liability for damages. For practical purposes, the real concern here is with executive decisions by Ministers and civil servants causing losses that may or may not be excused by statutory authority.

[26] The focus of judicial review is to quash invalid government decisions — or require government to act or prohibit it from acting — by a speedy process. A bookstore, for example, will have a greater interest in getting its foreign books through Canada Customs — despite ill-founded allegations of obscenity — than in collecting compensation for the trifling profit lost on each book denied entry (*Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38). Thus s. 18.1 of the *Federal Courts Act* establishes a summary procedure with a 30-day time limit. There is no pre-hearing discovery, apart from what can be learned through affidavits and cross-examination. The applications judge hears no *viva voce* evidence. Damages are not available. Judicial review suits the

A. *La nature du contrôle judiciaire*

[24] Le procureur général souligne avec raison [TRADUCTION] « les différences substantielles entre les principes de droit public et les principes de droit privé » (mémoire, par. 6). Le contrôle judiciaire s’intéresse à la légalité, à la raisonnable et à l’équité du processus suivi et des mesures prises par l’administration publique. Il est conçu pour assurer la primauté du droit et le respect de la Constitution. Son but premier est le bon gouvernement. Ces objectifs publics se distinguent fondamentalement de ceux qui sous-tendent les instances en matière contractuelle et délictuelle ou les causes d’action régies par le *Code civil du Québec*, L.R.Q., c. C-1991, et les recours qui leur sont associés, lesquels visent principalement à redresser un tort privé au moyen d’une indemnité ou d’une autre réparation.

[25] Toutes les décisions invalides de l’administration publique ne causent pas de préjudice financier à des parties privées. Tous les préjudices financiers *effectivement* subis ne donnent pas ouverture à un recours de droit privé. Les fonctions judiciaires et législatives subordonnées n’engagent généralement pas la responsabilité civile de l’État. Ce qui est en jeu ici, en pratique, ce sont les décisions du pouvoir exécutif, rendues par les ministres et les fonctionnaires, qui causent un préjudice justifiable ou non par la défense de pouvoir d’origine législative.

[26] Le contrôle judiciaire a pour objet d’annuler les décisions invalides de l’administration publique — ou d’obliger l’administration publique à agir ou à ne pas agir — au moyen d’un processus expéditif. Par exemple, une librairie aura davantage intérêt à ce que les autorités douanières autorisent l’entrée au Canada d’ouvrages étrangers visés par des allégations non fondées d’obscénité qu’à toucher une indemnité pour la perte de profits négligeable afférente à chaque ouvrage refusé (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38). C’est pourquoi l’art. 18.1 de la *LCF* prévoit une procédure sommaire assortie d’un délai de 30 jours. Il n’y a pas de communication préalable de la preuve, hormis celle fournie par les affidavits et le contre-interrogatoire de leur auteur. Le juge

litigant who wishes to strike quickly and directly at the action (or inaction) it complains about. A damages claimant, on the other hand, will often be unaware of the nature or extent of its losses in a 30-day time frame, and may need pre-trial discovery to either make its case or find out it has none.

[27] The question must therefore be asked: What is the practical benefit to a litigant who wants compensation rather than a reversal of a government decision to undergo the *Grenier* two-court procedure? TeleZone, for example, would acquire no practical benefit from a judicial review application. Its primary complaint is for damages arising from the breach of an alleged tendering contract. It no longer seeks the benefit of the contract (or the PCS licence). It seeks compensation for substantial costs thrown away and lost profits. The Crown does not argue that the tendering contract (if it was made) was *ultra vires*, or that the alleged breach (if it occurred) was mandated by statutory authority. The argument, instead, is that TeleZone's claim constitutes a collateral attack on the ministerial order under the *Radiocommunication Act* that failed to award it a PCS licence. But in TeleZone's circumstances, judicial review of the Minister's decision would not address the claimed harm and would seem to offer little except added cost and delay.

[28] Negligence is also alleged by TeleZone. Tort liability, of course, is based on fault, not invalidity. As the Court made clear many years ago in *The Queen in Right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, at pp. 222-25, breach of a statute is neither necessary nor is it sufficient to ground a private cause of action. It is not necessary because a government decision that is perfectly valid may nevertheless give rise to liability in

des requêtes n'entend pas de témoins. Le contrôle judiciaire ne permet pas d'obtenir des dommages-intérêts. Ce recours convient au demandeur qui veut attaquer directement et rapidement la mesure (ou l'inaction) dont il se plaint. Par contre, celui qui réclame des dommages-intérêts n'est souvent pas en mesure d'établir dans un délai de 30 jours la nature ou l'importance du préjudice subi et doit pouvoir bénéficier d'une enquête préalable pour recueillir la preuve du bien-fondé de son recours ou constater qu'il ne peut l'établir.

[27] Il faut donc se demander quel intérêt pratique il y a, pour la partie qui demande une indemnité plutôt que l'annulation d'une décision de l'administration publique, à suivre la procédure faisant appel à deux juridictions décrite dans *Grenier*. Une demande de contrôle judiciaire ne serait, par exemple, d'aucune utilité pratique pour TeleZone. Le principal fondement de son recours est l'inexécution d'un présumé contrat issu d'un appel d'offres. Cependant, elle ne recherche plus l'exécution du contrat (ou l'obtention de la licence de SCP); elle veut être indemnisée des coûts substantiels qu'elle a engagés inutilement et des profits qu'elle a perdus. Le procureur général ne fait pas valoir que le contrat issu d'un appel d'offres (s'il a pris naissance) était *ultra vires* ni qu'un pouvoir d'origine législative justifie l'inexécution alléguée (si celle-ci est avérée). Il soutient plutôt que la demande de TeleZone conteste indirectement la décision, prise par le ministre sous le régime de la *Loi sur la radiocommunication*, de ne pas lui accorder de licence de SCP. Dans le cas de TeleZone, le contrôle judiciaire de la décision du ministre ne réparerait pas le préjudice qu'elle dit avoir subi et ne pourrait vraisemblablement guère donner de résultat, si ce n'est un allongement des délais et une augmentation des coûts.

[28] TeleZone invoque aussi la négligence. La responsabilité délictuelle procède bien sûr d'un acte fautif, et non de la nullité. Comme la Cour l'a clairement établi il y a longtemps, dans *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, p. 222-225, il n'est ni nécessaire ni suffisant, pour fonder un recours de droit privé, qu'il y ait eu contravention à la loi. La contravention n'est pas nécessaire, car une décision tout à fait valide

contract (*Agricultural Research Institute of Ontario v. Campbell-High* (2002), 58 O.R. (3d) 321 (C.A.), leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. vii) or tort (*Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201).

[29] Nor is a breach of statutory power necessarily sufficient. Many losses caused by government decision making do not give rise to any cause of action known to the law. As the Attorney General correctly points out, “[e]ven if a discretionary decision of a federal board, commission or tribunal has been declared invalid or unlawful, that in itself does not create a cause of action in tort or under the Quebec regime of civil liability” (Factum, at para. 28).

[30] In *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339, Charron J. wrote that “[a] person accused of a criminal offence enjoys a private right of action when a prosecutor acts maliciously in fraud of his or her prosecutorial duties with the result that the accused suffers damage. However, the civil tort of malicious prosecution is not an after-the-fact judicial review of a Crown’s exercise of prosecutorial discretion” (para. 7 (emphasis added)). H. Woolf, J. Jowell and A. Le Sueur point out in *De Smith’s Judicial Review* (6th ed. 2007), that “[u]nlawfulness (in the judicial review sense) and negligence are conceptually distinct” (pp. 924-25). Put another way, while Crown liability in tort and the validity of an underlying administrative decision may generate some overlapping considerations, they present distinct and separate justiciable issues.

[31] The main difficulty in suing government for losses arising out of statutory decisions is often not the public law aspects of the decision but the need to identify a viable private cause of action, and thereafter to meet such special defences as statutory authority. In *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, for example, it was alleged that the conduct of the Registrar of mortgage brokers contributed significantly to the loss of some

de l’administration publique peut néanmoins engager sa responsabilité contractuelle (*Agricultural Research Institute of Ontario c. Campbell-High* (2002), 58 O.R. (3d) 321 (C.A.), autorisation d’appel refusée, [2003] 1 R.C.S. vii) ou délictuelle (*Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201).

[29] Une irrégularité dans l’exercice d’un pouvoir d’origine législative ne suffit pas non plus. De nombreuses pertes causées par des décisions de l’administration publique ne génèrent aucune cause d’action reconnue en droit. Comme le signale avec justesse le procureur général : [TRADUCTION] « Même une déclaration de nullité ou d’invalidité d’une décision discrétionnaire d’un office fédéral ne crée pas en soi une cause d’action en responsabilité délictuelle ou en responsabilité civile selon le régime québécois de droit civil » (mémoire, par. 28).

[30] Par ailleurs, la juge Charron a écrit, dans *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339 : « Lorsqu’un procureur de la Couronne agit avec malveillance au mépris des obligations découlant de sa charge, l’accusé qui en subit un préjudice dispose d’un recours au civil. Cependant, le délit civil de poursuites abusives ne donne pas lieu à un contrôle judiciaire rétrospectif de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public » (par. 7 (je souligne)). H. Woolf, J. Lowell et A. Le Sueur soulignent, dans *De Smith’s Judicial Review* (6^e éd. 2007), que [TRADUCTION] « [l]’illégalité (au sens qu’elle revêt en matière de contrôle judiciaire) et la négligence sont deux concepts distincts » (p. 924-925). Autrement dit, bien que la responsabilité délictuelle de la Couronne et la validité d’une décision administrative sous-jacente puissent faire intervenir des considérations qui se recoupent, elles soulèvent des questions justiciables distinctes.

[31] Souvent, la principale difficulté que la partie lésée par une décision prise en application de la loi doit surmonter pour être indemnisée par l’administration publique ne tient pas aux aspects de droit public de la décision, mais au fardeau qui lui incombe d’invoquer une cause d’action valable de droit privé et de réfuter des moyens de défense spéciaux comme la défense de pouvoir d’origine législative. Dans *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79,

claimant investors, but it was held that there was insufficient proximity between the Registrar and the claimants to give rise to a duty of care. See also *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551, at para. 8.

[32] The enactment of the *Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1, and the subsequent amendments in 1990 were designed to enhance government accountability as well as to promote access to justice. The legislation should be interpreted in such a way as to promote those objectives. The *Grenier* approach does not do so, in my respectful opinion, as will now be discussed.

B. *The Grenier Case*

[33] The shadow of the *Grenier* case perhaps extends beyond what was intended by the *Grenier* court itself.

[34] *Grenier* did not concern a conflict between the Federal Court and a provincial superior court. It concerned which of two alternative Federal Court modes of procedure should be pursued by an inmate of a federal penitentiary. He complained of the adverse effects of administrative segregation for 14 days pursuant to the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20. The inmate did not seek judicial review of the decision of the head of the institution to place him in administrative segregation. Instead, after waiting three years, he brought an action for damages against the federal Crown under s. 17 of the *Federal Courts Act*. At trial, the administrative segregation was found to be arbitrary. He was awarded \$5,000 in compensatory and exemplary damages.

[35] On appeal, the Attorney General objected that the inmate should have sought judicial review

[2001] 3 R.C.S. 537, par exemple, certains investisseurs alléguaient que la conduite du registrateur des courtiers en hypothèques avait compté pour beaucoup dans les pertes qu'ils avaient subies, mais la Cour a jugé que le lien de proximité entre le registrateur et ces investisseurs n'était pas suffisamment étroit pour donner naissance à une obligation de diligence. Voir également *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551, par. 8.

[32] L'adoption de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, ch. 1, et les modifications qui y ont été apportées en 1990 visaient à accroître la responsabilité de l'administration publique ainsi qu'à promouvoir l'accès à la justice. Il faut donc en interpréter le libellé de façon à promouvoir ces objets. À mon humble avis, la démarche suivie dans *Grenier* ne le permet pas, comme nous le verrons maintenant.

B. *L'affaire Grenier*

[33] La portée de l'arrêt *Grenier* va peut-être plus loin que ne l'entendait la cour qui l'a rendu.

[34] L'affaire *Grenier* ne portait pas sur un conflit entre la Cour fédérale et une cour supérieure provinciale. Il s'agissait de déterminer quelle voie de droit devant la Cour fédérale elle-même devait emprunter un détenu d'un pénitencier fédéral qui prétendait avoir subi un préjudice du fait de son placement en isolement préventif pendant 14 jours sous le régime de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20. Le détenu n'avait pas demandé le contrôle judiciaire de la décision du directeur de l'établissement. Il avait plutôt attendu trois ans avant d'intenter une action en dommages-intérêts contre l'administration fédérale en vertu de l'art. 17 de la *LCF*. En première instance, la décision de le placer en isolement préventif a été jugée arbitraire. Il a obtenu des dommages-intérêts compensatoires et exemplaires s'élevant à 5 000 \$.

[35] En appel, le procureur général a fait valoir que le détenu aurait dû demander le contrôle judiciaire

of his administrative segregation under s. 18 of the Act before bringing his action for damages under s. 17 of the Act. The argument, in essence, was that the *Federal Courts Act* has several procedural doors and the inmate had tried to enter the wrong one. He knocked on s. 17 whereas he should have gone through s. 18. The Federal Court of Appeal agreed, taking the view that “Parliament assigned the exercise of reviewing the lawfulness of the decisions of federal agencies to a single court, the Federal Court. This review must be exercised under section 18, and only by filing an application for judicial review” (para. 24 (emphasis added)). The court reasoned that even within the same court, the s. 17 action for damages constituted an impermissible collateral attack on the decision of the prison authority (paras. 32-33) because the trial court “had to review the lawfulness of the institutional head’s decision . . . and set it aside” (para. 34), which could only be done under s. 18 of the same Act. It was thought that the judicial review jurisdiction of the Federal Court, with its unique statutory procedure, must be protected from erosion. Such a conclusion, in the *Grenier* court’s view, was consistent with *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706.

[36] Moreover, according to the *Grenier* court, it made no difference that the administrative segregation Mr. Grenier complained of had long since been served. “[A] decision of a federal agency, such as the one by the institutional head in this case”, the court reasoned, “retains its legal force and authority, and remains juridically operative and legally effective so long as it has not been invalidated” (para. 19). Accordingly, the prison order, even in its afterlife, was still a complete answer to the s. 17 damages action.

[37] More recently, the Federal Court of Appeal itself seems to be losing some enthusiasm for *Grenier*’s “separate silos” approach. In *Hinton v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 215, [2009] 1 F.C.R. 476, the court allowed an application for judicial review to be converted into an action for damages which was

de son isolement préventif en application de l’art. 18 de la Loi avant d’intenter son recours en dommages-intérêts en vertu de l’art. 17. Elle a soutenu, essentiellement, que la *LCF* offrait plusieurs avenues procédurales, mais que le détenu n’avait pas emprunté la bonne voie en s’engageant dans celle prévue à l’art. 17 plutôt qu’à l’art. 18. La Cour d’appel fédérale lui a donné raison, signalant que « le Parlement a confié à une seule cour, la Cour fédérale, l’exercice du contrôle de la légalité des décisions des organismes fédéraux. Ce contrôle doit s’exercer et s’exerce, aux termes de l’article 18, seulement par la présentation d’une demande de contrôle judiciaire » (par. 24 (je souligne)). La Cour d’appel a jugé que l’action en dommages-intérêts fondée sur l’art. 17, même si elle était intentée devant le même tribunal, n’en constituait pas moins une contestation indirecte interdite de la décision de l’autorité carcérale (par. 32-33), parce que le tribunal de première instance « devait contrôler la légalité de la décision du directeur [. . .] et l’annuler » (par. 34), ce qui ne pouvait se faire qu’en application de l’art. 18 de la *LCF*. Elle a estimé qu’il fallait empêcher l’érosion de la compétence de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire et de la procédure particulière établie à son égard par le législateur. Selon l’arrêt *Grenier*, une telle conclusion était compatible avec *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706.

[36] Toujours suivant l’arrêt *Grenier*, il était sans conséquence que l’isolement préventif ait pris fin depuis longtemps. « [U]ne décision d’un organisme fédéral, comme celle en l’espèce du directeur, conserve sa force et son autorité légales, demeure juridiquement opérante et produit des effets légaux tant qu’elle n’a pas été invalidée » (par. 19). En conséquence, même après avoir cessé de produire ses effets, la mesure carcérale fournissait toujours une défense complète à l’action en dommages-intérêts fondée sur l’art. 17.

[37] Récemment, l’enthousiasme de la Cour d’appel fédérale elle-même à l’égard du « cloisonnement » établi dans *Grenier* a semblé s’estomper. Dans *Hinton c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CAF 215, [2009] 1 R.C.F. 476, elle a permis qu’une demande de contrôle judiciaire soit convertie en action en dommages-intérêts, aussi

also certified as a class action, Sexton J.A. commenting that “[s]ometimes, such as the case at bar, it may prove too cumbersome to initiate a separate action for damages either concurrently with, or subsequent to, an application for judicial review” (para. 50).

[38] More recently in *Parrish & Heimbecker Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture and Agri-Food)*, 2008 FCA 362, [2009] 3 F.C.R. 568 (which, on appeal, was heard concurrently in this Court with the present appeal), Sharlow J.A., dissenting, took the view that “the *Grenier* principle was developed without taking into account certain aspects of the statutory scheme governing federal Crown litigation [including the *Crown Liability and Proceedings Act*] that in my view cast doubt on the *Grenier* analysis” (para. 41).

[39] At the same time, some provincial courts have accepted the *Grenier* approach: see, e.g., *Donovan v. Canada (Attorney General)*, 2008 NLCA 8, 273 Nfld. & P.E.I.R. 116; *Lidstone v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2008 PESCTD 6, 286 Nfld. & P.E.I.R. 244. Most provincial courts, however, have either not followed *Grenier* or distinguished it: see, e.g., *River Valley Poultry Farm Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 326, 95 O.R. (3d) 1, at para. 30; *Los Angeles Salad Co. v. Canadian Food Inspection Agency*, 2009 BCSC 109, 92 B.C.L.R. (4th) 379, at para. 24; *Leroux v. Canada Revenue Agency*, 2010 BCSC 865, 2010 D.T.C. 5123, at para. 54; see also *Fantasy Construction Ltd., Re*, 2007 ABCA 335, 89 Alta. L.R. (4th) 93, at para. 43; *Genge v. Canada (Attorney General)*, 2007 NLCA 60, 270 Nfld. & P.E.I.R. 182, at para. 34.

C. *The Attorney General’s Expansive View of the Grenier Decision*

[40] According to the Attorney General, *Grenier* denied the *jurisdiction* of either the Federal Court or a provincial superior court to proceed to adjudicate a damages claim without first passing through

autorisée à titre de recours collectif. Le juge Sexton a fait le commentaire suivant : « Parfois, comme en l’espèce, il peut s’avérer trop lourd d’intenter une action distincte en dommages-intérêts, concurrentement ou subséquemment à une demande de contrôle judiciaire » (par. 50).

[38] Plus récemment encore, dans l’arrêt *Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Ministre de l’Agriculture et de l’Agroalimentaire)*, 2008 CAF 362, [2009] 3 R.C.F. 568 (dont l’appel a été instruit par notre Cour concurrentement avec le présent pourvoi), la juge Sharlow, dissidente, a exprimé l’opinion que « [l]e principe établi dans l’arrêt *Grenier* a [. . .] été élaboré sans tenir compte de certains des aspects du régime législatif applicable au contentieux fédéral de l’État [dont la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*], ce qui, à mon avis, soulève des doutes au sujet de l’analyse de l’arrêt *Grenier* » (par. 41).

[39] Pour leur part, certaines cours provinciales ont adopté le raisonnement formulé dans *Grenier* : voir, notamment, *Donovan c. Canada (Attorney General)*, 2008 NLCA 8, 273 Nfld. & P.E.I.R. 116; *Lidstone c. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2008 PESCTD 6, 286 Nfld. & P.E.I.R. 244. La plupart des cours provinciales ne l’ont toutefois pas suivi ou ont conclu que des distinctions s’imposaient : voir, notamment, *River Valley Poultry Farm Ltd. c. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 326, 95 O.R. (3d) 1, par. 30; *Los Angeles Salad Co. c. Canadian Food Inspection Agency*, 2009 BCSC 109, 92 B.C.L.R. (4th) 379, par. 24; *Leroux c. Canada Revenue Agency*, 2010 BCSC 865, 2010 D.T.C. 5123, par. 54; voir aussi *Fantasy Construction Ltd., Re*, 2007 ABCA 335, 89 Alta. L.R. (4th) 93, par. 43; *Genge c. Canada (Attorney General)*, 2007 NLCA 60, 270 Nfld. & P.E.I.R. 182, par. 34.

C. *La conception large de l’arrêt Grenier invoquée par le procureur général*

[40] Suivant le procureur général, l’arrêt *Grenier* confirme que, lorsque la « légalité » d’une décision ou ordonnance administrative est en cause, ni la Cour fédérale ni une cour supérieure provinciale

the “unique” judicial review procedure set out in s. 18 of the *Federal Courts Act* if the “lawfulness” of an administrative decision or order is in issue. The Attorney General uses the expression “invalidity or lawfulness” which, he points out, may extend even to contract claims. He cites *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694, at pp. 703-6, where the Federal Court of Appeal concluded that the exercise by a Minister of a statutory power to seek tenders and to enter into contracts for the lease of land by the Crown could be subject to judicial review. See also *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, 314 D.L.R. (4th) 340, at paras. 21-25, leave to appeal refused, [2009] 3 S.C.R. vii. However, in this Court’s decision in *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860, a tendering case, although in the end the claim was dismissed, there was no suggestion in the judgment that judicial review was a necessary preliminary step to the recovery of contract damages against the Crown.

[41] Moreover, I do not think the Attorney General’s position is supported by *Consolidated Maybrun* or its companion case of *R. v. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 737. Those cases dealt with the narrow issue of whether a person facing penal charges for failing to comply with an administrative order can challenge the validity of the order by way of defence despite failure to take advantage of the appeal process provided for by the law under which the order was issued. In both cases, the Court paid close attention to the regulatory statute under which an order is made and concluded that to permit such a defence “would encourage conduct contrary to the [regulatory] Act’s objectives and would tend to undermine its effectiveness” (*Consolidated Maybrun*, at para. 60). These cases thus stand for a rather nuanced view of where collateral attack is (or is not) permissible. The outcome largely depends on the court’s view of the statute under which an order is made “and must be answered in light of the legislature’s intention as to the appropriate forum” for resolving the dispute (*Consolidated Maybrun*, at para. 52). In my

n’ont *compétence* pour instruire une action en dommages-intérêts sans contrôle judiciaire préalable au moyen de la procédure « particulière » établie à l’art. 18 de la *LCF*. Le procureur général emploie l’expression [TRADUCTION] « invalidité ou légalité » et signale que celle-ci peut s’étendre même aux recours contractuels. Il cite l’arrêt *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 694, p. 703-706, dans lequel la Cour d’appel fédérale a jugé que l’exercice par un ministre du pouvoir légal de lancer un appel d’offres et de conclure des marchés concernant la location de biens-fonds par la Couronne peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire. Voir aussi *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116 (CanLII), par. 21-25, autorisation d’appel refusée, [2009] 3 R.C.S. vii. Toutefois, dans l’arrêt *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860, qui portait lui aussi sur un appel d’offres, notre Cour a rejeté la demande, en définitive, mais elle n’a pas indiqué qu’un recours en dommages-intérêts contre la Couronne devait être précédé d’un contrôle judiciaire.

[41] De plus, je ne pense pas que *Consolidated Maybrun* ou le pourvoi connexe *R. c. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 737, appuient la position du procureur général. Ces affaires soulevaient la question très étroite de savoir si une personne accusée au criminel de ne pas s’être conformée à une ordonnance administrative pouvait, en défense, contester la validité de l’ordonnance bien qu’elle ne se fût pas prévalu de la procédure d’appel prévue par la loi sous le régime de laquelle l’ordonnance avait été rendue. Dans les deux cas, la Cour a conclu, après un examen minutieux de la loi de nature réglementaire en vertu de laquelle l’ordonnance avait été rendue, qu’autoriser une telle défense « encouragerait un comportement contraire aux objectifs de la Loi [de nature réglementaire] et tendrait à miner son efficacité » (*Consolidated Maybrun*, par. 60). Ces arrêts établissent en conséquence une position assez nuancée quant à savoir si une contestation indirecte est possible ou non. La réponse à cette question dépend largement de l’analyse que fait le tribunal de la loi dont découle la décision et exige qu’on recherche « l’intention législative quant au

respectful view, having regard to these policy considerations, it would be adherence to the *Grenier* approach that “would tend to undermine [the] effectiveness” of the *Federal Courts Act* reforms which had as one of their objectives making the provincial superior courts an equally “appropriate forum” for resolving in an efficient way financial claims against the federal Crown.

D. *The Jurisdiction of the Provincial Superior Courts*

[42] What is required, at this point of the discussion, is to remind ourselves of the rule that any derogation from the jurisdiction of the provincial superior courts (in favour of the Federal Court or otherwise) requires clear and explicit statutory language: “[The] ouster of jurisdiction from the provincial superior courts in favour of vesting exclusive jurisdiction in a statutory court . . . requires clear and explicit statutory wording to this effect”: *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 46; see also *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821, at p. 826; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at para. 38. The Attorney General’s argument rests too heavily on what he sees as the negative implications to be read into s. 18.

[43] The oft-repeated incantation of the common law is that “nothing shall be intended to be out of the jurisdiction of a Superior Court, but that which specially appears to be so; and, on the contrary, nothing shall be intended to be within the jurisdiction of an Inferior Court but that which is so expressly alleged”: *Peacock v. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84, at pp. 87-88. In contrast, the jurisdiction of the Federal Court is purely statutory.

[44] The term “jurisdiction” simply is shorthand for the collection of attributes that enables a court or tribunal to issue an enforceable order or judgment. A court has jurisdiction if its authority

forum approprié » pour le règlement du différend (*Consolidated Maybrun*, par. 52). À mon avis, étant donné les considérations de principe susmentionnées, c’est l’adoption de l’approche retenue dans *Grenier* qui [TRADUCTION] « tendrait à miner [l’]efficacité » des réformes mises en place par la *LCF*, qui visaient notamment à ce qu’une cour supérieure provinciale devienne tout autant un « forum approprié » pour le règlement efficace des réclamations pécuniaires contre la Couronne fédérale.

D. *La compétence des cours supérieures provinciales*

[42] À ce stade de l’analyse, il faut se rappeler que la compétence des cours supérieures provinciales ne peut être amoindrie (en faveur de la Cour fédérale ou d’un autre tribunal) que si une disposition législative claire le prévoit expressément. « [L]a dévolution d’une compétence exclusive à un tribunal créé par loi et la perte corrélative de cette compétence par les cours supérieures provinciales [. . .] doit être énoncée expressément en termes clairs dans la loi » : *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 46; voir aussi *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821, p. 826; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, par. 38. Dans son argumentation, le procureur général accorde trop d’importance à ce qu’il perçoit comme les inférences négatives qu’il faut tirer de l’art. 18.

[43] La formule souvent répétée en common law veut que [TRADUCTION] « rien n’est censé échapper à la compétence d’une cour supérieure sauf ce qui paraît en être spécialement exclu et, inversement, rien n’est censé relever de la compétence d’une cour d’instance inférieure sauf ce qui est expressément déclaré en relever » : *Peacock c. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84, p. 87-88. À l’opposé, la compétence de la Cour fédérale est purement d’origine législative.

[44] Le terme « compétence » désigne simplement l’ensemble des attributions qui permettent à un tribunal judiciaire ou administratif de rendre des ordonnances ou jugements susceptibles

extends to “the person and the subject matter in question and, in addition, has authority to make the order sought”: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, *per* McIntyre J., at p. 960, quoting Brooke J.A. in *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262, at p. 271, and *per* Lamer J., dissenting, at p. 890; see also *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 603; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, at para. 15; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765. The Attorney General does not deny that the Superior Court possesses *in personam* jurisdiction over the parties, or dispute the Superior Court’s authority to award damages. The dispute centres on subject matter jurisdiction.

[45] It is true that apart from constitutional limitations (see, e.g., *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, and cases under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, which are not relevant here), Parliament may by statute transfer jurisdiction from the superior courts to other adjudicative bodies including the Federal Court. It did so, for example, with respect to the judicial review of federal decision makers: *Canada Labour Relations Board v. Paul L’Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147, at p. 154. However, the onus lies here on the Attorney General to establish the existence and extent of such a transfer of jurisdiction in statutory terms that are clear, explicit and unambiguous.

[46] Nothing in the *Federal Courts Act* satisfies this test. Indeed, as mentioned, the explicit grant to the provincial superior courts of concurrent jurisdiction in claims against the Crown in s. 17 of that Act (as well as s. 21 of the *Crown Liability and Proceedings Act*) directly refutes it. As Sharlow J.A., dissenting, pointed out in *Parrish & Heimbecker Ltd.* (appeal allowed and judgment released concurrently herewith, 2010 SCC 64, [2010] 3 S.C.R. 639), s. 8 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, which codifies the defence of statutory authority, is evidence that Parliament envisaged that the assessment of lawfulness would be made by the provincial superior court

d’exécution. Un tribunal judiciaire est compétent s’il possède « une compétence *ratione personae* et *ratione materiae* [. . .] et s’il détient en outre le pouvoir de rendre l’ordonnance sollicitée » : *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge McIntyre, p. 960 — citant le juge Brooke dans *R. c. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262, p. 271 — et le juge Lamer, dissident, p. 890; voir aussi *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, p. 603; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 15; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765. Le procureur général ne nie pas que la Cour supérieure a compétence *ratione personae* à l’égard des parties ni qu’elle a le pouvoir d’octroyer des dommages-intérêts. Le litige porte sur la compétence relative à l’objet du litige.

[45] Il est vrai que, sous réserve de restrictions constitutionnelles (voir, p. ex., *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, et d’arrêts relatifs à l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, non pertinents en l’espèce), le législateur peut transférer un pouvoir appartenant aux cours supérieures à d’autres organismes juridictionnels, comme la Cour fédérale. Il l’a fait, notamment, en matière de contrôle judiciaire des décisions de l’administration fédérale : *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L’Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147, p. 154. C’est toutefois au procureur général qu’il incombe de démontrer qu’une disposition législative claire, explicite et non équivoque a opéré un tel transfert juridictionnel et d’en établir la portée.

[46] Rien dans la *LCF* ne lui permet de faire cette démonstration. En effet, comme il en a été fait mention, l’octroi explicite aux cours supérieures provinciales d’une compétence concurrente en matière de demandes de réparation contre la Couronne, à l’art. 17 (ainsi qu’à l’art. 21 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*), réfute directement l’hypothèse d’un transfert. Comme la juge Sharlow, dissidente, l’a signalé dans *Parrish & Heimbecker Ltd.* (appel accueilli et jugement rendu concurremment avec le présent arrêt, 2010 CSC 64, [2010] 3 R.C.S. 639), l’art. 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, qui codifie la défense de

in the course of adjudicating a claim for damages (para. 39).

E. *Claimed “Inferences” From Section 18 of the Federal Courts Act*

[47] An application for judicial review under the *Federal Courts Act* combines an allegation that a federal authority has acted contrary to the substantive principles of public law, along with a claim for one of the kinds of relief listed in s. 18(1). It is only this procedure that is in the exclusive jurisdiction of the Federal Court. As the Court recently observed in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, “[t]he genesis of the *Federal Courts Act* lies in Parliament’s decision in 1971 to remove from the superior courts of the provinces the jurisdiction over prerogative writs, declarations, and injunctions against federal boards, commissions and other tribunals” (para. 34). Section 18 does *not* say that a dispute over the lawfulness of exercise of statutory authority cannot be assessed in the course of a trial governed by the *Crown Liability and Proceedings Act* brought in the provincial superior court or pursuant to s. 17 of the *Federal Courts Act* itself.

[48] The Attorney General argues that a “remedies” oriented approach, similar to the view adopted by the Ontario Court of Appeal in this case, results in “a rigid, formalistic and literal interpretation” of s. 18 (Factum, at para. 66) and gives insufficient weight to context and, in particular, to the intention of Parliament. I agree that the context and Parliamentary purpose are essential to a proper interpretation of s. 18, but I do not think a broad and contextual approach assists the Attorney General’s argument.

(i) The Parliamentary Context

[49] The Parliamentary debates in 1971 took place in the context of the enormous growth of

pouvoir d’origine législative, prouve que le législateur prévoyait que la cour supérieure provinciale saisie d’une action en dommages-intérêts se prononcerait sur la légalité de la décision dans le cadre de cette action (par. 39).

E. *Les « inférences » proposées à partir de l’art. 18 de la Loi sur les Cours fédérales*

[47] Une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de la *LCF* combine l’allégation qu’un office fédéral n’a pas respecté les principes fondamentaux du droit public et la revendication de l’une des réparations énumérées au par. 18(1). La compétence exclusive de la cour fédérale se limite à cette procédure. Comme notre Cour l’a récemment signalé dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, « [l]a *Loi sur les Cours fédérales* résulte de la décision prise par le législateur en 1971 de retirer aux cours supérieures des provinces leur compétence en matière de brefs de prérogative, jugements déclaratoires et injonctions visant des offices fédéraux » (par. 34). L’article 18 n’interdit *pas* qu’un litige sur la légalité de l’exercice d’un pouvoir d’origine législative soit tranché lors d’un procès tenu en vertu de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* devant la cour supérieure provinciale ou en vertu de l’art. 17 de la *LCF* elle-même.

[48] Selon le procureur général, un raisonnement axé sur les « recours », semblable à la position retenue par la Cour d’appel de l’Ontario en l’espèce, entraîne [TRADUCTION] « une interprétation rigide, formaliste et littérale » de l’art. 18 (mémoire, par. 66) et n’accorde pas assez d’importance au contexte et, plus particulièrement, à l’intention du législateur. Je suis d’accord qu’il est indispensable de tenir compte du contexte et de l’intention du législateur pour bien interpréter l’art. 18, mais je ne pense pas qu’une méthode d’interprétation large et contextuelle serve l’argumentation du procureur général.

(i) Le contexte parlementaire

[49] En 1971, le contexte entourant les débats parlementaires était marqué par la multiplication des

federal regulatory regimes, the perceived need for a “national perspective” on judicial review, and a concern about inconsistent supervision of federal public bodies by various provincial superior courts across the country (see D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at para. 2:4100). Thus, Parliament radically transformed the old Exchequer Court into a new Federal Court and crafted a new procedure which resulted in the Federal Court’s supervisory jurisdiction over federal decision makers.

[50] The Minister of Justice in 1970 emphasized that Parliament’s concern was supervision (not compensation) and in particular its concern was about fragmented judicial review of federal adjudicative tribunals. One provincial superior court might uphold as valid an important decision, e.g., by the National Energy Board, which a superior court in a different province might decide to quash. Thus:

This multiple supervision [by the provincial courts], with a lack of consistent jurisprudence and application, can work serious hardship not only on the boards and commissions but on those who appear before them. . . . It is for this reason . . . that the conclusion was reached that this superintending jurisdiction should be vested in a single court that enjoyed the same nation wide jurisdiction as the federal boards, commissions and tribunals themselves. The bill is therefore designed to create a single and uniform basis of superintending jurisdiction in relation to federal boards and commissions and to place them on the same footing in this regard as provincial boards and commissions.

(*House of Commons Debates*, 2nd Sess., 28th Parl. March 25, 1970, at pp. 5470-71; see also A.G. Factum, at para. 79; *Khosa*, at para. 34.)

However, the very broad statutory definition in s. 2 of “federal board, commission or other tribunal” goes well beyond what are usually thought of as “boards and commissions” and its very breadth belatedly (and perhaps unintentionally) precipitated the *Grenier* controversy about how to

régimes de réglementation fédérale, le sentiment qu’une [TRADUCTION] « perspective nationale » s’imposait en matière de contrôle judiciaire et des préoccupations concernant le manque d’uniformité dans l’exercice du pouvoir de surveillance des différentes cours supérieures provinciales du pays sur les offices fédéraux (voir D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), par. 2:4100). Le législateur a donc transformé radicalement l’ancienne Cour de l’Échiquier pour créer la Cour fédérale et il a établi une nouvelle procédure, qui a conféré à la Cour fédérale son pouvoir de surveillance sur les décideurs fédéraux.

[50] En 1970, le ministre de la Justice a souligné que la question qui préoccupait le législateur était celle de la surveillance (non de l’indemnisation) et qu’il s’inquiétait plus particulièrement de la fragmentation du contrôle judiciaire exercé sur les organismes juridictionnels fédéraux. Ainsi, une décision importante de l’Office national de l’énergie, p. ex., aurait pu être jugée valide et confirmée par la cour supérieure d’une province, mais annulée par une cour supérieure d’une autre province :

Cette surveillance multiple [par les cours provinciales], en l’absence d’uniformité dans la jurisprudence et son application, peut nuire sérieusement non seulement aux offices et commissions eux-mêmes, mais aussi à ceux qui comparaissent devant eux. [. . .] Pour cette raison [. . .] on a jugé que ce pouvoir de surveillance ne devait être conféré qu’à une seule cour dont la juridiction est d’ordre national, comme celle des offices, commissions et tribunaux fédéraux eux-mêmes. Le bill est donc destiné à établir sur une base unique et uniforme le pouvoir de surveillance exercé sur les commissions et offices fédéraux et à les placer sur le même pied sous ce rapport que les commissions et offices provinciaux.

(*Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 28^e lég., 25 mars 1970, p. 5470-5471; voir aussi le mémoire du P.G., au par. 79; *Khosa*, par. 34.)

Toutefois, la définition extrêmement large d’« office fédéral » figurant à l’art. 2 dépasse largement l’idée qu’on se fait généralement de ce concept, et sa très vaste portée a provoqué plus tard (peut-être de façon involontaire) la controverse en cause dans *Grenier* sur la façon de traiter le chevauchement de l’objet

prioritize the overlapping subject matter shared by judicial review and the trial of common law claims for compensation based on fault. The grant of concurrent jurisdiction in s. 17 does not negate the possibility of inconsistency, but Parliament has agreed to live with the possibility in the interest of easier access to justice.

(ii) The Statutory Text

[51] The grant of *exclusive* jurisdiction to judicially review federal decision makers is found in s. 18 of the *Federal Courts Act* and is expressed in terms of particular remedies:

18. (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

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

[52] All of the remedies listed in s. 18(1)(a) are traditional administrative law remedies, including the four prerogative writs — *certiorari*, prohibition, *mandamus* and *quo warranto* — and declaratory and injunctive relief in the administrative law context. Section 18 does not include an award of damages. If a claimant seeks compensation, he or she cannot get it on judicial review. By the same token, the plaintiff in a damages action is not entitled to add a supplementary claim for a declaration or injunction to prevent the government from acting on a decision said to be tainted by illegality. That is the domain of the Federal Court.

du contrôle judiciaire et de l'instruction des demandes d'indemnisation en common law fondées sur la faute. L'octroi d'une compétence concurrente à l'art. 17 n'écarte pas la possibilité de jugements contradictoires, mais le législateur a accepté de composer avec ce risque au nom d'un meilleur accès à la justice.

(ii) Le libellé de la loi

[51] L'attribution de la compétence *exclusive* en matière de contrôle judiciaire des décisions de l'administration fédérale figure à l'art. 18 de la *LCF*, et elle est énoncée sous forme de recours particuliers :

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

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

[52] Tous les recours énumérés à l'al. 18(1)a) sont des recours classiques du droit administratif, y compris les quatre brefs de prérogative — *certiorari*, *mandamus*, prohibition et *quo warranto* — et les demandes d'injonction et de jugement déclaratoire en droit administratif. L'article 18 ne prévoit pas l'octroi de dommages-intérêts. L'indemnisation n'est pas possible dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire. De même, on ne peut, dans le cadre d'une action en dommages-intérêts, demander par surcroît un jugement déclaratoire ou une injonction visant à empêcher la mise en œuvre d'une décision administrative prétendument illégale. Pareille demande est du ressort de la Cour fédérale.

(iii) Reading the Act as a Whole

[53] There is much internal evidence in ss. 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act* to indicate that Parliament could not have intended judicial review to have the gatekeeper function envisaged by *Grenier*.

[54] As mentioned, the 30-day limitation period for judicial review applications under s. 18.1(2) of the *Federal Courts Act* is one such indication. Such a short limitation is consistent with a quick and summary judicial review procedure — but not a damages action. TeleZone’s action in Ontario would have a six-year limitation. A 30-day cut off for a damages claimant would be unrealistic. The claimant may not be in a position to apply for judicial review within the limitation period. The facts necessary to ground a civil cause of action may not emerge until after 30 days have passed.

[55] The 30-day limit can be extended by order of a Federal Court judge (s. 18.1(2)) but the extension is discretionary, and would subordinate the fate of a civil suit brought in a superior court to the discretion of a Federal Court judge ruling upon a request for an extension of time for reasons that have to do with public law concerns, not civil damages. In practical terms, the effect of the *Grenier* argument would be to impose a discretionary limitation period (determined by the Federal Court) on actions for damages against the Crown in a provincial superior court, an outcome which, in my opinion, Parliament cannot have intended. Apart from anything else, it undermines s. 39 of the *Federal Courts Act*, which provides that, ordinarily, claims against the Crown in the Federal Court are subject to the limitation period applicable “between subject and subject” in the province where the claim arose, or six years in respect of a “cause of action arising otherwise than in a province”.

(iii) Interprétation de la loi dans son ensemble

[53] Beaucoup d’éléments intrinsèques des art. 18 et 18.1 de la *LCF* indiquent que le législateur ne peut avoir eu l’intention de faire du contrôle judiciaire une épreuve préliminaire comme le laisse entrevoir l’arrêt *Grenier*.

[54] Comme je l’ai mentionné, le délai de 30 jours applicable à la présentation des demandes de contrôle judiciaire sous le régime du par. 18.1(2) de la *LCF* constitue l’un de ces éléments. Un délai aussi court convient à une procédure sommaire et expéditive de contrôle judiciaire, mais non à une action en dommages-intérêts. Le délai de prescription applicable à l’action de TeleZone en Ontario est de six ans. Il ne serait pas réaliste qu’une action en dommages-intérêts se prescrive par 30 jours. Il se pourrait qu’un demandeur ne soit pas en mesure de déposer sa demande de contrôle judiciaire dans un tel délai. Les faits nécessaires pour fonder un recours civil peuvent fort bien n’être connus qu’après 30 jours.

[55] Un juge de la Cour fédérale peut proroger par ordonnance le délai de 30 jours (par. 18.1(2)), mais il s’agit là d’une décision discrétionnaire, et l’issue d’une action civile intentée devant une cour supérieure serait ainsi subordonnée au pouvoir discrétionnaire d’un juge de la Cour fédérale statuant sur une demande de prorogation de délai en fonction de considérations de droit public et non de facteurs propres aux dommages-intérêts de droit civil. Concrètement, l’argument tiré de l’arrêt *Grenier* mènerait à l’application d’un délai de prescription discrétionnaire (fixé par la Cour fédérale) aux actions en dommages-intérêts contre la Couronne (intentées devant une cour supérieure provinciale), un résultat qui, à mon avis, ne peut correspondre à l’intention du législateur. Indépendamment de toute autre considération, ce résultat contrecarrerait l’art. 39 de la *LCF* selon lequel, règle générale, les instances introduites contre la Couronne devant la Cour fédérale sont assujetties aux règles de prescription régissant « les rapports entre particuliers » dans la province où le fait générateur de l’instance s’est produit ou se prescrivent par six ans à compter du fait générateur « lorsque celui-ci n’est pas survenu dans une province ».

[56] As recently affirmed in *Khosa*, the grant of relief on judicial review is in its nature discretionary and may be denied even if the applicant establishes valid grounds for the court's intervention:

... the language of s. 18.1 generally sets out threshold grounds which permit but do not require the court to grant relief. Whether or not the court should exercise its discretion in favour of the application will depend on the court's appreciation of the respective roles of the courts and the administration as well as the "circumstances of each case". [para. 36]

See also *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at pp. 592-93; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, at p. 372. Such an approach does not align well with the paradigm of a common law action for damages where, if the elements of the claim are established, compensation ought generally to follow as a matter of course. In judicial review, "the discretionary nature of the courts' supervisory jurisdiction reflects the fact that unlike private law, its orientation is not, and never has been, directed exclusively to vindicating the rights of individuals" (Brown and Evans, at para. 3:1100).

(iv) The 1990 Amendments to the *Federal Courts Act*

[57] The current version of s. 17 of the *Federal Courts Act*, which only came into force on February 1, 1992, allows parties to institute civil claims against the Federal Crown in the superior courts of the provinces. For ease of reference, I repeat the operative language:

17. (1) Except as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Federal Court has concurrent original jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the Crown.

The grant of jurisdiction is thus framed in terms of relief, i.e., "all cases in which relief is claimed" except as otherwise provided. Section 18(1) otherwise provides in relation to the specific forms of relief listed therein. Section 18(3) of the Act expressly provides that *remedies in the nature*

[56] Notre Cour a récemment confirmé, dans *Khosa*, la nature discrétionnaire des décisions en matière de contrôle judiciaire et indiqué qu'une demande de contrôle peut être rejetée même lorsque le demandeur a établi l'existence de motifs qui justifieraient l'intervention de la cour :

... l'art. 18.1 énonce en termes généraux les motifs qui autorisent la Cour à prendre une mesure, sans lui en imposer l'obligation. La question de savoir si la cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder réparation dépendra de son appréciation des rôles respectifs des cours de justice et des organismes administratifs ainsi que des « circonstances de chaque cas ». [par. 36]

Voir aussi *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, p. 592-593; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, p. 372. Cette approche ne concorde pas avec le paradigme de l'action en dommages-intérêts de la common law, suivant lequel la preuve des éléments de la demande entraîne normalement l'indemnisation. En matière de contrôle judiciaire, [TRADUCTION] « la nature discrétionnaire du pouvoir de surveillance des tribunaux témoigne du fait que, contrairement au droit privé, il n'est pas et n'a jamais été axé exclusivement sur la défense des droits des particuliers » (Brown et Evans, par. 3:1100).

(iv) Les modifications apportées à la *Loi sur les Cours fédérales en 1990*

[57] La version actuelle de l'art. 17 de la *LCF*, qui n'est entré en vigueur que le 1^{er} février 1992, permet d'intenter des poursuites civiles contre la Couronne fédérale devant les cours supérieures provinciales. Par souci de commodité, j'en reproduis les termes essentiels :

17. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne.

La compétence accordée est donc axée sur la réparation, c.-à-d. qu'elle est attribuée « dans les cas de demande de réparation », sauf disposition contraire. Le paragraphe 18(1) constitue une disposition contraire en ce qui concerne les formes de réparations qui y sont énumérées. Selon le par. 18(3), les

of judicial review “may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1”. The *Federal Courts Act* lists no other relevant exclusions from s. 17, and we have not been referred to any other Act of Parliament having a bearing on this subject.

[58] As the Minister of Justice stated in 1989 before the Legislation Committee examining Bill C-38, which resulted in, among other changes, today’s version of s. 17:

[W]e have made provision in the bill whereby ordinary common law and civil law actions for relief against the federal Crown, which are presently the exclusive jurisdiction of the Federal Court, may also be heard by provincial courts. Such provision acknowledges the fact that the Federal Court possesses no unique expertise in areas of ordinary contract and tort law. [The Minister here went on to describe the practical jurisdictional and procedural problems created by the Federal Court’s prior exclusive jurisdiction over federal authorities.]

(Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-38, No. 1, 2nd Sess., 34th Parl., November 23, 1989, at pp. 14-15)

On second reading of the Bill, the Minister again emphasized that the purpose of the amendments was to allow the plaintiffs to sue the federal Crown in either the provincial superior courts or the Federal Court:

For example, a person should be able to sue the Crown in a suitably convenient court for breach of contract to purchase goods or for negligent driving by a Crown employee that causes injuries to another motorist. At the moment, such actions can only be brought in the Federal Court. However, it is not as available as provincial courts.

Moreover, for both citizen and lawyer alike, provincial courts, including their procedures and personnel, are much more familiar.

Therefore, the Federal Court is often not the most convenient one for the private litigant. With this in

recours de la nature d’un contrôle judiciaire « sont exercés par présentation d’une demande de contrôle judiciaire ». La *LCF* ne prévoit aucune autre exclusion qui limiterait la portée de l’art. 17, et on n’a porté à notre attention aucune autre loi fédérale qui aurait cet effet.

[58] Voici ce que le ministre de la Justice a déclaré en 1989 devant le comité législatif chargé de l’examen du projet de loi C-38 qui est à l’origine, notamment, de la version actuelle de l’art. 17 :

[N]ous avons inséré, dans ce projet de loi, une disposition permettant également aux tribunaux judiciaires des provinces d’instruire des litiges ordinaires, de common law et de droit civil, visant à obtenir réparation de la Couronne. Ces litiges relèvent actuellement de la compétence exclusive de la Cour fédérale. Cette disposition reconnaît que la Cour fédérale ne possède pas de connaissances spécialisées en matière de contrats et en matière d’actes délictuels. [Le Ministre a ensuite décrit les problèmes pratiques d’ordre juridictionnel ou procédural posés par l’exclusivité juridictionnelle de la Cour fédérale sur les autorités fédérales.]

(Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-38, n° 1, 2^e sess., 34^e lég., 23 novembre 1989, p. 14-15)

Lors de la deuxième lecture du projet de loi, le ministre a souligné de nouveau que les modifications visaient à permettre à un demandeur de poursuivre la Couronne fédérale soit devant une cour supérieure provinciale, soit devant la Cour fédérale :

Par exemple, une poursuite fondée sur le bris d’un contrat d’achat de marchandises ou sur des blessures causées à un automobiliste par la négligence au volant d’un préposé de la Couronne devrait pouvoir être intentée devant le tribunal qui convient le mieux au demandeur. Actuellement, seule la Cour fédérale peut entendre de telles actions. Or, elle n’est pas aussi accessible que les cours provinciales.

De plus, citoyens et avocats connaissent mieux les cours provinciales, y compris leurs règles de pratique et leur personnel.

Il est donc évident que souvent la Cour fédérale n’est pas le tribunal qui convient le mieux aux parties privées.

mind, the government has proposed that both the provincial courts and the Federal Court share jurisdiction with respect to such actions, thereby generally giving a plaintiff a choice of forum. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, 2nd Sess., 34th Parl., November 1, 1989, at p. 5414)

[59] The effect of the argument of the Attorney General, if accepted, would be to undermine the purpose and intended effect of the 1990 amendment by retaining in the Federal Court exclusive jurisdiction over a key element of many causes of action proceeding in the provincial courts despite the promise to give plaintiffs a “choice of forum” and to make available relief in the provincial superior courts that may be more “familiar” to litigants.

F. *The Doctrine of Collateral Attack*

[60] The Attorney General contends that to permit TeleZone to proceed with its claim in the provincial superior court in the absence of prior judicial review would be to allow an impermissible “collateral attack” on the Minister’s decision. The Court has described a collateral attack as

an attack made in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment.

(*Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, at p. 599)

[61] The rule is a judicial creation (which must therefore yield to a contrary legislative enactment) based on general considerations related to the administration of justice, as explained in *Garland v. Consumers’ Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, at para. 72:

The fundamental policy behind the rule against collateral attack is to “maintain the rule of law and to preserve the repute of the administration of justice” (*R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, at p. 349). The idea is that if a party could avoid the consequences of an order issued against it by going to another forum, this would undermine the integrity of the justice system. Consequently, the doctrine is intended to prevent a party from circumventing the effect of a decision rendered against it. [Emphasis added.]

C’est pourquoi le gouvernement propose que les cours provinciales et la Cour fédérale se partagent la compétence relative à ce type d’actions. Ceci donnerait généralement au demandeur le choix du tribunal. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 34^e lég., 1^{er} novembre 1989, p. 5414)

[59] S’il était retenu, l’argument du procureur général compromettrait l’objet et le but des modifications de 1990, en maintenant l’exclusivité juridictionnelle de la Cour fédérale à l’égard d’un élément fondamental de nombreux recours instruits devant les cours provinciales, en dépit de la promesse de donner au demandeur « le choix du tribunal » et de permettre aux parties l’accès aux cours supérieures provinciales que, vraisemblablement, elles « connaissent mieux ».

F. *La règle relative à la contestation indirecte*

[60] Selon le procureur général, permettre à TeleZone de faire trancher sa demande par la cour supérieure provinciale sans contrôle judiciaire préalable, c’est autoriser la « contestation indirecte » de la décision du ministre, ce qui est interdit. Notre Cour a décrit une contestation indirecte comme

une attaque dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l’infirmité, la modification ou l’annulation de l’ordonnance ou du jugement.

(*Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, p. 599)

[61] Il s’agit d’une règle d’origine jurisprudentielle (qui doit donc céder le pas à un texte de loi contraire) fondée sur des considérations générales ayant trait à l’administration de la justice, comme l’explique l’arrêt *Garland c. Consumers’ Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, au par. 72 :

La règle interdisant les contestations indirectes a pour objet fondamental de « maintenir la primauté du droit et [de] préserver la considération dont jouit l’administration de la justice » (*R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, p. 349). On estime que l’intégrité du système de justice serait compromise si une partie pouvait échapper aux conséquences d’une ordonnance prononcée contre elle en s’adressant à un autre tribunal. La règle vise donc à empêcher une partie de contourner les effets d’une décision prononcée contre elle. [Je souligne.]

[62] In *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, the criminal case referred to in *Garland*, the Court declined to apply the rule against collateral attack. In *Garland* itself, class action plaintiffs brought a claim against a gas company seeking restitution on the grounds of unjust enrichment of late payment penalties previously approved by the Ontario Energy Board. In its defence, the gas company argued that the claim for restitution was a collateral attack on the Board's order. The defence failed.

[63] I do not think the Attorney General's collateral attack argument can succeed on this appeal for three reasons. Firstly, as Borins J.A. pointed out in his scholarly judgment, the doctrine of collateral attack may be raised by the Attorney General in the provincial superior court as a defence if he or she believes that, in the particular circumstances, to do so is appropriate. However, the possible availability of the defence is not an argument against provincial superior court jurisdiction. Nor does it justify inserting the Federal Court into every claim for damages predicated on an allegation that the government's decision that caused the loss was "invalid or unlawful".

[64] Secondly, TeleZone is not seeking to "avoid the consequences of [the ministerial] order issued against it" (*Garland*, at para. 72). On the contrary, the ministerial order and the financial losses allegedly consequent on that order constitute the foundation of the damages claim. This was the result in *Garland* itself, where Iacobucci J. held for the Court:

Based on a plain reading of this rule, the doctrine of collateral attack does not apply in this case because here the specific object of the appellant's action is not to invalidate or render inoperative the Board's orders, but rather to recover money that was illegally collected by the respondent as a result of Board orders. Consequently, the collateral attack doctrine does not apply. [Emphasis added; para. 71.]

[62] Dans *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, l'affaire criminelle mentionnée dans *Garland*, notre Cour a refusé d'appliquer la règle interdisant les contestations indirectes. Dans *Garland*, il s'agissait d'un recours collectif contre une société gazière dans lequel les demandeurs invoquaient l'enrichissement sans cause pour réclamer la restitution de pénalités pour paiement tardif approuvées par la Commission de l'énergie de l'Ontario (« Commission »). La société gazière a fait valoir en défense que la demande de restitution constituait une contestation indirecte de la décision de la Commission. Ce moyen de défense a été rejeté.

[63] Trois motifs m'amènent à rejeter l'argument du procureur général concernant la contestation indirecte. Premièrement, comme l'a souligné le juge Borins dans son savant jugement, le procureur général peut invoquer la doctrine de la contestation indirecte en défense devant la cour supérieure provinciale, s'il le juge opportun compte tenu des circonstances. La possibilité de recourir à ce moyen de défense ne peut cependant étayer la thèse de l'incompétence de la cour supérieure provinciale. Elle ne justifie pas non plus l'intervention de la Cour fédérale dans toutes les demandes de dommages-intérêts fondées sur la prétention que la décision de l'administration publique à l'origine de la perte était « nulle ou illégale ».

[64] Deuxièmement, TeleZone ne cherche pas à « échapper aux conséquences d'une ordonnance [du ministre] prononcée contre elle » (*Garland*, par. 72). Au contraire, elle fait de la décision du ministre et des pertes pécuniaires qui en auraient résulté les assises mêmes de sa demande de dommages-intérêts. C'est la conclusion qui a été tirée dans *Garland*, où le juge Iacobucci a déclaré, au nom de notre Cour :

Simplement en la lisant, on constate que la règle interdisant les contestations indirectes ne s'applique pas en l'espèce parce que l'action de l'appelant a pour objet précis non pas d'invalider ou de rendre inopérantes les ordonnances de la Commission, mais plutôt de recouvrer les sommes que l'intimée a perçues illégalement à la suite de ces ordonnances. Par conséquent, la règle interdisant les contestations indirectes ne s'applique pas. [Je souligne; par. 71.]

[65] Similarly in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, Arbour J. declined to apply the collateral attack doctrine in a case arising out of a grievance arbitration where CUPE sought to challenge the underlying facts of a conviction of one of its members for sexual assault. Arbour J. reasoned that the Union's argument was "an implicit attack on the correctness of the factual basis of the decision, not a contest about whether that decision has legal force, as clearly it does" (para. 34).

[66] Thirdly, the Attorney General's argument fails even if one takes a more expansive view of the doctrine of collateral attack, as does Professor David Mullan:

The cause of action [in *Garland*] depended necessarily on establishing the invalidity of the Board's order on which the utility was relying in collecting interest. If the order had been valid, there would have been no cause of action. This was in every sense a collateral attack on the Board's orders. Collateral attack is not and never has been confined to situations where the challenge is by way of resistance to the enforcement of an order. It is also implicated in situations where someone, in asserting a civil claim for monetary or other relief, needs to attack a law or order that the defendant is advancing as justification for the actions on which the plaintiff's claim is based. . . . [Emphasis added.]

(D. J. Mullan, "Administrative Law Update — 2008-2009", prepared for the Continuing Legal Education conference, *Administrative Law Conference—2009*, October 2009, at p. 1.1.22.)

In Professor Mullan's view, the Court in *Garland* should have taken what he sees as the more principled route of applying the factors in *Consolidated Maybrun* to determine whether the collateral attack was of a permissible variety. In that case, as set out in the judgment of L'Heureux-Dubé J., the appropriate factors to apply in determining whether the Court is confronted with an impermissible collateral attack on an administrative order are (1) the wording of the statute from which the power to issue the order derives; (2) the purpose of the legislation; (3) the availability of an appeal; (4) the nature of

[65] De même, dans *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, la juge Arbour a refusé d'appliquer la règle interdisant les contestations indirectes. Dans cette affaire découlant de l'arbitrage d'un grief, le SCFP contestait les faits à l'origine de la déclaration de culpabilité d'un de ses membres pour agression sexuelle. La juge Arbour a dit de l'argument du syndicat qu'il s'agissait « d'une attaque implicite du bien-fondé factuel de la décision, non pas de la contestation de la validité juridique de celle-ci, puisqu'elle est manifestement valide » (par. 34).

[66] Troisièmement, l'argument du procureur général n'est pas fondé même si, comme le professeur David Mullan, on attribue une portée étendue à la règle interdisant les contestations indirectes :

[TRADUCTION] Pour établir la cause d'action [dans *Garland*], il fallait démontrer l'invalidité de l'ordonnance de la Commission sur laquelle le service public s'appuyait pour percevoir des intérêts. Il n'y aurait pas eu de cause d'action si l'ordonnance avait été valide. Il s'agissait à tous égards d'une contestation indirecte des ordonnances de la Commission. La contestation indirecte ne consiste pas et n'a jamais consisté seulement, à s'opposer à l'exécution d'une ordonnance. Elle est aussi en cause dans des cas où le demandeur dans un recours civil visant l'obtention d'une réparation pécuniaire ou autre doit attaquer une loi ou une ordonnance que le défendeur invoque pour justifier les mesures sur lesquelles le demandeur fonde son recours. . . . [Je souligne.]

(D. J. Mullan, « Administrative Law Update — 2008-2009 », préparé pour la Continuing Legal Education conference, *Administrative Law Conference—2009*, octobre 2009, p. 1.1.22.)

Selon le professeur Mullan, la Cour aurait dû emprunter, dans *Garland*, la voie la plus rationnelle, à son avis, en appliquant les facteurs énoncés par la juge L'Heureux-Dubé dans *Consolidated Maybrun* pour déterminer si la contestation indirecte d'une ordonnance administrative est interdite ou peut être autorisée. Ces facteurs sont : (1) les termes de la loi dont découle le pouvoir de rendre l'ordonnance; (2) l'objectif de la loi; (3) l'existence d'un droit d'appel; (4) la nature de la contestation indirecte eu égard à l'expertise du tribunal et à sa raison d'être (notamment, à la question de savoir si « le législateur a

the collateral attack in light of the tribunal's expertise and *raison d'être* (including whether "the legislature intended to confer jurisdiction to hear and determine the question raised"); and (5) the penalty on a conviction for failing to comply with the order (paras. 45, 50-51 and 62). These factors have also been applied in the civil context; see, generally, K. Horsman and G. Morley, eds., *Government Liability: Law and Practice* (loose-leaf), at p. 11-9.

[67] Judicial doctrine necessarily yields to a contrary statutory enactment. Accepting, as Professor Mullan puts it, at p. 1.1.22, that the rule against collateral attack may be "implicated in situations where someone, in asserting a civil claim for monetary or other relief, needs to attack a law or order that the defendant is advancing as justification for the actions on which the plaintiff's claim is based", the s. 17 statutory grant of concurrent jurisdiction again defeats the Attorney General's submission. This is because the claimant's "need to attack a law or order" is essential to its cause of action, and adjudication of that allegation (even if raised by way of reply) is a necessary step in disposing of the claim. Parliament has stated that provincial superior courts possess the concurrent necessary jurisdiction to dispose of the whole of such a claim, not just part of it.

[68] In summary, I agree with Borins J.A. that the *Grenier* approach cannot be justified by the rule against collateral attack.

G. *The Defence of Statutory Authority*

[69] It would also be open to the Crown, by way of defence to a damages action, to argue that the government decision maker was acting under a statutory authority which precludes compensation for consequent losses. This, again, is a matter of defence, not jurisdiction. It is a hurdle facing any claimant. Governments make discretionary decisions all the time which will inflict losses on people or businesses without conferring any cause of action known to the law.

voulu donner juridiction pour entendre et trancher la question soulevée »); (5) la sanction imposable pour défaut d'avoir respecté l'ordonnance (par. 45, 50, 51 et 62). Les cours de justice ont aussi appliqué ces facteurs en matière civile : voir, de façon générale, K. Horsman et G. Morley, dir., *Government Liability : Law and Practice* (feuilles mobiles), p. 11-9.

[67] Une règle jurisprudentielle cède forcément le pas à un texte de loi contraire. Si l'on admet, pour reprendre les propos tenus par le professeur Mullan à la p. 1.1.22, que la règle interdisant les contestations indirectes peut être [TRADUCTION] « en cause dans des cas où le demandeur dans un recours civil visant l'obtention d'une réparation pécuniaire ou autre doit attaquer une loi ou une ordonnance que le défendeur invoque pour justifier les mesures sur lesquelles le demandeur fonde son recours », l'attribution d'une compétence concurrente à l'art. 17 contredit elle aussi l'argument du procureur général. Il en est ainsi parce qu'il est essentiel pour le demandeur d'« attaquer une loi ou une ordonnance » pour établir sa cause d'action, et qu'il faut statuer sur cette allégation (même si elle est faite en réplique) pour rendre une décision sur la demande. Le législateur a spécifié que les cours supérieures provinciales disposent de la compétence concurrente voulue pour trancher pareille demande dans son intégralité, et pas seulement en partie.

[68] En résumé, je partage l'opinion du juge Borins que la règle interdisant les contestations indirectes ne peut justifier l'approche proposée dans *Grenier*.

G. *La défense de pouvoir d'origine législative*

[69] La Couronne pourrait également faire valoir, en défense à une action en dommages-intérêts, que la décision administrative procède de l'exercice d'un pouvoir d'origine législative qui exclut l'indemnisation des pertes pouvant en résulter. Il s'agit là encore d'une question qui a trait à la défense, non à la compétence. Tout demandeur peut se voir opposer ce moyen. L'administration publique prend continuellement des décisions discrétionnaires qui causent des pertes à des particuliers ou à des entreprises sans qu'il en résulte une cause d'action reconnue en droit.

[70] In a case of nuisance, for example, the claimant property owner may have all the elements of a good common law action in nuisance yet be defeated by the defence that the government was authorized to do what it did and that collateral damage to the claimant was an inevitable result of the authority so provided. See, e.g., P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at p. 139, and Horsman and Morley, at p. 6-41.

[71] However, as stated earlier, the defence of “statutory authority” will not always provide a complete answer to a damages claim. In some cases, the outcome may depend on whether the statute either explicitly or implicitly authorized the act that caused the harm. In *Tock v. St. John’s Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181, Sopinka J. pointed out, referring to the dictum of Viscount Dunedin in *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171 (H.L.), that there may be “alternate methods of carrying out the work [that would have avoided the loss]. The mere fact that one is considerably less expensive will not avail. If only one method is practically feasible, it must be established that it was practically impossible to avoid the nuisance” (p. 1226). Reference should also be made to the qualifying observation of what is “practically impossible” made by Viscount Dunedin and quoted by Sopinka J., at p. 1224:

The onus of proving that the result is inevitable is on those who wish to escape liability for nuisance, but the criterion of inevitability is not what is theoretically possible but what is possible according to the state of scientific knowledge at the time, having also in view a certain common sense appreciation, which cannot be rigidly defined, of practical feasibility in view of situation and of expense. [Emphasis added.]

This caveat, also quoted by Wilson J., at p. 1213 of *Tock*, was the subject of some disagreement on the Court, an issue that need not detain us. The issue of statutory authority does not go to the jurisdiction of the provincial superior courts. That is all that needs to be decided here.

[70] Dans un cas de nuisance, par exemple, un propriétaire capable d’établir tous les éléments d’une action pour nuisance en common law pourrait quand même être débouté s’il est établi que l’administration publique avait le pouvoir d’agir comme elle l’a fait et que les dommages indirects subis par le demandeur sont le résultat inévitable de l’exercice de ce pouvoir. Voir, notamment, P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3^e éd. 2000), p. 139, et Horsman et Morley, p. 6-41.

[71] Comme on l’a vu, toutefois, la défense de « pouvoir d’origine législative » ne fournira pas toujours une défense complète à une action en dommages-intérêts. Dans certains cas, l’issue peut dépendre de la question de savoir si la loi autorise explicitement ou implicitement le fait générateur de dommages. Dans *Tock c. St. John’s Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181, le juge Sopinka a précisé, en mentionnant les propos du vicomte Dunedin dans *City of Manchester c. Farnworth*, [1930] A.C. 171 (H.L.), qu’il peut exister un « autre moyen d’exécuter l’ouvrage [qui aurait permis d’éviter la perte]. Le simple fait qu’un moyen soit considérablement moins onéreux ne sera pas retenu. S’il n’existe qu’un seul moyen réalisable sur le plan pratique, il faut établir qu’il était pratiquement impossible d’éviter la nuisance » (p. 1226). Il convient également de signaler la nuance apportée par le vicomte Dunedin au sujet de ce qui est « pratiquement impossible », citée par le juge Sopinka, à la p. 1224 :

[TRADUCTION] Le fardeau d’établir que le résultat est inévitable incombe à ceux qui désirent se dégager de leur responsabilité à l’égard de la nuisance, mais le critère du caractère inévitable de la nuisance n’est pas ce qui est théoriquement possible mais ce qui est possible suivant l’état des connaissances scientifiques à l’époque, compte tenu également d’une saine appréciation, qu’on ne peut pas définir de façon précise, de la possibilité pratique de réalisation étant donné la situation et le coût. [Je souligne.]

Notre Cour était divisée au sujet de cette nuance, également citée par la juge Wilson à la p. 1213 de l’arrêt *Tock*, mais il n’y a pas lieu que nous nous y arrêtions en l’espèce. La question du pouvoir d’origine législative n’a pas d’incidence sur la compétence des cours supérieures provinciales. C’est la seule conclusion nécessaire en l’espèce.

[72] It is sufficient to say that it is always open to the Crown to argue the defence of statutory authority; see, e.g., in s. 8 of the *Crown Liability and Proceedings Act*:

Nothing in sections 3 to 7 makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority that, if those sections had not been passed, would have been exercisable by virtue of the prerogative of the Crown, or any power or authority conferred on the Crown by any statute

The defence of statutory authority is regularly interpreted and applied by the provincial superior courts: see, e.g., *Sutherland v. Canada (Attorney General)*, 2002 BCCA 416, [2002] 10 W.W.R. 1, leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. xi (*sub nom. Jones v. Attorney General of Canada*); *Lake v. St. John's (City)*, 2000 NFCA 48, 192 Nfld. & P.E.I.R. 84; *Neuman v. Parkland (County)*, 2004 ABPC 58, 36 Alta. L.R. (4th) 161; *Danco v. Thunder Bay (City)* (2000), 13 M.P.L.R. (3d) 130 (Ont. S.C.J.); *Landry v. Moncton (City)*, 2008 NBCA 32, 329 N.B.R. (2d) 212.

[73] I give an example. In *Ryan v. Victoria (City)*, the “inevitable result” defence was tested in a claim for damages arising out of road works. Mr. Ryan, a motorcyclist, sued the municipality and a railway for negligence and nuisance after he was injured while crossing tracks in an urban area. The front wheel of the plaintiff’s motorcycle got caught in the flangeway gap of the rail whose width was at the upper end of the allowed range set by the applicable regulation. The defence argued statutory authority. Writing for a unanimous Court, Major J. noted that “[s]tatutory authority provides, at best, a narrow defence to nuisance” (para. 54), and rejected it on the facts of the case.

[74] For present purposes, we need go no further than to repeat that “statutory authority” is an argument that goes to defence, not jurisdiction. If the provincial superior court (or the Federal Court under s. 17) finds that the government has a good

[72] Il suffit de dire que la Couronne peut toujours se prévaloir de la défense de pouvoir d’origine législative : voir, p. ex., l’art. 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* :

Les articles 3 à 7 n’ont pas pour effet d’engager la responsabilité de l’État pour tout fait — acte ou omission — commis dans l’exercice d’un pouvoir qui, sans ces articles, s’exercerait au titre de la prérogative royale ou d’une disposition législative . . .

Les cours supérieures provinciales interprètent et appliquent régulièrement ce moyen de défense : voir, p. ex., *Sutherland c. Canada (Attorney General)*, 2002 BCCA 416, [2002] 10 W.W.R. 1, autorisation d’appel refusée, [2003] 1 R.C.S. xi (*sub nom. Jones c. Attorney General of Canada*); *Lake c. St. John’s (City)*, 2000 NFCA 48, 192 Nfld. & P.E.I.R. 84; *Neuman c. Parkland (County)*, 2004 ABPC 58, 36 Alta. L.R. (4th) 161; *Danco c. Thunder Bay (City)* (2000), 13 M.P.L.R. (3d) 130 (C.S.J. Ont.); *Landry c. Moncton (Ville)*, 2008 NBCA 32, 329 R.N.-B. (2^e) 212.

[73] À titre exemple, dans l’affaire *Ryan c. Victoria (Ville)*, la Cour devait statuer sur la défense du « résultat inévitable » dans une action en dommages-intérêts intentée à la suite de travaux de voirie. M. Ryan poursuivait la municipalité et une société de chemin de fer en raison de blessures qu’il avait subies en traversant une voie ferrée à moto dans une zone urbaine. La roue avant de la moto s’était coincée dans l’ornière adjacente aux rails, dont la largeur approchait la valeur maximale permise par la réglementation. La défenderesse a invoqué un pouvoir d’origine législative. Rédigeant le jugement unanime de la Cour, le juge Major a fait remarquer que « [l]’autorisation du législateur fournit, au mieux, un moyen de défense limité contre la nuisance » (par. 54), et a rejeté ce moyen de défense compte tenu des faits en cause.

[74] Pour les besoins de la présente analyse, il nous suffit de réitérer que l’argument du « pouvoir d’origine législative » a trait à la défense, non à la compétence. Si la cour supérieure provinciale (ou la Cour fédérale, sous le régime de l’art. 17) conclut

defence based on statutory authority, it will simply dismiss the claimant's action.

H. *The Concern About "Artful Pleading"*

[75] The Crown contends that TeleZone's argument would risk putting judicial review of federal decision makers back in the provincial superior courts dressed up as damages claims. On this view the "artful pleader" will forum-shop by the way the case is framed. Of course, "artful pleaders" exist and they will formulate a claim in a way that best suits their clients' interests. However, no amount of artful pleading in a damages case will succeed in setting aside the order said to have harmed the claimant or enjoin its enforcement. Such relief is not available in the provincial superior court. The claimant must, as here, be content to take its money (if successful) and walk away leaving the order standing.

[76] Where a plaintiff's pleading alleges the elements of a private cause of action, I think the provincial superior court should not in general decline jurisdiction on the basis that the claim looks like a case that should be pursued on judicial review. If the plaintiff has a valid cause of action for damages, he or she is normally entitled to pursue it.

[77] In the U.K., a similar position has been expressed by the House of Lords in *Roy v. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee*, [1992] 1 A.C. 624, per Lord Bridge, at pp. 628-29:

... where a litigant asserts his entitlement to a subsisting right in private law, whether by way of claim or defence, the circumstance that the existence and extent of the private right asserted may incidentally involve the examination of a public law issue cannot prevent the litigant from seeking to establish his right by action

que l'administration publique est fondée à se réclamer d'un pouvoir d'origine législative, elle rejettera tout simplement l'action du demandeur.

H. *La question du « plaideur habile »*

[75] Le procureur général soutient que, si l'argument de TeleZone est retenu, les cours supérieures provinciales pourraient de nouveau procéder au contrôle judiciaire des décisions de l'administration fédérale, sous le couvert d'actions en dommages-intérêts. Selon ce point de vue, la façon dont un « plaideur habile » formulera sa demande lui permettra de choisir le tribunal qu'il préfère. Bien sûr, les « plaideurs habiles » existent, et ils formuleront la demande de la manière qui sert le mieux les intérêts de leurs clients. Néanmoins, quelle que soit leur habileté, elle ne leur permettra jamais d'obtenir, dans le cadre d'une action en dommages-intérêts, l'annulation ou l'exécution forcée de l'ordonnance administrative à laquelle le demandeur attribue son préjudice. Les cours supérieures provinciales ne peuvent pas accorder ce type de réparation. Comme en l'espèce, le demandeur doit (s'il a gain de cause) se contenter d'une indemnité et se résigner à ce que l'ordonnance continue d'avoir effet.

[76] Je pense que, lorsque le demandeur allègue les éléments d'une cause d'action en droit privé dans son argumentation devant une cour supérieure provinciale, celle-ci ne doit généralement pas décliner compétence au motif que l'action s'apparente à un recours qui doit être instruit comme une demande de contrôle judiciaire. Si le demandeur a une cause d'action valide en dommages-intérêts, il est normalement admis à exercer son recours à ce titre.

[77] Au Royaume-Uni, la Chambre des lords a exprimé une position semblable dans *Roy c. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee*, [1992] 1 A.C. 624, le lord Bridge, aux p. 628-629 :

[TRADUCTION] ... lorsqu'une partie revendique un droit existant qui relève du droit privé, en demande ou en défense, le fait que l'existence et la portée de ce droit privé puissent soulever accessoirement une question de droit public ne l'empêche pas plus de faire reconnaître son droit en engageant une action par bref d'assignation

commenced by writ or originating summons, any more than it can prevent him from setting up his private law right in proceedings brought against him.

It is generally true here, as it is in the U.K., that a plaintiff is not required to bring an application for judicial review so long as private rights are legitimately engaged by the action. Under the English authorities, as in Canada, there is a special concern where the availability of judicial review depends on special leave, or is restricted by an abbreviated limitation period, or where the relief available on judicial review is discretionary (*Roy, per Lord Lowry*, at p. 654). See also P. P. Craig, *Administrative Law* (6th ed. 2008), at p. 869. These considerations echo the concerns already canvassed in rejecting the *Grenier* approach.

[78] To this discussion, I would add a minor *caveat*. There is always a residual discretion in the inherent jurisdiction of the provincial superior court (as well as in the Federal Court under s. 50(1) of its Act), to stay the damages claim because in its essential character, it is a claim for judicial review with only a thin pretence to a private wrong. Generally speaking the fundamental issue will always be whether the claimant has pleaded a reasonable private cause of action for damages. If so, he or she should generally be allowed to get on with it.

I. *Application to the Facts*

[79] TeleZone is not attempting to nullify or set aside the Minister's order. Its case is that the Minister, in deciding not to issue a licence to TeleZone, acted in breach of his contractual and equitable duties or in breach of a duty of care. TeleZone does not say that the Minister's decision should be quashed. On the contrary, TeleZone's causes of action in contract, tort and equity are predicated on the finality of that decision excluding TeleZone from participation in the telecommunications market, thereby (it says) causing it financial loss. Nor does TeleZone seek to deprive

ou par assignation introductive d'instance, que de le faire valoir en défense.

Il s'avère généralement, ici comme au Royaume-Uni, que le demandeur n'a pas à déposer une demande de contrôle judiciaire si son action met légitimement en jeu des droits privés. Suivant les sources anglaises, comme les sources canadiennes, on se préoccupe particulièrement du fait que le contrôle judiciaire ne soit possible que sur autorisation spéciale, qu'il soit assorti d'un court délai de prescription ou que la réparation possible dans le cadre d'un contrôle judiciaire soit de nature discrétionnaire (*Roy*, le lord Lowry, p. 654). Voir aussi P. P. Craig, *Administrative Law* (6^e éd. 2008), p. 869. Ces considérations font écho à celles que nous avons examinées en rejetant la démarche proposée dans *Grenier*.

[78] J'apporterais cependant la réserve mineure suivante. Les cours supérieures provinciales conservent toujours, en raison de leur compétence inhérente (tout comme la Cour fédérale en vertu du par. 50(1) de la *LCF*), le pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre une action en dommages-intérêts au motif qu'il s'agit essentiellement d'une demande de contrôle judiciaire qui n'a que superficiellement l'apparence d'un recours délictuel de droit privé. Règle générale, la question fondamentale consiste toujours à savoir si le demandeur a plaidé une cause d'action valable donnant ouverture à des dommages-intérêts de droit privé. Dans l'affirmative, il devrait généralement être admis à exercer son recours.

I. *Application aux faits*

[79] TeleZone ne cherche pas à obtenir l'annulation de la décision du ministre. Elle soutient que le ministre a manqué à ses obligations contractuelles et en equity ou à une obligation de diligence en ne lui délivrant pas de licence. Telezone ne soutient pas que la décision du ministre devrait être invalidée. Au contraire, ses causes d'action contractuelles, délictuelles et en equity sont fondées sur le caractère définitif de cette décision qui l'écarte du marché des télécommunications, lui causant ainsi une perte financière (selon ses dires). Elle ne cherche pas non plus à priver la décision du ministre de

the Minister's decision of any legal effect. It does not challenge the licences issued to its competitors. It does not seek to undo what was done. It complains about what was *not* done, namely fulfilment by Industry Canada of its alleged contractual and equitable duties and its duty of care towards TeleZone itself.

[80] To the extent that TeleZone's claim can be characterized as a collateral attack on the Minister's order (i.e., because the order failed to include TeleZone), I conclude, for the reasons discussed, that the grant of concurrent jurisdiction to determine claims against the Crown to the provincial superior courts negates any inference the Crown seeks to draw that Parliament intended the detour to the Federal Court advocated by *Grenier*. The TeleZone claim as pleaded is dominated by private law considerations. In a different case, on different facts, the Attorney General is free to raise "collateral attack" as a defence and the superior court will consider and deal with it.

V. Disposition

[81] The Superior Court of Ontario has jurisdiction over the parties and the subject matter, and has the power to grant the remedy of damages. There is nothing in the *Federal Courts Act* to prevent the Ontario Superior Court from adjudicating this claim. I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

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

Solicitors for the respondent: Stikeman Elliott, Toronto.

ses effets juridiques. Elle ne conteste pas les licences délivrées à ses concurrents. Elle ne cherche pas à défaire ce qui a été fait. Elle se plaint de ce qui *n'a pas* été fait, soit d'un manquement aux obligations contractuelles, en equity et de diligence qu'Industrie Canada aurait eues envers Telezone.

[80] Dans la mesure où le recours de TeleZone peut être qualifié de contestation indirecte de l'arrêt du ministre (parce qu'il n'incluait pas TeleZone), j'estime, pour les motifs que j'ai exposés, que la compétence concurrente conférée aux cours supérieures provinciales en matière de recours contre la Couronne empêche de conclure, comme le procureur général nous y invite, que le législateur avait l'intention d'imposer le détour par la Cour fédérale préconisé dans *Grenier*. Tel qu'il a été présenté, le recours de TeleZone met principalement en jeu des questions de droit privé. Dans une affaire différente, reposant sur d'autres faits, le procureur général pourra invoquer le moyen de défense de la « contestation indirecte », et la cour supérieure statuera sur ce moyen.

V. Dispositif

[81] La Cour supérieure de l'Ontario a compétence sur les parties et sur l'objet du litige, et elle a le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts. Aucune disposition de la *LCF* n'empêche la Cour supérieure de l'Ontario de statuer sur la demande. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appellant : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée : Stikeman Elliott, Toronto.

THIS PAGE INTENTIONALLY BLANK

Prime Minister of Canada, Minister of Foreign Affairs, Director of the Canadian Security Intelligence Service and Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police *Appellants*

v.

Omar Ahmed Khadr *Respondent*

and

Amnesty International (Canadian Section, English Branch), Human Rights Watch, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program, David Asper Centre for Constitutional Rights, Canadian Coalition for the Rights of Children, Justice for Children and Youth, British Columbia Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Canadian Bar Association, Lawyers Without Borders Canada, Barreau du Québec, Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval, Canadian Civil Liberties Association and National Council for the Protection of Canadians Abroad *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (PRIME MINISTER) v. KHADR

2010 SCC 3

File No.: 33289.

2009: November 13; 2010: January 29.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Canadian citizen detained by U.S. authorities at Guantanamo Bay — Canadian officials interviewing

Premier ministre du Canada, ministre des Affaires étrangères, directeur du Service canadien du renseignement de sécurité et commissaire de la Gendarmerie royale du Canada *Appelants*

c.

Omar Ahmed Khadr *Intimé*

et

Amnesty International (Canadian Section, English Branch), Human Rights Watch, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program, David Asper Centre for Constitutional Rights, Coalition canadienne pour les droits des enfants, Justice for Children and Youth, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association du Barreau canadien, Avocats sans frontières Canada, Barreau du Québec, Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval, Association canadienne des libertés civiles et National Council for the Protection of Canadians Abroad *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CANADA (PREMIER MINISTRE) c. KHADR

2010 CSC 3

N° du greffe : 33289.

2009 : 13 novembre; 2010 : 29 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Citoyen canadien détenu par les autorités américaines à Guantanamo — Interrogatoire d'un détenu

detainee knowing that he had been subjected to sleep deprivation and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Whether process in place at Guantanamo Bay at that time violated Canada's international human rights obligations — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to conduct of Canadian state officials alleged to have breached detainee's constitutional rights.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Canadian citizen detained by U.S. authorities at Guantanamo Bay — Canadian officials interviewing detainee knowing that he had been subjected to sleep deprivation and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Whether conduct of Canadian officials deprived detainee of his right to liberty and security of person — If so, whether deprivation of detainee's right is in accordance with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Request for repatriation — Canadian citizen detained by U.S. authorities at Guantanamo Bay — Canadian officials interviewing detainee knowing that he had been subjected to sleep deprivation and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Violation of detainee's right to liberty and security of person guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms — Detainee seeking order that Canada request his repatriation from Guantanamo Bay — Whether remedy sought is just and appropriate in circumstances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

Courts — Jurisdiction — Crown prerogative over foreign relations — Courts' power to review and intervene on matters of foreign affairs to ensure constitutionality of executive action.

K, a Canadian, has been detained by the U.S. military at Guantanamo Bay, Cuba, since 2002, when he was a minor. In 2004, he was charged with war crimes, but the U.S. trial is still pending. In 2003, agents from two Canadian intelligence services, CSIS and DFAIT, questioned K on matters connected to the charges pending against him, and shared the product of these interviews with U.S. authorities. In 2004, a DFAIT official interviewed K again, with knowledge that he had been subjected by U.S. authorities to a sleep deprivation

par des responsables canadiens qui savaient qu'il avait été privé de sommeil et communication du contenu des interrogatoires aux autorités américaines — Le processus en place à Guantanamo à l'époque violait-il les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne? — La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle à la conduite de responsables canadiens qui auraient violé les droits constitutionnels du détenu?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Citoyen canadien détenu par les autorités américaines à Guantanamo — Interrogatoire d'un détenu par des responsables canadiens qui savaient qu'il avait été privé de sommeil et communication du contenu des interrogatoires aux autorités américaines — La conduite des responsables canadiens a-t-elle porté atteinte aux droits du détenu à la liberté et à la sécurité de sa personne? — Si oui, l'atteinte était-elle compatible avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Demande de rapatriement — Citoyen canadien détenu par les autorités américaines à Guantanamo — Interrogatoire d'un détenu par des responsables canadiens qui savaient qu'il avait été privé de sommeil et communication du contenu des interrogatoires aux autorités américaines — Violation des droits du détenu à la liberté et à la sécurité de sa personne garantis par la Charte canadienne des droits et libertés — Sollicitation par le détenu d'une ordonnance intimant au Canada de demander son rapatriement — La réparation demandée est-elle juste et convenable eu égard aux circonstances? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

Tribunaux — Compétence — Prérogative royale en matière de relations internationales — Pouvoir des tribunaux d'examiner les questions relatives aux affaires étrangères et d'intervenir à leur égard pour s'assurer de la constitutionnalité de l'action de l'exécutif.

K, un Canadien, est détenu à Guantanamo par les autorités militaires américaines depuis 2002. Il était alors mineur. En 2004, il a été accusé de crimes de guerre, mais le procès qu'il doit subir aux États-Unis est toujours pendant. En 2003, des agents des services de renseignements du SCRS et du MAECI ont interrogé K sur des sujets liés aux accusations portées contre lui et ont relayé l'information recueillie aux autorités américaines. En 2004, un responsable du MAECI a interrogé K une nouvelle fois, en sachant que les autorités

technique, known as the “frequent flyer program”, to make him less resistant to interrogation. In 2008, in *Canada (Justice) v. Khadr* (“*Khadr 2008*”), this Court held that the regime in place at Guantanamo Bay constituted a clear violation of Canada’s international human rights obligations, and, under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ordered the Canadian government to disclose to K the transcripts of the interviews he had given to CSIS and DFAIT, which it did. After repeated requests by K that the Canadian government seek his repatriation, the Prime Minister announced his decision not to do so. K then applied to the Federal Court for judicial review, alleging that the decision violated his rights under s. 7 of the *Charter*. The Federal Court held that under the special circumstances of this case, Canada had a duty to protect K under s. 7 of the *Charter* and ordered the government to request his repatriation. The Federal Court of Appeal upheld the order, but stated that the s. 7 breach arose from the interrogation conducted in 2004 with the knowledge that K had been subjected to the “frequent flyer program”.

Held: The appeal should be allowed in part.

Canada actively participated in a process contrary to its international human rights obligations and contributed to K’s ongoing detention so as to deprive him of his right to liberty and security of the person, guaranteed by s. 7 of the *Charter*, not in accordance with the principles of fundamental justice. Though the process to which K is subject has changed, his claim is based upon the same underlying series of events considered in *Khadr 2008*. As held in that case, the *Charter* applies to the participation of Canadian officials in a regime later found to be in violation of fundamental rights protected by international law. There is a sufficient connection between the government’s participation in the illegal process and the deprivation of K’s liberty and security of the person. While the U.S. is the primary source of the deprivation, it is reasonable to infer from the uncontradicted evidence before the Court that the statements taken by Canadian officials are contributing to K’s continued detention. The deprivation of K’s right to liberty and security of the person is not in accordance with the principles of fundamental justice. The interrogation of a youth detained without access to counsel, to elicit statements about serious criminal charges while knowing that the youth had been subjected to sleep deprivation and while knowing that the

américaines l’avaient soumis à une technique de privation de sommeil connue sous le nom de « programme grand voyageur », dans le but d’amoinrir sa résistance lors des interrogatoires. En 2008, dans *Canada (Justice) c. Khadr* (« *Khadr 2008* »), la Cour a conclu que le régime en place à Guantanamo constituait une violation manifeste des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne et, se fondant sur l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, a ordonné au gouvernement canadien de communiquer à K les transcriptions des interrogatoires auxquels il avait été soumis par des agents du SCRS et du MAECI, ce qui fut fait. Après que K eut demandé à plusieurs reprises que le gouvernement canadien sollicite son rapatriement, le premier ministre a annoncé sa décision de ne pas le faire. K a alors présenté, à la Cour fédérale, une demande de contrôle judiciaire faisant valoir que la décision violait les droits qui lui sont garantis par l’art. 7 de la *Charte*. La Cour fédérale a conclu que, dans les circonstances particulières de l’espèce, le Canada avait l’obligation de protéger K en application de l’art. 7 de la *Charte* et a ordonné au gouvernement de demander son rapatriement. La Cour d’appel fédérale a confirmé l’ordonnance, mais a affirmé que l’atteinte à l’art. 7 découlait de l’interrogatoire mené en 2004 auquel on avait procédé en sachant que K avait été soumis au « programme grand voyageur ».

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

Le Canada a activement participé à un processus contraire aux obligations internationales qui lui incombent en matière de droits de la personne et a contribué à la détention continue de K, de telle sorte qu’il a porté atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui garantit l’art. 7 de la *Charte*, et ce, de manière incompatible avec les principes de justice fondamentale. S’il est vrai que la procédure à laquelle est soumis K a changé, la demande qu’il formule repose sur la série de faits déjà examinée dans *Khadr 2008*. Comme la Cour l’a conclu dans cet arrêt, la *Charte* s’applique à la participation de responsables canadiens à un régime jugé ultérieurement en violation de droits fondamentaux protégés par le droit international. Il existe un lien suffisant entre la participation du gouvernement au processus illégal et l’atteinte à la liberté et à la sécurité de K. Même si les États-Unis sont la source première de l’atteinte, il est raisonnable de déduire de la preuve non contredite portée à notre connaissance que les déclarations recueillies par des responsables canadiens contribuent à la détention continue de K. L’atteinte aux droits de K à la liberté et à la sécurité de sa personne n’est pas compatible avec les principes de justice fondamentale. Interroger un adolescent détenu sans qu’il ait pu consulter un avocat pour lui soutirer des déclarations

fruits of the interrogations would be shared with the prosecutors, offends the most basic Canadian standards about the treatment of detained youth suspects.

K is entitled to a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. The remedy sought by K — an order that Canada request his repatriation — is sufficiently connected to the *Charter* breach that occurred in 2003 and 2004 because of the continuing effect of this breach into the present and its possible effect on K's ultimate trial. While the government must have flexibility in deciding how its duties under the royal prerogative over foreign relations are discharged, the executive is not exempt from constitutional scrutiny. Courts have the jurisdiction and the duty to determine whether a prerogative power asserted by the Crown exists; if so, whether its exercise infringes the *Charter* or other constitutional norms; and, where necessary, to give specific direction to the executive branch of the government. Here, the trial judge misdirected himself in ordering the government to request K's repatriation, in view of the constitutional responsibility of the executive to make decisions on matters of foreign affairs and the inconclusive state of the record. The appropriate remedy in this case is to declare that K's *Charter* rights were violated, leaving it to the government to decide how best to respond in light of current information, its responsibility over foreign affairs, and the *Charter*.

Cases Cited

Applied: *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; **referred to:** *Khadr v. Canada*, 2005 FC 1076, [2006] 2 F.C.R. 505; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); *Boumediene v. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *United States of America v. Jawad*, Military Commission, September 24, 2008, online: www.defense.gov/news/Ruling%20D-008.pdf; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Re*

relatives à des accusations criminelles sérieuses, tout en sachant qu'il a été privé de sommeil et que les fruits des interrogatoires seraient communiqués aux procureurs américains, contrevient aux normes canadiennes les plus élémentaires quant aux traitements à accorder aux suspects adolescents détenus.

K a droit à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. La réparation demandée par K — une ordonnance intimant au Canada de demander son rapatriement — est suffisamment liée à la violation de la *Charte* survenue en 2003 et 2004 parce que les incidences de cette violation persistent jusqu'à présent et pourraient influencer sur son procès lorsqu'il sera finalement tenu. Bien que le gouvernement doive disposer d'une certaine marge de manœuvre lorsqu'il décide de quelle manière il doit s'acquitter des obligations relevant de sa prérogative en matière de relations étrangères, l'exécutif n'est pas à l'abri du contrôle constitutionnel. Les tribunaux ont compétence, et sont tenus d'exercer cette compétence, pour déterminer si la prérogative invoquée par la Couronne existe véritablement et, dans l'affirmative, pour décider si son exercice contrevient à la *Charte* ou à d'autres normes constitutionnelles. Lorsque cela s'avère nécessaire, les tribunaux ont aussi compétence pour donner à la branche exécutive du gouvernement des directives spécifiques. En l'espèce, le juge de première instance s'est fondé sur des considérations erronées en ordonnant au gouvernement de demander le rapatriement de K, compte tenu de la responsabilité constitutionnelle de l'exécutif de prendre les décisions concernant les affaires étrangères et du dossier qui n'est pas suffisamment probant. La réparation appropriée, en l'espèce, consiste à déclarer que les droits de K garantis par la *Charte* ont été violés, et à laisser au gouvernement le soin de décider de quelle manière il convient de répondre à la lumière de l'information dont il dispose actuellement, de sa responsabilité en matière d'affaires étrangères et de la *Charte*.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *Khadr c. Canada*, 2005 CF 1076, [2006] 2 R.C.F. 505; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Hamdan c. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); *Boumediene c. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *United States of America c. Jawad*, commission militaire, 24 septembre 2008, en ligne: www.defense.gov/news/Ruling%20D-008.pdf; *R. c. Collins*, [1987]

B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269; *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 199 D.L.R. (4th) 228; *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Kaunda v. President of the Republic of South Africa*, [2004] ZACC 5, 136 I.L.R. 452; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).
Department of Foreign Affairs and International Trade Act, R.S.C. 1985, c. E-22, s. 10.
Detainee Treatment Act of 2005, Pub. L. 109-148, 119 Stat. 2739.
Military Commissions Act of 2006, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600.

Authors Cited

Canada. Security Intelligence Review Committee. *CSIS's Role in the Matter of Omar Khadr*. Ottawa: The Committee, 2009.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2009, release 1).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Evans and Sharlow J.J.A.), 2009 FCA 246, 310 D.L.R. (4th) 462, 393 N.R. 1, [2009] F.C.J. No. 893 (QL), 2009 CarswellNat 2364, affirming a decision of O'Reilly J., 2009 FC 405, 341 F.T.R. 300, 188 C.R.R. (2d) 342, [2009] F.C.J. No. 462 (QL), 2009 CarswellNat 1206. Appeal allowed in part.

Robert J. Frater, Doreen C. Mueller and Jeffrey G. Johnston, for the appellants.

Nathan J. Whitling and Dennis Edney, for the respondent.

Sacha R. Paul, Vanessa Gruben and Michael Bossin, for the intervener Amnesty International (Canadian Section, English Branch).

1 R.C.S. 265; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269; *Black c. Canada (Prime Minister)* (2001), 199 D.L.R. (4th) 228; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Kaunda c. President of the Republic of South Africa*, [2004] ZACC 5, 136 I.L.R. 452; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).
Detainee Treatment Act of 2005, Pub. L. 109-148, 119 Stat. 2739.
Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, L.R.C. 1985, ch. E-22, art. 10.
Military Commissions Act of 2006, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600.

Doctrine citée

Canada. Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. *Le rôle du SCRS dans l'affaire Omar Khadr*. Ottawa : Le comité, 2009.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2009, release 1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Nadon, Evans et Sharlow), 2009 CAF 246, 310 D.L.R. (4th) 462, 393 N.R. 1, [2009] A.C.F. n° 893 (QL), 2009 CarswellNat 2699, qui a confirmé une décision du juge O'Reilly, 2009 CF 405, 341 F.T.R. 300, 188 C.R.R. (2d) 342, [2009] A.C.F. n° 462 (QL), 2009 CarswellNat 1472. Pourvoi accueilli en partie.

Robert J. Frater, Doreen C. Mueller et Jeffrey G. Johnston, pour les appelants.

Nathan J. Whitling et Dennis Edney, pour l'intimé.

Sacha R. Paul, Vanessa Gruben et Michael Bossin, pour l'intervenante Amnesty International (Canadian Section, English Branch).

John Norris, Brydie Bethell and Audrey Macklin, for the interveners Human Rights Watch, the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program and the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Emily Chan and Martha Mackinnon, for the interveners the Canadian Coalition for the Rights of Children and Justice for Children and Youth.

Sujit Choudhry and Joseph J. Arvay, Q.C., for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Brian H. Greenspan, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Lorne Waldman and Jacqueline Swaisland, for the intervener the Canadian Bar Association.

Simon V. Potter, Pascal Paradis, Sylvie Champagne and Fannie Lafontaine, for the interveners Lawyers Without Borders Canada, Barreau du Québec and Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval.

Marlys A. Edwardh, Adriel Weaver and Jessica Orkin, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Dean Peroff, Chris MacLeod and H. Scott Fairley, for the intervener the National Council for the Protection of Canadians Abroad.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Introduction

[1] Omar Khadr, a Canadian citizen, has been detained by the United States government at Guantanamo Bay, Cuba, for over seven years. The Prime Minister asks this Court to reverse the decision of the Federal Court of Appeal requiring the Canadian government to request the United States to return Mr. Khadr from Guantanamo Bay to Canada.

John Norris, Brydie Bethell et Audrey Macklin, pour les intervenants Human Rights Watch, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program et David Asper Centre for Constitutional Rights.

Emily Chan et Martha Mackinnon, pour les intervenants la Coalition canadienne pour les droits des enfants et Justice for Children and Youth.

Sujit Choudhry et Joseph J. Arvay, c.r., pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Brian H. Greenspan, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Lorne Waldman et Jacqueline Swaisland, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Simon V. Potter, Pascal Paradis, Sylvie Champagne et Fannie Lafontaine, pour les intervenants Avocats sans frontières Canada, le Barreau du Québec et le Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval.

Marlys A. Edwardh, Adriel Weaver et Jessica Orkin, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Dean Peroff, Chris MacLeod et H. Scott Fairley, pour l'intervenant National Council for the Protection of Canadians Abroad.

Version française du jugement rendu par

LA COUR —

I. Introduction

[1] Omar Khadr, un citoyen canadien, est détenu à Guantanamo (Cuba) par le gouvernement des États-Unis depuis plus de sept ans. Le premier ministre voudrait que la Cour infirme la décision par laquelle la Cour d'appel fédérale a ordonné au gouvernement canadien de demander aux États-Unis le rapatriement de M. Khadr au Canada.

[2] For the reasons that follow, we agree with the courts below that Mr. Khadr's rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were violated. However, we conclude that the order made by the lower courts that the government request Mr. Khadr's return to Canada is not an appropriate remedy for that breach under s. 24(1) of the *Charter*. Consistent with the separation of powers and the well-grounded reluctance of courts to intervene in matters of foreign relations, the proper remedy is to grant Mr. Khadr a declaration that his *Charter* rights have been infringed, while leaving the government a measure of discretion in deciding how best to respond. We would therefore allow the appeal in part.

II. Background

[3] Mr. Khadr was 15 years old when he was taken prisoner on July 27, 2002, by U.S. forces in Afghanistan. He was alleged to have thrown a grenade that killed an American soldier in the battle in which he was captured. About three months later, he was transferred to the U.S. military installation at Guantanamo Bay. He was placed in adult detention facilities.

[4] On September 7, 2004, Mr. Khadr was brought before a Combatant Status Review Tribunal which affirmed a previous determination that he was an "enemy combatant". He was subsequently charged with war crimes and held for trial before a military commission. In light of a number of procedural delays and setbacks, that trial is still pending.

[5] In February and September 2003, agents from the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS") and the Foreign Intelligence Division of the Department of Foreign Affairs and International Trade ("DFAIT") questioned Mr. Khadr on matters connected to the charges pending against him

[2] Pour les motifs exposés ci-après, nous estimons, à l'instar des juridictions inférieures, que les droits garantis à M. Khadr par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été violés. Nous arrivons toutefois à la conclusion que l'ordre donné par les tribunaux d'instances inférieures au gouvernement de demander le renvoi de M. Khadr au Canada ne constitue pas la réparation convenable de cette violation visée au par. 24(1) de la *Charte*. Conformément à la séparation des pouvoirs et à la réticence légitime des tribunaux à intervenir dans les questions relatives aux affaires étrangères, la réparation appropriée consiste à prononcer, en faveur de M. Khadr, un jugement déclaratoire confirmant la violation des droits qui lui sont garantis par la *Charte*, tout en laissant au gouvernement une certaine latitude pour décider de la manière dont il convient de répondre. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi en partie.

II. Le contexte

[3] M. Khadr était âgé de 15 ans lorsqu'il a été fait prisonnier par les forces américaines en Afghanistan, le 27 juillet 2002. Il lui est reproché d'avoir lancé une grenade qui a tué un soldat américain, lors du combat au cours duquel il a été capturé. Trois mois plus tard environ, il a été transféré aux installations militaires américaines à Guantanamo et placé dans un centre de détention pour adultes.

[4] Le 7 septembre 2004, M. Khadr a été traduit devant un tribunal d'examen du statut de combattant (*Combatant Status Review Tribunal*) qui a confirmé une décision antérieure selon laquelle il était un [TRADUCTION] « combattant ennemi ». Par la suite, il a été accusé de crimes de guerre et détenu en vue de la tenue d'un procès devant une commission militaire. Par suite de nombreux reports et obstacles de nature procédurale, ce procès est toujours pendant.

[5] En février et en septembre 2003, des agents du Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS ») et des membres de la Direction du renseignement extérieur du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (« MAECI ») ont interrogé M. Khadr sur des sujets

and shared the product of these interviews with U.S. authorities. In March 2004, a DFAIT official interviewed Mr. Khadr again, with the knowledge that he had been subjected by U.S. authorities to a sleep deprivation technique, known as the “frequent flyer program”, in an effort to make him less resistant to interrogation. During this interview, Mr. Khadr refused to answer questions. In 2005, von Finckenstein J. of the Federal Court issued an interim injunction preventing CSIS and DFAIT agents from further interviewing Mr. Khadr in order “to prevent a potential grave injustice” from occurring: *Khadr v. Canada*, 2005 FC 1076, [2006] 2 F.C.R. 505, at para. 46. In 2008, this Court ordered the Canadian government to disclose to Mr. Khadr the transcripts of the interviews he had given to CSIS and DFAIT in Guantanamo Bay, under s. 7 of the *Charter: Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125 (“*Khadr 2008*”).

[6] Mr. Khadr has repeatedly requested that the Government of Canada ask the United States to return him to Canada: in March 2005 during a Canadian consular visit; on December 15, 2005, when a welfare report noted that “[Mr. Khadr] wants his government to bring him back home” (Report of Welfare Visit, Exhibit “L” to Affidavit of Sean Robertson, December 15, 2005 (J.R., vol. IV, at p. 534)); and in a formal written request through counsel on July 28, 2008.

[7] The Prime Minister announced his decision not to request Mr. Khadr’s repatriation on July 10, 2008, during a media interview. The Prime Minister provided the following response to a journalist’s question, posed in French, regarding whether the government would seek repatriation:

[TRANSLATION] The answer is no, as I said the former Government, and our Government with the notification of the Minister of Justice had considered all these

liés aux accusations portées contre lui et ont relayé l’information recueillie aux autorités américaines. En mars 2004, un responsable du MAECI a interrogé M. Khadr une nouvelle fois, en sachant que les autorités américaines l’avaient soumis à une technique de privation de sommeil, connue sous le nom de « programme grand voyageur » (*frequent flyer program*), dans le but d’amoinrir sa résistance lors des interrogatoires. Durant cet interrogatoire, M. Khadr a refusé de répondre aux questions. En 2005, le juge von Finckenstein, de la Cour fédérale, interdisait par une injonction provisoire aux agents du SCRS et aux fonctionnaires du MAECI d’interroger M. Khadr de nouveau, « pour empêcher une éventuelle injustice grave » : *Khadr c. Canada*, 2005 CF 1076, [2006] 2 R.C.F. 505, par. 46. En 2008, notre Cour, se fondant sur l’art. 7 de la *Charte*, ordonnait au gouvernement canadien de communiquer à M. Khadr les transcriptions des interrogatoires auxquels il avait été soumis par des agents du SCRS et du MAECI à Guantanamo : *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125 (« *Khadr 2008* »).

[6] M. Khadr a demandé à plusieurs reprises que le gouvernement du Canada sollicite auprès des États-Unis son rapatriement au Canada : en mars 2005, lors d’une visite de responsables consulaires canadiens; le 15 décembre 2005, lorsqu’il a été indiqué dans un rapport sur le bien-être de M. Khadr que [TRADUCTION] « [ce dernier] veut que son gouvernement le ramène au pays » (*Rapport quant à une visite relative au bien-être*, pièce « L », jointe à l’affidavit de Sean Robertson, 15 décembre 2005 (D.C., vol. IV, p. 534)); et dans une demande écrite officielle présentée par l’intermédiaire de son avocat le 28 juillet 2008.

[7] Le 10 juillet 2008, lors d’une conférence de presse, le premier ministre a annoncé sa décision de ne pas demander le rapatriement de M. Khadr. À une question que lui a posée une journaliste en français pour savoir si le gouvernement allait demander le rapatriement, il a répondu ceci :

La réponse c’est non. Comme je l’ai dit, l’ancien gouvernement et notre gouvernement, avec l’avis du ministère de la Justice, ont considéré toutes ces questions-là et la

issues and the situation remains the same. . . . We keep on looking for [assurances] of good treatment of Mr. Khadr.

(<http://watch.ctv.ca/news/clip65783#clip65783>, at 3'3", referred to in Affidavit of April Bedard, August 8, 2008 (J.R., vol. II, at pp. 131-32).)

[8] On August 8, 2008, Mr. Khadr applied to the Federal Court for judicial review of the government's "ongoing decision and policy" not to seek his repatriation (Notice of Application filed by the respondent, August 8, 2008 (J.R., vol. II, at p. 113)). He alleged that the decision and policy infringed his rights under s. 7 of the *Charter*, which states:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[9] After reviewing the history of Mr. Khadr's detention and applicable principles of Canadian and international law, O'Reilly J. concluded that in these special circumstances, Canada has a "duty to protect" Mr. Khadr (2009 FC 405, 341 F.T.R. 300). He found that "[t]he ongoing refusal of Canada to request Mr. Khadr's repatriation to Canada offends a principle of fundamental justice and violates Mr. Khadr's rights under s. 7 of the *Charter*" (para. 92). Also, he held that "[t]o mitigate the effect of that violation, Canada must present a request to the United States for Mr. Khadr's repatriation to Canada as soon as practicable" (para. 92).

[10] The majority judgment of the Federal Court of Appeal (*per* Evans and Sharlow JJ.A.) upheld O'Reilly J.'s order, but defined the s. 7 breach more narrowly. The majority of the Court of Appeal found that it arose from the March 2004 interrogation conducted with the knowledge that Mr. Khadr had been subject to the "frequent flyer program", characterized by the majority as involving cruel and abusive treatment contrary to the principles of fundamental justice: 2009 FCA 246, 310 D.L.R. (4th) 462. Dissenting, Nadon J.A. reviewed the many

situation reste la même. [. . .] Nous continuons à chercher des assurances de bon traitement de M. Khadr.

(<http://watch.ctv.ca/news/clip65783#clip65783>, à 3 min. 3 sec., auquel renvoie l'affidavit d'April Bedard, 8 août 2008 (D.C., vol. II, p. 131-132).)

[8] Le 8 août 2008, M. Khadr a présenté, à la Cour fédérale, une demande de contrôle judiciaire à l'égard de [TRADUCTION] « la décision et [de] la politique inchangée » (Avis de demande de l'intimé, 8 août 2008 (D.C., vol. II, p. 113)) du gouvernement de ne pas demander son rapatriement. Cette décision et cette politique violaient, selon lui, les droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la *Charte*, dont voici le texte :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[9] Après avoir passé en revue l'historique de la détention de M. Khadr et les principes applicables du droit canadien et du droit international, le juge O'Reilly a conclu que, dans les circonstances particulières de l'espèce, le Canada avait « l'obligation de protéger » M. Khadr (2009 CF 405, [2009] A.C.F. n° 462 (QL)). Il a jugé que « [l]e refus constant du Canada de solliciter le rapatriement de M. Khadr est contraire à un principe de justice fondamentale et porte atteinte aux droits que l'article 7 de la *Charte* lui garantit » (par. 92). En outre, il a conclu que « [p]our atténuer l'effet de cette atteinte, le Canada [devait] demander le plus tôt possible aux États-Unis de rapatrier M. Khadr » (par. 92).

[10] Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale (les juges Evans et Sharlow) ont confirmé l'ordonnance du juge O'Reilly, tout en définissant cependant de façon plus étroite l'atteinte à l'art. 7. Ils ont jugé que cette atteinte découlait de l'interrogatoire de mars 2004 auquel on avait procédé en sachant que M. Khadr avait été soumis au « programme grand voyageur » qui, selon les juges majoritaires, constituait un traitement cruel et abusif contraire aux principes de justice fondamentale : 2009 CAF 246, [2009] A.C.F. n° 893 (QL).

steps the government had taken on Mr. Khadr's behalf and held that since the Constitution conferred jurisdiction over foreign affairs on the executive branch of government, the remedy sought was beyond the power of the courts to grant.

III. The Issues

[11] Mr. Khadr argues that the government has breached his rights under s. 7 of the *Charter*, and that the appropriate remedy for this breach is an order that the government request the United States to return him to Canada.

[12] Mr. Khadr does not suggest that the government is obliged to request the repatriation of all Canadian citizens held abroad in suspect circumstances. Rather, his contention is that the conduct of the government of Canada in connection with his detention by the U.S. military in Guantanamo Bay, and in particular Canada's collaboration with the U.S. government in 2003 and 2004, violated his rights under the *Charter*, and requires as a remedy that the government now request his return to Canada. The issues that flow from this claim may be summarized as follows:

- A. Was There a Breach of Section 7 of the *Charter*?
1. Does the *Charter* apply to the conduct of Canadian state officials alleged to have infringed Mr. Khadr's s. 7 *Charter* rights?
 2. If so, does the conduct of the Canadian government deprive Mr. Khadr of the right to life, liberty or security of the person?
 3. If so, does the deprivation accord with the principles of fundamental justice?

Le juge Nadon, dissident, a rappelé les nombreuses mesures que le gouvernement avait prises en faveur de M. Khadr. Il est arrivé à la conclusion que puisque la Constitution conférait à la branche exécutive du gouvernement la compétence en matière d'affaires étrangères, la réparation souhaitée allait au-delà de ce que les tribunaux avaient le pouvoir d'octroyer.

III. Les questions en litige

[11] M. Khadr soutient que le gouvernement a violé les droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte* et que la réparation convenable consiste à ordonner au gouvernement de demander aux États-Unis son rapatriement au Canada.

[12] M. Khadr ne prétend pas que le gouvernement est tenu de demander le rapatriement de tous les citoyens canadiens détenus à l'étranger dans des circonstances suspectes. Il soutient plutôt que la conduite du gouvernement du Canada à l'égard de sa détention à Guantanamo par les autorités militaires américaines, et en particulier la collaboration du Canada avec le gouvernement américain en 2003 et 2004, a porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte*. Il exige en outre, à titre de réparation, que le gouvernement demande maintenant son rapatriement au Canada. Les questions soulevées par cette demande peuvent être résumées de la façon suivante :

- A. Y a-t-il eu violation de l'art. 7 de la *Charte*?
1. La *Charte* s'applique-t-elle à la conduite des responsables canadiens qui, selon M. Khadr, ont porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*?
 2. Si tel est le cas, la conduite du gouvernement canadien porte-t-elle atteinte aux droits de M. Khadr à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne?
 3. Si tel est le cas, cette atteinte est-elle compatible avec les principes de justice fondamentale?

B. Is the Remedy Sought Appropriate and Just in All the Circumstances?

[13] We will consider each of these issues in turn.

A. *Was There a Breach of Section 7 of the Charter?*

1. Does the Canadian Charter Apply to the Conduct of the Canadian State Officials Alleged to Have Infringed Mr. Khadr's Section 7 Charter Rights?

[14] As a general rule, Canadians abroad are bound by the law of the country in which they find themselves and cannot avail themselves of their rights under the *Charter*. International customary law and the principle of comity of nations generally prevent the *Charter* from applying to the actions of Canadian officials operating outside of Canada: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 48, *per* LeBel J., citing *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at para. 123. The jurisprudence leaves the door open to an exception in the case of Canadian participation in activities of a foreign state or its agents that are contrary to Canada's international obligations or fundamental human rights norms: *Hape*, at para. 52, *per* LeBel J.; *Khadr 2008*, at para. 18.

[15] The question before us, then, is whether the rule against the extraterritorial application of the *Charter* prevents the *Charter* from applying to the actions of Canadian officials at Guantanamo Bay.

[16] This question was addressed in *Khadr 2008*, in which this Court held that the *Charter* applied to the actions of Canadian officials operating at Guantanamo Bay who handed the fruits of their interviews over to U.S. authorities. This Court held, at para. 26, that "the principles of international law and comity that might otherwise preclude application of the *Charter* to Canadian officials acting abroad do not apply to the assistance they gave to U.S. authorities at Guantanamo Bay", given holdings of the Supreme Court of the United

B. La réparation demandée est-elle convenable et juste eu égard à toutes les circonstances?

[13] Nous étudierons chacune de ces questions successivement.

A. *Y a-t-il eu violation de l'art. 7 de la Charte?*

1. La Charte canadienne s'applique-t-elle à la conduite des responsables canadiens qui, selon M. Khadr, ont porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la Charte?

[14] De manière générale, les Canadiens qui sont à l'étranger sont assujettis au droit du pays où ils se trouvent et ne peuvent pas se prévaloir des droits que leur garantit la *Charte*. Le droit international coutumier et le principe de la courtoisie entre les nations s'opposent, en règle générale, à l'application de la *Charte* aux actions des responsables canadiens en mission à l'étranger : *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 48, le juge LeBel citant *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 123. La jurisprudence prévoit une exception dans le cas d'une participation canadienne à des activités d'un État étranger ou de ses représentants qui sont contraires aux obligations internationales du Canada ou aux normes relatives aux droits fondamentaux de la personne : *Hape*, par. 52, le juge LeBel; *Khadr 2008*, par. 18.

[15] La question dont nous sommes saisis est donc celle de savoir si la règle excluant l'application extraterritoriale de la *Charte* empêche son application aux actions de responsables canadiens à Guantanamo.

[16] Statuant sur cette question dans *Khadr 2008*, la Cour a conclu que la *Charte* s'appliquait aux actions des responsables canadiens en mission à Guantanamo qui avaient transmis aux autorités américaines le fruit de leurs interrogatoires avec M. Khadr. La Cour a conclu, au par. 26, que « les principes du droit international et de la courtoisie entre les nations qui, dans d'autres circonstances, pourraient soustraire à l'application de la *Charte* les actes des responsables canadiens en mission à l'étranger ne s'appliquent pas à l'assistance fournie en l'espèce

States that the military commission regime then in place constituted a clear violation of fundamental human rights protected by international law: see *Khadr 2008*, at para. 24; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), and *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006). The principles of fundamental justice thus required the Canadian officials who had interrogated Mr. Khadr to disclose to him the contents of the statements he had given them. The Canadian government complied with this Court's order.

[17] We note that the regime under which Mr. Khadr is currently detained has changed significantly in recent years. The U.S. Congress has legislated and the U.S. courts have acted with the aim of bringing the military processes at Guantanamo Bay in line with international law. (The *Detainee Treatment Act of 2005*, Pub. L. 109-148, 119 Stat. 2739, prohibited inhumane treatment of detainees and required interrogations to be performed according to the Army field manual. The *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600, attempted to legalize the Guantanamo regime after the U.S. Supreme Court's ruling in *Hamdan v. Rumsfeld*. However, on June 12, 2008, in *Boumediene v. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008), the U.S. Supreme Court held that Guantanamo Bay detainees have a constitutional right to *habeas corpus*, and struck down the provisions of the *Military Commissions Act of 2006* that suspended that right.)

[18] Though the process to which Mr. Khadr is subject has changed, his claim is based upon the same underlying series of events at Guantanamo Bay (the interviews and evidence-sharing of 2003 and 2004) that we considered in *Khadr 2008*. We are satisfied that the rationale in *Khadr 2008* for applying the *Charter* to the actions of Canadian officials at Guantanamo Bay governs this case as well.

aux autorités américaines à Guantanamo », étant donné les arrêts de la Cour suprême des États-Unis selon lesquels le régime de commission militaire alors en vigueur constituait une atteinte manifeste aux droits fondamentaux de la personne reconnus en droit international : *Khadr 2008*, par. 24; voir *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), et *Hamdan c. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006). Selon les principes de justice fondamentale, les responsables canadiens qui avaient interrogé M. Khadr étaient donc tenus de lui révéler la teneur des déclarations qu'il leur avait faites. Le gouvernement canadien s'est conformé à l'ordonnance de la Cour.

[17] Nous constatons que le régime dans le cadre duquel M. Khadr est actuellement détenu a été modifié de façon notable au cours des dernières années. Le Congrès américain a adopté des lois et les tribunaux ont rendu des décisions visant à harmoniser les procédures militaires de Guantanamo avec le droit international. (La *Detainee Treatment Act of 2005*, Pub. L. 109-148, 119 Stat. 2739, interdit de soumettre les détenus à des traitements inhumains et exige que les interrogatoires soient menés en conformité avec le manuel de service de l'armée. Avec la *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600, le législateur a tenté de légaliser le régime de Guantanamo après l'arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Hamdan c. Rumsfeld*. Or, le 12 juin 2008, cette même cour a déclaré — dans *Boumediene c. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008) — que les détenus de Guantanamo ont le droit constitutionnel de faire contrôler la légalité de leur détention par voie d'*habeas corpus*, et a annulé les dispositions de la *Military Commissions Act of 2006* qui avaient suspendu ce droit.)

[18] S'il est vrai que la procédure à laquelle est soumis M. Khadr a changé, la demande qu'il formule repose sur la série de faits survenus à Guantanamo — les interrogatoires et la communication d'éléments de preuve ayant eu lieu en 2003 et 2004 — que nous avons déjà examinée dans *Khadr 2008*. Nous sommes convaincus que les arguments sur lesquels nous nous sommes fondés dans cet arrêt pour conclure à l'application de la *Charte* aux actions de responsables canadiens à Guantanamo valent également pour la présente affaire.

2. Does the Conduct of the Canadian Government Deprive Mr. Khadr of the Right to Life, Liberty or Security of the Person?

[19] The United States is holding Mr. Khadr for the purpose of trying him on charges of war crimes. The United States is thus the primary source of the deprivation of Mr. Khadr's liberty and security of the person. However, the allegation on which his claim rests is that Canada has also contributed to his past and continuing deprivation of liberty. To satisfy the requirements of s. 7, as stated by this Court in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, there must be "a sufficient causal connection between [the Canadian] government's participation and the deprivation [of liberty and security of the person] ultimately effected" (para. 54).

[20] The record suggests that the interviews conducted by CSIS and DFAIT provided significant evidence in relation to these charges. During the February and September 2003 interrogations, CSIS officials repeatedly questioned Mr. Khadr about the central events at issue in his prosecution, extracting statements from him that could potentially prove inculpatory in the U.S. proceedings against him (CSIS Document, Exhibit "U" to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, November 7, 2003 (J.R., vol. II, at p. 280); Interview Summary, Exhibit "AA" to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, February 24, 2003 (J.R., vol. III, at p. 289); Interview Summary, Exhibit "BB" to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, February 17, 2003 (J.R., vol. III, at p. 292); Interview Summary, Exhibit "DD" to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, April 20, 2004 (J.R., vol. III, at p. 296)). A report of the Security Intelligence Review Committee titled *CSIS's Role in the Matter of Omar Khadr* (July 8, 2009), further indicated that CSIS assessed the interrogations of Mr. Khadr as being "highly successful, as evidenced by the quality intelligence information" elicited from Mr. Khadr (p. 13). These statements were shared with U.S. authorities and were summarized in U.S. investigative reports (Report of Investigative

2. La conduite du gouvernement canadien porte-t-elle atteinte aux droits de M. Khadr à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne?

[19] Les États-Unis détiennent M. Khadr en vue de lui faire subir un procès pour des accusations de crimes de guerre. Ils sont donc la source première de la privation de sa liberté et de la sécurité de sa personne. Toutefois, la demande de M. Khadr repose sur l'allégation selon laquelle le Canada a lui aussi contribué à l'atteinte passée et présente à sa liberté. Pour qu'il soit satisfait aux exigences de l'art. 7, il doit exister — comme l'a indiqué la Cour dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 — un « lien causal suffisant entre la participation de notre gouvernement et l'atteinte [à la liberté et à la sécurité de la personne] qui survient en bout de ligne » (par. 54).

[20] Le dossier indique que les interrogatoires menés par le SCRS et le MAECI ont fourni des éléments de preuve importants au sujet des accusations dont M. Khadr fait l'objet. Durant les interrogatoires menés en février et septembre 2003, des agents du SCRS ont interrogé M. Khadr à plusieurs reprises sur les faits essentiels en cause dans le cadre de la poursuite intentée contre lui. Ils lui ont en outre soutiré des déclarations potentiellement inculpatives dans le cadre des instances introduites contre lui aux États-Unis (Document du SCRS, pièce « U », jointe à l'affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 7 novembre 2003 (D.C., vol. II, p. 280); Résumé de l'interrogatoire, pièce « AA », jointe à l'affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 24 février 2003 (D.C., vol. III, p. 289); Résumé de l'interrogatoire, pièce « BB », jointe à l'affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 17 février 2003 (D.C., vol. III, p. 292); Résumé de l'interrogatoire, pièce « DD », jointe à l'affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 20 avril 2004 (D.C., vol. III, p. 296)). Dans un rapport du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité intitulé *Le rôle du SCRS dans l'affaire Omar Khadr* (8 juillet 2009), il est mentionné en outre que, selon le SCRS, les interrogatoires de M. Khadr ont été « très fructueux », comme le montrent les

Activity, Exhibit “AA” to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, February 24, 2003 (J.R., vol. III, at pp. 289 ff.)). Pursuant to the relaxed rules of evidence under the U.S. *Military Commissions Act of 2006*, Mr. Khadr’s statements to Canadian officials are potentially admissible against him in the U.S. proceedings, notwithstanding the oppressive circumstances under which they were obtained: see *United States of America v. Jawad*, Military Commission, September 24, 2008, D-008 Ruling on Defense Motion to Dismiss — Torture of the Detainee (online: <http://www.defense.gov/news/Ruling%20D-008.pdf>). The above interrogations also provided the context for the March 2004 interrogation, when a DFAIT official, knowing that Mr. Khadr had been subjected to the “frequent flyer program” to make him less resistant to interrogations, nevertheless proceeded with the interrogation of Mr. Khadr (Interview Summary, Exhibit “DD” to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, April 20, 2004 (J.R., vol. III, at p. 296)).

[21] An applicant for a *Charter* remedy must prove a *Charter* violation on a balance of probabilities (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 277). It is reasonable to infer from the uncontradicted evidence before us that the statements taken by Canadian officials are contributing to the continued detention of Mr. Khadr, thereby impacting his liberty and security interests. In the absence of any evidence to the contrary (or disclaimer rebutting this inference), we conclude on the record before us that Canada’s active participation in what was at the time an illegal regime has contributed and continues to contribute to Mr. Khadr’s current detention, which is the subject of his current claim. The causal connection demanded by *Suresh* between Canadian conduct and the deprivation of liberty and security of person is established.

renseignements secrets de qualité » qu’il a fournis (p. 14). Ces déclarations ont été communiquées aux autorités américaines et ont été résumées dans des rapports d’enquête américains (Rapport d’enquête, pièce « AA », jointe à l’affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 24 février 2003 (D.C., vol. III, p. 289 ff.)). Suivant les règles de preuve assouplies établies par la *Military Commissions Act of 2006* des États-Unis, les déclarations faites par M. Khadr aux responsables canadiens pourraient être admissibles dans le cadre des procédures intentées contre lui, en dépit des circonstances abusives dans lesquelles elles ont été obtenues : voir *United States of America c. Jawad*, commission militaire, 24 septembre 2008, Décision D-008 sur la requête en rejet présentée par la défense — Torture du détenu (en ligne : <http://www.defense.gov/news/Ruling%20D-008.pdf>). Les interrogatoires dont il a été question précédemment ont également préparé l’interrogatoire du mois de mars 2004 lors duquel un représentant du MAECI, sachant que M. Khadr avait été soumis au « programme grand voyageur » pour amoindrir sa résistance lors des interrogatoires, l’a néanmoins interrogé (Résumé de l’interrogatoire, pièce « DD », jointe à l’affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 20 avril 2004 (D.C., vol. III, p. 296)).

[21] Celui qui sollicite une réparation fondée sur la *Charte* doit prouver la violation de celle-ci selon la prépondérance des probabilités (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 277). Il est raisonnable de déduire de la preuve non contredite portée à notre connaissance que les déclarations recueillies par des responsables canadiens contribuent à la détention continue de M. Khadr, et ont ainsi une incidence sur ses droits à la liberté et à la sécurité. En l’absence d’éléments de preuve contraires (ou de dénégation réfutant cette inférence), nous concluons sur la foi du dossier dont nous sommes saisis que la participation active du Canada à un régime, illégal à l’époque, a contribué et continue de contribuer à la détention actuelle de M. Khadr, laquelle est l’objet de la demande sur laquelle nous sommes appelés à statuer. Le lien causal exigé par *Suresh* entre la conduite du Canada et la privation de la liberté et de la sécurité de la personne est établi.

3. Does the Deprivation Accord With the Principles of Fundamental Justice?

[22] We have concluded that the conduct of the Canadian government is sufficiently connected to the denial of Mr. Khadr's liberty and security of the person. This alone, however, does not establish a breach of Mr. Khadr's s. 7 rights under the *Charter*. To establish a breach, Mr. Khadr must show that this deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[23] The principles of fundamental justice "are to be found in the basic tenets of our legal system": *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503. They are informed by Canadian experience and jurisprudence, and take into account Canada's obligations and values, as expressed in the various sources of international human rights law by which Canada is bound. In *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, at para. 46, the Court (Abella J. for the majority) restated the criteria for identifying a new principle of fundamental justice in the following manner:

- (1) It must be a legal principle.
- (2) There must be a consensus that the rule or principle is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate.
- (3) It must be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person.

[24] We conclude that Canadian conduct in connection with Mr. Khadr's case did not conform to the principles of fundamental justice. That conduct may be briefly reviewed. The statements taken by CSIS and DFAIT were obtained through participation in a regime which was known at the time to have refused detainees the right to challenge the legality of detention by way of *habeas corpus*. It was also known that Mr. Khadr was 16 years old at the time

3. L'atteinte est-elle compatible avec les principes de justice fondamentale?

[22] Nous avons conclu à l'existence d'un lien suffisant entre la conduite du gouvernement canadien et la privation de la liberté et de la sécurité de sa personne subie par M. Khadr. Cela ne suffit cependant pas à établir une atteinte aux droits de ce dernier garantis par l'art. 7 de la *Charte*. En effet, pour prouver l'existence d'une atteinte, M. Khadr doit démontrer que la privation en question n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale.

[23] Les principes de justice fondamentale « se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique » : *Renvoi : Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503. Tirés de l'expérience et de la jurisprudence canadiennes, ils prennent en compte les obligations et les valeurs du Canada exprimées dans les diverses sources du droit international en matière de droits de la personne auxquelles le Canada est tenu de se conformer. Dans *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 46, la Cour a réitéré, dans les termes suivants (sous la plume de la juge Abella qui a rédigé les motifs des juges majoritaires), les critères selon lesquels on peut confirmer l'existence d'un nouveau principe de justice fondamentale :

- (1) Il doit s'agir d'un principe juridique.
- (2) Il doit exister un consensus sur le fait que cette règle ou ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice.
- (3) Ce principe doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

[24] Nous concluons que la conduite du Canada relative à la poursuite engagée contre M. Khadr a porté atteinte aux principes de justice fondamentale. Réexaminons brièvement cette conduite. Les déclarations recueillies par le SCRS et le MAECI ont été obtenues au moyen de la participation à un régime dont on savait à l'époque qu'il avait nié à des détenus le droit de contester la légalité de leur détention par voie d'*habeas corpus*. On savait

and that he had not had access to counsel or to any adult who had his best interests in mind. As held by this Court in *Khadr 2008*, Canada's participation in the illegal process in place at Guantanamo Bay clearly violated Canada's binding international obligations (*Khadr 2008*, at paras. 23-25; *Hamdan v. Rumsfeld*). In conducting their interviews, CSIS officials had control over the questions asked and the subject matter of the interviews (Transcript of cross-examination on Affidavit of Mr. Hooper, Exhibit "GG" to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, March 2, 2005 (J.R., vol. III, p. 313, at p. 22)). Canadian officials also knew that the U.S. authorities would have full access to the contents of the interrogations (as Canadian officials sought no restrictions on their use) by virtue of their audio and video recording (*CSIS's Role in the Matter of Omar Khadr*, at pp. 11-12). The purpose of the interviews was for intelligence gathering and not criminal investigation. While in some contexts there may be an important distinction between those interviews conducted for the purpose of intelligence gathering and those conducted in criminal investigations, here, the distinction loses its significance. Canadian officials questioned Mr. Khadr on matters that may have provided important evidence relating to his criminal proceedings, in circumstances where they knew that Mr. Khadr was being indefinitely detained, was a young person and was alone during the interrogations. Further, the March 2004 interview, where Mr. Khadr refused to answer questions, was conducted knowing that Mr. Khadr had been subjected to three weeks of scheduled sleep deprivation, a measure described by the U.S. Military Commission in *Jawad* as designed to "make [detainees] more compliant and break down their resistance to interrogation" (para. 4).

[25] This conduct establishes Canadian participation in state conduct that violates the principles of fundamental justice. Interrogation of a youth,

également que M. Khadr était alors âgé de 16 ans et qu'il n'avait pas pu consulter un avocat ou tout autre adulte qui aurait eu son intérêt à cœur. Comme l'a déclaré la Cour dans *Khadr 2008*, la participation du Canada à la procédure illégale engagée à Guantanamo contrevenait manifestement aux obligations internationales du Canada (*Khadr 2008*, par. 23-25; *Hamdan c. Rumsfeld*). En menant leurs interrogatoires, les agents du SCRS étaient ceux qui décidaient des questions posées et du sujet traité (Transcription du contre-interrogatoire relatif à l'affidavit de M. Hooper, pièce « GG », jointe à l'affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 2 mars 2005 (D.C., vol. III, p. 313, p. 22)). Les responsables canadiens savaient aussi que les autorités américaines auraient un accès illimité à la teneur des interrogatoires grâce aux enregistrements audio et vidéo qui en étaient faits, puisque les responsables canadiens n'ont pas cherché à en restreindre l'usage (*Le rôle du SCRS dans l'affaire Omar Khadr*, p. 12-13). Les interrogatoires visaient à recueillir des renseignements secrets et non pas à faire progresser une enquête criminelle. Même si, dans certains contextes, il peut exister d'importantes différences entre les interrogatoires menés en vue de colliger des renseignements secrets et ceux menés dans le cadre d'enquêtes criminelles, en l'espèce, ces différences perdent leur importance. Les responsables canadiens ont interrogé M. Khadr sur des sujets qui pourraient avoir permis de recueillir des éléments de preuve importants pour les procédures criminelles intentées contre lui, dans des circonstances où ces responsables savaient que M. Khadr était détenu pour une période indéterminée, qu'il était un adolescent et qu'il était seul durant les interrogatoires. En outre, l'interrogatoire mené en mars 2004 — au cours duquel M. Khadr a refusé de répondre aux questions — s'est déroulé alors qu'on savait que celui-ci avait été soumis à trois semaines de privation planifiée de sommeil, une mesure décrite par la commission militaire américaine dans *Jawad* comme visant à [TRADUCTION] « rendre [les détenus] plus dociles et à venir à bout de leur résistance à l'interrogatoire » (par. 4).

[25] Ces faits établissent la participation du Canada à une conduite étatique violant les principes de justice fondamentale. Le fait d'avoir interrogé un

to elicit statements about the most serious criminal charges while detained in these conditions and without access to counsel, and while knowing that the fruits of the interrogations would be shared with the U.S. prosecutors, offends the most basic Canadian standards about the treatment of detained youth suspects.

[26] We conclude that Mr. Khadr has established that Canada violated his rights under s. 7 of the *Charter*.

B. *Is the Remedy Sought Appropriate and Just in All the Circumstances?*

[27] In previous proceedings (*Khadr 2008*), Mr. Khadr obtained the remedy of disclosure of the material gathered by Canadian officials against him through the interviews at Guantanamo Bay. The issue on this appeal is whether the breach of s. 7 of the *Charter* entitles Mr. Khadr to the remedy of an order that Canada request of the United States that he be returned to Canada. Two questions arise at this stage: (1) Is the remedy sought sufficiently connected to the breach? and (2) Is the remedy sought precluded by the fact that it touches on the Crown prerogative power over foreign affairs?

[28] The judge at first instance held that the remedy sought was open to him. The Federal Court of Appeal held that he did not abuse his remedial discretion. On the basis of our answer to the second of the foregoing questions, we conclude that the trial judge, on the record before us, erred in the exercise of his discretion in granting the remedy sought.

[29] First, is the remedy sought sufficiently connected to the breach? We have concluded that the Canadian government breached Mr. Khadr's s. 7 rights in 2003 and 2004 through its participation

adolescent, pour lui soutirer des déclarations relatives aux accusations criminelles les plus sérieuses qui soient, alors qu'il était détenu dans ces conditions et qu'il ne pouvait pas consulter un avocat et même si l'on savait que les fruits des interrogatoires seraient communiqués aux procureurs américains, contrevient aux normes canadiennes les plus élémentaires quant aux traitements à accorder aux suspects adolescents détenus.

[26] Nous concluons que M. Khadr a établi que le Canada a enfreint les droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la *Charte*.

B. *La réparation demandée est-elle convenable et juste eu égard à toutes les circonstances?*

[27] Dans une instance antérieure (*Khadr 2008*), M. Khadr a obtenu, à titre de réparation, la communication de l'information recueillie contre lui par des responsables canadiens à la faveur d'interrogatoires ayant eu lieu à Guantanamo. Dans le présent pourvoi, il s'agit de savoir si la violation de l'art. 7 de la *Charte* permet à M. Khadr d'obtenir la réparation consistant en une ordonnance intimant au Canada de demander aux États-Unis son renvoi au Canada. Deux questions se posent à ce stade : (1) Existe-t-il un lien causal suffisant entre la violation et la réparation demandée? (2) Le fait que la réparation sollicitée touche la prérogative royale en matière d'affaires étrangères fait-il obstacle à cette réparation?

[28] Le juge de première instance a conclu qu'il pouvait accorder la réparation demandée. La Cour d'appel fédérale a estimé qu'il n'avait pas abusé de son pouvoir discrétionnaire en matière de réparation. Étant donné notre réponse à la seconde des questions énoncées précédemment, nous arrivons à la conclusion que, sur la foi du dossier dont nous sommes saisis, le juge de première instance a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en accordant la réparation demandée.

[29] Premièrement, la réparation demandée a-t-elle un lien suffisant avec la violation? Nous avons conclu que le gouvernement canadien a violé les droits garantis à M. Khadr par l'art. 7, en raison

in the then-illegal military regime at Guantanamo Bay. The question at this point is whether the remedy now being sought — an order that the Canadian government ask the United States to return Mr. Khadr to Canada — is appropriate and just in the circumstances.

[30] An appropriate and just remedy is “one that meaningfully vindicates the rights and freedoms of the claimants”: *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 55. The first hurdle facing Mr. Khadr, therefore, is to establish a sufficient connection between the breaches of s. 7 that occurred in 2003 and 2004 and the order sought in these judicial review proceedings. In our view, the sufficiency of this connection is established by the continuing effect of these breaches into the present. Mr. Khadr’s *Charter* rights were breached when Canadian officials contributed to his detention by virtue of their interrogations at Guantanamo Bay knowing Mr. Khadr was a youth, did not have access to legal counsel or *habeas corpus* at that time and, at the time of the interview in March 2004, had been subjected to improper treatment by the U.S. authorities. As the information obtained by Canadian officials during the course of their interrogations may be used in the U.S. proceedings against Mr. Khadr, the effect of the breaches cannot be said to have been spent. It continues to this day. As discussed earlier, the material that Canadian officials gathered and turned over to the U.S. military authorities may form part of the case upon which he is currently being held. The evidence before us suggests that the material produced was relevant and useful. There has been no suggestion that it does not form part of the case against Mr. Khadr or that it will not be put forward at his ultimate trial. We therefore find that the breach of Mr. Khadr’s s. 7 *Charter* rights remains ongoing and that the remedy sought could potentially vindicate those rights.

de sa participation, en 2003 et 2004, au régime militaire de Guantanamo, alors illégal. La question qui se pose à cette étape de l’analyse est celle de savoir si la réparation maintenant demandée — soit une ordonnance intimant au gouvernement canadien de demander aux États-Unis le renvoi de M. Khadr au Canada — est convenable et juste eu égard aux circonstances.

[30] Une réparation convenable et juste est « celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur » : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 55. Ainsi, M. Khadr doit tout d’abord réussir à établir l’existence d’un lien suffisant entre les violations de l’art. 7 survenues en 2003 et 2004 et l’ordonnance sollicitée dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire qu’il a formulée. Selon nous, l’existence d’un lien suffisant est établie par le fait que les incidences de ces violations persistent jusqu’à présent. Les droits de M. Khadr garantis par la *Charte* ont été violés lorsque des responsables canadiens ont contribué à sa détention par les interrogatoires qu’ils ont menés à Guantanamo, tout en sachant qu’il était un adolescent, qu’il n’avait alors pas accès à un avocat ou à un recours en *habeas corpus* et qu’au moment où s’est déroulé l’interrogatoire du mois de mars 2004, il avait été soumis à des traitements inappropriés par les autorités américaines. Comme l’information recueillie par les responsables canadiens lors de leurs interrogatoires pourrait être utilisée dans le cadre des procédures américaines engagées contre M. Khadr, on ne peut pas dire que les effets des violations ont cessé. Ils se poursuivent à ce jour. Comme nous l’avons indiqué, il est possible que l’information obtenue par les responsables canadiens et transmise aux autorités militaires américaines fasse partie du dossier en vertu duquel il est actuellement détenu. La preuve dont nous disposons donne à penser que l’information en question était pertinente et utile. Les parties n’ont pas suggéré qu’elle ne fait pas partie du dossier colligé contre M. Khadr ou qu’elle ne sera pas produite lorsque son procès sera finalement tenu. Nous concluons donc que la violation des droits garantis à M. Khadr par l’art. 7 de la *Charte* est toujours en cours et que la réparation sollicitée pourrait défendre ces droits.

[31] The acts that perpetrated the *Charter* breaches relied on in this appeal lie in the past. But their impact on Mr. Khadr's liberty and security continue to this day and may redound into the future. The impact of the breaches is thus perpetuated into the present. When past acts violate present liberties, a present remedy may be required.

[32] We conclude that the necessary connection between the breaches of s. 7 and the remedy sought has been established for the purpose of these judicial review proceedings.

[33] Second, is the remedy sought precluded by the fact that it touches on the Crown prerogative over foreign affairs? A connection between the remedy and the breach is not the only consideration. As stated in *Doucet-Boudreau*, an appropriate and just remedy is also one that "must employ means that are legitimate within the framework of our constitutional democracy" (para. 56) and must be a "judicial one which vindicates the right while invoking the function and powers of a court" (para. 57). The government argues that courts have no power under the Constitution of Canada to require the executive branch of government to do anything in the area of foreign policy. It submits that the decision not to request the repatriation of Mr. Khadr falls directly within the prerogative powers of the Crown to conduct foreign relations, including the right to speak freely with a foreign state on all such matters: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 1-19.

[34] The prerogative power is the "residue of discretionary or arbitrary authority, which at any given time is legally left in the hands of the Crown": *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269, at p. 272, per Duff C.J., quoting A. V. Dicey, *Introduction to the Study*

[31] Les actions à l'origine des violations de la *Charte* invoquées dans le présent pourvoi appartiennent au passé. Mais leurs effets sur la liberté et la sécurité de M. Khadr persistent à ce jour et pourraient avoir des répercussions à l'avenir. Les effets des violations se perpétuent ainsi dans le présent. Lorsque des actions passées violent des libertés actuelles, une réparation actuelle peut être requise.

[32] Nous concluons que le lien nécessaire entre les violations de l'art. 7 et la réparation demandée a été établi aux fins de la présente demande de contrôle judiciaire.

[33] Deuxièmement, le fait que la réparation demandée touche la prérogative royale en matière d'affaires étrangères fait-il obstacle à cette réparation? L'existence d'un lien entre la réparation et la violation n'est pas le seul facteur à prendre en considération. Comme l'énonce l'arrêt *Doucet-Boudreau*, la réparation convenable et juste est celle qui, en outre, « fait appel à des moyens légitimes dans le cadre de notre démocratie constitutionnelle » (par. 56) et doit être une réparation « judiciaire qui défend le droit en cause tout en mettant à contribution le rôle et les pouvoirs d'un tribunal » (par. 57). Le gouvernement fait valoir que la Constitution du Canada ne confère pas aux tribunaux le pouvoir d'exiger de la branche exécutive du gouvernement qu'elle fasse quoi que ce soit dans le domaine de la politique étrangère. Selon lui, la décision de ne pas demander le rapatriement de M. Khadr relève directement de la prérogative de la Couronne de conduire les relations internationales, prérogative qui comprend le droit de parler librement avec un État étranger de toutes ces questions : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 1-19.

[34] La prérogative royale est [TRADUCTION] « le résidu du pouvoir discrétionnaire ou arbitraire dont la Couronne est légalement investie à tout moment » : *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269, p. 272, le juge en chef Duff, citant A. V. Dicey,

of the *Law of the Constitution* (8th ed. 1915), at p. 420. It is a limited source of non-statutory administrative power accorded by the common law to the Crown: Hogg, at p. 1-17.

[35] The prerogative power over foreign affairs has not been displaced by s. 10 of the *Department of Foreign Affairs and International Trade Act*, R.S.C. 1985, c. E-22, and continues to be exercised by the federal government. The Crown prerogative in foreign affairs includes the making of representations to a foreign government: *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 199 D.L.R. (4th) 228 (Ont. C.A.). We therefore agree with O'Reilly J.'s implicit finding (paras. 39, 40 and 49) that the decision not to request Mr. Khadr's repatriation was made in the exercise of the prerogative over foreign relations.

[36] In exercising its common law powers under the royal prerogative, the executive is not exempt from constitutional scrutiny: *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441. It is for the executive and not the courts to decide whether and how to exercise its powers, but the courts clearly have the jurisdiction and the duty to determine whether a prerogative power asserted by the Crown does in fact exist and, if so, whether its exercise infringes the *Charter* (*Operation Dismantle*) or other constitutional norms (*Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539).

[37] The limited power of the courts to review exercises of the prerogative power for constitutionality reflects the fact that in a constitutional democracy, all government power must be exercised in accordance with the Constitution. This said, judicial review of the exercise of the prerogative power for constitutionality remains sensitive to the fact that the executive branch of government is responsible for decisions under this power, and that the executive is better placed to make such decisions

Introduction to the Study of the Law of the Constitution (8^e éd. 1915), p. 420. Il s'agit d'une source limitée de pouvoir administratif ne découlant pas de la législation, que confère la common law à la Couronne : Hogg, p. 1-17.

[35] La prérogative royale en matière d'affaires étrangères n'a pas été supplantée par l'art. 10 de la *Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*, L.R.C. 1985, ch. E-22, et continue d'être exercée par le gouvernement fédéral. Elle comprend le pouvoir de faire des observations à un gouvernement étranger : *Black c. Canada (Prime Minister)* (2001), 199 D.L.R. (4th) 228 (C.A. Ont.). Nous sommes donc d'accord avec la conclusion implicite du juge O'Reilly (par. 39, 40 et 49) selon laquelle la décision de ne pas demander le rapatriement de M. Khadr a été prise dans l'exercice de la prérogative en matière de relations étrangères.

[36] Lorsqu'il exerce les pouvoirs que lui confère la common law en vertu de la prérogative royale, l'exécutif n'est toutefois pas à l'abri du contrôle constitutionnel : *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441. Certes, il revient à l'exécutif, et non aux tribunaux, de décider si et comment il exercera ses pouvoirs; mais les tribunaux ont indéniablement compétence pour déterminer si la prérogative invoquée par la Couronne existe véritablement et, dans l'affirmative, pour décider si son exercice contrevient à la *Charte* (*Operation Dismantle*) ou à d'autres normes constitutionnelles (*Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539) — ils sont d'ailleurs tenus d'exercer cette compétence.

[37] Le pouvoir restreint dont jouissent les tribunaux pour contrôler la constitutionnalité de l'exercice de la prérogative royale tient au fait que, dans une démocratie constitutionnelle, tout pouvoir gouvernemental doit être exercé en conformité avec la Constitution. Cela dit, le contrôle judiciaire de l'exercice de la prérogative sur le plan de sa constitutionnalité demeure tributaire du fait que la branche exécutive du gouvernement est responsable des décisions relevant de ce pouvoir, et que

within a range of constitutional options. The government must have flexibility in deciding how its duties under the power are to be discharged: see, e.g., *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 101-2. But it is for the courts to determine the legal and constitutional limits within which such decisions are to be taken. It follows that in the case of refusal by a government to abide by constitutional constraints, courts are empowered to make orders ensuring that the government's foreign affairs prerogative is exercised in accordance with the constitution: *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283.

[38] Having concluded that the courts possess a narrow power to review and intervene on matters of foreign affairs to ensure the constitutionality of executive action, the final question is whether O'Reilly J. misdirected himself in exercising that power in the circumstances of this case (*R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651, at para. 15; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at paras. 117-18). (In fairness to the trial judge, we note that the government proposed no alternative (trial judge's reasons, at para. 78).) If the record and legal principle support his decision, deference requires we not interfere. However, in our view that is not the case.

[39] Our first concern is that the remedy ordered below gives too little weight to the constitutional responsibility of the executive to make decisions on matters of foreign affairs in the context of complex and ever-changing circumstances, taking into account Canada's broader national interests. For the following reasons, we conclude that the appropriate remedy is to declare that, on the record before the Court, Canada infringed Mr. Khadr's s. 7 rights, and to leave it to the government to decide how best to respond to this judgment in light of

l'exécutif est mieux placé pour prendre ces décisions dans le cadre des choix constitutionnels possibles. Il faut que le gouvernement dispose d'une certaine marge de manœuvre lorsqu'il décide de quelle manière il doit s'acquitter des obligations relevant de sa prérogative : voir, p. ex., *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 101-102. Il appartient cependant aux tribunaux de fixer les limites légales et constitutionnelles à l'intérieur desquelles ces décisions doivent être prises. Ainsi, lorsqu'un gouvernement refuse de se conformer aux contraintes constitutionnelles, les tribunaux ont le pouvoir de rendre des ordonnances qui garantissent que la prérogative du gouvernement en matière d'affaires étrangères est exercée en conformité avec la Constitution : *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283.

[38] Après avoir conclu que les tribunaux jouissent d'un pouvoir circonscrit pour examiner les questions relatives aux affaires étrangères et intervenir à leur égard — de façon à s'assurer de la constitutionnalité de l'action de l'exécutif — il nous reste une question à trancher : le juge O'Reilly s'est-il fondé sur des considérations erronées en exerçant ce pouvoir dans les circonstances de l'espèce? (*R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, par. 15; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117-118) (Par souci d'équité envers le juge du procès, nous précisons que le gouvernement n'a proposé aucune solution de rechange (motifs du juge du procès, par. 78).) Si sa décision est justifiable au regard du dossier et des principes de droit, la déférence nous oblige à ne pas intervenir. À notre avis, tel n'est toutefois pas le cas.

[39] Nous estimons tout d'abord que la réparation ordonnée par les juridictions d'instances inférieures accorde un poids insuffisant à la responsabilité constitutionnelle de l'exécutif de prendre des décisions concernant les affaires étrangères dans le contexte de circonstances complexes et en fluctuation constante, en tenant compte des intérêts nationaux plus larges du Canada. Pour les motifs suivants, nous concluons que la réparation appropriée consiste, d'une part, à déclarer que, selon le dossier dont la Cour est saisie, le Canada a porté

current information, its responsibility for foreign affairs, and in conformity with the *Charter*.

[40] As discussed, the conduct of foreign affairs lies with the executive branch of government. The courts, however, are charged with adjudicating the claims of individuals who claim that their *Charter* rights have been or will be violated by the exercise of the government's discretionary powers: *Operation Dismantle*.

[41] In some situations, courts may give specific directions to the executive branch of the government on matters touching foreign policy. For example, in *Burns*, the Court held that it would offend s. 7 to extradite a fugitive from Canada without seeking and obtaining assurances from the requesting state that the death penalty would not be imposed. The Court gave due weight to the fact that seeking and obtaining those assurances were matters of Canadian foreign relations. Nevertheless, it ordered that the government seek them.

[42] The specific facts in *Burns* justified a more specific remedy. The fugitives were under the control of Canadian officials. It was clear that assurances would provide effective protection against the prospective *Charter* breaches: it was entirely within Canada's power to protect the fugitives against possible execution. Moreover, the Court noted that no public purpose would be served by extradition without assurances that would not be substantially served by extradition with assurances, and that there was nothing to suggest that seeking such assurances would undermine Canada's good relations with other states: *Burns*, at paras. 125 and 136.

[43] The present case differs from *Burns*. Mr. Khadr is not under the control of the Canadian

atteinte aux droits garantis à M. Khadr par l'art. 7, et, d'autre part, à laisser au gouvernement le soin de décider de quelle manière il convient de répondre au présent arrêt à la lumière de l'information dont il dispose actuellement et de sa responsabilité en matière d'affaires étrangères et ce, en conformité avec la *Charte*.

[40] Comme nous l'avons indiqué, la conduite des affaires étrangères relève de la branche exécutive du gouvernement. Il incombe en revanche aux tribunaux de statuer sur les actions intentées par des individus qui estiment que l'exercice par le gouvernement de ses pouvoirs discrétionnaires a porté ou portera atteinte à leurs droits garantis par la *Charte* : *Operation Dismantle*.

[41] Dans certaines situations, les tribunaux peuvent donner à la branche exécutive du gouvernement des directives spécifiques sur des questions ayant trait à la politique étrangère. À titre d'exemple, la Cour a conclu, dans *Burns*, qu'il serait contraire à l'art. 7 d'extrader un fugitif du Canada sans demander à l'État requérant, et sans obtenir de lui, la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée. Elle a dûment pris en compte le fait que la demande et l'obtention de telles assurances relevaient des relations étrangères du Canada. Elle a néanmoins ordonné au gouvernement de les demander.

[42] Les faits particuliers de l'affaire *Burns* justifiaient une réparation de nature plus spécifique. En effet, les fugitifs se trouvaient sous le contrôle des autorités canadiennes. Il était évident que les assurances confèreraient une protection efficace contre une violation éventuelle de la *Charte* : le Canada avait tout à fait le pouvoir de protéger les fugitifs contre une exécution possible. En outre, la Cour a signalé qu'aucun objectif d'intérêt public que servirait l'extradition sans assurances ne serait pas également servi de façon substantielle par une extradition assortie d'assurances; rien n'indiquait non plus que le fait de demander de telles assurances nuirait aux bonnes relations du Canada avec d'autres États : *Burns*, par. 125 et 136.

[43] La présente affaire est différente de *Burns*. L'intimé n'est pas sous le contrôle du gouvernement

government; the likelihood that the proposed remedy will be effective is unclear; and the impact on Canadian foreign relations of a repatriation request cannot be properly assessed by the Court.

[44] This brings us to our second concern: the inadequacy of the record. The record before us gives a necessarily incomplete picture of the range of considerations currently faced by the government in assessing Mr. Khadr's request. We do not know what negotiations may have taken place, or will take place, between the U.S. and Canadian governments over the fate of Mr. Khadr. As observed by Chaskalson C.J. in *Kaunda v. President of the Republic of South Africa*, [2004] ZACC 5, 136 I.L.R. 452, at para. 77: "The timing of representations if they are to be made, the language in which they should be couched, and the sanctions (if any) which should follow if such representations are rejected are matters with which courts are ill-equipped to deal." It follows that in these circumstances, it would not be appropriate for the Court to give direction as to the diplomatic steps necessary to address the breaches of Mr. Khadr's *Charter* rights.

[45] Though Mr. Khadr has not been moved from Guantanamo Bay in over seven years, his legal predicament continues to evolve. During the hearing of this appeal, we were advised by counsel that the U.S. Department of Justice had decided that Mr. Khadr will continue to face trial by military commission, though other Guantanamo detainees will now be tried in a federal court in New York. How this latest development will affect Mr. Khadr's situation and any ongoing negotiations between the United States and Canada over his possible repatriation is unknown. But it signals caution in the exercise of the Court's remedial jurisdiction.

[46] In this case, the evidentiary uncertainties, the limitations of the Court's institutional competence,

canadien; l'efficacité de la réparation proposée est incertaine; et la Cour n'est pas en mesure d'évaluer correctement les conséquences d'une demande de rapatriement sur les relations étrangères du Canada.

[44] Cela nous amène à notre deuxième objection : le caractère inadéquat du dossier. Celui dont nous disposons nous donne une image forcément incomplète de l'ensemble des considérations auxquelles le gouvernement fait actuellement face pour juger de la demande de M. Khadr. Nous ne savons pas quelles négociations ont pu avoir lieu, ou auront lieu, entre les gouvernements des États-Unis et du Canada sur le sort de M. Khadr. Comme l'a observé le juge en chef Chaskalson dans *Kaunda c. President of the Republic of South Africa*, [2004] ZACC 5, 136 I.L.R. 452, par. 77 : [TRADUCTION] « Le moment choisi pour présenter des observations, s'il y a lieu d'en présenter, les termes dans lesquels elles devraient être formulées, et les sanctions qui (le cas échéant) devraient suivre si lesdites observations sont rejetées, sont des questions que les tribunaux ne sont pas véritablement en mesure de trancher. » Dans les circonstances, il ne serait donc pas opportun que la Cour donne des directives quant aux mesures diplomatiques qu'il faudrait prendre pour remédier aux violations des droits de l'intimé garantis par la *Charte*.

[45] Bien que M. Khadr soit détenu à Guantanamo depuis plus de sept ans, la situation juridique difficile dans laquelle il se trouve continue d'évoluer. Selon les représentations des avocats lors de l'audition du présent pourvoi, le ministère de la Justice des États-Unis a décidé que M. Khadr sera jugé, comme prévu, par une commission militaire, même si d'autres détenus de Guantanamo subiront plutôt leur procès devant une cour fédérale à New York. On ignore quelle sera l'incidence de ces nouvelles circonstances sur la situation de M. Khadr et sur les négociations qui pourraient être en cours entre les États-Unis et le Canada quant à son possible rapatriement. Ces faits incitent toutefois la Cour à faire preuve de prudence dans l'exercice de son pouvoir de réparation.

[46] En l'espèce, les incertitudes au chapitre de la preuve, les limites de la compétence institutionnelle

and the need to respect the prerogative powers of the executive, lead us to conclude that the proper remedy is declaratory relief. A declaration of unconstitutionality is a discretionary remedy: *Operation Dismantle*, at p. 481, citing *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821. It has been recognized by this Court as “an effective and flexible remedy for the settlement of real disputes”: *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at p. 649. A court can properly issue a declaratory remedy so long as it has the jurisdiction over the issue at bar, the question before the court is real and not theoretical, and the person raising it has a real interest to raise it. Such is the case here.

[47] The prudent course at this point, respectful of the responsibilities of the executive and the courts, is for this Court to allow Mr. Khadr’s application for judicial review in part and to grant him a declaration advising the government of its opinion on the records before it which, in turn, will provide the legal framework for the executive to exercise its functions and to consider what actions to take in respect of Mr. Khadr, in conformity with the *Charter*.

IV. Conclusion

[48] The appeal is allowed in part. Mr. Khadr’s application for judicial review is allowed in part. This Court declares that through the conduct of Canadian officials in the course of interrogations in 2003-2004, as established on the evidence before us, Canada actively participated in a process contrary to Canada’s international human rights obligations and contributed to Mr. Khadr’s ongoing detention so as to deprive him of his right to liberty and security of the person guaranteed by s. 7 of the *Charter*, contrary to the principles of fundamental justice. Costs are awarded to Mr. Khadr.

Appeal allowed in part with costs to the respondent.

de la Cour et la nécessité de respecter les prérogatives de l’exécutif nous amènent à conclure que la réparation appropriée est de nature déclaratoire. Le jugement déclaratoire d’inconstitutionnalité est un redressement discrétionnaire : *Operation Dismantle*, p. 481, citant *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821. Notre Cour a reconnu qu’il s’agit d’une « forme efficace et souple de règlement des véritables litiges » : *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, p. 649. Un tribunal peut, à juste titre, prononcer un jugement déclaratoire dans la mesure où il a compétence sur l’objet du litige, où la question dont il est saisi est une question réelle et non pas simplement théorique, et où la personne qui la soulève a véritablement intérêt à la soulever. C’est le cas en l’espèce.

[47] La solution à la fois prudente pour l’instant et respectueuse des responsabilités de l’exécutif et des tribunaux consiste à ce que la Cour fasse droit en partie à la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Khadr et prononce un jugement déclaratoire en sa faveur informant le gouvernement de son opinion sur le dossier dont elle est saisie, opinion qui fournira, pour sa part, à l’exécutif, le cadre juridique en vertu duquel il devra exercer ses fonctions et examiner les mesures qu’il conviendra de prendre à l’égard de M. Khadr, en conformité avec la *Charte*.

IV. Conclusion

[48] Le pourvoi est accueilli en partie. La demande de contrôle judiciaire de M. Khadr est accueillie en partie. La Cour déclare que, compte tenu de la conduite de responsables canadiens lors d’interrogatoires menés en 2003 et 2004, telle qu’elle est établie par la preuve, le Canada a activement participé à un processus contraire aux obligations internationales qui lui incombent en matière de droits de la personne et a contribué à la détention continue de M. Khadr, de telle sorte qu’il a porté atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui garantit l’art. 7 de la *Charte* et ce, de manière incompatible avec les principes de justice fondamentale. M. Khadr a droit aux dépens.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens en faveur de l’intimé.

Solicitor for the appellants: Department of Justice, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Parlee McLaws, Edmonton.

Solicitors for the intervener Amnesty International (Canadian Section, English Branch): Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.

Solicitors for the interveners Human Rights Watch, the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program and the David Asper Centre for Constitutional Rights: John Norris, Brydie Bethell and Audrey Macklin, Toronto.

Solicitor for the interveners the Canadian Coalition for the Rights of Children and Justice for Children and Youth: Justice for Children and Youth Services, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Waldman & Associates, Toronto.

Solicitors for the interveners Lawyers Without Borders Canada, Barreau du Québec and Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.

Solicitors for the intervener the National Council for the Protection of Canadians Abroad: Theall Group, Toronto; Amsterdam & Peroff, Toronto.

Procureur des appelants : Ministère de la Justice, Ottawa.

Procureurs de l'intimé : Parlee McLaws, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Amnesty International (Canadian Section, English Branch) : Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.

Procureurs des intervenants Human Rights Watch, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program et David Asper Centre for Constitutional Rights : John Norris, Brydie Bethell et Audrey Macklin, Toronto.

Procureur des intervenants la Coalition canadienne pour les droits des enfants et Justice for Children and Youth : Justice for Children and Youth Services, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Waldman & Associates, Toronto.

Procureurs des intervenants Avocats sans frontières Canada, le Barreau du Québec et le Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.

Procureurs de l'intervenant National Council for the Protection of Canadians Abroad : Theall Group, Toronto; Amsterdam & Peroff, Toronto.

THIS PAGE INTENTIONALLY BLANK

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20150109

Docket: A-324-13

Citation: 2015 FCA 4

**CORAM: NADON J.A.
STRATAS J.A.
SCOTT J.A.**

BETWEEN:

HUPACASATH FIRST NATION

Appellant

and

**THE MINISTER OF FOREIGN AFFAIRS
CANADA and THE ATTORNEY GENERAL
OF CANADA**

Respondents

Heard at Vancouver, British Columbia, on June 10, 2014.

Judgment delivered at Ottawa, Ontario, on January 9, 2015.

REASONS FOR JUDGMENT BY:

STRATAS J.A.

CONCURRED IN BY:

**NADON J.A.
SCOTT J.A.**

2015 FCA 4 (CanLII)

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20150109

Docket: A-324-13

Citation: 2015 FCA 4

CORAM: NADON J.A.
STRATAS J.A.
SCOTT J.A.

BETWEEN:

HUPACASATH FIRST NATION

Appellant

And

THE MINISTER OF FOREIGN AFFAIRS
CANADA and THE ATTORNEY GENERAL
OF CANADA

Respondents

REASONS FOR JUDGMENT

STRATAS J.A.

A. Introduction

[1] In the Federal Court, the appellant, Hupacasath First Nation, alleged that a foreign investment promotion and protection agreement between Canada and the People's Republic of China might affect Aboriginal rights and interests it has asserted over certain lands in British

Columbia. Due to that potential effect, the appellant submitted that, as a matter of law, the Minister of Foreign Affairs Canada and the Attorney General of Canada (“Canada”) had to consult with it and, if necessary, accommodate its concerns before causing the agreement to come into force. Canada did not do this and so, the appellants said, Canada failed to fulfil its duty.

[2] By judgment dated August 26, 2013, the Federal Court (*per* Crampton C.J.) ruled against the appellant: 2013 FC 900. It found that the agreement could not potentially cause harm to the appellant’s asserted rights and interests. The Federal Court added that any effect on the appellant’s asserted rights and interests was “non-appreciable” and “speculative.”

[3] The appellant appeals to this Court.

[4] During oral argument in this Court, an issue arose concerning the jurisdiction of the Federal Courts to entertain this matter. Decisions by Canada to enter into international agreements and treaties are exercises of federal Crown prerogative power. A decision of the Court of Appeal for Ontario suggests that the Federal Courts do not have jurisdiction to review exercises of prerogative power. We invited the parties to provide written submissions on this after the hearing. We have now reviewed and considered those submissions.

[5] In those submissions, Canada also raises a new objection. It says that the appellant’s case, directed at an exercise of Crown prerogative power, is not justiciable and should not be heard.

[6] Following oral argument, while this matter was under reserve, the Supreme Court of Canada released its decision in *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44. On some Aboriginal law issues, the decision is rather sweeping. So we invited the parties to provide supplementary written submissions on its effect on this appeal. We have now reviewed and considered those submissions too.

[7] In my view, the Federal Courts system has the jurisdiction to review exercises of federal Crown prerogative power. Accordingly, the Federal Court and this Court have jurisdiction over this matter. I would also reject Canada's submission that the appellant's case is not justiciable.

[8] On the merits of the appeal, I agree with the result and much of the reasoning of the Federal Court. It applied proper legal principles to the evidence before it. The recent case of *Tsilhqot'in Nation* does not alter those legal principles. The Federal Court's overall conclusions – that the appellant had not established a causal relationship between the effects of the foreign investment promotion and protection agreement upon the appellant and its asserted rights and interests and that any effects upon the appellant were “non-appreciable” and “speculative” – were predominantly factual in nature and deserve deference. These conclusions were amply supported by the evidentiary record.

[9] Accordingly, Canada did not have to consult with the appellant before entering into the foreign investment promotion and protection agreement.

[10] Therefore, I would dismiss the appeal with costs.

B. Basic facts

[11] The appellant is a band under the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. Its 285 members live on two reserves covering roughly 56 acres of land on Vancouver Island. However, it asserts Aboriginal rights, including self-government rights, and title over roughly 573,000 acres of land on Vancouver Island, an area that overlaps with the territory claimed by nine other First Nations.

[12] On September 9, 2012, Canada announced that it had signed a foreign investment promotion and protection agreement with the People’s Republic of China. This agreement is known as the *Agreement between the Government of Canada and the Government of the People’s Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments* (hereafter “Agreement”). The Agreement is similar to twenty-four other foreign investment promotion and protection agreements Canada has signed with other nations.

[13] Under the Agreement, Canada and the People’s Republic of China must, among other things, treat investors from the other country and their investments in accordance with principles of non-discriminatory treatment and protection from expropriation without compensation. The Agreement implements these principles in the following provisions:

- *Article 4 (Minimum Standard of Treatment)*. The host country must treat investments made by the investors of the other country in accordance with the customary international law minimum treatment of aliens.

- *Article 5 (Most-Favoured Nation Treatment)*. The host country must accord investors of the other country, and their investments, treatment that is no less favourable than the treatment the host country accords, in like circumstances, to investors or investments of other countries.
- *Article 8 (Aboriginal Reservation)*. Under Article 8(3) and Annex B.8, Canada has the right to provide rights and preferences to Aboriginal peoples that may be inconsistent with certain obligations under the Agreement; the appellant says this narrow exception, applicable only to articles 5-7, does nothing to prevent harm to the rights and interests of Aboriginal peoples.
- *Article 10 (Expropriation)*. The host country may only directly or indirectly expropriate an investment of an investor of the other country for a public purpose, on a non-discriminatory basis, in accordance with due process of law, and upon payment of compensation. Annex B.10 clarifies that good faith and non-discriminatory measures designed and applied to protect legitimate public policy objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation.
- *Article 33 (General Exceptions)*. The host country may take measures, including environmental measures, necessary to protect human, animal or plant life or health, provided that the measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner and are not a disguised restriction on trade or investment.

[14] In certain circumstances, violations of the Agreement can result in proceedings before an arbitral tribunal: see Part C, articles 19-32. Violations of certain provisions can result in monetary awards against the host country: article 31(2) and see the Federal Court's reasons at paragraphs 87 and 133(h).

[15] The Agreement does not empower any awards against a sub-national government, such as a First Nations government. Nor does it require a government to change or discontinue a measure that breaches the Agreement. In particular, an arbitral tribunal established under the Agreement cannot stop Canada from fully complying with its obligations to Aboriginal peoples.

[16] Broadly speaking, the appellant says that the Agreement changes the landscape in the sense that it creates incentives for Canada to act in a manner that avoids breaches of the Agreement and resulting monetary awards. This, it says, may cause Canada to act in a manner that injures the appellant and its interests.

[17] On the law set out in cases such as *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekami Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, and *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, the appellant says that Canada became obligated in these circumstances to consult with it and accommodate its rights and interests. Before signing the Agreement and, indeed, before the matter was heard in the Federal Court, Canada did not consult with the appellant. The appellant maintains that had Canada consulted with it, Canada would have had to protect the appellant's rights in the Agreement. But Canada did not.

[18] Before the Federal Court, the parties adduced expert evidence concerning the interpretation and effects of the Agreement. The Federal Court assigned less weight to the expert evidence tendered by the appellant because of impartiality concerns (at paragraphs 37-38) and the presence of “assertions on key issues” that “were baldly stated and unsubstantiated” (at paragraph 42).

[19] The Federal Court found uncertainty on how arbitral tribunals might interpret the Agreement. But overall, largely based on the expert evidence it preferred – that tendered by Canada – the Federal Court found no conflict, actual or potential, between the provisions of the Agreement on the one hand and the appellant’s asserted rights, interests and title on the other (at paragraphs 133, 147-148).

[20] Among other things, it found that the Appellant had not offered sufficient evidence, beyond the speculative, that:

- the appellant would face potential adverse impacts arising from arbitral decisions (at paragraphs 100-105);
- absent article 10, Canada would have been prepared to expropriate land, and particularly land owned by Chinese investors, without compensation in order to settle the appellant’s Aboriginal claims (at paragraphs 108-110);

- arbitral tribunals would rule that measures designed to protect or accommodate the appellant's asserted Aboriginal rights contravene article 10 (at paragraphs 106-120);
- Canada would refrain from taking measures to protect the appellant's asserted Aboriginal rights due to a fear of monetary awards made by arbitral tribunals under the Agreement (at paragraph 133(d));
- Canada has not retained sufficient policy flexibility through the exemptions under the Agreement to prevent or avoid potential adverse impacts upon the appellant's asserted Aboriginal rights (at paragraphs 121-131);
- any existing measures, including any enacted by the appellant, might contravene or conflict with any of the obligations under the Agreement (at paragraph 133(f)).

[21] In reaching these conclusions, the Federal Court drew in part upon Canada's experience under the twenty-four other similar foreign investment promotion and protection agreements it has entered into, particularly the *North American Free Trade Agreement*: at paragraph 133(a). The Federal Court concluded that the appellant had not shown that Canada's experience under the Agreement would be different: at paragraph 133(c).

[22] Overall, the Federal Court concluded that Canada did not fall under a duty to consult the appellant because the alleged potential adverse impacts on its asserted interests were "non-

appreciable” and “speculative” and the appellant had not established the required causal link between the Agreement and those alleged impacts: at paragraphs 3, 147 and 148.

C. Analysis

(1) The matter under review and the nature of the jurisdictional issue

[23] The matter under review is the coming into effect of the Agreement. This, the appellant says, will happen without consultation with it, thereby violating its rights.

[24] How does this Agreement come into effect? The parties agree that this happens in two steps.

[25] First, the Governor in Council passes an order in council authorizing the Minister of Foreign Affairs to take the actions necessary to have the Agreement come into effect. At the time of the appellant’s judicial review, this had not been done.

[26] Second, the Agreement comes into effect when the Minister signs an instrument of ratification and Canada delivers it to the People’s Republic of China, confirming that all of Canada’s internal legal procedures for bringing the Agreement into effect have been met. See Hugh M. Kindred *et al.*, eds., *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 7th ed. (Toronto: Emond Montgomery 2006) at pages 120-121.

[27] This process is reflected in section 35 of the Agreement. It provides that the parties will notify each other through diplomatic channels that they have completed the internal legal procedures for the entry into force of the Agreement.

[28] While this matter was under reserve, the parties advised us that Canada has now taken the above steps and the Agreement is now in effect. This development does not affect our analysis of the issues in this appeal.

[29] In the Federal Court, the appellant primarily sought two forms of relief. First, it sought a declaration that “Canada is required to engage in a process of consultation and accommodation with First Nations, including the appellant, prior to taking steps which will bind Canada under the [Agreement].” Second, it sought an order restraining the Minister or any other official from taking steps to bring the Agreement into effect.

[30] Unlike the present case, in cases seeking review of orders or decisions made under legislation, this Court indisputably has jurisdiction. Under section 18.1(3) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, this Court can review the actions of federal boards, commissions or other tribunals. The Governor in Council is a “federal board, commission or other tribunal” within the meaning of subsection 2(1) of the *Federal Courts Act* – it is exercising “jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament ...”.

[31] In this case, however, the Governor in Council’s power to make the order is not conferred by or under an Act of Parliament. What is the source of its power?

[32] The Governor in Council's power to make the order comes from the Crown's prerogative powers. These are the Crown's remaining inherent or historical powers as the common law has shaped them: Peter W. Hogg, Q.C., *et al.*, *Liability of the Crown*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 2011) at pages 19-20. Looking at it another way, prerogative powers are "the residue of discretionary or arbitrary authority, which at any given time is legally left in the hands of the Crown": A.V. Dicey, *Law of the Constitution*, 10th ed. (1959) at page 424.

[33] The conduct of foreign affairs is one area where the Crown holds some prerogative powers. These include the power to enter into treaties and international agreements. Properly understood then, to bring the Agreement into effect, the Crown, acting through the Governor in Council, uses its prerogative power to make an order instructing the Minister of Foreign Affairs to issue an instrument of ratification. In turn, the Minister of Foreign Affairs complies with that order.

[34] In principle, exercises of pure Crown prerogative, such as the Governor in Council's exercise of power in this case, can be judicially reviewed: *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374, [1984] 3 All E.R. 935 (H.L.). However, in Canada, in the case of the federal Crown prerogative, the question is where that review can take place. Do the Federal Courts have the power under the *Federal Courts Act* to review exercises of pure Crown prerogative? If not, provincial superior courts have that power by default because of their inherent jurisdiction.

[35] The only appellate authority in Canada on this question is *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215, 199 D.L.R. (4th) 228 (C.A.). And that authority suggests that the Federal Courts do not have the power under the *Federal Courts Act* to review exercises of pure Crown prerogative. If *Black* is still good law, the appellant should not have gone to the Federal Courts to restrain or challenge the Governor in Council's exercise of pure Crown prerogative – here, its power to sign the Agreement and cause it to come into effect.

(2) Analysis of the jurisdictional issue

[36] In their memoranda of fact and law submitted prior to this appeal, the parties did not address the jurisdiction of the Federal Courts to entertain this matter. Both assumed that the Federal Courts had jurisdiction.

[37] In response to questioning at the hearing of this appeal, both agreed that the Federal Courts had jurisdiction. However, both, understandably, were not fully prepared to address the authority of *Black*, a case neither had cited in its memorandum.

[38] Regardless of the parties' agreement that this Court has jurisdiction, this Court cannot proceed unless it is persuaded that it has jurisdiction. Therefore, at the hearing of this appeal, we heard full argument on the merits of the appeal but we also asked the parties to make further written submissions on the issue of jurisdiction.

[39] The parties have done so, and the Court has received and considered the parties submissions. The Court thanks the parties for their thorough, helpful submissions.

[40] As evident from the preliminary discussion, above, the jurisdiction of this Court turns upon two provisions of the *Federal Courts Act*, subsections 2(1) and 18.1(3). Subsection 18.1(3) provides as follows:

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

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

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

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

[41] As can be seen, the Federal Courts can only exercise these powers if they are reviewing a

“federal board, commission or other tribunal.” Subsection 2(1) defines that term:

2. (1) In this Act,

“federal board, commission or other tribunal” means any body, person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

« office fédéral » Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une

Crown...

prérogative royale...

[42] Above, I noted that the making of an order by the Governor in Council authorizing the Minister of Foreign Affairs to issue an instrument of ratification is one founded upon the Crown prerogative and nothing else. When federal officials act purely under the federal Crown prerogative and nothing else, are they exercising a power “conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown” within the meaning of subsection 2(1) of the *Federal Courts Act*?

[43] *Black, supra* arose from the British government’s nomination of Black, then a Canadian citizen, for a peerage. Acting under the Canadian Crown prerogative relating to the bestowal of honours, the then Prime Minister of Canada advised the Queen to block the peerage, advising that it was against Canadian law. As a result, Black did not become a peer. In the Ontario Superior Court of Justice, Black brought an action for damages against the Prime Minister, alleging that the Prime Minister wrongly interfered with the Queen and blocked his peerage.

[44] In *Black*, all agreed that the Federal Courts and provincial superior courts had concurrent jurisdiction over actions against the federal Crown and its servants: *Federal Courts Act, supra*, subsection 17(1). However, Canada, seeking to strike out Black’s action, argued that the action was really a review of a “federal board, commission or other tribunal” within the meaning of subsection 2(1) of the *Federal Court Act*. Under subsection 18(1) of the *Federal Court Act*, the Federal Court alone has jurisdiction to conduct such a review. Therefore, said Canada, Black was barred from bringing his proceeding anywhere but the Federal Court.

[45] The Court of Appeal for Ontario disagreed, adopting a purely textual approach to subsection 2(1) of the *Federal Courts Act*. It held (at paragraphs 69-76) that the Prime Minister's actions were an exercise of the pure prerogative power of the Crown relating to honours. In its view, subsection 2(1) does not empower the Federal Courts to review exercises of pure prerogative power. It only authorizes reviews of conduct under an "order made pursuant to a prerogative of the Crown." As there was no order under which the Prime Minister was acting, the Federal Courts could not entertain the matter. Only the Ontario Court system with its inherent jurisdiction could.

[46] Today, on the facts of *Black*, it might not have been necessary for the Court of Appeal for Ontario to consider the definition of "federal board, commission or other tribunal" and define it as narrowly as it did. We now know that in certain circumstances, an action against the federal Crown may be brought in a provincial superior court even where the conduct of a "federal board, commission or other tribunal" is bound up in it in some way: *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585. Through today's lens, the Ontario Courts may well have had jurisdiction over Black's action even though the conduct of the Prime Minister was very much part of it. I would distinguish *Black* on that basis.

[47] However, it is important to clarify matters of jurisdiction where possible and ensure that the law on such a fundamental point is clear: *Steel v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 153, [2011] 1 F.C. 143 at paragraphs 62-73. In my view, certain jurisprudential developments have overtaken the reasoning of the Court of Appeal in *Black*. Its conclusion that the Federal Courts cannot review exercises of federal Crown prerogative power can stand no longer.

[48] The Supreme Court of Canada has emphasized that in interpreting legislative provisions one must look at the text, context and purpose of the provision: *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27, 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559. In a case postdating *Black*, the Supreme Court has emphasized that while the text of the provision may predominate in the analysis, the analysis cannot stop with the text as it did in *Black*. Instead, one must go on to examine the context of that text in the wider statute and its purpose: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601.

[49] I begin with the text. I agree that the text of subsection 2(1) of the *Federal Courts Act* can be construed in the manner done by the Court of Appeal in *Black*. However, it can also be construed in a manner that supports the jurisdiction of the Federal Courts to review pure exercises of federal Crown prerogative.

[50] As mentioned above, the issue in this case is whether federal officials exercising a pure prerogative power are exercising a power “conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown” within the meaning of subsection 2(1) of the *Federal Courts Act*. The answer is yes if we construe subsection 2(1) as allowing reviews of powers “conferred...by...a prerogative of the Crown.” The rival interpretation of subsection 2(1), adopted in *Black*, is that “by or under” modifies “an order” and so unless an official is acting under an order made under the prerogative, this Court does not have jurisdiction.

[51] Either reading of the text of subsection 2(1) is plausible. So to decide the matter, we must consider the context of subsection 2(1) and its purpose.

[52] Parliament intended to grant to the Federal Courts general administrative, supervisory jurisdiction over all federal decision makers: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, 157 D.L.R. (4th) 385 at paragraph 36; *M.N.R. v. Derakhshani*, 2009 FCA 190, 400 N.R. 311 at paragraphs 10-11. Parliament established the Federal Courts under the *Federal Courts Act* to supervise federal administrative decision-makers to ensure consistency across the country: *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465 at page 481 (C.A.); *Canada v. Tremblay*, 2004 FCA 172, [2004] 4 F.C. 165 at paragraph 10 (C.A.).

[53] It is true that provincial superior courts have inherent jurisdiction. But, as the Supreme Court has held, “[t]he doctrine of inherent jurisdiction raises no valid reasons, constitutional or otherwise, for jealously protecting the jurisdiction of provincial superior courts as against the Federal Court.” Nor does it justify reading “statutes which purport to grant jurisdiction to [the Federal Court]...narrowly so as to protect the jurisdiction of the superior court”: *Canadian Liberty Net, supra* at paragraphs 32 and 34. The Supreme Court has also emphasized that gaps should not be found in the *Federal Courts Act* unless the “words clearly created them”: *Canadian Liberty Net, supra* at paragraph 34. Given these authoritative statements from the Supreme Court, unless there are clear words to the contrary, the text of the *Federal Courts Act* must be interpreted to achieve its purposes.

[54] An interpretation that the Federal Court has the power to review federal exercises of pure prerogative power is consistent with the Parliament's aim to have the Federal Courts review all federal administrative decisions. The contrary interpretation would carve out from the Federal Courts a wide swath of administrative decisions that stem from the federal prerogative, some of which can have large national impact: for a list of the federal prerogative powers, see Peter W. Hogg, Q.C., *et al.*, *Liability of the Crown*, *supra* at pages 23-24 and S. Payne, "The Royal Prerogative" in M. Sunkin and S. Payne, eds., *The Nature of the Crown: A Legal and Political Analysis* (Oxford: Oxford University Press, 1999).

[55] One must also appreciate the wider context surrounding the nature of the federal Crown prerogative. It can be exercised through a variety of instruments and means: A. Berriedale Keith, *The King and the Imperial Crown* (London: Longmans, Green and Co., 1936) at page 68. The particular language used in section 2 of the *Federal Courts Act* to capture the exercise of the prerogative can be explained as merely an attempt to mirror the way that the prerogative is habitually or commonly understood to be exercised, *i.e.*, by officials acting under an order made under the prerogative. Or it can be interpreted in the manner I have done in paragraph 49, above or in the manner done by the Federal Court in *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 727, [2007] 2 F.C. 218.

[56] The contrary interpretation – an interpretation that hives off exercises of federal prerogative power from exercises of powers under orders made by or under the prerogative power – is a technical distinction that serves only to trap the unwary and obstruct access to justice. In *TeleZone*, *supra*, a case postdating *Black*, the Supreme Court underscored (at

paragraphs 18-19 and 32) the need to interpret these provisions with a view to avoiding these concerns.

[57] In the case at bar, these concerns are very much in play. If the contrary interpretation is adopted, the Governor in Council's making of the order in this case authorizing the Minister to issue the instrument of ratification – a pure exercise of prerogative power – would have to be reviewed in the provincial superior courts. But the Minister's issuance of the instrument of ratification in this case – an exercise of power “by or under an order made under the prerogative” under subsection 2(1) of the *Federal Courts Act* – would have to be reviewed under this Court's exclusive jurisdiction under subsection 18 (1) of the *Federal Courts Act*. There would have to be two separate proceedings in two separate courts, with every potential for unnecessary expense, delay, confusion and inconsistency.

[58] In light of the foregoing, I conclude that the Federal Courts can review exercises of jurisdiction or power rooted solely in the federal Crown prerogative.

(3) The justiciability issue

[59] In the course of its written submissions on this Court's jurisdiction, Canada says that if exercises of pure federal Crown prerogative are potentially reviewable, then this Court still cannot consider them. The subject-matter, being policy-oriented and concerned with foreign relations, is not justiciable, *i.e.*, it is not appropriately reviewable in a court of law.

[60] In support of this, Canada submits that exercises of pure federal Crown prerogative are reviewable only where Charter rights are in issue. They cite *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44 at paragraphs 36-37 and *Operation Dismantle Inc. v. Canada*, [1985] 1 S.C.R. 441, 18 D.L.R. (4th) 481.

[61] It is true that these cases do stand for the narrow proposition that Charter cases are justiciable regardless of the nature of the government action, be it an exercise of the Crown prerogative or otherwise. But these cases do not stand for the broad proposition that all other exercises of the Crown prerogative are not justiciable. In fact, as I shall demonstrate, some are.

[62] Justiciability, sometimes called the “political questions objection,” concerns the appropriateness and ability of a court to deal with an issue before it. Some questions are so political that courts are incapable or unsuited to deal with them, or should not deal with them in light of the time-honoured demarcation of powers between the courts and the other branches of government.

[63] Whether the question before the Court is justiciable bears no relation to the source of the government power: *R. v. Ministry of Defence, ex parte Smith*, [1995] 4 All E.R. 427, aff'd [1996] Q.B. 517, [1996] 1 All E.R. 257 (C.A.). For some time now, it has been accepted that for the purposes of judicial review there is no principled distinction between legislative sources of power and prerogative sources of power: *Council of Civil Service Unions, supra*. I agree with the following passage from Lord Roskill’s speech in that case (at page 417 A.C.):

If the executive in pursuance of the statutory power does an act affecting the rights of the citizen, it is beyond question that in principle the manner of the

exercise of that power may be challenged on one or more...grounds.... If the executive instead of acting under a statutory power acts under a prerogative power...I am unable to see...that there is any logical reason why the fact that the source of the power is the prerogative and not statute should deprive the citizen of that right of challenge to the manner of its exercise which he would possess were the source of the power statutory. In either case the act in question is the act of the executive.

[64] I also agree with the Court of Appeal for Ontario in *Black, supra* at paragraph 44 that “the source of the power – statute or prerogative – should not determine whether the action complained of is reviewable.”

[65] So what is or is not justiciable?

[66] In judicial review, courts are in the business of enforcing the rule of law, one aspect of which is “executive accountability to legal authority” and protecting “individuals from arbitrary [executive] action”: *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, 161 D.L.R. (4th) 385 at paragraph 70. Usually when a judicial review of executive action is brought, the courts are institutionally capable of assessing whether or not the executive has acted reasonably, *i.e.*, within a range of acceptability and defensibility, and that assessment is the proper role of the courts within the constitutional separation of powers: *Crevier v. A.G. (Québec) et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, 127 D.L.R. (3d) 1; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. In rare cases, however, exercises of executive power are suffused with ideological, political, cultural, social, moral and historical concerns of a sort not at all amenable to the judicial process or suitable for judicial analysis. In those rare cases, assessing whether the executive has acted within a range of acceptability and defensibility is beyond the courts’ ken or capability, taking courts beyond their proper role within the separation of powers. For example, it is hard to

conceive of a court reviewing in wartime a general's strategic decision to deploy military forces in a particular way. See generally *Operation Dismantle*, *supra* at pages 459-460 and 465; *Canada (Auditor General)*, [1989] 2 S.C.R. 49 at pages 90-91; *Reference Re Canada Assistance Plan*, [1991] 2 S.C.R. 525 at page 545; *Black*, *supra* at paragraphs 50-51.

[67] These cases show that the category of non-justiciable cases is very small. Even in judicial reviews of subordinate legislation motivated by economic considerations and other difficult public interest concerns, courts will still assess the acceptability and defensibility of government decision-making, often granting the decision-maker a very large margin of appreciation. For that reason, it is often said that in such cases an applicant must establish an "egregious" case: see, *e.g.*, *Thorne's Hardware v. Canada*, [1983] 1 S.C.R. 106 at page 111, 143 D.L.R. (3d) 577; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810 at paragraph 28. But the matter is still justiciable.

[68] There are authorities suggesting that executive decisions to sign a treaty, without more, are not justiciable: see, *e.g.*, *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, Ex. P. Everett*, [1989] 1 All E.R. 655 at page 690, [1989] Q.B. 811, cited in *Black*, *supra* at paragraph 52. This makes sense, as the factors underlying a decision to sign a treaty are beyond the courts' ken or capability to assess, and any assessment of them would take courts beyond their proper role within the separation of powers.

[69] But here the gist of the appellant's challenge is different. It alleges that, regardless of the factors prompting the Agreement, the decision of the executive to bring the Agreement into

effect would be unacceptable and indefensible because the appellant has enforceable legal rights to be consulted before that happens. In this case, acceptability and defensibility turns on whether or not the appellant has those legal rights.

[70] Assessing whether or not legal rights exist on the facts of a case lies at the core of what courts do. Under the constitutional separation of powers, determining this is squarely within our province. Canada's justiciability objection has no merit.

(4) The standard of review in this Court

[71] At the outset, we must assess the true or real nature of the appellant's application:
Canada (National Revenue) v. JP Morgan Asset Management (Canada) Inc., 2013 FCA 250,
[2014] DTC 5001 at paragraph 50.

[72] In reality, the appellant's request for a declaration arises in the context of a decision made by the Government of Canada. The Government of Canada decided, implicitly or explicitly in the face of the appellant's stated position, that it could bring the Agreement into effect without consulting with the appellant or other Aboriginal peoples. Through the use of a declaration, the appellant seeks to invalidate that decision. The appellant also seeks an order restraining Canada from taking steps that would bring the Agreement into effect.

[73] I need not consider whether the standard of review of the decision is correctness or reasonableness. If the standard of review is reasonableness, the only acceptable and defensible

outcome available to the Government of Canada in this case is compliance with the law concerning the duty of consultation. The question before us is a binary one. Either there is a duty or there is not, and since Canada did not consult, Canada's decision either stands or falls on that question alone.

[74] As will be evident from the discussion below, in the course of its reasons, the Federal Court made certain findings heavily suffused by its appreciation of the evidence. In this Court, what standard of review applies to those sorts of findings?

[75] *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2013] 2 S.C.R. 559, 2013 SCC 36 at paragraph 46 stands for the proposition that we are to stand in the shoes and consider whether the Federal Court properly applied the standard of review. I do not believe that this allows us to substitute our factual findings for those made by the Federal Court.

[76] In my view, as is the case in all areas of appellate review, absent some extricable legal principle, we are to defer to findings that are heavily suffused by the first instance court's appreciation of the evidence, not second-guess them. Only palpable and overriding error can vitiate such findings. In the context of the existence of Aboriginal title, the Supreme Court held to similar effect in *Tsilhqot'in Nation*, *supra* at paragraph 52.

[77] In other words, in this case, absent legal error, deference is owed to the Federal Court's largely factual findings described above in paragraphs 13-15 and 18-22.

[78] However, in this case, nothing turns on this. As is evident from some of the discussion below, had I been in the Federal Court's position I would have made the same factual findings.

(5) Was a duty to consult triggered?

[79] The parties agree that the Federal Court identified the correct law concerning what triggers the duty to consult and, if necessary, accommodate Aboriginal rights and title which have been asserted but not yet proven. That law is found in *Rio Tinto*, *Mikisew*, and *Haida Nation*, all *supra*.

[80] As mentioned above, while this matter was under reserve the Supreme Court of Canada released *Tsilhqot'in Nation*, *supra*. We asked for further submissions. Having considered those submissions, I conclude that *Tsilhqot'in Nation* has not changed the law concerning when Canada's duty to consult is triggered. Indeed, it confirms that *Rio Tinto*, *Mikisew*, and *Haida*, all *supra*, still set out the correct law on this point: see *Tsilhqot'in Nation* at paragraphs 78, 80 and 89.

[81] Of the three cases, *Rio Tinto* comes later and incorporates the earlier holdings in *Mikisew* and *Haida* concerning the duty to consult. In *Rio Tinto*, the Supreme Court set out specific elements that must be present to trigger the duty to consult. However, it also set out certain aims the duty is meant to fulfil. These aims are best kept front of mind when assessing whether the specific elements are present.

[82] The Supreme Court identified two aims the duty to consult is meant to further. First is “the need to protect Aboriginal rights and to preserve the future use of the resources claimed by Aboriginal peoples while balancing countervailing Crown interests”: *Rio Tinto, supra* at paragraph 50. Second is the need to “recognize that actions affecting unproven Aboriginal title or rights or Agreement rights can have irreversible [adverse] effects that are not in keeping with the honour of the Crown”: *Rio Tinto, supra* at paragraph 46.

[83] This last-mentioned idea – that the duty is aimed at preventing a present, real possibility of harm caused by dishonourable conduct that cannot be addressed later – is key:

The Crown, acting honourably, cannot cavalierly run roughshod over Aboriginal interests where claims affecting these interests are being seriously pursued in the process of [Agreement] negotiation and proof. It must respect these potential, but yet unproven, interests. The Crown is not rendered impotent. It may continue to manage the resource in question pending claims resolution. But, depending on the circumstances, discussed more fully below, the honour of the Crown may require it to consult with and reasonably accommodate Aboriginal interests pending resolution of the claim. To unilaterally exploit a claimed resource during the process of proving and resolving the Aboriginal claim to that resource, may be to deprive the Aboriginal claimants of some or all of the benefit of the resource. That is not honourable.

(*Haida, supra* at paragraph 27.)

[84] Given those aims, the Supreme Court in *Rio Tinto, supra* at paragraphs 40-50 has told us three elements must be present for the duty to consult to be triggered:

- a “real or constructive knowledge of [an Aboriginal] claim to the resource or land to which it attaches” (at paragraph 40);

- “Crown conduct or a Crown decision that engages a potential Aboriginal right,” meaning conduct even at the level of “strategic, higher level decisions” (at paragraph 44) that “may adversely impact on the claim or right in question” (at paragraph 42) or create a “potential for adverse impact” (at paragraph 44);
- a “possibility that the Crown conduct may affect the Aboriginal claim or right” in the sense of “a causal relationship between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on pending Aboriginal claims or rights” (at paragraph 45).

[85] Both before the Federal Court and in this Court, the central issue was whether the third of these requirements – a causal relationship between the Crown conduct and potential adverse impacts on pending Aboriginal claims or rights – was met. The degree of causal relationship and whether it has been met in this case lies at the core of the debate between the parties.

[86] On this, the parties agree that the Federal Court accurately identified the law concerning the degree or quality of causal relationship that must be present in order to trigger a duty to consult. That law is found, once again, in *Rio Tinto*, *supra* and contains two elements:

- The focus of the analysis must be the effect caused by the Crown conduct on Aboriginal rights or the exercise of rights (at paragraph 46). A general “adverse impact” or an effect caused on matters divorced from rights, such as “a First Nation’s future negotiating position,” is irrelevant (at paragraphs 46 and 50);

- While a “generous, purposive approach [must] be taken,” the effect on rights must be one of “appreciable adverse effect.” While “possible” impacts can qualify, those that are “[m]ere[ly] speculative...will not suffice” (at paragraph 46).

[87] As mentioned, the Federal Court identified and stated all of this law. What the appellant raises in this appeal is whether the Federal Court applied this law correctly to the facts of this case.

[88] On the facts, the Federal Court concluded that the potential adverse effects the Agreement may have upon the appellant’s Aboriginal rights are “non-appreciable” and “speculative” and so a duty to consult with the appellant does not arise. Put another way, the appellant had not demonstrated a causal relationship between the Agreement and potential adverse impacts on asserted Aboriginal claims or rights.

[89] As will be evident from the discussion below, in this Court the appellant has not shown any palpable and overriding error in how the Federal Court applied the law to the facts of this case or in its fact-finding. In any event, I agree with the Federal Court’s factually suffused conclusions.

[90] In this Court, the appellant submits that the Federal Court’s conclusion that the Agreement’s effects were “speculative” was primarily based on its view of the content of obligations assumed by Canada under the Agreement. But, the appellant says, that was based on the Federal Court’s fundamental misapprehension of the evidence before it about those

obligations. The Federal Court stated that the appellant had failed to lead enough persuasive evidence about the consequences of other foreign investment promotion and protection agreements that would shed light on Canada's obligations under the Agreement. In fact, says the appellant, those other agreements and their consequences were before the Court. The Federal Court's error in overlooking these was a palpable and overriding error.

[91] The problem with the appellant's submission is that notwithstanding the existence of other agreements, there is no evidence deserving of sufficient weight that these agreements are causing or might cause Canada to make decisions that are contrary to law. In particular, there is no evidence that those agreements are causing Canada to make decisions that do not respect Aboriginal rights.

[92] It bears noting that, as the Federal Court found (at paragraphs 87, 133(f) and 144), the Agreement does not contravene or contradict any domestic law at either the federal or sub-national government level, does not change the way in which the appellant could exercise its rights under a future treaty, or give arbitral tribunals the power to invalidate any measures that may be adopted by the appellant or by Canada in the future to protect the appellant's asserted Aboriginal rights: see also paragraph 20, above. There is no basis to interfere with these factual findings.

[93] The appellant also submits that the Federal Court applied the wrong legal test when it held that the adverse effects identified by the appellant were too "speculative," insignificant and "non-appreciable" to trigger the duty to consult. The appellant suggests that the threshold to

trigger the duty to consult is “very low” – even quite insignificant effects on asserted rights or title can suffice.

[94] The appellant adds that the Federal Court overlooked a “chilling effect” that will arise when the Agreement takes effect. It says that the Agreement inhibits Canada’s ability or willingness to take steps to regulate or prevent the use of lands and resources by Chinese investors that are the subject of the appellant’s rights and title claims. The appellant suggests that Canada will fear the monetary awards imposed for non-compliance under the Agreement and will exercise its regulatory and other powers less aggressively.

[95] The appellant adds that the Federal Court wrongly required the appellant to provide actual evidence of a chilling effect as opposed to reliance on “logic and common sense” to make inferences from known facts. The appellant notes that a chilling effect is not susceptible to easy proof.

[96] At the root of this allegation of chilling effect is a speculation that Canada will not want to incur an adverse monetary award so it would likely avoid taking action barred by the Agreement that would prevent infringements of Aboriginal rights. In effect, the speculation is that when push comes to a shove Canada will subordinate Aboriginal rights to its desire to avoid economic penalties under the Agreement.

[97] The appellant calls this logic and common sense. It is actually pure guesswork. We cannot assume that there will be a collision between protecting Aboriginal rights and a monetary

award under the Agreement, nor can we assume that Canada will prioritize the latter over the former; indeed we cannot assume that that will happen even once: *Gitxaala National v. Canada*, 2012 FC 1336, 421 F.T.R. 169 at paragraph 54. We have no idea whether the two will ever clash.

[98] On the information in this record, it is equally possible to assume that Canada will prioritize the protection of rights over economic penalties. Government priorities can shift over time according to the circumstances, can shift in accordance with the particular decision to be made, and can shift in accordance with popular opinion and electoral results that express that opinion. And sometimes governments affirm rights regardless of the financial cost or public opinion. At this time, we can only guess as to what will happen under the Agreement and what decisions or events will arise, or whether there will ever be any decisions or events requiring response. And, as we shall see, after the Agreement comes into effect, if any actual non-speculative effects on the appellant's rights appear on the horizon and become possible, the appellant will have many opportunities to protect its rights fully and prevent any harm, especially irreversible harm.

[99] Until there is at least a prospect of a decision or event prompted by the Agreement and until we know the nature of that decision or event, we cannot say with any degree of confidence or estimate any possibility that there will be a collision between protecting Aboriginal rights and a monetary award under the Agreement. If a decision or an event prompted by an agreement affecting Aboriginal rights were in prospect, a duty to consult might then arise depending on whether it causes a possibility of harm. But nothing is in prospect at this time, nothing can be defined, nor can we even say that anything problematic might ever arise. At this time, all we can

do is imagine decisions or events and impacts from them that might or might not happen as a result of the Agreement. However, the duty to consult is triggered not by imaginings but by tangibilities.

[100] Indeed, the evidence we do have at this time – evidence of what has happened under other foreign investment promotion and protection agreements – suggests that concerns arising from these agreements have not arisen: see the Federal Court’s reasons at paragraphs 133(a), (c) and (d) and paragraph 69 of the main affidavit Canada has adduced. There is no evidence to suggest that these agreements have impaired the ability of any level of government to protect Aboriginal rights and interests, or the rights and interests themselves, whenever the need arises.

[101] Before us, the appellant emphasized that there is a difference between “possibilities” and “speculations” and that while the Supreme Court said the duty to consult does not arise in the case of the latter, it does in the case of the former. The mere possibility of harm is enough.

[102] The appellant is right to draw this distinction to our attention. And in some cases the line between the two might be a fine one. However, the aims behind the recognition of the duty can assist us in drawing the line. To reiterate, they are to protect Aboriginal rights from injury, to protect against irreversible effects and to preserve the future use of the resources claimed by Aboriginal peoples while balancing countervailing Crown interests: see paragraphs 82-83 above. An impact that is, at best, indirect, that may or may not happen at all (such that we cannot estimate any sort of probability), and that can be fully addressed later is one that falls on the

speculative side of the line, the side that does not trigger the duty to consult. As the Federal Court found on the facts, this case falls on that side of the line.

[103] Once the Agreement comes into effect, it may be expected to increase Chinese investment into Canada. It may be that some of that new investment finds its way into resource development companies. Might those companies eye resources on Aboriginal lands or lands claimed by Aboriginal peoples for development? Maybe. Or maybe not. We just don't know.

[104] But what we do know is that upon the concrete possibility of that development and certainly by the time of application for development permits and approvals by those companies from governments and their agencies, Aboriginal peoples will have access, if necessary, to administrative decision-makers and the Courts for protection. That protection may be by way of application for interim or permanent injunctive relief, prohibition, *certiorari* or, if Canada is somehow not involved and should be, *mandamus*. In these ways, an aggrieved party may allege, with evidence in support, among other things that Canada is improperly prioritizing the risk of a monetary award under the Agreement over Aboriginal rights and interests. The jurisprudence of this Court on direct standing to bring a judicial review is liberal enough to fully protect those concerned about non-speculative effects on their legal rights or practical interests: *League for Human Rights of B'Nai Brith Canada v. Odynsky*, 2010 FCA 307, 409 N.R. 298 at paragraphs 57-58.

[105] Bearing in mind the aims the duty to consult is meant to fulfil, I cannot say that imposing a duty to consult in this case would further those aims at all. There is no apprehended, evidence-

based potential or possible impact on Aboriginal rights. The imposition of a duty here is not necessary to preserve the future use of the resources claimed by Aboriginal peoples. Any adverse impact on rights stemming from the Agreement, if any, can be addressed later when they rise beyond the speculative and trigger the duty to consult. The appellants have failed to show that anything will be evasive of review before any harm is caused, if ever it is caused.

[106] The appellant further submits that Canada's obligations under the Agreement will last for at least thirty years and cannot be set aside by any government or Canadian court during that period. The Agreement "cannot be undone." That is so, but it adds nothing to the analysis. Until there is a non-speculative impact on rights of the sort I have described above – if there ever is one – a duty to consult simply does not arise.

[107] Next, the appellant says that the Federal Court failed to address one of its arguments. It argued that Canada, by agreeing to be bound by the obligations in the Agreement, has also agreed to ensure that the appellant's exercise of its rights of self-government would be constrained by those same obligations.

[108] I do not accept that Canada has agreed to ensure that the appellant's exercise of whatever rights of self-government it has will be constrained by the provisions of the Agreement. Nothing in the Agreement suggests that, nor is there anything that suggests that result. There is no evidence on this record to suggest any possible impact on rights to self-government.

[109] Again, to the extent that a decision is made or a power is exercised that affects any rights of self-government the appellant has, the appellant will have its legal recourses. Again, a decision in prospect might trigger a duty to consult, but here we have no idea what events or decisions might follow as a result of the Agreement, or even whether any events or decisions might ever be in prospect, let alone whether the appellant's asserted self-government rights might be affected by those events or decisions.

[110] The appellant submits that the Federal Court wrongly required evidence of the presence of investors on its traditional territory with rights under the Agreement and that measures were being contemplated that would impact on those rights.

[111] I do not read the Federal Court's decision so narrowly. The Federal Court was alive to broader impacts said by the appellant to trigger the duty to consult. Those broader impacts, as I have said above and as the Federal Court has found, are speculative at this time.

[112] In the Federal Court and in this Court, the appellant submitted that the Agreement would prevent Canada from enacting a moratorium on resource development, something that would respect the rights of Aboriginal peoples. But as the Federal Court noted (at paragraph 131), that submission relies on layers of speculations or assumptions, conjectures and guesswork, not evidence. Among other things, there was no evidence that Canada is considering or would ever consider, let alone implement such a moratorium, that such a moratorium might adversely impact a potential Chinese investment in the appellant's territory, that the moratorium would be found

by an arbitral tribunal to contravene the Agreement, and that Canada would not retain sufficient policy flexibility to prevent impacts upon the appellant.

[113] The appellant cites several cases showing that high-level management decisions or structural changes can trigger a duty to consult: *Huu-Ay-Aht First Nation v The Minister of Forests*, 2005 BCSC 697, 33 Admin. L.R. (4th) 123; *Dene Tha' First Nation v Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354, 303 F.T.R. 106; *Kwicksutaineuk Ah-Kwa-Mish First Nation v Canada (Attorney General)*, 2012 FC 517, 409 F.T.R. 87; *Squamish Indian Band v British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, 2004 BCSC 1320, 34 B.C.L.R. (4th) 280.

[114] I agree that high-level management decisions or structural changes can trigger a duty to consult, but only where the legal test is met. The cases the appellant cites are distinguishable. I agree with the Federal Court's observation (at paragraph 78) that the Crown conduct in those cases "directly concern[ed] the applicant First Nation's claimed territories or the resources situated upon those territories." In each case, there was, in the words of *Rio Tinto, supra* at paragraph 45, "a causal relationship between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on pending Aboriginal claims or rights." I agree with the Federal Court's assessment that the case before us is different (at paragraph 78):

They are all distinguishable from the ratification of the [Agreement], because the [Agreement] does not address any specific lands, potential projects involving specific lands, or specific resources. It is simply a broad, national, framework agreement that provides additional legal protections to Chinese investors in Canada, and Canadian investors in China, which parallel the rights provided in several existing investment protection and trade agreements to which Canada is already a party.

[115] Overall, I believe that at the root of all of the appellant's submissions is its definition of "speculative," a definition that cannot be accepted.

[116] The appellant defines "speculative" as situations where "there is no reasonable basis to conclude that an impact might occur." Applying that definition in this case, the appellant says that there is a reasonable basis for concluding that an impact caused by the Agreement might occur.

[117] What is missing from the appellant's definition of "speculative" is the idea of assumption, conjecture or guesswork. A conclusion is not speculative when it is reached by way of a chain of reasoning all of whose links are proven facts and inferences, joined together by logic. A conclusion is speculative when it is reached by way of a chain of reasoning where one or more of the links are assumptions, conjectures or guesses or where assumptions, conjectures or guesses are needed to join them.

[118] Assuming the Agreement is successful in achieving its objectives, it is true that there will be more investment in Canada from the People's Republic of China. But more investment in Canada does not necessarily lead to the conclusion that the appellant's Aboriginal rights will be affected. The appellant's case founders on that break in the chain of reasoning, a break that can only be repaired by resort to assumptions, conjectures or guesses. In short, the appellant has failed to show, in the words of *Rio Tinto* at paragraph 45, "a causal relationship between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on [its] pending Aboriginal claims or rights" that rises above the speculative.

[119] If the appellant’s definition of “speculative” were accepted, then just about every decision or action by governments would trigger the duty to consult. Governments announce high-level policies all the time. For example, often measures are proposed to encourage Canadians and others to invest in Canadian businesses and developments, just like the Agreement before us. Does the duty to consult arise every time the government intends to announce measures of that sort?

[120] Taken to its extreme, the appellant’s position would require the Minister of Finance – before the annual budget speech in the House of Commons, on every measure in it that might possibly affect the investment and development climate – to consult with every First Nation, large or small, whose claimed lands might conceivably or imaginatively be affected, no matter how remotely, no matter how insignificantly. Such a tenuous triggering and aggressive application of the duty to consult would undercut one of its aims, namely respect for “countervailing Crown interests” – in this example, the Crown’s interest in workable governance: *Rio Tinto, supra* at paragraph 50.

[121] Finally, just before this Court’s judgment in this matter was released, the appellant drew to our attention the recent decision of the Federal Court in *Mikisew Cree Nation v. The Governor General in Council et al.*, 2014 FC 1244, a decision not binding upon us. I see no need for further submissions from the parties on this new authority. In *Mikisew*, the Federal Court noted (at paragraph 93) that the possible or “potential existence” of a harm is sufficient to trigger the duty to consult, a legal proposition supported by Supreme Court case law (see paragraph 86, above). On the particular facts of *Mikisew*, the Federal Court found a possible effect that went

beyond the appreciable and the speculative. For the reasons above, and as found by the Federal Court in this case, the appellant has failed to show on the facts a causal link between the Agreement and any possible harm, let alone any harm that rises above the appreciable and speculative.

[122] Therefore, there are no grounds to set aside the judgment of the Federal Court.

D. Proposed disposition

[123] Therefore, for the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs. I wish to thank the parties for their helpful submissions.

"David Stratas"

J.A.

"I agree
M. Nadon J.A."

"I agree
A.F. Scott J.A."

FEDERAL COURT OF APPEAL

NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: A-324-13

**APPEAL FROM A JUDGMENT OF THE HONOURABLE CHIEF JUSTICE
CRAMPTON DATED AUGUST 26, 2013, NO. T-153-13**

STYLE OF CAUSE: HUPACASATH FIRST NATION v.
THE MINISTER OF FOREIGN
AFFAIRS CANADA AND THE
ATTORNEY GENERAL OF
CANADA

PLACE OF HEARING: VANCOUVER, BRITISH
COLUMBIA

DATE OF HEARING: JUNE 10, 2014

REASONS FOR JUDGMENT BY: STRATAS J.A.

CONCURRED IN BY: NADON J.A.
SCOTT J.A.

DATED: JANUARY 9, 2015

APPEARANCES:

Mark G. Underhill FOR THE APPELLANT
Catherine J. Boies Parker

Lorne Lachance FOR THE RESPONDENTS
Mara Tessier
Shane Spelliscy

SOLICITORS OF RECORD:

Underhill, Boies Parker Law Corp Inc. FOR THE APPELLANT
Vancouver, British Columbia

William F. Pentney
Deputy Attorney General of Canada

FOR THE RESPONDENTS

The Ontario English Catholic Teachers' Association, Marshall Jarvis, Claire Ross and Annemarie Ross *Appellants*

v.

The Attorney General for Ontario *Respondent*

and between

The Ontario Public School Boards' Association, the Toronto District School Board, the Ontario Secondary School Teachers' Federation, the Elementary Teachers' Federation of Ontario, Joleene Kemp, David Edwards and Robert Churchill *Appellants*

v.

The Attorney General for Ontario *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Ontario Catholic School Trustees' Association, the Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques, the Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario, the Alberta Catholic School Trustees' Association, the Board of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9, Dwayne Berlando, the Boards of Education of the Regina School Division No. 4, Saskatchewan Rivers School Division No. 119, Swift Current School Division No. 94, Weyburn School Division No. 97, Yorkton School Division No. 93, Moose Jaw School Division No. 1, Saskatoon School Division No. 13, Estevan

Ontario English Catholic Teachers' Association, Marshall Jarvis, Claire Ross et Annemarie Ross *Appellants*

c.

Procureur général de l'Ontario *Intimé*

et entre

Ontario Public School Boards' Association, Toronto District School Board, Fédération des enseignants-enseignantes des écoles secondaires de l'Ontario, Fédération des enseignantes et enseignants de l'élémentaire de l'Ontario, Joleene Kemp, David Edwards et Robert Churchill *Appellants*

c.

Procureur général de l'Ontario *Intimé*

et

Procureur général du Québec, Procureur général du Manitoba, Procureur général de la Colombie-Britannique, Procureur général de l'Alberta, Ontario Catholic School Trustees' Association, Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques, Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario, Alberta Catholic School Trustees' Association, Board of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9, Dwayne Berlando, Boards of Education of the Regina School Division No. 4, Saskatchewan Rivers School Division No. 119, Swift Current School Division No. 94, Weyburn School Division No. 97, Yorkton School Division No. 93, Moose Jaw School Division No. 1, Saskatoon School Division No. 13, Estevan School Division No. 95, Public School

School Division No. 95, the Public School Boards' Association of Alberta, the Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 and Cathryn Staring Parrish *Interveniers*

INDEXED AS: ONTARIO ENGLISH CATHOLIC TEACHERS' ASSN. v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2001 SCC 15.

File No.: 27363.

2000: November 8; 2001: March 8.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Education — Funding — School boards — Right to financial management and control — Right to tax — Provincial legislation creating new governance and funding model for all school boards in Ontario — Legislation authorizing Minister of Finance to make regulations prescribing tax rates for school purposes — Legislation also providing for supervision of school boards' financial affairs by Minister of Education and Training and for take over of a board's financial control under certain conditions — Whether legislation prejudicially affecting any protected denominational rights guaranteed by s. 93 of Constitution Act, 1867 — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, Divisions B, D and F — Education Quality Improvement Act, 1997, S.O. 1997, c. 31.

Constitutional law — Conventions — Education — Funding — Public school boards — Property taxes — Provincial legislation creating new governance and funding model for all school boards in Ontario — Whether constitutional convention protects design of public school system — Whether constitutional convention protects right to levy or determine property taxes — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, Divisions B, D and F — Education Quality Improvement Act, 1997, S.O. 1997, c. 31.

Constitutional law — Delegation — Taxation — Education — Provincial legislation authorizing Minister of Finance to make regulations prescribing tax rates for school purposes — Whether guarantee of no taxation

Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 et Cathryn Staring Parrish *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : ONTARIO ENGLISH CATHOLIC TEACHERS' ASSN. c. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2001 CSC 15.

N° du greffe : 27363.

2000 : 8 novembre; 2001 : 8 mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit constitutionnel — Éducation — Financement — Conseils scolaires — Droit de gestion et de contrôle financiers — Droit de taxation — Législation provinciale créant un nouveau modèle de gestion et de financement pour tous les conseils scolaires de l'Ontario — Législation autorisant le ministre des Finances à prescrire par règlement le taux des impôts scolaires — Législation prévoyant aussi le contrôle des affaires financières des conseils par le ministre de l'Éducation et de la Formation et le contrôle financier des conseils scolaires dans certaines conditions — La législation porte-t-elle atteinte à des droits confessionnels garantis par l'art. 93 de la Loi constitutionnelle de 1867? — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, sections B, D et F — Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation, L.O. 1997, ch. 31.

Droit constitutionnel — Conventions — Éducation — Financement — Conseils scolaires publics — Impôts fonciers — Législation provinciale créant un nouveau modèle de gestion et de financement pour tous les conseils scolaires de l'Ontario — La convention constitutionnelle protège-t-elle la forme du système d'écoles publiques? — La convention constitutionnelle protège-t-elle le droit d'imposer ou d'établir des taxes foncières? — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, sections B, D et F — Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation, L.O. 1997, ch. 31.

Droit constitutionnel — Délégation — Taxation — Éducation — Législation provinciale autorisant le ministre des Finances à prescrire par règlement le taux des impôts scolaires — Y a-t-il violation du principe

without representation infringed — Whether delegation constitutional — Constitution Act, 1867, s. 53 — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 257.12(1)(b) — Education Quality Improvement Act, 1997, S.O. 1997, c. 31.

The 1997 *Education Quality Improvement Act* (“EQIA”) amended the *Ontario Education Act* and created a new governance and funding model for all school boards in the province, in part to address a disparity of revenues between boards by allocating funds on a per-pupil basis. The EQIA removed the ability of school boards to set property tax rates for education and centralized taxation power in the hands of the Minister of Finance. The new model limits the power of boards to control their budgets and expenditures but guarantees local control over denominational expenditures. The denominational tax base has not been altered because residential taxpayers continue to designate their education taxes for either the public or the separate school system. School boards derive revenue from property taxes collected by municipalities, provincial grants, development charges, and some other limited sources, but the power to make regulations prescribing tax rates for school purposes is vested in the Minister of Finance. The Lieutenant Governor in Council has a restricted power to make regulations governing grants. Grants may consist of foundation grants allocated to all boards at a per-pupil rate to cover the basic cost of an educational program, special purpose grants allocated for particular needs, and pupil accommodation grants for infrastructure. Grants are designated as classroom or non-classroom spending with some restrictions on how the types of grants may be used. Total annual funding of a board is subject to a ceiling. The Ministry of Education and Training may investigate the financial affairs of a board if the board has a fiscal year deficit, or fails to make certain payments, or if the Minister has concerns about the board’s ability to meet financial obligations. An investigator may recommend to the Minister that the Ministry take administrative control of a board. The Minister cannot interfere with the denominational aspects of a separate school board nor with the linguistic or cultural aspects of a French-language board. The

selon lequel il ne peut y avoir taxation sans représentation? — La délégation est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 53 — Loi sur l’éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 257.12(1)(b) — Loi de 1997 sur l’amélioration de la qualité de l’éducation, L.O. 1997, ch. 31.

La *Loi de 1997 sur l’amélioration de la qualité de l’éducation* (« LAQÉ ») modifie la *Loi sur l’éducation* et crée un nouveau modèle de gestion et de financement pour tous les conseils scolaires de la province, en partie afin de résoudre le problème de l’inégalité des ressources entre les conseils scolaires en affectant des fonds selon le nombre d’élèves inscrits. La LAQÉ retire aussi aux conseils scolaires le pouvoir d’établir des taux d’impôt foncier à des fins éducatives pour le centraliser entre les mains du ministre des Finances. Le nouveau modèle limite le pouvoir des conseils scolaires de contrôler leurs budgets et leurs dépenses, tout en garantissant le contrôle local des dépenses pour les aspects confessionnels. L’assiette fiscale confessionnelle n’a pas été modifiée, car les contribuables résidentiels continuent à désigner le système, public ou séparé, auquel ils veulent que leurs impôts scolaires soient affectés. Les conseils scolaires tirent des recettes de l’impôt foncier prélevé par les municipalités, des subventions provinciales, des frais d’assistance et d’autres sources limitées; le ministre des Finances a toutefois le pouvoir de prescrire par règlement le taux des impôts scolaires. Le lieutenant-gouverneur en conseil a un pouvoir limité pour régir, par règlement, l’octroi de subventions. Les subventions peuvent prendre la forme de subventions de base octroyées à tous les conseils en fonction du nombre d’élèves inscrits pour couvrir le coût de base de la mise en œuvre d’un programme d’éducation, de subventions à des fins particulières affectées pour des besoins particuliers ou de subventions pour les installations destinées aux élèves qui visent à financer les besoins en infrastructure. Les subventions se rangent sous l’une ou l’autre des rubriques de dépenses liées ou dépenses non liées à la salle de classe, l’utilisation de ces catégories de subventions étant soumise à des restrictions. Le financement annuel total des conseils scolaires est assujéti à un plafond. Le ministère de l’Éducation et de la Formation peut ordonner la tenue d’une enquête sur les affaires financières d’un conseil si celui-ci a un déficit pour un exercice donné ou n’a pas fait certains paiements, ou si le ministre n’est pas sûr que le conseil puisse faire face à ses obligations financières. L’enquêteur peut recommander au ministre d’investir le Ministère du contrôle de l’administration d’un conseil. Le ministre ne peut pas intervenir dans les aspects confessionnels des conseils d’écoles séparées, ni dans les aspects linguistiques ou

Lieutenant Governor in Council may revoke the Ministry's control over a board.

In Ontario, denominational education rights provided by law in 1867 are protected by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. Both groups of appellants argue that the new funding and governance model violates s. 93(1) because it interferes with claimed rights to local control over property taxation for education purposes and to local control over school finances and management. The second group of appellants further argues that the *EQIA* violates a constitutional convention that has developed regarding such matters, and that the delegation of control over the setting of education tax rates to the Minister of Finance violates ss. 53 and 54 of the *Constitution Act, 1867*. The first group of appellants succeeded at trial in establishing that separate school boards have a right to local taxation and that the right had been violated but this holding was reversed on appeal. All other claims failed both at trial and before the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed. The new school funding and governance scheme is constitutional.

Under s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, the province has exclusive jurisdiction to legislate with respect to education, but it cannot prejudicially affect a right or privilege affecting denominational schools enjoyed by a particular class of person by law in effect at the time of Confederation. The animating principles of s. 93 are religious freedom and equitable treatment. The aspects approach is used to determine whether a right claimed is protected by s. 93. This approach recognizes that provinces may alter their education systems but prevents an expansion of the original purpose of s. 93. The rights guaranteed by s. 93 do not replicate the law of 1867 verbatim.

The *EQIA* does not prejudicially affect the right of separate schools to financial management and control. In Ontario, at the time of Confederation, the *Scott Act* gave separate school trustees the same powers and duties as common school trustees. These duties and powers, however, were subject to a broad power of regulation by the Chief Superintendent of Education for Upper Canada and the Council of Public Instruction for Upper Canada. The province's regulatory power has long been enforced by the courts and the fact that it may

culturels des conseils scolaires de langue française. Le lieutenant-gouverneur en conseil peut révoquer le contrôle d'un conseil par le Ministère.

En Ontario, les droits en matière d'éducation confessionnelle prévus par la loi en 1867 sont protégés par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les deux groupes d'appellants prétendent que le nouveau modèle de financement et de gestion porte atteinte au par. 93(1) parce qu'il entrave le droit au contrôle local de la taxation foncière à des fins éducatives et le droit au contrôle local du financement et de la gestion des écoles qu'ils revendiquent. Le second groupe fait aussi valoir que la *LAQÉ* porte atteinte à une convention constitutionnelle qui s'est développée dans ce domaine, et que la délégation du contrôle de l'établissement des taux de taxe scolaire au ministre des Finances viole les art. 53 et 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le premier groupe d'appellants a réussi en première instance à établir que les conseils des écoles séparées ont le droit de percevoir un impôt local et que ce droit a été violé. Cette conclusion a toutefois été infirmée en appel. Les demandeurs ont été déboutés à tous autres égards en première instance ainsi que devant la Cour d'appel.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Le nouveau modèle de financement et de gestion des écoles est constitutionnel.

Aux termes de l'art. 93 de *Loi constitutionnelle de 1867*, la province a compétence exclusive pour légiférer en matière d'éducation, mais elle ne peut préjudicier à un droit ou privilège relatif aux écoles confessionnelles que conférait à une classe particulière de personnes une loi en vigueur lors de la Confédération. Les principes fondamentaux de l'art. 93 sont la liberté religieuse et le traitement équitable. On recourt à l'interprétation fondée sur les aspects pour déterminer si le droit revendiqué est protégé par l'art. 93. Une telle interprétation reconnaît aux provinces le droit de modifier leurs systèmes d'éducation, mais n'étend pas la portée originale de l'art. 93. Les droits garantis par l'art. 93 ne reprennent pas littéralement la loi telle qu'elle existait en 1867.

La *LAQÉ* ne porte pas atteinte au droit de gestion et de contrôle financiers des écoles séparées. En Ontario, lors de la Confédération, la *Loi Scott* attribuait aux syndics des écoles séparées les mêmes pouvoirs et obligations qu'aux syndics des écoles communes. Ces attributions étaient toutefois assujetties au vaste pouvoir du surintendant en chef de l'éducation et du conseil de l'instruction publique du Haut-Canada. Le pouvoir provincial de réglementation est reconnu depuis longtemps par les tribunaux et le fait qu'il n'ait pas été exercé n'est

have gone unexercised is irrelevant. The aspects approach to the guarantees of s. 93(1) allows Ontario to manage its denominational education system as it sees fit, so long as it does not prejudicially affect a denominational right or privilege or a non-denominational aspect necessary to deliver denominational elements of education. The *EQIA* affects only secular aspects of education and does not interfere with aspects of financial management and control necessary to provide denominational elements of education. It applies to all schools alike and impartially. As well, the power to take financial control of a board is not prejudicial interference with a right to financial management and control. The protections provided by ss. 257.52(1) and 257.40(5) of the amended *Education Act* meet the requirements of s. 93(1). Section 257.52(1) specifically forbids the Minister from interfering with the denominational aspects of a Roman Catholic school board, and whether such an interference has occurred can be reviewed by the courts, pursuant to s. 257.40(5). It should be noted also that provincial supervision of a school board cannot be for an indefinite period of time.

The *EQIA* does not prejudicially affect the right of separate schools to fair and equitable funding. The *Scott Act* explicitly conferred on separate boards a legal right to tax their supporters and local taxation was the dominant component of education funding in Ontario until the enactment of the *EQIA*. The right to tax, however, is not automatically protected by s. 93(1) simply because it existed in 1867. The ability to tax supporters is not a right or privilege “with respect to Denominational Schools” and s. 93(1) only protects the right to funding, not the specific mechanism through which funding is delivered. The *Scott Act* established local taxation and provincial grants as two funding mechanisms. The province is generally free to alter the funding allocation between these sources as it sees fit, provided that the source relied on delivers sufficient funds to operate a denominational education system equivalent to the public education system. Under the *EQIA*, local taxation remains, but the Minister of Finance now sets the applicable tax rates throughout the province. Provincial education grants are used to equalize education funding between school boards. The evidence indicates that the new model will benefit denominational boards. The new model treats separate schools in a like manner as public schools and imports a standard for fair and equitable funding. It also guarantees that minority language rights protected under s. 23 of the *Canadian Charter of Rights*

pas pertinent. L’interprétation des garanties du par. 93(1) selon l’analyse des aspects permet à l’Ontario de gérer son système d’enseignement confessionnel comme il l’entend, pourvu qu’il ne porte pas atteinte à un droit ou privilège confessionnel ou à un aspect non confessionnel nécessaire à la prestation des éléments confessionnels de l’éducation. La *LAQÉ* ne touche qu’à des aspects laïques de l’éducation et ne porte pas atteinte aux aspects de la gestion et du contrôle financiers qui sont nécessaires à la prestation des éléments confessionnels de l’éducation. Elle s’applique impartialement à toutes les écoles. De plus, le pouvoir de prendre le contrôle des affaires financières des conseils ne porte pas atteinte au droit de gestion et de contrôle financiers. Les protections prévues aux par. 257.52(1) et 257.40(5) de la *Loi sur l’éducation*, dans sa version modifiée, répond aux exigences du par. 93(1). Le paragraphe 257.52(1) interdit expressément au ministre d’intervenir dans les aspects confessionnels des conseils scolaires catholiques et les tribunaux peuvent, en vertu du par. 257.40(5), déterminer s’il y a eu ingérence. Il convient de noter aussi que la supervision provinciale d’un conseil scolaire ne peut être exercée indéfiniment.

La *LAQÉ* ne porte pas atteinte au droit des écoles séparées à un financement juste et équitable. La *Loi Scott* confère expressément aux conseils des écoles séparées le droit reconnu par la loi d’imposer des taxes à leurs tenants, et les recettes perçues par taxation locale constituaient la part dominante du financement de l’éducation en Ontario jusqu’à l’adoption de la *LAQÉ*. Toutefois, le fait que le droit de taxation ait existé en 1867 ne signifie pas qu’il est automatiquement protégé par le par. 93(1). Le pouvoir de taxation n’est pas un droit ou privilège « relativement aux écoles confessionnelles »; le par. 93(1) protège seulement le droit au financement et non les mécanismes particuliers de ce financement. La *Loi Scott* prévoit deux mécanismes de financement : la taxation locale et les subventions provinciales. La province est généralement libre de modifier comme elle l’entend l’affectation de fonds entre ces sources, pourvu que la source retenue fournisse suffisamment de moyens pour faire fonctionner un système d’enseignement confessionnel équivalant au système d’enseignement public. En vertu de la *LAQÉ*, la taxation locale demeure, mais le ministre des Finances prescrit maintenant les taux des impôts applicables à l’échelle de la province. Les subventions scolaires provinciales servent à faire la péréquation du financement de l’éducation entre les conseils scolaires. Il ressort de la preuve que le nouveau modèle profitera aux conseils des écoles confessionnelles. Le nouveau modèle traite les écoles séparées et les écoles publiques de manière semblable et importe la norme de

and Freedoms will be respected by education funding in Ontario.

Since separate school boards have neither a right to independent taxation nor an absolute right to management or control, no such rights could possibly exist for public school boards. Subject to limited protection in s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, they have no constitutional status. The *Scott Act* and the *Common Schools Act* use the public system as a benchmark for the rights of separate boards but s. 93(1) does not protect the design of the public school system. In addition, no constitutional convention protects the design of the public system or a right of school boards to levy and determine property taxes. Constitutional conventions relate to principles of responsible government, not to how a power is exercised. They ensure that the legal framework of the Constitution will operate in accordance with generally accepted principles, but there is no generally accepted principle in Canada as to the design of the public education system. Every province has a different design and Ontario's use of a particular design for an extended period of time reflects consistency in public policy. It does not announce the arrival of a new principle of responsible government. The recognition of a constitutional convention would be inconsistent with the plenary power over education given to the provinces by s. 93.

The *EQIA* meets the guarantee of "no taxation without representation" provided in s. 53 of the *Constitution Act, 1867*. A delegation of the imposition of a tax is constitutional if express and unambiguous language is used in making the delegation. If the legislature expressly and clearly authorizes the imposition of a tax by a delegated body or individual, then the delegated authority is not being used to impose a completely new tax, but only to impose a tax that has been approved by the legislature. The *EQIA* clearly and unambiguously authorizes taxation within the enabling statute. It expressly authorizes the Minister of Finance to prescribe tax rates for school purposes. The delegation of the setting of the rate takes place within a detailed statutory framework that sets out the structure of the tax, the tax base, and the principles for its imposition. Property taxes for education purposes are *intra vires* the province. The delegation, therefore, is constitutional. Section

financement juste et équitable. Il garantit aussi que le financement scolaire en Ontario tiendra compte des droits à l'instruction dans la langue de la minorité protégés par l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Comme les conseils des écoles séparées n'ont ni un droit à une taxation indépendante, ni un droit absolu à la gestion ou au contrôle, les conseils des écoles publiques ne disposent pas non plus de tels droits. Sauf une protection limitée garantie par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ils n'ont aucun statut constitutionnel. La *Loi Scott* et la *Common Schools Act* emploient le système public comme référence pour les droits des conseils des écoles séparées, mais le par. 93(1) ne protège pas la forme du système des écoles publiques. De plus, aucune convention constitutionnelle ne protège la forme du système des écoles publiques ou le droit des conseils scolaires d'imposer et d'établir des taxes foncières. Les conventions constitutionnelles portent sur les principes du gouvernement responsable et non sur la façon dont est exercé un pouvoir particulier. Elles ont pour but de garantir que le fonctionnement du cadre juridique de la Constitution est conforme à des principes généralement acceptés, mais il n'existe pas de principe généralement accepté au Canada quant à la forme du système d'enseignement public. Chaque province a un système d'enseignement qui lui est propre et le fait que l'Ontario ait employé pendant longtemps une forme particulière reflète une cohérence dans la politique publique. Cela n'annonce pas la naissance d'un nouveau principe de gouvernement responsable. La reconnaissance d'une convention constitutionnelle serait incompatible avec la pleine compétence en matière d'éducation conférée aux provinces par l'art. 93.

La *LAQÉ* satisfait au principe « aucune taxation sans représentation » garanti par l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La délégation du pouvoir de taxation est constitutionnelle si elle est faite dans un langage explicite et non ambigu. Si la législature autorise expressément et clairement un organisme ou un particulier délégataire à imposer une taxe, l'autorité délégataire ne sert pas à imposer une taxe complètement nouvelle, mais uniquement à imposer une taxe qui a déjà été approuvée par la législature. La *LAQÉ* autorise de façon claire et non ambiguë dans la disposition habilitante la taxation. Elle autorise expressément le ministre des Finances à prescrire le taux des impôts scolaires. La délégation du pouvoir de déterminer le taux se situe dans un cadre législatif détaillé, qui précise la structure de la taxe, l'assiette fiscale et les principes de son imposition. Les taxes foncières à des fins scolaires sont dans les limites des pouvoirs de la province. La délégation est

54 of the *Constitution Act, 1867* was not relied upon nor is it relevant.

donc constitutionnelle. L'article 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'a pas été invoqué et n'est pas pertinent.

Cases Cited

Referred to: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445; *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, [1917] A.C. 76; *Hirsch v. Protestant School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200; *Roman Catholic Separate School Trustees v. The King*, [1928] A.C. 363; *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377; *Reference Re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511; *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45; *Waldman v. Canada*, 7 IHRR 368 (2000); *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Reference Re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1; *Re Ottawa Separate Schools* (1917), 41 O.L.R. 259; *Ontario Public School Boards' Assn. v. Ontario (Attorney General)* (1997), 151 D.L.R. (4th) 346; *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565; *Ottawa Separate School Trustees v. City of Ottawa* (1915), 34 O.L.R. 624; *Reference Re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference Re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *Reference Re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134; *Executors of Will of Hon. Patrick Burns, deceased v. Minister of National Revenue*, [1947] S.C.R. 132; *Attorney-General v. Wilts United Dairies* (1921), 37 T.L.R. 884, aff'd (1922), 91 L.J.K.B. 897; *Gruen Watch Co. of Canada Ltd. v. Attorney-General of Canada*, [1950] O.R. 429; *Bulova Watch Co. v. Attorney-General of Canada*, [1951] O.R. 360; *The King v. National Fish Co.*, [1931] Ex. C.R. 75; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *City of Winnipeg c. Barrett*, [1892] A.C. 445; *Brophy c. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Ottawa Separate Schools Trustees c. Ottawa Corporation*, [1917] A.C. 76; *Hirsch c. Protestant School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200; *Roman Catholic Separate School Trustees c. The King*, [1928] A.C. 363; *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45; *Waldman c. Canada*, 7 IHRR 368 (2000); *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1; *Re Ottawa Separate Schools* (1917), 41 O.L.R. 259; *Ontario Public School Boards' Assn. c. Ontario (Attorney General)* (1997), 151 D.L.R. (4th) 346; *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565; *Ottawa Separate School Trustees c. City of Ottawa* (1915), 34 O.L.R. 624; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134; *Executors of Will of Hon. Patrick Burns, deceased c. Minister of National Revenue*, [1947] R.C.S. 132; *Attorney-General c. Wilts United Dairies* (1921), 37 T.L.R. 884, conf. par (1922), 91 L.J.K.B. 897; *Gruen Watch Co. of Canada Ltd. c. Attorney-General of Canada*, [1950] O.R. 429; *Bulova Watch Co. c. Attorney-General of Canada*, [1951] O.R. 360; *The King c. National Fish Co.*, [1931] R.C. de l'É. 75; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117.

Statutes and Regulations Cited

- Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, c. 64, ss. 27, 79, 106(1), (7), (9), (10), (11), (12), (13), (17), 103 to 113, 114 to 125.
- Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5, ss. 7, 20, 26.
- Administration of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. A.6.
- Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3, s. 17 [reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 20].
- Bill of Rights* (1688).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 23, 29.
- Constitution Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 62.
- Constitution Act, 1867*, preamble, ss. 53, 54, 90, 92(2), 93, 93A.
- Constitution Act, 1982*, s. 45.
- Constitution Amendment, 1997 (Québec)*, SI/97-141.
- Constitution Amendment, 1998 (Newfoundland Act)*, SI/98-25.
- Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2 [am. 1997, c. 31], ss. 234(1), (2), (3), (14), Division B, 257.7, 257.12(1)(b), (3) to (5), 257.19, Part IX Division D, 257.30(1), (5), (6), 257.31, 257.33 to 257.49, 257.50, 257.52, Division E, Division F, 257.106, 257.107.
- Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31.
- Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3, s. 22 [reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 8].
- Saskatchewan Act*, S.C. 1905, c. 42, s. 17 [reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 21].

Authors Cited

- Kelsey, Brian A. *An Educator's Guide to Funding and Governance*. Aurora, Ont.: Aurora Professional Press, 1999.
- Small, Joan. "Money Bills and the Use of the Royal Recommendation in Canada: Practice versus Principle?" (1995), 27 *Ottawa L. Rev.* 33.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 44 O.R. (3d) 7, 120 O.A.C. 116, 172 D.L.R. (4th) 193, dismissing appeals by the appellants and allowing an appeal by the respondent from a judgment of Cumming J. (1998), 162 D.L.R. (4th) 257, [1998] O.J. No. 2939 (QL), declaring the *Education Quality Improvement Act, 1997* unconstitutional in part and declaring the

Lois et règlements cités

- Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, ch. 64, art. 27, 79, 106(1), (7), (9), (10), (11), (12), (13), (17), 103 à 113, 114 à 125.
- Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., ch. 5, art. 7, 20, 26.
- Bill of Rights* (1688).
- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 23, 29.
- Constitution Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 62.
- Loi constitutionnelle de 1867*, préambule, art. 53, 54, 90, 92(2), 93, 93A.
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 45.
- Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, ch. 3, art. 22 [reproduite dans L.R.C. 1985, App. II, n° 8].
- Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31.
- Loi sur l'administration de la justice*, L.R.O. 1990, ch. A.6.
- Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, ch. 3, art. 17 [reproduite dans L.R.C. 1985, App. II, n° 20].
- Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2 [mod. 1997, ch. 31], art. 234(1), (2), (3), (14), section B, 257.7, 257.12(1)(b), (3) à (5), 257.19, partie IX section D, 257.30(1), (5), (6), 257.31, 257.33 à 257.49, 257.50, 257.52, section E, section F, 257.106, 257.107.
- Loi sur la Saskatchewan*, S.C. 1905, ch. 42, art. 17 [reproduite dans L.R.C. 1985, App. II, n° 21].
- Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, TR/97-141.
- Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR/98-25.

Doctrine citée

- Kelsey, Brian A. *An Educator's Guide to Funding and Governance*. Aurora, Ont.: Aurora Professional Press, 1999.
- Small, Joan. "Money Bills and the Use of the Royal Recommendation in Canada: Practice versus Principle?" (1995), 27 *R.D. Ottawa* 33.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 44 O.R. (3d) 7, 120 O.A.C. 116, 172 D.L.R. (4th) 193, qui a rejeté les appels des appelants et accueilli l'appel de l'intimé contre un jugement du juge Cumming (1998), 162 D.L.R. (4th) 257, [1998] O.J. No. 2939 (QL), qui avait déclaré la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation* inconstitutionnelle en par-

Education Act of no force and effect in part. Appeal dismissed.

Paul J. J. Cavalluzzo and Fay C. Faraday, for the appellants the Ontario English Catholic Teachers' Association, Marshall Jarvis, Claire Ross and Annemarie Ross.

Brian A. Kelsey, Q.C., Maurice A. Green, Michael A. Hines and Elizabeth J. Shilton, for the appellants the Ontario Public School Boards' Association, the Toronto District School Board, the Ontario Secondary School Teachers' Federation, the Elementary Teachers' Federation of Ontario, Joleene Kemp, David Edwards and Robert Churchill.

Janet E. Minor, Robert E. Charney, and Michel Y. Hélie, for the respondent.

Monique Rousseau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Eugene B. Szach and Denis Guénette, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Timothy Leadem, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert C. Maybank, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Peter D. Lauwers, for the intervener the Ontario Catholic School Trustees' Association.

Paul S. Rouleau, for the interveners the Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques and the Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario.

James E. Redmond, Q.C., and K. P. Feehan, for the interveners the Alberta Catholic School Trustees' Association, the Board of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 and Dwayne Berlando.

Robert G. Richards, Q.C., for the interveners the Boards of Education of Regina School Division No. 4, Saskatchewan Rivers School Division No. 119, Swift Current School Division No. 94,

tie et déclaré la *Loi sur l'éducation* inopérante en partie. Pourvoi rejeté.

Paul J. J. Cavalluzzo et Fay C. Faraday, pour les appelants Ontario English Catholic Teachers' Association, Marshall Jarvis, Claire Ross et Annemarie Ross.

Brian A. Kelsey, c.r., Maurice A. Green, Michael A. Hines et Elizabeth J. Shilton, pour les appelants Ontario Public School Boards' Association, Toronto District School Board, Fédération des enseignants-enseignantes des écoles secondaires de l'Ontario, Fédération des enseignantes et enseignants de l'Ontario, Joleene Kemp, David Edwards et Robert Churchill.

Janet E. Minor, Robert E. Charney et Michel Y. Hélie, pour l'intimé.

Monique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Eugene B. Szach et Denis Guénette, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Timothy Leadem, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert C. Maybank, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Peter D. Lauwers, pour l'intervenante Ontario Catholic School Trustees' Association.

Paul S. Rouleau, pour les intervenantes l'Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques et l'Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario.

James E. Redmond, c.r., et K. P. Feehan, pour les intervenants Alberta Catholic School Trustees' Association, Board of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 et Dwayne Berlando.

Robert G. Richards, c.r., pour les intervenants Boards of Education of Regina School Division No. 4, Saskatchewan Rivers School Division No. 119, Swift Current School Division No. 94,

Weyburn School Division No. 97, Yorkton School Division No. 93, Moose Jaw School Division No. 1, Saskatoon School Division No. 13, and Estevan School Division No. 95.

Dale Gibson, for the interveners the Public School Boards' Association of Alberta, the Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 and Cathryn Staring Parrish.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — In many countries, education issues are matters of public policy, to be decided by democratic debate. In Canada, we are in the rather unusual position of having certain education rights constitutionally entrenched in s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. This state of affairs is the product of our history, stemming from what this Court has referred to as “a solemn pact resulting from the bargaining which made Confederation possible”: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1173, *per* Wilson J.

This appeal again raises the scope and content of the rights protected under s. 93 in light of recent legislation passed by the legislature of Ontario. Before dealing with the issues in this appeal, it may be helpful to put this case in a wider context.

I. Background

A. *General*

Section 93 of the *Constitution Act, 1867* gives effect to the historic compromise that was reached regarding education in Canada. It confers on the provincial legislatures the plenary power to enact laws in relation to education, subject to the rights of denominational schools. Denominational education rights are protected primarily by s. 93(1), the provision at issue in this appeal. Section 93(1) reads:

Weyburn School Division No. 97, Yorkton School Division No. 93, Moose Jaw School Division No. 1, Saskatoon School Division No. 13, et Estevan School Division No. 95.

Dale Gibson, pour les intervenants Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 et Cathryn Staring Parrish.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Dans nombre de pays, les questions relatives à l'éducation sont des questions d'ordre public, qui sont tranchées lors de débats démocratiques. Au Canada, nous nous trouvons dans une situation plutôt inhabituelle, où certains droits en matière d'éducation sont constitutionnalisés par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette situation tient à notre histoire et découle de ce que notre Cour décrit comme « un pacte solennel résultant des négociations qui ont rendu possible la Confédération » : *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, p. 1173, le juge Wilson.

Le pourvoi soulève encore une fois la question de la portée et du contenu des droits protégés par l'art. 93 à la suite de l'adoption récente d'une loi par la législature de l'Ontario. Avant d'examiner les questions en litige, il peut être utile de situer la présente affaire dans un contexte plus large.

I. Contexte

A. *Contexte général*

L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* traduit dans les faits le compromis historique auquel le Canada est parvenu en matière d'éducation au Canada. Il confère aux législatures provinciales pleine compétence pour légiférer sur l'éducation, sous réserve des droits des écoles confessionnelles. Les droits en matière d'éducation confessionnelle sont principalement protégés par le par. 93(1), disposition visée par le pourvoi :

1

2

3

93. In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions: —

(1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union:

When the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was drafted in the early 1980s, the rights protected by s. 93 were specifically preserved. Section 29 of the *Charter* reads:

29. Nothing in this Charter abrogates or derogates from any rights or privileges guaranteed by or under the Constitution of Canada in respect of denominational, separate or dissentient schools.

4

Section 93 applies directly to Ontario, Nova Scotia, New Brunswick, Prince Edward Island, and British Columbia. However, only Ontario had denominational education rights conferred “by law” at the relevant time, and so the guarantees provided by s. 93(1) are of no importance in Nova Scotia, New Brunswick, Prince Edward Island, and British Columbia. A modified version of s. 93 applies to the western provinces of Manitoba, Saskatchewan and Alberta: s. 22 of the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3; s. 17 of the *Saskatchewan Act*, S.C. 1905, c. 42, and s. 17 of the *Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3. As a result of recent constitutional amendments, Quebec and Newfoundland have new constitutional frameworks for education rights. Quebec has removed the protection of denominational education rights altogether, by amending the Constitution so that ss. 93(1) through (4) no longer apply to Quebec: *Constitution Amendment, 1997 (Québec)*, SI/97-141; s. 93A of the *Constitution Act, 1867*. Newfoundland no longer has denominational schools, but instead guarantees the provision of courses in religion that are not specific to a religious denomination and guarantees that religious observances shall be permitted in a public school where requested by parents: *Constitution Amendment, 1998 (Newfoundland Act)*, SI/98-25.

93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes :

(1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

La *Charte canadienne des droits et libertés* qui a été rédigée au début des années 80 maintient expressément les droits protégés par l'art. 93. Son article 29 est ainsi libellé :

29. Les dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles.

L'article 93 s'applique directement à l'Ontario, à la Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, à l'Île-du-Prince-Édouard et à la Colombie-Britannique. Toutefois, c'est seulement en Ontario que des droits en matière d'éducation confessionnelle avaient été conférés « par la loi » à l'époque visée, de sorte que les garanties prévues au par. 93(1) n'ont aucune importance en Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, à l'Île-du-Prince-Édouard et en Colombie-Britannique. Une version modifiée de l'art. 93 s'applique au Manitoba, à la Saskatchewan et à l'Alberta : l'art. 22 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, ch. 3; l'art. 17 de la *Loi sur la Saskatchewan*, S.C. 1905, ch. 42, et l'art. 17 de la *Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, ch. 3. Par suite de récentes modifications constitutionnelles, le Québec et Terre-Neuve ont de nouveaux cadres constitutionnels pour les droits scolaires. Le Québec a complètement retiré la protection des droits en matière d'éducation confessionnelle, en modifiant la Constitution de telle sorte que les par. 93(1) à (4) ne s'y appliquent plus : *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, TR/97-141; art. 93A de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Terre-Neuve n'a plus d'écoles confessionnelles, mais elle garantit par contre un enseignement religieux qui ne vise pas une religion en particulier et garantit que les observances religieuses sont autorisées dans les écoles publiques à la demande des parents : *Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR/98-25.

The rights protected by s. 93, or its equivalent in certain provinces, have been the source of considerable litigation throughout our country's history, both domestically and, more recently, internationally. See, e.g., *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445 (P.C.); *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202 (P.C.); *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62 (P.C.); *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, [1917] A.C. 76 (P.C.); *Hirsch v. Protestant School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200 (P.C.); *Roman Catholic Separate School Trustees v. The King*, [1928] A.C. 363 (P.C.); *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575; *Reference Re Bill 30, supra*; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377 ("G.M.P.S.B."); *Reference Re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511 ("Quebec Education Reference"); *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45, ("Alberta Public Schools"); and, *Waldman v. Canada*, 7 IHRR 368 (2000).

B. *The Background of this Appeal*

In 1997, the Ontario government, represented on this appeal by the respondent Attorney General for Ontario, passed Bill 160, the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31 ("EQIA"). The EQIA amended the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, to create a new governance and funding model for all school boards in Ontario, including both public and separate (denominational) boards. To address a disparity of revenues between school boards, both between urban and rural boards and between separate and public boards, the EQIA allocates funds on a per-pupil basis. It also removes the ability of school boards to set property tax rates for education purposes, and centralizes this taxation power in the hands of the Minister of Finance. At the same time, the EQIA limits the power of school boards to control their budgets and expenditures, although

Les droits protégés par l'art. 93, ou par une disposition législative équivalente dans certaines provinces, ont donné lieu à un nombre considérable de litiges tout au long de l'histoire de notre pays, tant au plan interne qu'au plan international tout récemment. Voir, par ex., *City of Winnipeg c. Barrett*, [1892] A.C. 445 (C.P.); *Brophy c. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202 (C.P.); *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, [1917] A.C. 62 (C.P.); *Ottawa Separate Schools Trustees c. Ottawa Corporation*, [1917] A.C. 76 (C.P.); *Hirsch c. Protestant School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200 (C.P.); *Roman Catholic Separate School Trustees c. The King*, [1928] A.C. 363 (C.P.); *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575; *Renvoi relatif au projet de loi 30, précité*; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377 (« G.M.C.É.P. »); *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45, et *Waldman c. Canada*, 7 IHRR 368 (2000).

B. *Le contexte du pourvoi*

En 1997, le gouvernement de l'Ontario, représenté en l'espèce par le procureur général de l'Ontario intimé, a adopté le projet de loi 160, la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31 (« LAQÉ »). La LAQÉ modifie la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, afin de créer un nouveau modèle de gestion et de financement pour tous les conseils scolaires de l'Ontario, y compris les conseils des écoles publiques et les conseils des écoles séparées (confessionnelles). Pour résoudre le problème de l'inégalité de la répartition des ressources entre les conseils scolaires, tant entre les conseils urbains et les conseils ruraux qu'entre les conseils des écoles publiques et les conseils des écoles séparées, la LAQÉ affecte des fonds selon le nombre d'élèves inscrits. Elle retire aussi aux conseils scolaires le pouvoir d'établir des taux d'impôt foncier à des

5

6

it guarantees local control over denominational expenditures. Finally, the *EQIA* allows the Minister of Education and Training to take control of a school board temporarily if financial problems arise, again subject to certain protections, which are set out below.

fins éducatives pour le centraliser entre les mains du ministre des Finances. Elle limite en même temps le pouvoir des conseils scolaires de contrôler leurs budgets et leurs dépenses, tout en garantissant le contrôle local des dépenses pour les aspects confessionnels. Enfin, elle autorise le ministre de l'Éducation et de la Formation à prendre temporairement sous son contrôle un conseil scolaire qui a des problèmes financiers, toujours sous réserve de certaines protections, qui seront définies plus loin.

7 Two challenges to the constitutionality of the *EQIA* were initiated in the Ontario Court (General Division) and were heard together. One challenge was brought by separate school supporters through the Ontario English Catholic Teachers' Association group of appellants ("OECTA appellants"), the other by public school supporters through the Ontario Public School Boards' Association group of appellants ("OPSBA appellants"). The OECTA represents over 30,000 separate school teachers in the province, while the OPSBA represents over 90 Ontario public school boards. Other organizations in the OPSBA group of appellants are the Ontario Secondary School Teachers' Federation, representing over 35,000 public secondary school teachers in the province, the Elementary Teachers' Federation of Ontario, representing over 60,000 public elementary school teachers and education workers, and the Toronto District School Board.

Deux contestations de la constitutionnalité de la *LAQÉ* ont été engagées devant la Cour de l'Ontario (Division générale) et entendues en même temps. L'une a été présentée par des tenants des écoles séparées par l'intermédiaire du groupe d'appellants de l'Ontario English Catholic Teachers' Association (« appellants OECTA »), l'autre par les tenants des écoles publiques par l'intermédiaire du groupe d'appellants de l'Ontario Public School Boards' Association (« appellants OPSBA »). L'OECTA représente plus de 30 000 enseignants des écoles séparées dans la province, tandis que l'OPSBA représente plus de 90 conseils des écoles publiques de l'Ontario. Font aussi partie des appellants OPSBA la Fédération des enseignantes-enseignants des écoles secondaires de l'Ontario, qui représente plus de 35 000 enseignants des écoles secondaires publiques de la province, la Fédération des enseignantes et enseignants de l'élémentaire de l'Ontario, qui représente plus de 60 000 enseignants et autres intervenants du monde de l'éducation des écoles élémentaires publiques, et le Toronto District School Board.

8 Both groups of appellants argue that the new funding and governance model violates s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* because it interferes with claimed rights to local control over property taxation for education purposes and to local control over school finances and management. The OPSBA appellants further argue that the *EQIA* violates a constitutional convention that has developed regarding such matters, and that the delegation of control over the setting of education tax rates to the Minister of Finance violates ss. 53 and

Les deux groupes d'appellants prétendent que le nouveau modèle de financement et de gestion porte atteinte au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* parce qu'il entrave le droit au contrôle local de la taxation foncière à des fins éducatives et le droit au contrôle local du financement et de la gestion des écoles qu'ils revendiquent. Les appellants OPSBA font aussi valoir que la *LAQÉ* porte atteinte à une convention constitutionnelle qui s'est développée en ce domaine, et que la délégation du contrôle de l'établissement des taux de

54 of the *Constitution Act, 1867*. These sections require, in part, that bills imposing a tax must originate in the House of Commons, and they apply to provincial legislatures by virtue of s. 90 of the *Constitution Act, 1867*.

The Catholic community in Ontario is apparently divided as to the constitutional validity of the *EQIA*. The intervener Ontario Catholic School Trustees' Association ("OCSTA") represents 29 English-language separate school boards in the province. The intervener Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques represents French-language separate school trustees. Both of these interveners support the respondent's position that the *EQIA* is constitutionally valid. While there are also differences amongst public school supporters on this issue, the only non-governmental intervener supporting the respondent is the Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario, representing French-language public school trustees in Ontario.

The OECTA appellants succeeded at trial in establishing a right of separate school boards to local taxation for education purposes, and in establishing that this right had been violated by the *EQIA*. However, this holding was reversed on appeal. All other claims failed both at trial and before the Ontario Court of Appeal.

II. An Overview of Relevant Constitutional and Legislative Provisions

Section 93(1) of the *Constitution Act, 1867* protects only those denominational education rights provided by law as of 1867. In Ontario, these rights were primarily conferred by *An Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5 ("*Scott Act*"), the last statute pertaining to separate schools enacted in Ontario prior to Confederation, and *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, c. 64 ("*Common Schools Act*"). Section 7 of

taxe scolaire au ministre des Finances viole les art. 53 et 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ces articles prescrivent en partie que les projets de loi imposant une taxe doivent émaner de la Chambre des communes et ils sont applicables aux législatures provinciales par l'effet de l'art. 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le milieu catholique ontarien est apparemment divisé sur la question de la constitutionnalité de la *LAQÉ*. L'intervenante Ontario Catholic School Trustees' Association (« OCSTA ») représente 29 conseils d'écoles séparées de langue anglaise dans la province. L'intervenante Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques représente les syndicats d'écoles séparées de langue française. Ces intervenantes appuient toutes deux la position de l'intimé quant à la constitutionnalité de la *LAQÉ*. Même s'il y a aussi des divergences dans le camp des tenants des écoles publiques sur cette question, le seul intervenant non gouvernemental à appuyer l'intimé est l'Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario, laquelle représente les syndicats des écoles publiques de langue française en Ontario.

Les appelants OECTA ont réussi en première instance à établir que les conseils des écoles séparées ont le droit de percevoir un impôt local à des fins éducatives et que la *LAQÉ* porte atteinte à ce droit. Cette conclusion a toutefois été infirmée en appel. Les demandeurs ont été déboutés à tous autres égards en première instance ainsi que devant la Cour d'appel de l'Ontario.

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Le paragraphe 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne protège que les droits en matière d'éducation confessionnelle prévus par la loi en 1867. En Ontario, ces droits étaient principalement conférés par l'*Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., ch. 5 (« *Loi Scott* »), dernière loi concernant les écoles séparées adoptée en Ontario avant la Confédération, et par la loi intitulée *An Act respecting Common Schools in Upper*

9

10

11

the *Scott Act* empowered separate school trustees to tax their supporters and gave separate school trustees the same powers as public school trustees:

7. The Trustees of Separate Schools forming a body corporate under this Act, shall have the power to impose, levy and collect School rates or subscriptions, upon and from persons sending children to, or subscribing towards the support of such Schools, and shall have all the powers in respect of Separate Schools, that the Trustees of Common Schools have and possess under the provisions of the Act relating to Common Schools.

Section 20 entitled separate schools to a share of provincial education grants:

20. Every Separate School shall be entitled to a share in the fund annually granted by the Legislature of this Province for the support of Common Schools, and shall be entitled also to a share in all other public grants, investments and allotments for Common School purposes now made or hereafter to be made by the Province or the Municipal authorities, according to the average number of pupils attending such school during the twelve next preceding months, or during the number of months which may have elapsed from the establishment of a new Separate School, as compared with the whole average number of pupils attending School in the same City, Town, Village or Township.

Section 26 subjected separate schools to provincial regulation:

26. The Roman Catholic Separate Schools, (with their Registers), shall be subject to such inspection, as may be directed from time to time, by the Chief Superintendent of Education, and shall be subject also, to such regulations, as may be imposed, from time to time, by the Council of Public Instruction for Upper Canada.

The relevant provisions of the *Common Schools Act* affirmed that school boards and municipal governments had the ability, and indeed were required, to raise funds for education purposes through local taxation at the time of Confederation: ss. 27(10), 79(12), 123 and 124. Trustees were also given considerable scope to manage the local education system: ss. 27 and 79. However, the *Common Schools Act* also established two cen-

Canada, C.S.U.C. 1859, ch. 64 (« *Common Schools Act* »). L'article 7 de la *Loi Scott* habilitait les syndics des écoles séparées à imposer des taxes à leurs tenants et leur conférait les mêmes pouvoirs que ceux des syndics des écoles publiques :

7. Les syndics des écoles séparées, constitués en corporation en vertu de cet acte, auront les mêmes pouvoirs d'imposer, de prélever et de percevoir des taxes d'école ou souscriptions sur les personnes qui enverront leurs enfants aux écoles séparées ou qui souscriront pour leur soutien, et tous les autres pouvoirs à l'égard de ces écoles séparées, que les syndics des écoles communes ont et possèdent en vertu des dispositions de l'acte concernant les écoles communes.

L'article 20 donnait aux écoles séparées le droit de recevoir une partie des subventions scolaires provinciales :

20. Chaque école séparée aura droit à une part du fonds octroyé annuellement par la législature de cette province pour le soutien des écoles communes, et aura aussi droit à une part dans tous les autres octrois publics, placements et allocations votés ou qui le seront à l'avenir pour les fins d'écoles communes par la province ou les autorités municipales, selon la moyenne du nombre des élèves fréquentant telle école les douze mois précédents, ou pendant le nombre de mois écoulés depuis l'établissement d'une nouvelle école séparée, telle que comparée avec la moyenne du nombre total d'élèves fréquentant les écoles dans la même cité, ville, village ou township.

L'article 26 assujettissait les écoles séparées à la réglementation provinciale :

26. Les écoles catholiques romaines séparées (ainsi que leurs registres) seront sujettes à telle inspection qui pourra de temps à autres être ordonnée par le surintendant en chef de l'éducation, et seront aussi soumises aux règlements qui pourront être imposés de temps à autre par le conseil de l'instruction publique du Haut-Canada.

Les dispositions pertinentes de la *Common Schools Act* prévoyaient que les conseils scolaires et les administrations municipales avaient le pouvoir, et même l'obligation, de prélever des sommes à des fins éducatives au moyen d'un impôt local à l'époque de la Confédération : par. 27(10) et 79(12) et art. 123 et 124. Les syndics disposaient aussi d'un important pouvoir de gestion du système d'éducation local : art. 27 et 79. Toutefois, la

tral education authorities and set out their powers: the Chief Superintendent of Education for Upper Canada (ss. 103 to 113) and the Council of Public Instruction for Upper Canada (ss. 114 to 125). The provisions of the *Common Schools Act* will be examined in greater detail below.

The amendments made to Ontario's *Education Act* by the *EQIA* are lengthy and complex. I will refer only to those sections necessary to understand the central issues of this appeal. Part IX of the new *Education Act* is entitled "Finance" and contains most of the contested provisions. The new funding model provides five sources from which school boards can derive revenue (see Brian A. Kelsey, *An Educator's Guide to Funding and Governance* (1999), at p. 118):

- (i) residential property tax revenue from their own school supporters;
- (ii) business property tax revenue shared between coterminous boards on the basis of student enrolment;
- (iii) provincial grants, which equalize board disparities in revenues;
- (iv) education development charges; and
- (v) other sources, such as tuition fees from non-residents and the rental, lease or sale of surplus properties.

With regard to education taxes, s. 257.106 of the new *Education Act* declares inoperative the previous ability of all school boards in the province to raise funds through local taxation. Pursuant to s. 257.7, property tax rates are still levied for school purposes and collected by municipalities. However, s. 257.12(1)(b) now empowers the Minister of Finance to make regulations "prescribing the tax rates for school purposes for the purposes of section 257.7". The prescribed rate may vary among municipalities and properties within a municipality: see ss. 257.12(3) to (5). Residential taxpayers continue to designate their education taxes for either the public or separate system,

Common Schools Act établissait aussi deux autorités scolaires centrales ainsi que leurs pouvoirs respectifs : le surintendant en chef de l'éducation du Haut-Canada (art. 103 à 113) et le conseil de l'instruction publique du Haut-Canada (art. 114 à 125). Les dispositions de la *Common Schools Act* seront examinées de façon plus détaillée ci-après.

Les modifications apportées à la *Loi sur l'éducation* de l'Ontario par la *LAQÉ* sont vastes et complexes. Je ne mentionnerai que les dispositions qui sont nécessaires à la compréhension des points essentiels du pourvoi. La partie IX de la nouvelle *Loi sur l'éducation* est intitulée « Finances » et elle contient la plupart des dispositions attaquées. Le nouveau modèle de financement prévoit cinq sources de recettes pour les conseils scolaires (voir Brian A. Kelsey, *An Educator's Guide to Funding and Governance* (1999), p. 118) :

[TRADUCTION]

- (i) recettes de l'impôt foncier résidentiel prélevé sur les tenants de leurs écoles;
- (ii) recettes de l'impôt foncier commercial partagées entre conseils voisins en fonction du taux d'inscription scolaire;
- (iii) subventions provinciales, qui compensent les disparités de recettes entre les divers conseils;
- (iv) frais d'assistance pédagogique; et
- (v) autres sources, comme les droits de scolarité exigés des non-résidents, et la location ou la vente de biens excédentaires.

En ce qui a trait aux impôts scolaires, l'art. 257.106 de la nouvelle *Loi sur l'éducation* déclare inopérant le pouvoir dont disposaient auparavant tous les conseils scolaires de la province de prélever des recettes au moyen d'un impôt local. En vertu de l'art. 257.7, les municipalités prélèvent et perçoivent encore les impôts scolaires au taux prescrit. Toutefois, en vertu de l'al. 257.12(1)b), le ministre des Finances peut maintenant, par règlement, « prescrire le taux des impôts scolaires à prélever pour l'application de l'article 257.7 ». Le taux prescrit peut varier entre les diverses municipalités et à l'égard des divers biens dans une municipalité : voir par. 257.12(3) à (5). Les contri-

12

13

meaning that the denominational tax base has not been altered by the *EQIA*.

buables résidentiels continuent à désigner le système, public ou séparé, auquel ils veulent que leurs impôts scolaires soient affectés, ce qui signifie que l'assiette fiscale confessionnelle n'a pas été modifiée par la *LAQÉ*.

14 Turning to education grants, we see that s. 234(1) of the new *Education Act* empowers the Lieutenant Governor in Council to “make regulations governing the making of grants for educational purposes from money appropriated by the Legislature”. Of particular constitutional importance, subss. (2) and (3) of s. 234 restrict the exercise of this power. These provisions read:

En ce qui a trait aux subventions à des fins éducatives, en vertu du par. 234(1) de la nouvelle *Loi sur l'éducation*, le lieutenant-gouverneur en conseil « peut, par règlement, régir l'octroi de subventions à des fins éducatives sur les crédits votés par la Législature ». Les paragraphes 234(2) et (3), et c'est un élément d'une importance particulière sur le plan constitutionnel, limitent l'exercice de ce pouvoir. Ces dispositions sont ainsi libellées :

234. . . .

(2) Regulations made under subsection (1) shall ensure that the legislation and regulations governing education funding operate in a fair and non-discriminatory manner,

234. . . .

(2) Les règlements pris en application du paragraphe (1) font en sorte que les lois et règlements régissant le financement de l'éducation s'appliquent de façon équitable et non discriminatoire :

- (a) as between English-language public boards and English-language Roman Catholic boards; and
- (b) as between French-language public district school boards and French-language separate district school boards.

- a) entre les conseils publics de langue anglaise et les conseils catholiques de langue anglaise;
- b) entre les conseils scolaires de district publics de langue française et les conseils scolaires de district séparés de langue française.

(3) Regulations made under subsection (1) shall ensure that the legislation and regulations governing education funding operate so as to respect the rights given by section 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

(3) Les règlements pris en application du paragraphe (1) font en sorte que les lois et règlements régissant le financement de l'éducation s'appliquent de façon à respecter les droits que confère l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

15 It should be recalled that s. 23 of the *Charter* protects minority language education rights in Canada. See *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Reference Re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; and *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1. The appellants have not raised any arguments with respect to the guarantees provided by s. 23, and there has been no suggestion that the *EQIA* violates s. 23. As a result, this appeal deals only with denominational rights under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, and nothing stated herein is intended to affect s. 23 rights.

Il y a lieu de rappeler que l'art. 23 de la *Charte* protège les droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Voir *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; et *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1. Les appelantes n'ont soulevé aucun argument à l'égard des garanties prévues à l'art. 23, ni laissé entendre que la *LAQÉ* porte atteinte à l'art. 23. Par conséquent, le pourvoi ne porte que sur les droits confessionnels protégés par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et aucun élément du présent pourvoi ne vise les droits garantis par l'art. 23.

16 The guarantees provided in ss. 234(2) and (3) apply not only to grants made under s. 234(1), but

Les garanties prévues aux par. 234(2) et (3) ne s'appliquent pas uniquement aux subventions

also to revenue available to a school board from tax rates levied under Division B of Part IX of the *Education Act* (“Education Taxes”) and education development charges under Division E of Part IX of the *Education Act* (“Education Development Charges”): s. 234(14). Furthermore, s. 257.107 requires that a committee be struck to report by December 31, 2003 on whether “the legislation and regulations governing education funding meet the standard set out in subsection 234 (2) of the *Education Act*”.

The grants themselves consist of foundation grants, special purpose grants, and pupil accommodation grants. Foundation grants are allocated on a per-pupil basis and are intended to cover the basic cost of providing an educational program for one school year (see Kelsey, *supra*, at pp. 138-40). The per-pupil funding rate is the same for all school boards, although it is higher for secondary students than for elementary students. Special purpose grants are allocated for a wide range of particular needs, including special education, language needs, small or remote school needs, adult education, teacher compensation, transportation, administration and governance, early learning, and debt charges (see Kelsey, *supra*, at pp. 140-51). Pupil accommodation grants are essentially focussed on funding infrastructure needs, including school operation and renewal, new pupil places, and capital debt servicing. All grants are designated for either classroom or non-classroom spending. Funds designated for non-classroom spending can be re-allocated for classroom spending categories, but funds designated as classroom spending, as well as certain special purpose grants, cannot be re-assigned. The new funding model also determines the total annual funding a school board is

octroyées en vertu du par. 234(1), mais aussi aux recettes que peuvent obtenir les conseils scolaires des impôts prélevés sous le régime de la section B de la partie IX de la *Loi sur l'éducation* (« impôts scolaires ») et des redevances d'aménagement scolaires imposées sous le régime de la section E de la partie IX de la *Loi sur l'éducation* (« redevances d'aménagement scolaires »): par. 234(14). De plus, l'art. 257.107 prescrit la constitution d'un comité, dont le rapport doit être présenté au plus tard le 31 décembre 2003, chargé d'examiner « si les lois et règlements qui régissent le financement de l'éducation répondent à la norme énoncée au paragraphe 234 (2) de la *Loi sur l'éducation* ».

Les subventions se divisent en subventions de base, en subventions à des fins particulières et en subventions pour les installations destinées aux élèves. Les subventions de base sont attribuées en fonction du nombre d'élèves inscrits et visent à couvrir le coût de base de la mise en œuvre d'un programme d'éducation pour une année scolaire (voir Kelsey, *op. cit.*, p. 138-140). Le taux de financement par élève est le même pour tous les conseils scolaires, même s'il est plus élevé pour les élèves des écoles secondaires que pour ceux des écoles élémentaires. Les subventions à des fins particulières sont affectées à une vaste gamme de besoins particuliers, y compris l'enseignement aux élèves en difficulté, les besoins en matière d'enseignement des langues, les besoins particuliers des écoles éloignées ou de petite taille, l'enseignement aux adultes, la rémunération des enseignants, le transport, l'administration et la gestion, l'éducation préscolaire et les frais de la dette (voir Kelsey, *op. cit.*, p. 140-151). Les subventions pour les installations destinées aux élèves visent essentiellement à financer les besoins en infrastructure, y compris les coûts de fonctionnement et de réfection des écoles, les nouvelles places d'élèves et le service de la dette d'établissement. Toutes les subventions se rangent sous l'une ou l'autre des rubriques de dépenses liées ou dépenses non liées à la salle de classe. Les fonds destinés à ces dernières peuvent être réaffectés aux dépenses liées à la salle de classe. Toutefois les fonds désignés comme dépenses liées à la salle de classe et certaines subventions à des fins particulières ne peu-

to receive, thereby providing a ceiling on board expenditures for the year.

vent être réaffectés. Le nouveau modèle de financement détermine aussi le financement annuel total qu'un conseil scolaire peut recevoir, établissant ainsi un plafond des dépenses de ce conseil pour l'année.

18 Division D of Part IX of the new *Education Act* provides for the supervision of school boards' financial affairs by the provincial Ministry of Education and Training. Under s. 257.30(1), the Minister of Education and Training may direct an investigation of the financial affairs of a board if: (a) the board has a deficit for a fiscal year; (b) the board fails to pay certain debentures, debt instruments or interest due; (c) the board fails to pay any other debts or liabilities when due and the default is occasioned from financial difficulties affecting the board; or (d) if "the Minister has concerns about the board's ability to meet its financial obligations". The investigator reports to the Minister (s. 257.30(5)), but "may not recommend that control and charge over the administration of the affairs of the board be vested in the Ministry unless the investigation discloses evidence of financial default or probable financial default, of a deficit or a probable deficit or of serious financial mismanagement" (s. 257.30(6)). After reviewing the investigator's report, the Minister may "give any directions to the board that he or she considers advisable" or may advise the Lieutenant Governor in Council to vest financial control of the board with the Ministry: s. 257.31. If the Lieutenant Governor in Council acts on this recommendation, the Minister assumes full control over the board: ss. 257.33 to 257.49.

La section D de la partie IX de la nouvelle *Loi sur l'éducation* prévoit le contrôle des affaires financières des conseils par le ministère de l'Éducation et de la Formation. En vertu du par. 257.30(1), le ministre de l'Éducation et de la Formation peut ordonner la tenue d'une enquête sur les affaires financières d'un conseil si, selon le cas : a) celui-ci a un déficit pour un exercice donné; b) il n'a pas, à leur échéance, remboursé certains instruments ou débetures, ou n'a pas versé les intérêts sur eux; c) il n'a pas, à son échéance, acquitté une autre dette en raison de difficultés financières; d) « le ministre n'est pas sûr que le conseil puisse faire face à ses obligations financières ». L'enquêteur remet un rapport au ministre (par. 257.30(5)), mais il « ne peut recommander d'investir le ministère du contrôle de l'administration des affaires du conseil que si son enquête révèle des preuves d'un manquement effectif ou probable à des obligations financières, d'un déficit effectif ou probable ou d'une mauvaise gestion financière grave » (par. 257.30(6)). À la suite de l'examen du rapport de l'enquêteur, le ministre peut « donner au conseil les directives qu'il estime souhaitables en ce qui concerne ses affaires financières » ou conseiller au lieutenant-gouverneur en conseil d'investir le Ministère du contrôle de l'administration des affaires financières du conseil : art. 257.31. Si le lieutenant-gouverneur en conseil donne suite à cette recommandation, le ministre assume le plein contrôle du conseil : art. 257.33 à 257.49.

19 This power is also subject to important limitations. Most significantly, the Minister cannot interfere with: "(a) the denominational aspects of a Roman Catholic board; (b) the denominational aspects of a Protestant separate school board; or (c) the linguistic or cultural aspects of a French-language district school board": s. 257.52. Although the government has attempted to shield the exercise of the Minister's Division D powers

Ce pouvoir est aussi assujéti à d'importantes restrictions. En particulier, le ministre ne peut intervenir dans les aspects suivants : « a) les aspects confessionnels des conseils catholiques; b) les aspects confessionnels des conseils d'écoles séparées protestantes; ou c) les aspects linguistiques ou culturels des conseils scolaires de district de langue française » : art. 257.52. Même si le gouvernement a tenté de soustraire au contrôle

from judicial scrutiny by enacting a privative clause (s. 257.40), an exception is provided in s. 257.40(5) for the review of decisions impacting the guarantees in s. 257.52. A further limitation on the exercise of Division D powers is provided by s. 257.50, which requires the Lieutenant Governor in Council to revoke the Minister's control over a board if "the Lieutenant Governor in Council is of the opinion that the affairs of a board no longer need to be administered under [Division D]" or if the board no longer has a deficit.

III. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1998), 162 D.L.R. (4th) 257

In extensive and lucid reasons, Cumming J. held that the *EQIA* did not interfere with separate schools' right to management and control. Although he concluded at p. 283 that "[i]nherent to the right of a separate school system is the right of management and control", he also noted that the *Scott Act* imposed limitations upon the independent management of separate schools, primarily by subjecting separate schools to regulations imposed by a central education authority. Furthermore, s. 93(1) primarily protects denominational rights. Cumming J. therefore concluded at p. 286 that:

... there is not otherwise any evidence of any prejudicial effect on a *denominational* right because of the strictures upon the powers of management imposed by *Bill 160* The prescriptive elements of the new funding model will direct board spending to a considerable degree. However, there is nothing to suggest that Catholic boards will be prevented from taking denominational matters into account in all aspects of their operations, such as teacher hiring, curriculum, programs and in respect of capital facilities. [Emphasis in original.]

With regard to a right to tax, Cumming J. held that s. 7 of the *Scott Act* guaranteed separate school boards the right to levy taxes upon separate school supporters to meet expenditure needs. He concluded at p. 297 that the particular form of such a tax is not essential, but that "the *independent* right

judiciaire l'exercice des pouvoirs conférés au ministre sous le régime de la section D en adoptant une clause privative (art. 257.40), une exception est prévue au par. 257.40(5) pour la révision des décisions ayant une incidence sur les garanties de l'art. 257.52. Une autre restriction de l'exercice de ces pouvoirs est prévue à l'art. 257.50, lequel prescrit au lieutenant-gouverneur en conseil de révoquer le contrôle d'un conseil par le ministre « s'il est d'avis qu'il n'est plus nécessaire d'administrer les affaires du conseil en vertu de la [section D] » ou si le conseil n'a plus de déficit.

III. Décisions antérieures

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1998), 162 D.L.R. (4th) 257

Dans des motifs approfondis et lucides, le juge Cumming a conclu que la *LAQÉ* ne porte pas atteinte au droit de gestion et de contrôle des écoles séparées. Même s'il a jugé que [TRADUCTION] « le droit de gestion et de contrôle est inhérent au droit à un système scolaire séparé » (p. 283), il a aussi noté que la *Loi Scott* impose des limites à la gestion indépendante des écoles séparées, principalement en les assujettissant à la réglementation imposée par une autorité scolaire centrale. De plus, le par. 93(1) protège surtout les droits confessionnels. Le juge Cumming a donc conclu ce qui suit, à la p. 286 :

[TRADUCTION] . . . il n'y a par ailleurs aucun élément de preuve de quelque atteinte à un droit *confessionnel* en raison des restrictions aux pouvoirs de gestion imposées par le *projet de loi 160* [. . .] Les éléments normatifs du nouveau modèle de financement orienteront considérablement les dépenses du conseil. Il n'y a toutefois rien qui montre que les conseils catholiques ne pourront pas tenir compte des questions confessionnelles dans tous les aspects de leurs opérations, comme le recrutement d'enseignants, les programmes d'études, les programmes ainsi que pour les immobilisations. [En italique dans l'original.]

En ce qui a trait au droit de taxation, le juge Cumming a conclu que l'art. 7 de la *Loi Scott* garantissait aux conseils des écoles séparées le droit de prélever des taxes sur les tenants des écoles séparées afin de combler leurs besoins de recettes. Il a conclu que la forme particulière d'une

20

21

to finance by raising money by the taxation of *separate* school supporters . . . is critical to the prime objective of guaranteeing the autonomy of a separate, denominational school system” (emphasis in original). In his opinion, the *EQIA*, although respecting the right to proportional funding as guaranteed by s. 20 of the *Scott Act*, violates the right to independent financing as guaranteed by s. 7. While the new funding model may presently benefit denominational schools, Cumming J. concluded at p. 298 that it was unconstitutional because it “makes the Roman Catholic community hostage to the provincial government as to the *extent* of financing of the separate school system” (emphasis in original). In his view, Catholics in the province are constitutionally guaranteed the right to finance a Catholic education system from within their own community. He therefore declared the *EQIA* to be of no force and effect insofar as it interferes with this right.

telle imposition importait peu, mais que [TRADUCTION] « le droit *indépendant* de se financer en prélevant des recettes par la taxation des tenants des écoles séparées [. . .] est essentiel pour l’objectif primordial de garantir l’autonomie d’un système d’enseignement confessionnel séparé » (p. 297 (en italique dans l’original)). À son avis, même si elle respecte le droit à un financement proportionnel garanti par l’art. 20 de la *Loi Scott*, la *LAQÉ* porte atteinte au droit à un financement indépendant garanti par l’art. 7. Selon le juge Cumming, même si le nouveau modèle de financement peut à l’heure actuelle profiter aux écoles confessionnelles, il est inconstitutionnel parce qu’il [TRADUCTION] « transforme la communauté catholique en otage du gouvernement provincial en ce qui a trait à l’*ampleur* du financement du système des écoles séparées » (p. 298 (en italique dans l’original)). Selon lui, les catholiques de la province ont le droit, protégé par la Constitution, de financer un système scolaire catholique au sein même de leur communauté. Il a donc déclaré que la *LAQÉ* est inopérante dans la mesure où elle touche à ce droit.

22

Cumming J. rejected the remaining arguments of the appellants. He held that the supervisory powers conferred on the Minister by Division D of the new *Education Act* meet the requirements set out in *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, *supra*, and in *Re Ottawa Separate Schools* (1917), 41 O.L.R. 259 (S.C., App. Div.), namely that there “are defined and assessable standards, both for the imposition and removal of a vesting order” (p. 306). He rejected the argument that a right to tax must also exist for public school supporters, on the grounds that s. 93 does not guarantee “mirror equality” between the two education systems. He agreed with Campbell J. in *Ontario Public School Boards’ Assn. v. Ontario (Attorney General)* (1997), 151 D.L.R. (4th) 346 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) that *Adler*, *supra*, a leading case on this issue, “is a shield to protect the public school system against *Charter* challenges . . . not a sword to win denominational rights for public schools” (p. 309). Cumming J. also held that there is no constitutional convention protecting the design of the public education system in Ontario and that, even if there was, a constitutional convention can-

Le juge Cumming a rejeté les autres arguments des appelants. Il a conclu que les pouvoirs de contrôle conférés au ministre par la section D de la nouvelle *Loi sur l’éducation* satisfont aux exigences énoncées dans *Ottawa Separate Schools Trustees c. Ottawa Corporation*, précité, et dans *Re Ottawa Separate Schools* (1917), 41 O.L.R. 259 (C.S., Div. app.), puisqu’il existe [TRADUCTION] « des normes définies et vérifiables, tant pour l’imposition que pour le retrait d’un décret de contrôle » (p. 306). Il a rejeté l’argument selon lequel les tenants des écoles publiques doivent aussi avoir un droit de taxation, en invoquant le fait que l’art. 93 ne garantit pas [TRADUCTION] « l’égalité intégrale » entre les deux systèmes d’éducation. Il était d’accord avec le juge Campbell, dans la décision *Ontario Public School Boards’ Assn. c. Ontario (Attorney General)* (1997), 151 D.L.R. (4th) 346 (C. Ont. (Div. gén.)), qu’*Adler*, précité, arrêt-clé sur cette question, [TRADUCTION] « est un bouclier pour protéger le système scolaire public contre les attaques fondées sur la *Charte* [. . .] et non une arme dont pourraient se servir les écoles publiques pour obtenir des droits confessionnels »

not be used to invalidate express legislation. Lastly, Cumming J. concluded that the *EQIA* does not violate ss. 53 and 54 of the *Constitution Act, 1867* as these provisions require only that the delegation of a taxing power be express, a condition met by the legislation.

B. *Ontario Court of Appeal* (1999), 44 O.R. (3d) 7

In reasons for judgment authored by the court, McMurtry C.J.O., Brooke, Abella, Goudge and Borins J.J.A. dismissed the appellants' appeal, but allowed the respondent's appeal regarding the right of separate school boards to tax their supporters. Employing the aspects analysis to the guarantees of s. 93(1), as reviewed by this Court in *G.M.P.S.B.*, *supra*, the Court of Appeal held at p. 21 that the "right to tax is clearly a non-denominational aspect of denominational schools . . . nor does it serve denominational ends that other ways of funding the separate system would not". The court also noted that, historically, the right to tax did not provide more than limited financial autonomy to separate school boards. As the *EQIA* provides greater funding to Catholic schools than they enjoyed before, it cannot be said to prejudice their rights under s. 93. The court therefore concluded that s. 93(1) guarantees only the funding of denominational schools, not a right of separate school boards to tax their supporters, and reversed the learned trial judge on this point.

The court rejected all of the other grounds of appeal. It denied an independent right to management and control, as "in 1867 neither public nor separate school boards had unconstrained autonomy in spending decisions" (p. 24). Since the new funding model limits the spending power of trustees only in relation to matters that are entirely non-

(p. 309). Le juge Cumming a aussi conclu qu'il n'existe aucune convention constitutionnelle protégeant la forme du système scolaire public en Ontario et que, même s'il en existait une, elle ne pourrait servir à invalider une disposition législative expresse. Il a finalement statué que la *LAQÉ* ne porte pas atteinte aux art. 53 et 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867* puisque ces dispositions exigent uniquement que la délégation du pouvoir de taxation soit expresse, condition qui est remplie par la loi en cause.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1999), 44 O.R. (3d) 7

Dans ses motifs au nom de la Cour d'appel, le juge en chef McMurtry et les juges Brooke, Abella, Goudge et Borins ont rejeté l'appel des appelants, mais accueilli l'appel de l'intimé au sujet du droit des conseils des écoles séparées de prélever des impôts sur leurs tenants. En interprétant les garanties du par. 93(1) selon l'analyse des aspects, comme l'avait fait notre Cour dans *G.M.C.É.P.*, précité, la Cour d'appel a conclu que le [TRADUCTION] « droit de taxation est clairement un aspect non confessionnel des écoles confessionnelles [. . .] et qu'il ne remplit pas des fins confessionnelles que ne peuvent remplir d'autres moyens de financement du système séparé » (p. 21). La cour a aussi noté que, par le passé, le droit de taxation n'avait jamais donné aux conseils des écoles séparées plus qu'une autonomie financière limitée. Puisque la *LAQÉ* prévoit pour les écoles catholiques un financement plus important qu'auparavant, elles ne peuvent prétendre que la loi porte atteinte à leurs droits aux termes de l'art. 93. La cour a donc conclu que le par. 93(1) ne garantit que le financement des écoles confessionnelles, et non un droit pour les conseils des écoles séparées de prélever un impôt sur leurs tenants, et infirmé la décision du juge de première instance sur ce point.

La cour a rejeté tous les autres moyens d'appel. Elle a conclu à l'inexistence d'un droit indépendant de gestion et de contrôle, puisque [TRADUCTION] « en 1867, ni les conseils des écoles publiques ni les conseils des écoles séparées ne jouissaient d'une autonomie illimitée dans leurs décisions en matière de dépenses » (p. 24). Comme

23

24

denominational, the court held that the *EQIA* had no prejudicial effect on the rights guaranteed by s. 93(1). Largely for the reasons given by Cumming J., the court agreed that the Division D supervisory powers given to the Minister of Education and Training were constitutional, noting at p. 30 that these powers are “sufficiently defined and precise” and therefore do not have a prejudicial effect. Having rejected the OECTA appellants’ claim to a right to tax and a right of independent management and control, the court held that no such rights could possibly exist for public school boards. It also rejected the OPSBA appellants’ argument regarding a constitutional convention in this area, for the reasons given by Cumming J.

le nouveau modèle de financement ne limite le pouvoir de dépenser des conseillers qu’à l’égard de domaines qui ne sont pas du tout confessionnels, la cour a conclu que la *LAQÉ* ne porte aucunement atteinte aux droits garantis par le par. 93(1). En grande partie pour les raisons exposées par le juge Cumming, la cour a reconnu que les pouvoirs de contrôle conférés au ministre de l’Éducation et de la Formation sous le régime de la section D sont constitutionnels, en soulignant qu’ils sont [TRADUCTION] « suffisamment définis et précis » (p. 30) et qu’ils n’ont donc aucun effet préjudiciable. Ayant rejeté la prétention des appelants OECTA au sujet d’un droit de taxation et d’un droit de gestion et de contrôle indépendants, la cour a aussi conclu à l’inexistence de tels droits pour les conseils des écoles publiques. Elle a aussi rejeté l’argument des appelants OPSBA au sujet d’une convention constitutionnelle dans ce domaine, pour les motifs donnés par le juge Cumming.

25 Lastly, the court held that the delegation of the setting of property tax rates for education purposes to the Minister of Finance did not contravene s. 53 of the *Constitution Act, 1867*. Unlike Cumming J., the court had the benefit of the decision of this Court in *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565, in reaching its decision. The court held that, although the tax is not imposed until the Minister fixes the applicable rates, it nevertheless meets the requirement set out by the majority in *Eurig*, at para. 28, that “all provincial bills for the imposition of any tax must originate in the legislature”. As the Minister is not imposing a tax *ab initio* when setting the rates, but is instead imposing a tax as authorized by legislation, the court concluded that the requirements of s. 53 were met by the *EQIA*.

En dernier lieu, la cour a conclu que la délégation au ministre des Finances du pouvoir d’établir des taux d’imposition foncière à des fins éducatives ne porte pas atteinte à l’art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À la différence du juge Cumming, la cour a pu tirer profit de l’arrêt rendu par notre Cour dans *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565, pour rendre sa décision. Elle a déclaré que, même si l’impôt n’est pas prélevé avant que le ministre n’établisse les taux applicables, il n’en satisfait pas moins à l’exigence énoncée par la majorité dans *Eurig*, par. 28, à savoir que « tous les projets de loi provinciaux ayant pour objet la création d’une taxe doivent prendre naissance à l’assemblée législative provinciale ». Comme le ministre n’impose pas une taxe *ab initio* lorsqu’il établit les taux, mais qu’il impose plutôt une taxe autorisée par une loi, la cour a conclu que la *LAQÉ* respecte les exigences de l’art. 53.

IV. Issues

IV. Questions en litige

26 The following constitutional questions were stated by this Court when leave to appeal was granted on October 14, 1999:

Les questions constitutionnelles suivantes ont été énoncées par notre Cour lorsque l’autorisation de pourvoi a été accordée le 14 octobre 1999 :

1. Do Part IX Division B, Part IX Division F, and, in particular, ss. 257.7, 257.12, 257.19 and 257.106 of

1. Est-ce que les sections B et F de la partie IX et, en particulier, les art. 257.7, 257.12, 257.19 et 257.106

the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended by the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31, prejudicially affect rights held under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*?

2. Do ss. 231, 232 and 234 of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended by the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31, and the education Funding Formula enacted pursuant to s. 234 of the *Education Act* and presently embodied in O.Reg. 287/98 and O.Reg. 214/99, prejudicially affect rights held under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*?
3. Does Part IX, Division D of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended by the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31, prejudicially affect rights held under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*?
4. If the answer to questions 1, 2 or 3 is in the affirmative with respect to Roman Catholic separate school rights, are those provisions, or any of them, also invalid with respect to public school supporters and public school boards, by virtue of either s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, or constitutional convention?
5. Does s. 257.12(1)(b) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended by the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31, contravene the preamble, s. 53, or s. 54 of the *Constitution Act, 1867*?

In answering these questions, I wish to begin by reviewing briefly the jurisprudence on the rights protected under s. 93. Having done this, I will then discuss the issues of financial management and control, the right to tax, the rights of public school boards, and the delegation of taxation powers.

V. Analysis

A. *The Protections of Section 93*

The original purpose of s. 93 was to give the provinces plenary jurisdiction over education while protecting the religious education of the Protestant minority in Quebec and the Catholic

de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, modifiée par la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31, portent atteinte aux droits garantis par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

2. Est-ce que les articles 231, 232 et 234 de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, modifiée par la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31, et la formule de financement de l'éducation établie conformément à l'art. 234 de la *Loi sur l'éducation* et prévue présentement par le Règl. de l'Ont. 287/98 et le Règl. de l'Ont. 214/99 portent atteinte aux droits garantis par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
3. Est-ce que la section D de la partie IX de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, modifiée par la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31, porte atteinte aux droits garantis par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
4. Si la réponse à la question 1, 2 ou 3 est affirmative à l'égard des droits des écoles séparées catholiques, est-ce que ces dispositions, ou l'une d'entre elles, sont invalides à l'égard des conseils scolaires publics et des contribuables des écoles publiques par l'effet soit de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* soit d'une convention constitutionnelle?
5. Est-ce que l'alinéa 257.12(1)(b) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, modifiée par la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31, contrevient au préambule, à l'art. 53 ou à l'art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Pour répondre à ces questions, je commencerai par un bref survol de la jurisprudence relative aux droits protégés par l'art. 93. J'aborderai ensuite les questions de la gestion et du contrôle financiers, du droit de taxation, des droits des conseils des écoles publiques et de la délégation des pouvoirs de taxation.

V. Analyse

A. *La protection de l'art. 93*

À l'origine, l'art. 93 visait à donner aux provinces pleine compétence en matière d'éducation tout en protégeant l'enseignement religieux de la minorité protestante au Québec et de la minorité

minority outside Quebec. As the Lord Chancellor stated in *Brophy, supra*, at p. 214, these minority communities

regarded it as essential that the education of their children should be in accordance with the teaching of their Church, and considered that such an education could not be obtained in public schools designed for all the members of the community alike, whatever their creed, but could only be secured in schools conducted under the influence and guidance of the authorities of their Church.

The animating principles were, and are, religious freedom and equitable treatment. A detailed history of s. 93, as well as the relevant pre-Confederation education legislation in Ontario, is set out by Wilson J. in *Reference Re Bill 30, supra*, at pp. 1168-87.

29

The plenary power over education given to the provinces by the opening words of s. 93 has been interpreted broadly by the courts: see, e.g., *City of Winnipeg, supra*, at p. 456, and *Alberta Public Schools, supra*, at paras. 35-37. But the plenary power is not absolute. It must be exercised within the limits imposed by subss. (1), (3) and (4) of s. 93 of the *Constitution Act, 1867* (s. 93(2) is no longer of importance, as it applied only to Quebec and is now inapplicable as a result of s. 93A of the *Constitution Act, 1867*). The Lord Chancellor summarized the scope of the plenary power in *Brophy, supra*, at pp. 221-22:

The power conferred is not absolute, but limited. It is exercisable only “subject and according to the following provisions.” The sub-sections which follow, therefore, whatever be their true construction, define the conditions under which alone the Provincial Legislature may legislate in relation to education, and indicate the limitations imposed on, and the exceptions from, their power of exclusive legislation. Their right to legislate is not indeed, properly speaking, exclusive, for in the case specified in sub-sect. 3 the Parliament of Canada is authorized to legislate on the same subject.

catholique à l’extérieur du Québec. Comme le lord chancelier le disait dans *Brophy, précité*, p. 214, ces communautés minoritaires :

[TRADUCTION] tenaient pour essentiel que l’éducation de leurs enfants soit conforme aux dogmes de leur Église et elles estimaient qu’une telle instruction ne pouvait être obtenue dans des écoles publiques destinées à tous les membres de la société, peu importe leurs croyances, mais ne pouvait être dispensée que dans des écoles qui fonctionnaient sous l’influence et la direction des autorités de leur Église.

Les principes fondamentaux, à cette époque comme aujourd’hui, demeurent la liberté religieuse et le traitement équitable. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, précité*, p. 1168-1187, le juge Wilson donne un historique détaillé de l’art. 93 et de la législation pertinente sur l’éducation en vigueur en Ontario avant la Confédération.

La pleine compétence en matière d’éducation conférée aux provinces par le passage introductif de l’art. 93 a été interprétée de manière large par les tribunaux : voir, p. ex., *City of Winnipeg, supra*, p. 456, et *Alberta Public Schools, supra*, par. 35-37, précités. Mais la pleine compétence n’est pas un pouvoir absolu. Elle doit être exercée dans les limites imposées par les par. 93(1), (3) et (4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (le par. 93(2) n’a plus d’importance, puisqu’il ne s’appliquait qu’au Québec et n’est plus applicable en conséquence de l’application de l’art. 93A de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Le lord chancelier a résumé la portée de cette pleine compétence dans *Brophy, précité*, p. 221-222 :

[TRADUCTION] Le pouvoir conféré n’est pas absolu, mais limité. Il ne peut être exercé que « sous réserve et en conformité des dispositions suivantes ». Par conséquent, les paragraphes qui suivent, quelle que soit leur véritable interprétation, définissent les conditions en vertu desquelles seule la législature provinciale peut légiférer en matière d’éducation, et indiquent les limites, ainsi que les exceptions, imposées à son pouvoir exclusif de législation. Son droit de légiférer n’est donc pas, à proprement parler, exclusif, puisque dans le cas visé au paragraphe 3, le Parlement du Canada est autorisé à légiférer sur le même objet.

To engage the protections of s. 93(1), the following factors must be established (as referred to by Chouinard J. in *Greater Hull, supra*, at p. 582):

[TRANSLATION]

- (a) there must be a right or privilege affecting a denominational school;
- (b) enjoyed by a particular class of persons;
- (c) by law;
- (d) in effect at the time of the Union;
- (e) and which is prejudicially affected.

In addition, as will be discussed below, the right prejudicially affected must be one relating to denominational education, or those non-denominational aspects necessary to deliver the denominational elements of education: see *G.M.P.S.B., supra*, at p. 411.

It has long been settled that Roman Catholics in Ontario constitute a “class of persons” within the meaning of s. 93(1): *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell, supra*, at p. 69. The starting point in analysing a s. 93(1) claim is therefore to determine whether the right or privilege being claimed was in fact provided by law in the province at the applicable date. Although this approach involves analysing a “snapshot” of the law as it stood in 1867 (the relevant date in Ontario), the education system of a province is not frozen in time. In *Ottawa Separate School Trustees v. City of Ottawa* (1915), 34 O.L.R. 624 (H.C. Div.), at p. 630, Meredith C.J.C.P. stated that separate schools must not be “left forever in the educational wilderness of the enactments in force in 1867”. Instead, “[t]he machinery may be altered, the educational methods may be changed, from time to time, to keep pace with advanced educational systems”. In *Hirsch, supra*, the Privy Council shared this view. Viscount Cave L.C. wrote, at p. 215, that s. 93

does not purport to stereotype the educational system of the Province as then existing. On the contrary, it expressly authorizes the Provincial Legislature to make laws in regard to education subject only to the provisions of the section; and it is difficult to see how the

Pour pouvoir invoquer la protection du par. 93(1), les facteurs suivants (énoncés par le juge Chouinard dans *Greater Hull, précité*, p. 582) doivent être établis :

- a) ... il s’agi[t] d’un droit ou privilège relatif à une école confessionnelle;
- b) dont jouissait une classe particulière de personnes;
- c) en vertu d’une loi;
- d) en vigueur au moment de l’Union[;]
- e) et auquel on porte préjudice.

De plus, comme nous le verrons plus loin, le droit auquel il est porté atteinte doit être un droit relatif à l’éducation confessionnelle ou à l’un des aspects non confessionnels nécessaires à la prestation des éléments confessionnels de l’éducation : voir *G.M.C.É.P., précité*, p. 411.

Il est reconnu depuis longtemps que les catholiques en Ontario constituent une « classe particulière de personnes » au sens du par. 93(1) : *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell, précité*, p. 69. Pour analyser une demande fondée sur le par. 93(1), il faut au départ déterminer si le droit ou privilège revendiqué était en fait conféré par une loi de la province à la date visée. Même si cette méthode implique l’analyse du droit tel qu’il existait en 1867 (la date visée en Ontario), le système d’éducation d’une province n’est pas figé dans le temps. Dans *Ottawa Separate School Trustees c. City of Ottawa* (1915), 34 O.L.R. 624 (Div. H.C.), p. 630, le juge en chef Meredith disait que les écoles séparées ne doivent pas être [TRADUCTION] « à tout jamais laissées dans le désert éducatif des textes législatifs en vigueur en 1867 ». Au contraire, [TRADUCTION] « les mécanismes peuvent être modifiés et les méthodes d’enseignement changées pour refléter les progrès dans le domaine de l’éducation ». Dans *Hirsch, précité*, le Conseil privé partage ce point de vue. Le vicomte Cave L.C. écrit, à la p. 215, que l’art. 93

[TRADUCTION] ne prétend pas stéréotyper le système d’éducation de la province qui existait à ce moment-là. Au contraire, il autorise expressément la législature de la province à légiférer en matière d’éducation sous réserve seulement des dispositions de l’article; et je

30

31

Legislature can effectively exercise the power so entrusted to it unless it is to have a large measure of freedom to meet new circumstances and needs as they arise.

Similarly, this Court noted in *Ontario Home Builders*, *supra*, at para. 73, that s. 93(1) does not turn the legislative provisions with regard to denominational education in force in 1867 into Procrustean obligations, with which our present education system must be rigidly forced to conform.

peux difficilement voir comment la législature peut exercer d'une manière efficace le pouvoir qui lui a été conféré si elle n'a pas une grande marge de manœuvre pour s'adapter aux circonstances et besoins nouveaux lorsqu'ils se présentent.

Notre Cour note elle aussi, dans *Ontario Home Builders*, précité, par. 73, que le par. 93(1) ne transforme pas les dispositions législatives sur l'éducation confessionnelle en vigueur en 1867 en obligations dignes de Procuste auxquelles notre système d'éducation actuel serait strictement tenu de se conformer.

32

Instead, this Court employs “a purposive approach to s. 93”: see the *Reference Re Bill 30*, *supra*, at p. 1175, *per* Wilson J. Such an approach gives provincial legislatures the flexibility to use the plenary power granted to them in s. 93 to alter their education systems. At the same time, the jurisprudence reveals that care has been exercised to avoid using the purposive approach to expand the original purpose of s. 93. Beetz J., for a majority of this Court in *G.M.P.S.B.*, *supra*, at p. 401, rejected an approach to s. 93(1) that would “improperly amplify the provision’s purpose” and thereby transform s. 93(1) into “a blanket affirmation of freedom of religion or freedom of conscience”. Using the properly confined purposive approach, Beetz J. concluded, at p. 402, that “the law in force ‘at the Union’ cannot on its own set the content of the constitutional right in s. 93(1)”. In other words, the rights guaranteed by s. 93(1) do not replicate the law word-for-word as it stood in 1867. It is the broader purpose of the laws in force which continues to be protected. Therefore, s. 93(1) should be viewed as protecting the denominational aspects of education, as well as those non-denominational aspects necessary to deliver the denominational elements. As Beetz J. stated in *G.M.P.S.B.*, at p. 411:

Notre Cour emploie plutôt « une interprétation de l’art. 93 qui tient compte de son but » : voir le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, p. 1175, le juge Wilson. Une telle interprétation donne aux législatures provinciales, dans l’exercice de la pleine compétence que leur confère l’art. 93, la souplesse pour modifier leurs systèmes d’éducation. En même temps, il ressort de la jurisprudence qu’on s’est soigneusement abstenu de recourir à l’interprétation fondée sur l’objet pour étendre la portée originale de l’art. 93. Le juge Beetz, au nom de la majorité de notre Cour dans *G.M.C.É.P.*, précité, p. 401, a rejeté une interprétation du par. 93(1) qui aurait pour effet de « donner une portée induue à cet objet » et par conséquent de transformer le par. 93(1) en « une affirmation générale de la liberté de religion ou de la liberté de conscience ». En circonscrivant l’interprétation fondée sur l’objet, le juge Beetz a conclu que « la loi en vigueur “lors de l’Union” ne suffit pas à elle seule pour déterminer la nature du droit constitutionnel que garantit le par. 93(1) » (p. 402). En d’autres termes, les droits garantis par le par. 93(1) ne reprennent pas littéralement la loi telle qu’elle existait en 1867. C’est l’objet plus vaste des lois alors en vigueur qui continue à être protégé. Par conséquent, il faut voir le par. 93(1) comme une disposition qui protège les aspects confessionnels de l’éducation ainsi que les aspects non confessionnels nécessaires à la prestation des éléments confessionnels. Voici ce que dit le juge Beetz dans *G.M.C.É.P.*, p. 411 :

In other words, constitutional protection “with respect to Denominational Schools” has both denominational and non-denominational components.

This approach is commonly referred to as the “aspects analysis” or the “aspects approach”.

Dickson C.J. summarized the aspects approach in *Mahe, supra*, at p. 382:

[Subsection 93(1)] protects powers over denominational aspects of education and those non-denominational aspects which are related to denominational concerns which were enjoyed at the time of Confederation. The phrase does not support the protection of powers enjoyed in respect of non-denominational aspects of education except in so far as is necessary to give effect to denominational concerns. [Emphasis deleted.]

The aspects approach is not new. It was employed by the Privy Council as early as 1917. In *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell, supra*, at p. 71, Lord Buckmaster L.C. stated (with regard to language rights, which were not then constitutionally protected):

The schools must be conducted in accordance with the regulations, and their Lordships can find nothing in the statute to take away from the authority that had power to issue regulations the power of directing in what language education is to be given. If, therefore, the trustees of the common schools would be bound to obey a regulation which directed that education should, subject to certain restrictions, be given in either English or French, the trustees of the separate schools would also be bound to obey a regulation of the same character affecting their school, provided that it does not interfere with a right or privilege reserved under the Act of 1867, i.e., a right or privilege attached to denominational teaching. [Emphasis added.]

Understandably, not all legislation in relation to education will interfere with the guarantees of s. 93. As Chouinard J. stated in *Greater Hull, supra*, at p. 585:

Denominational status applies in its context, and though some legislation which does not prejudicially affect a right or privilege conferred by law at the time of the Union is conceivable, other legislation will have such an effect.

En d’autres termes, la protection constitutionnelle “relativement aux écoles confessionnelles” comporte aussi bien des éléments confessionnels que des éléments non confessionnels.

Cette méthode est généralement appelée « analyse des aspects ».

Le juge en chef Dickson a résumé l’analyse des aspects dans *Mahe*, précité, p. 382 :

[Le paragraphe 93(1)] protège les aspects confessionnels de l’éducation ainsi que les aspects non confessionnels liés aux garanties confessionnelles existant à l’époque de la Confédération. Cette expression ne fonde pas la protection de pouvoirs exercés relativement à des aspects non confessionnels de l’enseignement sauf dans la mesure nécessaire pour rendre efficaces les garanties confessionnelles. [Soulignement omis.]

L’analyse des aspects n’est pas nouvelle. Elle a été employée par le Conseil privé dès 1917. Dans *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, précité, p. 71, lord Buckmaster L.C. écrit (au sujet des droits linguistiques, qui n’étaient pas protégés par la Constitution à cette époque) :

[TRADUCTION] Les écoles doivent être dirigées conformément aux règlements, et Leurs Seigneuries ne trouvent rien dans la loi qui puisse enlever à l’autorité réglementaire le pouvoir de prescrire la langue dans laquelle doit se donner l’enseignement. Par conséquent, si les syndic des écoles communes étaient tenus de respecter un règlement prescrivant que l’enseignement doit, sous réserve de certaines restrictions, être dispensé soit en anglais, soit en français, les syndic des écoles séparées seraient eux aussi tenus de respecter un règlement de même nature visant leur école, pourvu que celui-ci ne porte pas atteinte à un droit ou privilège protégé en vertu de la Loi de 1867, c.-à-d. un droit ou privilège rattaché à l’enseignement confessionnel. [Je souligne.]

Il est évident que les lois sur l’éducation ne portent pas toutes atteinte aux garanties de l’art. 93. Comme l’écrit le juge Chouinard dans *Greater Hull*, précité, p. 585 :

La confessionnalité s’exerce dans un cadre et si certaines législations qui ne préjudicient pas à un droit ou privilège conféré par la loi lors de l’Union sont concevables, d’autres y porteront préjudice.

33

34

Legislation dealing with education has been held to be *intra vires* in a number of cases: see, e.g., *City of Winnipeg*, *supra*; *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell*, *supra*; *Reference Re Bill 30*, *supra*; *G.M.P.S.B.*, *supra*; *Quebec Education Reference*, *supra*; and *Alberta Public Schools*, *supra*. The courts have also long been careful to separate policy matters from legal issues. In *City of Winnipeg*, for instance, Lord Macnaghten stated, at p. 459: “With the policy of the Act of 1890 their Lordships are not concerned.” See also *Brophy*, *supra*, at p. 226, and *Hirsch*, *supra*, at p. 216. On the other hand, s. 93 is absolute in its protection of denominational education rights, and legislation has been held to be *ultra vires* which interferes with those rights: see, e.g., *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, *supra*, and *Greater Hull*, *supra*.

B. *The Claimed Right to Financial Management and Control*

35 Applying these principles to the instant case, we must begin by examining whether there was a right or privilege entitling denominational schools in Ontario to local control over taxation or to financial management and control at the time of Confederation. Section 7 of the *Scott Act* gave separate school trustees “all the powers in respect of Separate Schools, that the Trustees of Common Schools have and possess under the provisions of the Act relating to Common Schools”. Section 27 of the *Common Schools Act* set out the duties and powers of trustees in township school sections, while s. 79 did the same for trustees in cities, towns and villages.

36 These included the power or duty to acquire and hold property (ss. 27(3) and 79(4)), “manage or dispose of such property, and all moneys or income for Common School purposes” (s. 79(5)), build and repair schools (ss. 27(4) and 79(7)), employ teachers and set their salaries (ss. 27(8) and 79(8)), levy and collect property taxes for education purposes, or to apply to the municipal government to have the municipality do so (ss. 27(12) and 79(12)), permit all local residents between the

Des lois sur l'éducation ont été jugées *intra vires* dans un certain nombre d'affaires : voir, p. ex., *City of Winnipeg*, *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, *Renvoi relatif au projet de loi 30*, *G.M.C.É.P.*, *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)* et *Alberta Public Schools*, précités. Les tribunaux veillent depuis longtemps à faire la distinction entre les questions de politique et les questions juridiques. Dans *City of Winnipeg*, par exemple, lord Macnaghten affirme (à la p. 459) : [TRADUCTION] « Leurs Seigneuries ne s'intéressent pas à la politique de la Loi de 1890. » Voir aussi *Brophy*, p. 226, et *Hirsch*, p. 216, précités. En revanche, l'art. 93 est absolu dans la protection des droits en matière d'éducation confessionnelle, et des dispositions législatives portant atteinte à ces droits ont été jugées *ultra vires* : voir, p. ex., *Ottawa Separate Schools Trustees c. Ottawa Corporation* et *Greater Hull*, précités.

B. *Le droit de gestion et de contrôle financiers qui est revendiqué*

Pour appliquer ces principes à la présente affaire, il faut d'abord se demander s'il existait, à l'époque de la Confédération, un droit ou privilège conférant aux écoles confessionnelles de l'Ontario le contrôle local sur la taxation ou la gestion et le contrôle financiers. L'article 7 de la *Loi Scott* donnait aux syndics des écoles séparées « tous les autres pouvoirs à l'égard de ces écoles séparées, que les syndics des écoles communes ont et possèdent en vertu des dispositions de l'acte concernant les écoles communes ». L'article 27 de la *Common Schools Act* établissait les attributions des syndics dans les arrondissements scolaires de canton et l'art. 79, ceux des syndics dans les villes et les villages.

Ces attributions comprenaient le pouvoir ou l'obligation d'acquérir et de posséder des biens (par. 27(3) et 79(4)), [TRADUCTION] « de gérer ou d'aliéner ces biens et toutes les sommes ou les recettes pour les besoins des écoles communes » (par. 79(5)), de construire et de réparer les écoles (par. 27(4) et 79(7)), d'engager des enseignants et de fixer leurs salaires (par. 27(8) et 79(8)), d'imposer et de percevoir des taxes foncières à des fins éducatives, ou de demander à l'administration

ages of five and 21 to attend a school, subject to good behaviour and the payment of the fees or rates required to be paid on their behalf (ss. 27(16) and 79(18)), visit schools and ensure compliance with the authorized regulations (ss. 27(17) and 79(16)), supply the textbooks authorized by the Council of Public Instruction (ss. 27(18) and 79(15)), establish a library and appoint a librarian (ss. 27(19) and 79(15)), and report to constituents (ss. 27(21) and 79(16)), to the applicable superintendent (ss. 27(23) and 79(17)) or to the municipality (s. 79(11)).

These duties and powers, however, were subject to a broad power of regulation by the Chief Superintendent of Education for Upper Canada and the Council of Public Instruction for Upper Canada. Section 26 of the *Scott Act* made the separate schools subject to inspection by the Chief Superintendent and to “such regulations, as may be imposed, from time to time, by the Council of Public Instruction for Upper Canada”. The *Common Schools Act* established both the office of the Chief Superintendent and the institution of the Council of Public Instruction, and set out their duties and powers. The Chief Superintendent was given the duty or power to apportion the annual provincial education grant (s. 106(1)), ensure provincial funds were properly spent (s. 106(7)), appoint school inspectors (s. 106(9)), recommend textbooks to the Council of Public Instruction for approval (ss. 106(10) and (13)), promote the establishment of school libraries (s. 106(11)), disseminate education information, including information regarding the design of schools (s. 106(12)), and report to the Governor on education finances in the province and on “suggestions for improving the Common Schools and the Common School laws, and promoting education generally as he may deem useful and expedient” (s. 106(17)). The Council of Public Instruction consisted of not more than nine members appointed by the Governor. Section 119(4) of the *Common Schools Act* gave the Council the sweeping power to make regulations “for the organization, government and discipline of Common Schools, for the classification of Schools and

municipale de le faire (par. 27(12) et 79(12)), de permettre à tous les résidents de la localité de cinq à vingt et un ans d’aller à l’école, pourvu qu’ils aient une bonne conduite et que les frais ou droits applicables soient payés en leur nom (par. 27(16) et 79(18)), de visiter les écoles et de veiller au respect des règlements en vigueur (par. 27(17) et 79(16)), de fournir les manuels autorisés par le conseil de l’instruction publique (par. 27(18) et 79(15)), d’établir une bibliothèque et de nommer un bibliothécaire (par. 27(19) et 79(15)), et de rendre compte aux électeurs (par. 27(21) et 79(16)), au surintendant responsable (par. 27(23) et 79(17)) ou à la municipalité (par. 79(11)).

Ces attributions étaient toutefois assujetties au pouvoir de réglementation plus large du surintendant en chef de l’éducation du Haut-Canada et du conseil de l’instruction publique du Haut-Canada. L’article 26 de la *Loi Scott* assujettissait les écoles séparées à l’inspection du surintendant en chef et « aux règlements qui pourront être imposés de temps à autre par le conseil de l’instruction publique du Haut-Canada ». La *Common Schools Act* a établi à la fois le poste de surintendant en chef et le conseil de l’instruction publique, et précisé leurs attributions. Le surintendant en chef avait le devoir ou pouvoir de répartir la subvention scolaire provinciale annuelle (par. 106(1)), de veiller à ce que les fonds provinciaux soient dépensés judicieusement (par. 106(7)), de nommer les inspecteurs scolaires (par. 106(9)), de recommander les manuels au conseil de l’instruction publique pour approbation (par. 106(10) et (13)), de promouvoir l’établissement de bibliothèques scolaires (par. 106(11)), de diffuser des renseignements sur l’éducation, y compris ceux concernant la conception des écoles (par. 106(12)), et de rendre compte au Gouverneur de l’état des finances scolaires de la province ainsi que de lui [TRADUCTION] « recommander les moyens qu’il juge utiles et indiqués pour améliorer les écoles communes et les lois les concernant, et pour promouvoir l’éducation en général » (par. 106(17)). Le conseil de l’instruction publique était composé d’au plus neuf membres nommés par le Gouverneur. Le paragraphe 119(4) de la *Common Schools Act* conférait au conseil le vaste pouvoir d’établir des règlements

Teachers, and for School Libraries throughout Upper Canada”.

[TRADUCTION] « relatifs à l’organisation, la gestion et la discipline des écoles communes, la classification des écoles et des enseignants, et l’établissement de bibliothèques scolaires à l’échelle du Haut-Canada ».

38

This provincial power of regulation has long been recognized by the courts. As Dickson C.J. stated in *Mahe, supra*, at pp. 382-83:

Ce pouvoir provincial de réglementation est reconnu depuis longtemps par les tribunaux. Le juge en chef Dickson dans *Mahe*, précité, p. 382-383, dit :

The transfer of the powers in respect of management and control thus amounts to the regulation of a non-denominational aspect of education, namely, the language of instruction, a form of regulation which the courts have long held to be valid: see *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62; and *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Quebec Bank*, [1920] A.C. 230. I note that this conclusion was also reached by the Ontario Court of Appeal in *Reference Re Education Act of Ontario* [(1984), 10 D.L.R. (4th) 491]. That court stated that the provinces enjoy a “full power of regulation”, adding on p. 538, that “[s]o long as the legislation regulates education and does not threaten the existence of the separate schools or interfere with their denominational character it is valid”. [Emphasis in original.]

Le transfert des pouvoirs relatifs à la gestion et au contrôle consiste donc en la réglementation d’un aspect non confessionnel de l’enseignement, savoir, la langue de l’enseignement, une forme de réglementation que les tribunaux ont depuis longtemps déclarée valide: voir les arrêts *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62; et *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Quebec Bank*, [1920] A.C. 230. Je note que c’est aussi la conclusion tirée par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Reference Re Education Act of Ontario* [(1984), 10 D.L.R. (4th) 491]. Cette cour a déclaré en effet que les provinces possèdent [TRADUCTION] «un plein pouvoir de réglementation», ajoutant à la p. 538 que [TRADUCTION] «pourvu que la mesure législative régleme l’enseignement et ne menace pas l’existence des écoles séparées ni ne touche à leur caractère confessionnel, elle est valide.» [Souligné dans l’original.]

Similarly, the provincial power of regulation was recognized by Wilson J. in *Reference Re Bill 30, supra*, at p. 1195, and *G.M.P.S.B., supra*, at pp. 385-86. The fact that the power of regulation may have gone unexercised is irrelevant. It is the fact that it existed which is critical, and which results in the province having a broad power of regulation today. As Wilson J. stated in her concurring reasons in *G.M.P.S.B.*, at p. 386:

De même, le pouvoir provincial de réglementation est reconnu par le juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, p. 1195, et dans *G.M.C.É.P.*, précité, p. 385-386. Le fait que le pouvoir de réglementation n’ait pas été exercé n’est pas pertinent. C’est le fait qu’il ait existé qui compte et qui a pour conséquence que la province détient aujourd’hui un vaste pouvoir de réglementation. Comme l’écrit le juge Wilson dans ses motifs concordants, dans *G.M.C.É.P.*, à la p. 386 :

The trustees’ power was not absolute and, even although no regulations had in fact been passed in Ontario in relation to the curriculum by the time of Union, the overriding regulatory authority of the province was there by law. [Emphasis in original.]

Le pouvoir des syndic n’était pas absolu et, bien qu’aucun règlement concernant le programme d’études n’eût en fait été pris en Ontario au moment de l’Union, la province n’en détenait pas moins, de par la loi, ce pouvoir de réglementation prépondérant. [Souligné dans l’original.]

The aspects approach to the guarantees of s. 93(1) therefore allows Ontario to manage its denominational education system as it sees fit, so long as it

L’interprétation des garanties du par. 93(1) selon l’analyse des aspects permet donc à l’Ontario de gérer son système d’enseignement confessionnel

does not prejudicially affect a denominational right or privilege or a non-denominational right necessary to deliver the denominational elements of education.

The issue that arises therefore is whether the *EQIA* interferes with a right or privilege attached to denominational schools, either a denominational aspect directly or an aspect of education necessary to deliver the protected denominational elements. Dealing first with the claimed right to financial management and control, I agree with the courts below that the *EQIA* does not interfere with those aspects of financial management and control that are necessary to provide the denominational elements of education in the province. Like the Circular of Instructions at issue in *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell*, *supra*, the *EQIA* “applies to public schools and separate schools alike and impartially . . . there is nothing whatever to indicate that it is intended to have any application . . . to anything but secular teaching” (p. 73). The right to manage was specifically claimed by the Ottawa separate school trustees in *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell* and was rejected, in relation to non-denominational aspects, by the Privy Council. Lord Buckmaster L.C. concluded that “the right to manage must be subject to the regulations under which all the schools must be carried on” (p. 74).

The *EQIA* does not interfere with denominational aspects of education, either directly or indirectly. Roman Catholic school boards remain free to hire Roman Catholic teachers and chaplains, construct chapels, and tailor curricula to reflect Catholic values. The *EQIA* affects only secular aspects of education, such as class-size, teacher preparation time, teacher and trustee salaries, adult education, and computers in the classroom.

comme il l’entend, pourvu qu’il ne porte pas atteinte à un droit ou privilège confessionnel ou à un droit non confessionnel nécessaire à la prestation des éléments confessionnels de l’enseignement.

En l’espèce, il s’agit donc de savoir si la *LAQÉ* porte atteinte à un droit ou privilège rattaché aux écoles confessionnelles, soit un aspect confessionnel directement, soit un aspect de l’enseignement qui est nécessaire à la prestation des éléments confessionnels protégés. Tout d’abord, pour ce qui est du droit de gestion et de contrôle financiers revendiqué, je suis d’accord avec les juridictions inférieures que la *LAQÉ* ne porte pas atteinte aux aspects de la gestion et du contrôle financiers qui sont nécessaires à la prestation des éléments confessionnels en matière d’éducation dans la province. Comme la circulaire d’instructions en cause dans *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, précité, la *LAQÉ* [TRADUCTION] « s’applique impartialement tout autant aux écoles publiques qu’aux écoles séparées [. . .] il n’y a absolument rien qui indique qu’elle visait d’autres applications [. . .] que l’enseignement laïque » (p. 73). Le droit de gestion était expressément réclamé par les syndic des écoles séparées de l’Ontario dans *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell* et le Conseil privé a débouté les demandeurs à l’égard des aspects non confessionnels. Lord Buckmaster L.C. a conclu que [TRADUCTION] « le droit de gestion doit être assujéti aux règlements régissant le fonctionnement de toutes les écoles » (p. 74).

La *LAQÉ* ne porte pas atteinte aux aspects confessionnels de l’éducation, ni directement, ni indirectement. Les conseils scolaires des écoles catholiques conservent le pouvoir d’engager des enseignants catholiques et des aumôniers, de construire des chapelles et d’adapter les programmes d’études de façon à refléter les valeurs catholiques. La *LAQÉ* ne touche qu’à des aspects laïques de l’éducation, comme les dimensions des classes, le temps de préparation des enseignants, la rémunération des enseignants et des conseillers scolaires, l’enseignement aux adultes et l’utilisation des ordinateurs en milieu scolaire.

39

40

41 The respondent relied on a number of expert opinions to this effect, including those of John Sabo, Associate-Director of Corporate Services and Treasurer of the York Catholic District School Board, Patrick Daly, past president of the OCSTA, and Nancy Naylor, representative of the Ontario Ministry of Education and Training. Upon cross-examination, one of the OECTA appellants' expert witnesses, Claire Ross, General Secretary of the OECTA, did not refute this conclusion:

Q. So they are able to hire teachers?

A. They can hire in terms of the allocation. Yes.

Q. And they can go through the promotion process that they have in the past of picking the most appropriate teacher to promote?

A. Yes.

Q. Okay. And that they are still able as a matter of authority under Bill 160 to develop curriculum documents and adapt them for new Catholic schools?

A. Yes.

Q. And they still have the authority, in terms of the *Education Act* itself and in terms of the funding model, to employ chaplains if they so wish to spend their money in that way?

A. Provided provision can be found within the rigidity of the funding model, the answer is yes.

42 The intervenor OCSTA, representing the English language Catholic school boards in Ontario, agrees that the *EQIA* does not prejudicially affect denominational aspects of education. In the OCSTA's written submissions to this Court, it states:

There would be a denominational challenge from OCSTA if, for example, there were provisions in the funding model that prevented separate boards from making expenditure decisions that are required to ensure their denominational character, such as employment decisions, adapting secular curricula, creating denominational courses of study, providing religious instruction, or siting schools in locations accessible to the right holders. These are all traditionally understood to be at

L'intimé s'est fondé sur nombre d'opinions d'experts à cet égard, y compris celles de John Sabo, directeur associé, services généraux, et trésorier du Conseil scolaire de district catholique de York, de Patrick Daly, ancien président de l'OCSTA, et de Nancy Naylor, qui représente le ministère de l'Éducation et de la Formation de l'Ontario. Au cours de son contre-interrogatoire, l'un des témoins experts des appelants OECTA, Claire Ross, secrétaire générale de l'OECTA, n'a pas réfuté cette conclusion :

[TRADUCTION]

Q. Ils ont donc le pouvoir d'engager des enseignants?

R. Ils peuvent engager en ce qui a trait à l'affectation. Oui.

Q. Et ils peuvent suivre le processus de promotion qu'ils avaient auparavant et choisir l'enseignant qui mérite le plus d'avancement?

R. Oui.

Q. D'accord. Et ils peuvent encore, en vertu du projet de loi 160, élaborer les documents relatifs aux programmes d'études et les adapter pour les nouvelles écoles catholiques?

R. Oui.

Q. Et ils peuvent encore, en vertu de la *Loi sur l'éducation* elle-même et d'après le modèle de financement, engager des aumôniers s'ils désirent dépenser leur argent de cette façon?

R. Pourvu qu'ils puissent trouver une provision dans le modèle rigide de financement, la réponse est oui.

L'intervenante OCSTA, qui représente les conseils des écoles catholiques de langue anglaise en Ontario, reconnaît que la *LAQÉ* ne porte pas atteinte aux aspects confessionnels de l'éducation. Dans les observations écrites que l'OCSTA a présentées à notre Cour, elle déclare :

[TRADUCTION] L'OCSTA engagerait une contestation fondée sur la confessionnalité si, par exemple, le modèle de financement comportait des dispositions empêchant les conseils des écoles séparées de prendre les décisions en matière de dépenses qui sont nécessaires pour assurer leur caractère confessionnel, comme les décisions relatives à l'embauche, à l'adaptation de programmes d'études laïques, à la création de cours confessionnels, à la prestation d'enseignement religieux ou à l'établisse-

the core of Catholic denominational rights, but do not form an exhaustive list.

There is nothing in Bill 160 that interferes with the right of Catholic boards to manage and control their schools, as the *Scott Act* requires with its repeated references to management.

Like the courts below, I agree with this conclusion. The *EQIA* affects only secular aspects of education, and does not prejudicially affect denominational aspects of education or any non-denominational aspects required to deliver the protected denominational elements. In this respect, it is constitutional. As Meredith C.J.C.P. stated in *Ottawa Separate School Trustees v. City of Ottawa*, *supra*, at p. 630, “[e]ducational methods and machinery may and must change, but separation, and equal rights regarding public schools, must remain as long as provincial public schools last”. The *EQIA* brings change to the financial management and control of separate schools in Ontario, but it treats all school boards equally and preserves the denominational aspects of separate schools.

I also find constitutional the Division D provisions that, under certain conditions, empower the Minister of Education and Training to take over the financial control of a school board. Similar legislation was successfully challenged in *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, *supra*. However, the legislation held to be *ultra vires* in that case allowed the Lieutenant Governor in Council to take over all of the powers of a school board for an indefinite period of time. Lord Buckmaster L.C. struck down the legislation because of the sweeping, open-ended nature of the interference with rights protected by s. 93(1) (at p. 81):

The case before their Lordships is not that of a mere interference with a right or privilege, but of a provision

ment d’écoles dans des endroits accessibles aux contribuables. Ce sont là des éléments qui sont tous traditionnellement considérés comme situés au cœur des droits confessionnels catholiques, sans qu’il s’agisse là d’une liste exhaustive.

Il n’y a rien dans le projet de loi 160 qui porte atteinte au droit des conseils catholiques de gérer et de contrôler leurs écoles, comme l’exige la *Loi Scott* avec ses nombreuses allusions à la gestion.

Comme les juridictions inférieures, je souscris à cette conclusion. La *LAQÉ* ne touche que les aspects laïques de l’éducation et ne porte pas atteinte aux aspects confessionnels de l’éducation ni à aucun aspect non confessionnel nécessaire à la prestation des éléments confessionnels protégés. Sous ce rapport, elle est constitutionnelle. Le juge en chef Meredith de la Haute Cour de justice, Division des plaid communs, dit dans *Ottawa Separate School Trustees c. City of Ottawa*, précité, p. 630, [TRADUCTION] « les méthodes d’enseignement et les mécanismes peuvent et doivent changer, mais la séparation et l’égalité des droits des écoles publiques doivent demeurer tant que dureront les écoles publiques provinciales ». La *LAQÉ* apporte des changements à la gestion et au contrôle financiers des écoles séparées en Ontario, mais elle traite tous les conseils scolaires de la même façon et conserve les aspects confessionnels des écoles séparées.

Je conclus aussi à la constitutionnalité des dispositions de la section D qui, dans certaines conditions, habilite le ministre de l’Éducation et de la Formation à prendre le contrôle financier d’un conseil scolaire. Des dispositions semblables ont été attaquées avec succès dans *Ottawa Separate Schools Trustees c. Ottawa Corporation*, précité. Toutefois, la loi jugée *ultra vires* dans cette affaire habilitait le lieutenant-gouverneur en conseil à assumer tous les pouvoirs du conseil scolaire pour une période indéfinie. Lord Buckmaster L.C. a annulé la loi en raison de la nature radicale et illimitée de l’atteinte portée aux droits protégés par le par. 93(1) (à la p. 81) :

[TRADUCTION] Il ne s’agit pas en l’espèce seulement d’une atteinte à un droit ou privilège, mais d’une dispo-

43

44

which enables it to be withdrawn in toto for an indefinite time. Their Lordships have no doubt that the power so given would be exercised with wisdom and moderation, but it is the creation of the power and not its exercise that is subject to objection, and the objection would not be removed even though the powers conferred were never exercised at all.

45 The Ontario government responded by passing new legislation, which was held to be constitutional by the Ontario Supreme Court, Appellate Division in *Re Ottawa Separate Schools*, *supra*. Meredith C.J.O. distinguished the new legislation from the failed legislation on the following grounds: (1) control over a board could be vested in a provincial body only under certain circumstances and had to be re-vested by the Minister of Education once it appeared that the schools would be conducted by the Board according to law; and (2) any dispute over whether the criteria for vesting or re-vesting had been met was to be resolved on summary application to the courts. He held that those safeguards were sufficient to meet the requirements of s. 93(1).

46 In my opinion, the *EQIA* provides greater protection to denominational rights than the legislation upheld in *Re Ottawa Separate Schools*, *supra*. Section 257.52(1) of the new *Education Act* specifically forbids the Minister from interfering with the denominational aspects of a Roman Catholic school board. Whether such an interference has occurred can be reviewed by the courts, pursuant to s. 257.40(5). As will be examined below, a province is free to deal with public school boards as it sees fit. The constitutional concern with financial supervision only relates to separate school boards, and then only in relation to the denominational aspects of those boards. The protection provided by s. 257.52(1) is sufficient on its own to meet the requirements of s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. Unlike *Ottawa Separate School Trustees v. City of Ottawa*, *supra*, the *EQIA* does not interfere with all the powers of a denominational school board, but only with the non-denominational powers of a school board. If the Minister interferes in any way with the denominational aspects of a separate school, even if the interfer-

sition qui permet de le retirer complètement et indéfiniment. Leurs Seigneuries ne doutent aucunement que le pouvoir ainsi conféré sera exercé avec sagesse et modération, mais c'est la création du pouvoir et non son exercice qui est visée par l'opposition, et l'opposition ne serait pas retirée même si les pouvoirs conférés n'étaient jamais exercés de quelque façon que ce soit.

Le gouvernement de l'Ontario a réagi par l'adoption d'une nouvelle loi, laquelle a été jugée constitutionnelle par la Cour suprême de l'Ontario, Division d'appel, dans *Re Ottawa Separate Schools*, précité. Le juge en chef Meredith a distingué la nouvelle loi de la loi qui été annulée en se fondant sur les motifs suivants : (1) le contrôle d'un conseil ne pouvait être confié à un organisme provincial que dans certaines circonstances et il devait être rétabli par le ministre de l'Éducation dès que le conseil semblait pouvoir gérer les écoles conformément à la loi; et (2) tout différend quant à la question de savoir si les critères de prise et de fin de contrôle étaient respectés devait être tranché par voie de demande sommaire devant les tribunaux. Il a conclu que ces garanties étaient suffisantes pour répondre aux exigences du par. 93(1).

À mon avis, la *LAQÉ* accorde aux droits confessionnels une meilleure protection que la loi qui a été confirmée dans l'affaire *Re Ottawa Separate Schools*, précitée. Le paragraphe 257.52(1) de la nouvelle *Loi sur l'éducation* interdit expressément au ministre d'intervenir dans les aspects confessionnels des conseils scolaires catholiques. Les tribunaux peuvent, en vertu du par. 257.40(5), déterminer s'il y a eu ingérence. Comme nous le verrons plus loin, une province a toute latitude pour traiter les conseils des écoles publiques comme elle l'entend. Le problème constitutionnel qui se pose au sujet de la supervision financière ne porte que sur les conseils des écoles séparées, et uniquement à l'égard de leurs aspects confessionnels. La protection prévue au par. 257.52(1) suffit en elle-même à satisfaire aux exigences du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Contrairement à la situation dans l'affaire *Ottawa Separate School Trustees c. City of Ottawa*, précité, la *LAQÉ* ne touche pas à tous les pouvoirs d'un conseil des écoles confessionnelles, mais uniquement aux pouvoirs non confessionnels d'un

ence results from the exercise of a non-denominational power, an interested party can ask the courts to remedy the interference. The protections provided by ss. 257.52(1) and 257.40(5) therefore result in Division D of the new *Education Act* meeting the requirements of s. 93(1).

I also note that provincial supervision of a school board cannot be for an indefinite period of time. The Minister's control over a board must be revoked when the board no longer has a deficit, or when the Lieutenant Governor in Council is of the opinion that control should be restored to the board (s. 257.50). Although this provision is not strictly necessary to ensure the constitutionality of the Division D powers, given the wide protection granted by s. 257.52(1), it is another safeguard that is in place. For all of these reasons, I conclude that the OECTA appellants' claims with regard to prejudicial interference with a right to financial management and control must fail.

C. *The Claimed Right to Tax*

It is beyond question that Roman Catholic school boards in Ontario had the legal right to tax their supporters in 1867. Section 7 of the *Scott Act* explicitly conferred this right. It states, in part, that separate school trustees "shall have the power to impose, levy and collect School rates or subscriptions, upon and from persons sending children to, or subscribing towards the support of such Schools". The political reality at the time was that education could only be paid for out of funds raised locally, and so all school boards in the province were given the power to tax their supporters. As the Court of Appeal noted, at p. 16, "[c]omplete provincial responsibility for the financing of education was simply outside the experience of the founders of Confederation". Local funds were supplemented by provincial grants, but moneys raised through local taxation remained the dominant

conseil scolaire. En cas d'intervention du ministre dans les aspects confessionnels d'une école séparée, même si l'intervention découle de l'exercice d'un pouvoir non confessionnel, la partie intéressée peut demander aux tribunaux d'y remédier. Par conséquent, du fait des protections prévues aux par. 257.52(1) et 257.40(5), la section D de la nouvelle *Loi sur l'éducation* répond aux exigences du par. 93(1).

Je note aussi que la supervision provinciale d'un conseil scolaire ne peut être exercée indéfiniment. Le contrôle d'un conseil par le ministre doit être révoqué lorsque le conseil n'a plus de déficit ou que le lieutenant-gouverneur en conseil est d'avis qu'il devrait reprendre son contrôle (art. 257.50). Même si cette disposition n'est pas strictement nécessaire pour assurer la constitutionnalité des pouvoirs visés par la section D, étant donné la vaste protection conférée par le par. 257.52(1), c'est une autre garantie. Pour toutes ces raisons, je conclus que les prétentions des appelants OECTA au sujet de l'atteinte à un droit de gestion et de contrôle financiers ne sont pas fondées.

C. *Le droit de taxation revendiqué*

Il est incontestable que les conseils des écoles catholiques de l'Ontario avaient en 1867 le droit reconnu par la loi d'imposer des taxes à leurs tenants. L'article 7 de la *Loi Scott* leur a expressément conféré ce droit. Il prévoyait notamment que les syndics d'écoles séparées « auront les mêmes pouvoirs d'imposer, de prélever et de percevoir des taxes d'école ou souscriptions sur les personnes qui enverront leurs enfants aux écoles séparées ou qui souscriront pour leur soutien ». La réalité politique de l'époque était que l'éducation ne pouvait être financée qu'au moyen de recettes perçues localement, de sorte que tous les conseils scolaires de la province étaient habilités à imposer une taxe à leurs tenants. Comme l'a noté la Cour d'appel, [TRADUCTION] « [l]a pleine responsabilité provinciale pour le financement de l'éducation dépassait tout simplement l'expérience des fondateurs de la Confédération » (p. 16). Les fonds perçus localement étaient complétés par des subventions provinciales, mais les recettes perçues par taxation locale constituaient la part dominante du financement de

47

48

component of education funding in the province up until the enactment of the *EQIA* in 1997.

l'éducation dans la province jusqu'à l'adoption de la *LAQÉ* en 1997.

49 However, the fact that the right to tax existed in 1867 does not mean that it is automatically protected by s. 93(1). Section 93(1) only protects rights or privileges "with respect to Denominational Schools". This threshold requirement to access the protections of s. 93(1) is the genesis of the aspects approach, which has long been applied by the courts. The aspects approach to s. 93(1) requires that the right in question be related to a denominational aspect of education, or to a non-denominational aspect necessary to deliver the protected denominational elements. I agree with the Court of Appeal that the authority to tax supporters is not a right or privilege "with respect to Denominational Schools". Section 93(1) protects the right to funding for denominational education, not the specific mechanism through which that funding is delivered. As Gonthier J. stated in the *Quebec Education Reference*, *supra*, at p. 590:

... fundamentally what matters is having the financial and physical resources to operate school boards. The taxing power is only one possible means of attaining this end. If it can be done otherwise, such as by an equal, or at least appropriate and equitable, allocation of financing sources, it is hard to speak of a prejudicial effect.

Toutefois, le fait que le droit de taxation ait existé en 1867 ne signifie pas qu'il est automatiquement protégé par le par. 93(1). Le paragraphe 93(1) ne protège les droits ou privilèges que « relativement aux écoles confessionnelles ». Cette condition préliminaire pour pouvoir invoquer les protections du par. 93(1) est la source de l'analyse des aspects, qui a été appliquée de longue date par les tribunaux. Selon l'interprétation fondée sur cette analyse, le par. 93(1) s'applique lorsque le droit en cause est lié à un aspect confessionnel de l'éducation, ou à un aspect non confessionnel nécessaire à la prestation des éléments confessionnels protégés. Je souscris à la conclusion de la Cour d'appel que le pouvoir d'imposer une taxe aux tenants d'une école n'est pas un droit ni un privilège « relativement aux écoles confessionnelles ». Le paragraphe 93(1) protège le droit au financement de l'éducation confessionnelle, mais non les mécanismes particuliers de ce financement. Comme l'a écrit le juge Gonthier dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, précité, p. 590 :

... ce qui compte fondamentalement, c'est d'avoir les moyens financiers, matériels, pour faire fonctionner des commissions scolaires. Le pouvoir de taxation n'est qu'un des moyens possibles pour atteindre ce but. Si l'on y parvient autrement, par exemple par une répartition égale, ou du moins appropriée et équitable, des sources de financement, il est difficile de parler de préjudice.

50 The *Scott Act* includes two funding mechanisms for denominational schools in Ontario: local taxation (s. 7) and provincial grants (s. 20). The province is generally free to alter the funding allocation between these sources as it sees fit, provided that the source relied on provides sufficient funds to operate a denominational education system which is equivalent to the public education system in place at the time. The animating principle is equality of educational opportunity. I need not decide the constitutionality of removing the local tax base altogether, as the *EQIA* does not attempt to do so. While it removes the ability of school boards to set the rate that is to be applied to raise funds through

La *Loi Scott* prévoit deux mécanismes de financement pour les écoles confessionnelles de l'Ontario : la taxation locale (art. 7) et les subventions provinciales (art. 20). La province est généralement libre de modifier comme elle l'entend l'affectation de fonds entre ces sources, pourvu que la source retenue fournisse suffisamment de moyens pour faire fonctionner un système d'enseignement confessionnel équivalant au système d'enseignement public en place. Le principe directeur est l'égalité des chances en matière d'éducation. Il n'est pas nécessaire de statuer sur la constitutionnalité de l'abrogation totale de l'assiette fiscale puisque la *LAQÉ* ne tente pas de faire cela. Même

local taxation, it does not remove the funding mechanism of property taxation.

Provincial education grants have long been used to supplement funds raised through local taxation in an attempt to achieve equality in Ontario's education system. I agree with the Ontario Court of Appeal's observations, at p. 21, that such grants were necessary because of the practical limitations separate school boards faced in raising funds through local taxation:

[The separate school system's] poorer assessment base and the risk of taxpayer migration away from the system have always placed very significant practical constraints on the power of separate school boards to tax their supporters. The right to tax has never provided separate school boards with more than limited financial autonomy.

Section 20 of the *Scott Act* requires that provincial education grants be distributed on a fair and equitable basis between the public and separate school systems. This Court canvassed the protections provided by s. 20 of the *Scott Act*, as constitutionally entrenched through s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, in *Reference Re Bill 30, supra*, and in *Ontario Home Builders', supra*. In the *Reference Re Bill 30*, Wilson J. stated, at pp. 1195-96:

It is clear that if the foregoing right [to provide denominational education at a secondary level of instruction] was to be meaningful an adequate level of funding was required to support it. This Court held unanimously in *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575, that the right of dissentient schools in Quebec to a proportionate share of government funding was a right protected by s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. Likewise, in my view, the right of separate schools in Ontario. They were entitled to the proportionate funding provided for in s. 20 of the *Scott Act*. This conclusion, it seems to me, is fully consistent with the clear purpose of s. 93, namely that the denomi-

si elle retire aux conseils scolaires la capacité d'établir le taux à appliquer pour prélever des recettes par un impôt local, elle n'enlève pas le mécanisme de financement fondé sur l'impôt foncier.

Les subventions provinciales à des fins éducatives servent depuis longtemps à compléter les recettes obtenues par taxation locale afin d'assurer l'égalité au sein du système d'éducation de l'Ontario. Je souscris aux observations de la Cour d'appel (à la p. 21) que ces subventions étaient nécessaires en raison des contraintes d'ordre pratique auxquelles étaient assujettis les conseils des écoles séparées qui prélevaient des recettes par un impôt local :

[TRADUCTION] L'assiette fiscale plus étroite [du système scolaire séparé] et le risque que des contribuables sortent du système ont toujours considérablement limité, en pratique, le pouvoir des conseils des écoles séparées de taxer leurs tenants. Le droit de taxation n'a jamais donné aux conseils scolaires séparés plus qu'une autonomie financière limitée.

L'article 20 de la *Loi Scott* oblige la province à distribuer les subventions sur une base juste et équitable entre les systèmes d'écoles publiques et séparées. Notre Cour a examiné avec soin les protections prévues à l'art. 20 de la *Loi Scott*, et constitutionnalisées par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30* et dans *Ontario Home Builders'*, précités. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, p. 1195-1196, le juge Wilson écrit :

Il est manifeste que, pour que le droit précité [offrir une éducation confessionnelle de niveau secondaire] ait un sens, il doit s'accompagner d'une affectation de fonds adéquate. Cette Cour a conclu à l'unanimité, dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, que le droit des écoles dissidentes au Québec à une part proportionnée du financement assuré par le gouvernement est un droit garanti par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À mon avis, on peut en dire autant du droit des écoles séparées en Ontario. Elles avaient droit au financement proportionnel prévu par l'art. 20 de la *loi Scott*. Cette conclusion, me semble-t-il, est tout à fait conforme à l'objet manifeste de l'art. 93, savoir que l'intérêt de la minorité confessionnelle à ce que ses enfants reçoivent

51

52

national minority's interest in a separate but suitable education for its children be protected into the future.

In *Ontario Home Builders'*, at para. 73, our Court affirmed this view:

... when one reviews the history and purpose of s. 93(1), the principle of proportionality can be seen for what it really is, namely, the means to a constitutional end which is equality of educational opportunity. Moreover, as I have noted above, the entire system of provincial grants in Ontario has not been based on actual proportionality since early in the century. The departure from strict, formalistic proportionality was made because it had led to a serious inequality of educational opportunity. While the notion of proportionality contained in s. 20 of the *Scott Act* is a constitutional right embodied in s. 93(1), the substantive purpose of this notion must be borne in mind: the achievement of an educational system that distributes provincial funds in a fair and non-discriminatory manner to common and separate schools alike. This is the substantive guarantee offered by s. 93(1). As the Court *per* Gonthier J. stated in *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511, at p. 567:

When we speak of equality, this must be understood in the sense of equivalence and not that of strict quantitative identity, as Chouinard J. noted in *Greater Hull*, *supra*, at p. 591:

Proportionality is more significant. Whether on the basis of total population or that of school attendance, the principle of a fair and non-discriminatory distribution is recognized. [Emphasis added by Gonthier J.]

53

The *EQIA* enacts a mixed system of funding in Ontario. Local taxation remains, but the Minister of Finance now sets the applicable tax rates throughout the province. Provincial education grants are used to equalize education funding between school boards. There is no evidence that this new funding model has a prejudicial affect on the right of Roman Catholics in Ontario to fair and equitable funding of their school system. As Lord Buckmaster L.C. pointed out in *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, *supra*, at p. 81, "an interference with a legal right or privilege may not in all cases imply that such right or privilege has been prejudicially affected". The evi-

un enseignement séparé mais adéquat soit garanti pour l'avenir.

Dans *Ontario Home Builders'*, par. 73, notre Cour confirme ce point de vue :

... l'étude de l'historique et de l'objet du par. 93(1) nous permet de découvrir la véritable nature du principe de la proportionnalité, savoir un moyen pour atteindre une fin constitutionnelle — l'égalité des chances en matière d'éducation. De plus, comme je l'ai signalé précédemment, le système global de subventions provinciales en Ontario n'est pas fondé sur la proportionnalité véritable depuis le début du siècle. On s'est en effet écarté de la proportionnalité stricte et formelle parce que celle-ci avait conduit à une grave inégalité des chances en matière d'éducation. Bien que la notion de proportionnalité que renferme l'art. 20 de la *Loi Scott* soit un droit constitutionnel consacré au par. 93(1), il ne faut pas perdre de vue l'objet fondamental de cette notion: la création d'un système d'enseignement en vertu duquel les fonds provinciaux sont répartis de manière équitable et sans discrimination entre les écoles communes et les écoles séparées. Telle est la garantie fondamentale offerte par le par. 93(1). Comme l'a dit la Cour (le juge Gonthier) dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, à la p. 567:

Lorsque l'on parle d'égalité, il faut l'entendre dans le sens d'équivalence et non dans celui d'identité quantitative stricte, ainsi que l'exprime le juge Chouinard dans *Greater Hull*, précité, à la p. 591:

Ce qui importe davantage c'est la proportionnalité. Qu'elle soit sur la base de la population totale ou sur la base de la clientèle scolaire, le principe est reconnu d'une répartition équitable et sans discrimination. [Souligné par le juge Gonthier.]

La *LAQÉ* prévoit un système mixte de subventions en Ontario. La taxation locale demeure, mais le ministre des Finances prescrit maintenant le taux des impôts applicable à l'échelle de la province. Les subventions scolaires provinciales servent à faire la péréquation du financement de l'éducation entre les conseils scolaires. Aucun élément de preuve n'indique que ce nouveau modèle de financement porte atteinte au droit des catholiques en Ontario à un financement juste et équitable de leur système scolaire. Comme le souligne Lord Buckmaster L.C. dans *Ottawa Separate Schools Trustees c. Ottawa Corporation*, précité, p. 81, [TRADUCTION] « un empiétement sur un droit

dence is that the new funding model will enrich the separate school system in Ontario as it is intended to have a redistributive effect. Obviously, it is not the role of this Court to comment on this policy decision. The role of this Court is to determine if the legislation implementing the new education policy in Ontario prejudicially affects any protected denominational rights.

As Meredith C.J.C.P. stated in *Ottawa Separate School Trustees v. City of Ottawa*, *supra*, at p. 630:

The right and privilege which the Separate Schools Act conferred when the Imperial enactment became law, and which the Separate Schools Acts have ever since conferred, and still confers, was and is a right to separation, to separate public schools of the like character, and maintained in the like manner, as the general public schools.

The new funding model enacted by the *EQIA* treats separate schools in a “like manner” as public schools. In fact, all schools in the province are now treated equally under uniform legislation. Section 234(2) of the *Education Act* specifically imports the standard for fair and equitable funding of separate schools set out by this Court in *Reference Re Bill 30*, *supra*, and *Ontario Home Builders*, *supra*. Section 257.107 requires a committee to be established in 2003 to investigate whether the criteria set out in s. 234(2) have indeed been met. Furthermore, interested parties are free to seek a remedy in the courts if there is evidence that the guarantees provided in s. 234(2) are not being met. At the same time, as was explored in relation to the claimed right to financial management and control, the *EQIA* preserves the “separateness” of separate schools.

Section 234(3) of the new *Education Act* also guarantees that minority education rights protected by s. 23 of the *Charter* will be respected by educa-

ou privilège reconnu par la loi ne signifie pas toujours qu’il a été porté atteinte à ce droit ou privilège ». Il ressort de la preuve que le nouveau modèle de financement profitera au système des écoles séparées en Ontario puisqu’il est conçu de façon à produire un effet de redistribution. De toute évidence, il n’appartient pas à notre Cour de commenter cette décision des pouvoirs publics. Le rôle de notre Cour consiste à déterminer si la loi mettant en œuvre la nouvelle politique de l’éducation en Ontario porte atteinte à l’un ou l’autre des droits confessionnels protégés.

Comme l’écrit le juge en chef Meredith, de la Haute Cour de justice, Division des plaids communs, dans *Ottawa Separate School Trustees c. City of Ottawa*, précité, p. 630 :

[TRADUCTION] Le droit et privilège que l’Acte concernant les écoles séparées, dans ses versions successives, confère, depuis l’entrée en vigueur du texte impérial, est un droit à la séparation, à des écoles publiques séparées présentant un caractère semblable à celui des écoles publiques en général et maintenues de manière semblable à celle de ces dernières.

Le nouveau modèle de financement consacré par la *LAQÉ* traite les écoles séparées et les écoles publiques « de manière semblable ». En fait, toutes les écoles dans la province sont maintenant traitées sur un pied d’égalité en vertu d’une loi uniforme. Le paragraphe 234(2) de la *Loi sur l’éducation* importe expressément la norme de financement juste et équitable des écoles séparées énoncée par notre Cour dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30* et *Ontario Home Builders*, précités. L’article 257.107 prescrit la constitution en 2003 d’un comité chargé d’examiner s’il est effectivement satisfait aux critères énoncés au par. 234(2). De plus, les parties intéressées peuvent s’adresser aux tribunaux si des éléments de preuve montrent que les garanties prévues au par. 234(2) ne sont pas respectées. En même temps, comme nous l’avons vu avec le droit de gestion et de contrôle financiers revendiqué, la *LAQÉ* protège le caractère « séparé » des écoles séparées.

Le paragraphe 234(3) de la nouvelle *Loi sur l’éducation* garantit aussi que le financement scolaire en Ontario tiendra compte des droits

54

55

tion funding in Ontario. In *Mahe, supra*, Dickson C.J. explored the content of the protections offered by s. 23. Writing for the Court, at pp. 375-76, he employed an aspects approach similar to that employed in relation to the guarantees of s. 93(1):

Perhaps the most important point to stress is that completely separate school boards are not necessarily the best means of fulfilling the purpose of s. 23. What is essential, however, to satisfy that purpose is that the minority language group have control over those aspects of education which pertain to or have an effect upon their language and culture. This degree of control can be achieved to a substantial extent by guaranteeing representation of the minority on a shared school board and by giving these representatives exclusive control over all of the aspects of minority education which pertain to linguistic and cultural concerns.

To give but one example, the right to tax (which would accompany the creation of an independent school district), is not, in my view, essential to satisfy the concerns of s. 23 with linguistic and cultural security. Section 23 guarantees that minority schools shall receive public funds, but it is not necessary that the funds be derived through a separate tax base provided adequate funding is otherwise assured. Similar observations can be made in respect of other features of separate school districts.

Where there are alternative ways of satisfying the requirements, the public authorities may choose the means of fulfilling their duties.

Section 93(1) of the *Constitution Act, 1867* offers guarantees of the same nature as the guarantees provided by s. 23 of the *Charter*, but for denominational aspects of education instead of linguistic and cultural aspects. So long as separate schools are funded in a manner that is fair and equitable as compared to their public school counterparts, the underlying legislation will not violate s. 93(1).

⁵⁶ There is no evidence before this Court that the *EQIA* does not fund separate schools in a fair and equitable manner. It specifically mandates fair and

de la minorité en matière d'éducation protégés par l'art. 23 de la *Charte*. Dans *Mahe*, précité, p. 375-376, le juge en chef Dickson, au nom de la Cour, examine le contenu des protections garanties par l'art. 23 et emploie une interprétation fondée sur les aspects semblable à celle qui est appliquée à l'égard des garanties du par. 93(1) :

Le point le plus important à souligner est peut-être que la création de conseils scolaires complètement séparés n'est pas nécessairement le meilleur moyen d'atteindre l'objectif de l'art. 23. Ce qui est essentiel toutefois pour sa réalisation, c'est que le groupe linguistique minoritaire ait un contrôle sur les aspects de l'éducation qui concernent ou qui touchent sa langue et sa culture. On peut obtenir ce degré de contrôle, dans une large mesure, en garantissant la représentation de la minorité au sein d'un conseil scolaire mixte et en accordant à ses représentants un contrôle exclusif sur tous les aspects de l'éducation de la minorité qui concernent les questions d'ordre linguistique et culturel.

Pour ne donner qu'un seul exemple, le droit de lever des impôts (dont serait assorti l'établissement d'un district scolaire indépendant) n'est pas essentiel, à mon avis, au règlement des questions de sécurité linguistique et culturelle visées par l'art. 23. L'article 23 garantit que les écoles de la minorité recevront des fonds publics, mais il n'est pas nécessaire que ces fonds proviennent d'une assiette fiscale distincte pourvu qu'un financement adéquat soit par ailleurs garanti. On peut faire les mêmes remarques relativement à d'autres caractéristiques de districts scolaires séparés.

Lorsqu'il y a diverses façons de répondre aux exigences, les pouvoirs publics peuvent choisir le moyen de remplir leurs obligations.

Le paragraphe 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* offre des garanties de même nature que celles prévues à l'art. 23 de la *Charte*, mais pour les aspects confessionnels de l'éducation au lieu des aspects linguistiques et culturels. Tant que les écoles séparées sont financées d'une manière juste et équitable en comparaison des écoles du système public, la législation sous-jacente ne porte pas atteinte au par. 93(1).

Rien dans la preuve présentée devant notre Cour n'indique que la *LAQÉ* ne finance pas les écoles séparées de façon juste et équitable. Elle prescrit

equitable treatment with regard to the distribution of provincial education grants, which are used to equalize funding after funds raised through property taxation are taken into account. The evidence is that separate schools have actually seen their funding increase under the new funding model. As the intervener OCSTA states in their factum, the new funding model produces “the cherished result of equitable per pupil funding”. The *EQIA* therefore does not prejudicially affect the right of separate schools to fair and equitable funding as guaranteed by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* through the operation of ss. 7 and 20 of the *Scott Act*.

D. *The Rights of Public School Boards*

Having found that separate school boards in Ontario have neither a right to independent taxation nor an absolute right to independent management and control, one can conclude that public school boards in the province also do not have such rights. Subject to s. 93, public school boards as an institution have no constitutional status.

Campbell J. correctly stated the law in this regard in *Ontario Public School Boards' Assn.*, *supra*, at p. 361:

Municipal governments and special purpose municipal institutions such as school boards are creatures of the provincial government. Subject to the constitutional limits in s. 93 of the *Constitution Act, 1867* these institutions have no constitutional status or independent autonomy and the province has absolute and unfettered legal power to do with them as it wills.

See also *Alberta Public Schools*, *supra*, at paras. 33 and 34.

The constitutional limits in s. 93 of the *Constitution Act, 1867* protect the public school system to only a very limited extent. As was stated by a majority of this Court in *Adler*, *supra*, at para. 41:

expressément un traitement juste et équitable en ce qui a trait à la répartition des subventions scolaires provinciales qui servent à assurer la péréquation des fonds compte tenu des recettes obtenues par taxation des biens. La preuve montre que les écoles séparées ont en fait vu leur financement augmenter dans le cadre du nouveau modèle de financement. L'intervenante OCSTA affirme dans son mémoire que le nouveau modèle de financement produit [TRADUCTION] « le résultat tant souhaité d'un équitable financement par élève ». La *LAQÉ* ne porte donc pas atteinte au droit des écoles séparées au financement juste et équitable garanti par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* par l'application des art. 7 et 20 de la *Loi Scott*.

D. *Les droits des conseils des écoles publiques*

Comme les conseils des écoles séparées en Ontario n'ont ni un droit à une taxation indépendante, ni un droit absolu à la gestion et au contrôle indépendants, il est loisible de conclure que les conseils des écoles publiques de la province ne disposent pas non plus de tels droits. Sous réserve de l'art. 93, les conseils des écoles publiques n'ont, à titre d'institutions, aucun statut constitutionnel.

Le juge Campbell a bien énoncé le droit à cet égard dans *Ontario Public School Boards' Assn.*, précité, p. 361 :

[TRADUCTION] Les administrations municipales et les institutions municipales à vocation particulière comme les conseils scolaires sont des créatures du gouvernement provincial. Sous réserve des limites constitutionnelles de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ces institutions n'ont aucun statut constitutionnel ni aucune autonomie indépendante, tandis que la province a le pouvoir juridique absolu et sans réserve de les traiter comme elle l'entend.

Voir aussi *Alberta Public Schools*, précité, par. 33-34.

Les limites constitutionnelles de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne protègent le système d'écoles publiques que de façon très limitée. Comme le déclare la majorité de notre Cour dans *Adler*, précité, par. 41 :

57

58

59

... the public school system is an integral part of the s. 93 scheme. When the province funds public schools, it is, in the words of Wilson J. in *Reference Re Bill 30*, at p. 1198, legislating “pursuant to the plenary power in relation to education granted to the provincial legislatures as part of the Confederation compromise”. A closer examination of s. 93, in particular s. 93(1), as it applies to the province of Ontario, will help to illustrate that the public school system is impliedly, but nonetheless clearly, contemplated by the terms of that section.

... le système d'écoles publiques fait partie intégrante du régime prévu par l'art. 93. Lorsque la province finance des écoles publiques, elle légifère, pour reprendre les termes du juge Wilson à la p. 1198 du *Renvoi relatif au projet de loi 30*, «conformément au pouvoir absolu en matière d'éducation que se sont vu accorder les assemblées législatives provinciales dans le cadre du compromis fédéral». Un examen plus approfondi de la façon dont l'art. 93, et plus particulièrement le par. 93(1), s'applique à la province d'Ontario aidera à montrer que le régime d'écoles publiques est implicitement, mais néanmoins clairement, prévu par le texte de cette disposition.

60

The *Scott Act* uses the publicly funded, non-denominational education system as a benchmark for the education rights of Roman Catholics in the province. As the majority also pointed out in *Adler, supra*, at para. 43, the preamble of the *Scott Act* is clear on this issue:

WHEREAS it is just and proper to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights which they formerly enjoyed in respect to separate Schools, and to bring the provisions of the Law respecting Separate Schools more in harmony with the provisions of the Law respecting Common Schools [Emphasis added.]

Similarly, both ss. 7 and 20 of the *Scott Act* define the rights and privileges of separate schools in terms of the rights and privileges of the province's public schools. Section 120 of the *Common Schools Act* does the same. As a result, Wilson J. concluded in the *Reference Re Bill 30, supra*, at p. 1193, that:

The security afforded the Roman Catholic minority through the tying of funding for its schools to a proportion of the funding for the common schools was in the certainty that the Legislature would never cut off funding for the common schools.

This conclusion was again endorsed by this Court in *Adler, supra*, at para. 45. Section 93(1) guarantees separate schools in Ontario the right to fair and equitable treatment *vis-à-vis* their public school counterparts, as well as to control over the denominational aspects of their education pro-

La *Loi Scott* emploie le système d'enseignement non confessionnel, financé par le public, comme référence pour les droits des catholiques en matière d'éducation dans la province. Comme le souligne notre Cour à la majorité dans *Adler*, précité, par. 43, le préambule de la *Loi Scott* est clair sur cette question :

CONSIDÉRANT qu'il est juste et opportun de réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées dont ils jouissaient autrefois, et d'établir une plus grande uniformité entre les lois qui règlent les écoles séparées et celles des écoles communes . . . [Je souligne.]

De même, les art. 7 et 20 de la *Loi Scott* définissent tous deux les droits et privilèges des écoles séparées en fonction des droits et privilèges des écoles publiques de la province. L'article 120 de la *Common Schools Act* en fait autant. Le juge Wilson conclut donc, dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, p. 1193, que :

La garantie accordée à la minorité catholique en liant les fonds affectés à ses écoles à une proportion des fonds affectés aux écoles communes, reposait sur la certitude que le législateur ne cesserait jamais de financer les écoles communes.

Cette conclusion a encore une fois été appuyée par notre Cour dans *Adler*, précité, par. 45. Le paragraphe 93(1) garantit aux écoles séparées de l'Ontario le droit à un traitement juste et équitable par rapport à leurs pendants, les écoles publiques, ainsi que le contrôle des aspects confessionnels de

grams and those non-denominational aspects necessary to effectuate the denominational elements.

But s. 93 provides no constitutional protection for the design of the public school system. The Constitution gives the provincial government the plenary power over education in the province, and it is free to exercise this power however it sees fit in relation to the public school system. As the majority stated in *Adler, supra*, at para. 48:

One thing should, however, be made clear. The province remains free to exercise its plenary power with regard to education in whatever way it sees fit, subject to the restrictions relating to separate schools imposed by s. 93(1).

A similar claim to a “sphere of reasonable autonomy” for public school boards was made by a number of Alberta public school boards in *Alberta Public Schools, supra*. This Court unanimously rejected their claim. Major J. concluded, at para. 35, that “educational institutions are malleable and subject to legislative reform”. He relied on the following passage from Gonthier J. in the *Quebec Education Reference, supra*, at pp. 541-42:

What s. 93 of the Constitution guarantees . . . is the right to dissent itself, not the form of the institutions which have made it possible to exercise that right since 1867. This means, for example, that while the right of dissent obviously includes the means and framework in which it is exercised, the latter are not in themselves constitutionally guaranteed. The framers of the Constitution were wise enough not to determine finally the form of institutions, as it is those very institutions which must be capable of change in order to adapt to the varying social and economic conditions of society. Moreover, as we shall see, the institutions have been altered by the legislature many times since 1867.

While Gonthier J. was concerned with dissentient schools, I agree with Major J.’s statement in *Alberta Public Schools* that the conclusion is equally applicable to public schools. Major J. held, at para. 37, that the acceptance of a right of reasonable autonomy for public school boards is inconsistent with, and would impair, the plenary power

leurs programmes d’enseignement et des aspects non confessionnels nécessaires à la prestation des éléments confessionnels.

Toutefois, l’art. 93 n’accorde aucune protection constitutionnelle pour la forme du système d’écoles publiques. La Constitution donne au gouvernement provincial plein pouvoir en matière d’éducation dans la province, et il est libre de l’exercer comme il l’entend à l’égard du système d’écoles publiques. Voici ce que dit la majorité dans *Adler, précité*, par. 48 :

Cependant, une chose doit être claire. La province demeure libre d’exercer, comme elle l’entend, son pouvoir absolu en matière d’éducation, sous réserve des restrictions relatives aux écoles séparées imposées par le par. 93(1).

Des conseils d’écoles publiques de l’Alberta ont revendiqué de la même façon une « sphère d’autonomie raisonnable » dans l’affaire *Alberta Public Schools, précitée*. Notre Cour, à l’unanimité, a rejeté leur demande. Le juge Major conclut, au par. 35, que « les établissements d’enseignement sont malléables et soumis aux réformes législatives ». Il se fonde sur le passage suivant du juge Gonthier dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l’instruction publique (Qué.)*, précité, p. 541-542 :

Ce que l’art. 93 de la Constitution garantit [. . .], c’est le droit à la dissidence lui-même, non la forme des structures qui ont permis de l’exercer depuis 1867. Cela signifie, par exemple, que si le droit de dissidence comprend évidemment les moyens et le cadre dans lequel l’exercer, ceux-ci, en eux-mêmes, ne représentent pas des modalités constitutionnellement garanties. Le Constituant a été assez sage pour ne pas figer les structures car celles-ci doivent justement pouvoir être modifiées pour s’adapter aux conditions sociales et économiques variables de la société. D’ailleurs, depuis 1867, les structures ont été modifiées à plusieurs reprises par le législateur, comme nous le verrons.

Même si le juge Gonthier parlait alors des écoles dissidentes, je souscris à l’affirmation du juge Major, dans *Alberta Public Schools*, que la conclusion est également applicable aux écoles publiques. Le juge Major conclut, au par. 37, que l’acceptation d’un droit d’autonomie raisonnable pour les conseils des écoles publiques est incompa-

61

62

given to the provinces over education by the opening words of s. 93. I adopt his reasoning in the present appeal.

63

I also reject the argument that a constitutional convention has arisen regarding the design of the public education system in Ontario. The OPSBA appellants correctly concede that such a convention could not be used to invalidate express legislation. In *Reference Re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753 (“*Patriation Reference*”), the majority of this Court stated, at p. 880:

The conventional rules of the constitution present one striking peculiarity. In contradistinction to the laws of the constitution, they are not enforced by the courts. One reason for this situation is that, unlike common law rules, conventions are not judge-made rules. They are not based on judicial precedents but on precedents established by the institutions of government themselves. Nor are they in the nature of statutory commands which it is the function and duty of the courts to obey and enforce. Furthermore, to enforce them would mean to administer some formal sanction when they are breached. But the legal system from which they are distinct does not contemplate formal sanctions for their breach.

Instead, the remedy for breach of a constitutional convention must be found outside the courts, if a remedy is to be found at all (*Patriation Reference*, at pp. 881-83):

The remedy lies with some other institutions of government; furthermore it is not a formal remedy and it may be administered with less certainty or regularity than it would be by a court.

This conflict between convention and law which prevents the courts from enforcing conventions also prevents conventions from crystallizing into laws, unless it be by statutory adoption.

It is because the sanctions of convention rest with institutions of government other than courts, such as the Governor General or the Lieutenant Governor, or the Houses of Parliament, or with public opinion and ulti-

tible avec le pouvoir absolu conféré aux provinces en matière d'éducation par le passage introductif de l'art. 93 et y porterait atteinte. J'adopte ce raisonnement dans le présent pourvoi.

Je rejette aussi l'argument selon lequel une convention constitutionnelle serait née à l'égard de la forme du système d'enseignement public de l'Ontario. Les appelants OPSBA concèdent à bon droit qu'une telle convention ne pourrait servir à invalider une loi expresse. Dans le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 (« *Renvoi relatif au rapatriement* »), notre Cour à la majorité dit, à la p. 880 :

Les règles conventionnelles de la Constitution présentent une particularité frappante. Contrairement au droit constitutionnel, elles ne sont pas administrées par les tribunaux. Cette situation est notamment due au fait qu'à la différence des règles de *common law*, les conventions ne sont pas des règles judiciaires. Elles ne s'appuient pas sur des précédents judiciaires, mais sur des précédents établis par les institutions mêmes du gouvernement. Elles ne participent pas non plus des ordres législatifs auxquels les tribunaux ont pour fonction et devoir d'obéir et qu'ils doivent respecter. En outre, les appliquer signifierait imposer des sanctions en bonne et due forme si elles sont violées. Mais le régime juridique dont elles sont distinctes ne prévoit pas de sanctions de la sorte pour leur violation.

Le remède, s'il en est, pour la violation d'une convention constitutionnelle doit plutôt être recherché à l'extérieur des tribunaux (*Renvoi relatif au rapatriement*, p. 882-883) :

Le remède relève d'autres institutions gouvernementales; en outre, ce n'est pas un remède formel et il peut être administré avec moins de certitude ou de régularité qu'il le serait par un tribunal.

Ce conflit entre la convention et le droit qui empêche les tribunaux de faire respecter les conventions, empêche également ces dernières de se cristalliser en règle de droit, à moins que la cristallisation se fasse par l'adoption d'une loi.

C'est parce que la sanction des conventions relève des institutions gouvernementales autres que les tribunaux, tels le gouverneur général, le lieutenant-gouverneur, les chambres du Parlement ou l'opinion publique et, en

mately, with the electorate, that it is generally said that they are political.

The law in this respect was recently affirmed by this Court in *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 98:

The respective roles of the courts and political actors in discharging the constitutional obligations we have identified follows ineluctably from the foregoing observations. In the *Patriation Reference*, a distinction was drawn between the law of the Constitution, which, generally speaking, will be enforced by the courts, and other constitutional rules, such as the conventions of the Constitution, which carry only political sanctions.

The OPSBA appellants nevertheless seek a declaration that a constitutional convention exists regarding the right of school boards in Ontario to levy and determine property taxes for education purposes, presumably so that they could then seek a remedy for a violation of this convention in the appropriate forum. I cannot agree that such a convention exists. Constitutional conventions relate to the principles of responsible government, not to how a particular power, which is clearly within a provincial government's jurisdiction, is to be exercised. The nature of constitutional conventions was reviewed by this Court in *Patriation Reference*, *supra*, at pp. 878 and 880:

It was apparently Dicey who, in the first edition of his *Law of the Constitution*, in 1885, called them the "conventions of the constitution", (see W. S. Holdsworth, "The Conventions of the Eighteenth Century Constitution" (1932), 17 Iowa Law Rev. 161), an expression which quickly became current. What Dicey described under these terms are the principles and rules of responsible government, several of which are stated above and which regulate the relations between the Crown, the prime minister, the cabinet and the two Houses of Parliament. These rules developed in Great Britain by way of custom and precedent during the nineteenth century and were exported to such British colonies as were granted self-government.

The main purpose of constitutional conventions is to ensure that the legal framework of the constitution will

définitive, l'électorat, qu'on dit généralement qu'elles sont politiques.

Le droit à cet égard a été confirmé récemment par notre Cour dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 98 :

Les rôles respectifs des tribunaux et des acteurs politiques, dans l'exécution des obligations constitutionnelles que nous avons décrites, découlent inéluctablement des remarques antérieures. Dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, une distinction a été faite entre le droit de la Constitution, que généralement les tribunaux font respecter, et d'autres règles constitutionnelles, telles les conventions de la Constitution, qui sont susceptibles de sanctions politiques seulement.

Les appelants OPSBA demandent néanmoins une déclaration portant qu'il existe une convention constitutionnelle au sujet du droit des conseils scolaires de l'Ontario d'imposer et d'établir des taxes foncières à des fins éducatives, probablement pour pouvoir chercher réparation pour atteinte à cette convention devant le forum approprié. Je ne puis conclure à l'existence d'une telle convention. Les conventions constitutionnelles portent sur les principes du gouvernement responsable et non sur la façon dont est exercé un pouvoir particulier qui relève clairement de la province. Notre Cour a examiné la nature des conventions constitutionnelles dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, p. 878 et 880 :

C'est apparemment Dicey qui, dans la première édition de son ouvrage *Law of the Constitution*, en 1885, les a baptisées «conventions constitutionnelles», une expression qui est rapidement devenue consacrée (voir W. S. Holdsworth, «The Conventions of the Eighteenth Century Constitution», (1932) 17 Iowa Law Rev. 161). Sous ces termes, Dicey décrit les principes et règles du gouvernement responsable, dont plusieurs ont été cités ci-dessus et qui régissent les relations entre la Couronne, le premier ministre, le cabinet et les deux chambres du Parlement. Ces règles ont été élaborées en Grande-Bretagne au moyen de la coutume et du précédent au cours du dix-neuvième siècle et ont été exportées dans les colonies britanniques qui obtenaient leur autonomie.

L'objet principal des conventions constitutionnelles est d'assurer que le cadre juridique de la Constitution

64

65

be operated in accordance with the prevailing constitutional values or principles of the period. For example, the constitutional value which is the pivot of the conventions stated above and relating to responsible government is the democratic principle: the powers of the state must be exercised in accordance with the wishes of the electorate; and the constitutional value or principle which anchors the conventions regulating the relationship between the members of the Commonwealth is the independence of the former British colonies.

Similarly, in the *Reference Re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, at p. 803, this Court stated that the “main purpose of constitutional conventions is to ensure that the legal framework of the constitution will be operated in accordance with generally accepted principles”. There is no generally accepted principle in Canada as to the design of the public education system. Quite the opposite is true, for every province has designed its public school system in a different way. Furthermore, the fact that one province has used a particular design for an extended period of time reflects consistency in public policy. It does not announce the arrival of a new principle of responsible government.

fonctionnera selon les principes ou valeurs constitutionnelles dominantes de l’époque. Par exemple, la valeur constitutionnelle qui est le pivot des conventions dont on vient de parler et qui se rapportent au gouvernement responsable est le principe démocratique: les pouvoirs de l’État doivent être exercés conformément aux vœux de l’électorat. La valeur ou principe constitutionnel auquel se rattachent les conventions qui régissent les relations entre les membres du Commonwealth est l’indépendance des anciennes colonies britanniques.

De même, dans le *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, p. 803, notre Cour dit que les « conventions constitutionnelles ont principalement pour but de garantir que le fonctionnement du cadre juridique de la Constitution est conforme à des principes généralement acceptés ». Il n’existe pas de principe généralement accepté au Canada quant à la forme du système d’enseignement public. En fait, c’est plutôt le contraire, car chaque province a un système d’enseignement public qui lui est propre. De plus, le fait qu’une province ait employé pendant longtemps une forme particulière reflète une cohérence dans la politique publique. Cela n’annonce pas la naissance d’un nouveau principe de gouvernement responsable.

66

Even if this were the type of issue over which a constitutional convention could develop, which I believe it is not, there is no evidence of such a convention developing in Ontario. This Court recently rejected a similar constitutional convention argument with regard to the design of the Alberta public education system in *Alberta Public Schools*, *supra*, at paras. 38-41. Major J. noted that the education system in Alberta has always had “a significant degree of centralized control” (para. 40). As illustrated in the review of the powers of the Chief Superintendent of Education for Upper Canada and the Council of Public Instruction for Upper Canada above, Ontario has similarly always had a significant degree of centralized control over its education system. I adopt Major J.’s conclusion in *Alberta Public Schools*, at para. 41, that the recognition of a constitutional convention in this area would be inconsistent with the plenary power over education given to the provinces in s. 93. For all of

Même s’il s’agissait d’un type de question susceptible de donner naissance à une convention constitutionnelle, ce qui selon moi n’est pas le cas, rien ne permet de penser qu’une telle convention se soit développée en Ontario. Notre Cour a récemment rejeté un argument de convention constitutionnelle semblable à l’égard de la forme du système d’enseignement public en Alberta dans *Alberta Public Schools*, précité, par. 38-41. Le juge Major a noté que le système d’enseignement en Alberta a toujours été marqué par « une centralisation importante du contrôle » (par. 40). Il ressort clairement de notre examen des pouvoirs du surintendant en chef de l’éducation du Haut-Canada et du conseil de l’instruction publique du Haut-Canada, que l’Ontario a toujours exercé lui aussi sur son système d’enseignement un contrôle très centralisé. J’adopte la conclusion du juge Major dans *Alberta Public Schools*, par. 41, que la reconnaissance d’une convention constitutionnelle dans ce domaine serait incompatible avec la pleine compétence en matière d’éducation conférée aux

these reasons, the constitutional convention argument fails.

E. *Delegation of Taxation*

The OPSBA appellants argue that the power granted to the Minister of Finance under s. 257.12(1)(b) of the new *Education Act* to determine property tax rates for education purposes is unconstitutional. Specifically, they submit that this provision violates the preamble, ss. 53 and 54 of the *Constitution Act, 1867*, the relevant portions of which read:

Whereas the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom

53. Bills for appropriating any Part of the Public Revenue, or for imposing any Tax or Impost, shall originate in the House of Commons.

54. It shall not be lawful for the House of Commons to adopt or pass any Vote, Resolution, Address, or Bill for the Appropriation of any Part of the Public Revenue, or of any Tax or Impost, to any Purpose that has not been first recommended to that House by Message of the Governor General in the Session in which such Vote, Resolution, Address, or Bill is proposed.

Sections 53 and 54 apply to provincial legislatures by virtue of s. 90 of the *Constitution Act, 1867*:

90. The following Provisions of this Act respecting the Parliament of Canada, namely, — the Provisions relating to Appropriation and Tax Bills, the Recommendation of Money Votes, the Assent to Bills, the Disallowance of Acts, and the Signification of Pleasure on Bills reserved, — shall extend and apply to the Legislatures of the several Provinces as if those Provisions were here re-enacted and made applicable in Terms to the respective Provinces and the Legislatures thereof, with the Substitution of the Lieutenant Governor of the Province for the Governor General, of the Governor General for the Queen and for a Secretary of State, of

provinces par l'art. 93. Pour tous ces motifs, l'argument fondé sur la convention constitutionnelle n'est pas retenu.

E. *Délégation du pouvoir de taxation*

Les appelants OPSBA font valoir que le pouvoir conféré au ministre des Finances par l'al. 257.12(1)(b) de la nouvelle *Loi sur l'éducation* de prescrire le taux des impôts scolaires applicables aux biens est inconstitutionnel. Ils prétendent plus particulièrement que cette disposition porte atteinte au préambule ainsi qu'aux art. 53 et 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dont les parties pertinentes sont ainsi libellées :

Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de s'unir en fédération pour former un seul et même dominion sous la Couronne du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni

53. Tout projet de loi ayant pour objet l'affectation d'une portion quelconque du revenu public, ou la création de taxes ou d'impôts, devra prendre naissance à la Chambre des communes.

54. Il ne sera pas loisible à la Chambre des communes d'adopter une motion, résolution, adresse ou un projet de loi pour l'affectation d'une partie du revenu public, ou d'une taxe ou d'un impôt, à des fins non préalablement recommandées à la Chambre par un message du gouverneur général pendant la session au cours de laquelle une telle motion, résolution ou adresse ou un tel projet de loi est proposé.

Les articles 53 et 54 s'appliquent aux législatures provinciales par l'effet de l'art. 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

90. Les dispositions suivantes de la présente loi relatives au Parlement du Canada, à savoir : les dispositions concernant les projets de loi d'affectation des crédits et les projets de lois fiscales, les recommandations portant vote de fonds publics, la sanction des projets de loi, le désaveu des lois et la signification du bon plaisir à l'égard des projets de loi réservés, s'étendront et s'appliqueront aux législatures des différentes provinces, comme si ces dispositions étaient rééditées au présent article et rendues expressément applicables aux provinces et à leurs législatures, en substituant toutefois le lieutenant-gouverneur de la province au gouverneur

One Year for Two Years, and of the Province for Canada.

général, le gouverneur général à la Reine et au secrétaire d'État, un an à deux ans et la province au Canada.

68 Sections 53 and 54 can be amended by Parliament or by provincial legislatures. As Pigeon J. stated for the majority in *Reference Re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, at p. 1291, “ss. 53 and 54 are not entrenched provisions of the constitution, they are clearly within those parts which the Parliament of Canada is empowered to amend by s. 91(1)”. Although the amending provisions of the Constitution were altered when the Constitution was patriated in 1982, ss. 53 and 54 continue to be unentrenched provisions of the Constitution. By virtue of s. 45 of the *Constitution Act, 1982*, the legislature of each province retains the exclusive discretion to make laws amending the constitution of the province: see *Eurig*, *supra*, at para. 35. The intervener Attorney General of British Columbia points out that British Columbia has removed s. 53 from its constitution: *Constitution Act*, R.S.B.C. 1979, c. 62.

Les articles 53 et 54 peuvent être modifiés par le Parlement ou par les législatures provinciales. Comme le juge Pigeon l'a écrit, au nom de la majorité, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, p. 1291, « les art. 53 et 54 ne sont pas des dispositions intangibles de la Constitution; ils tombent clairement dans les catégories de sujets que le Parlement du Canada est autorisé à modifier en vertu de l'art. 91(1) ». Même si les dispositions modificatives de la Constitution ont été changées lors du rapatriement de la Constitution en 1982, les art. 53 et 54 demeurent des dispositions constitutionnalisées. En vertu de l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la législature de chaque province conserve la compétence discrétionnaire exclusive de modifier la constitution de sa province par voie législative : voir *Eurig*, précité, par. 35. L'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique souligne que la Colombie-Britannique a retiré l'art. 53 de sa constitution : *Constitution Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 62.

69 Nevertheless, ss. 53 and 54 continue to apply to the Ontario legislature. Furthermore, the OPSBA appellants submit that the preamble of the Constitution, by stating that the Canadian Constitution will be “similar in Principle to that of the United Kingdom”, has imported the principle of “no taxation without representation” to Canadian law. This principle was established in the United Kingdom by the 1688 Bill of Rights:

Les articles 53 et 54 continuent néanmoins à s'appliquer à la législature de l'Ontario. Les appelants du groupe OPSBA prétendent en outre qu'en déclarant que la Constitution canadienne est une constitution « semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni », le préambule de la Constitution a importé dans le droit canadien le principe « aucune taxation sans représentation ». Ce principe a été établi au Royaume-Uni par le Bill of Rights de 1688 :

That levying Money for or to the Use of the Crowne by pretence of Prerogative without Grant of Parlyament for longer time or in other manner than the same is or shall be granted is Illegal.

[TRADUCTION] Qu'une levée d'argent pour la Couronne ou à son usage, sous prétexte de prérogative, sans le consentement du Parlement, pour un temps plus long et d'une manière autre qu'elle est ou sera consentie par le Parlement est illégale.

70 I accept that there is a constitutional guarantee of “no taxation without representation” in Canada. However, I conclude that the requirements of this guarantee have been met by the *EQIA*. Before I explain my reasoning, I wish to point out that s. 54 of the *Constitution Act, 1867* is not relevant to this issue. Joan Small correctly states the function of

J'accepte que le principe « aucune taxation sans représentation » soit garanti au Canada dans la Constitution. Je conclus toutefois que la *LAQÉ* satisfait aux conditions de cette garantie. Avant d'expliquer mon raisonnement, je voudrais souligner que l'art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'est pas pertinent en l'espèce. Joan Small

s. 54 in “Money Bills and the Use of the Royal Recommendation in Canada: Practice versus Principle?” (1995), 27 *Ottawa L. Rev.* 33, at pp. 35 and 40:

Section 54 requires a royal recommendation for any “Bill for the Appropriation of any Part of the Public Revenue, or of any Tax or Impost”.

. . . .

Section 54 is directed to the House of Commons alone. It states that, in effect, an appropriation must first be recommended to the House of Commons by the message of the Governor General in the session in which the bill is introduced. The appropriation is of one of two things: any part of the public revenue, or any tax or impost. The section has nothing to do with the actual imposition or levying of any tax or impost.

This view was endorsed by Major J. for the majority in *Eurig, supra*, at para. 37, where he concluded that “s. 54 concerns the appropriation of taxes, and not the imposition of taxes”. The case at bar, like *Eurig*, is concerned with whether the imposition of a tax is constitutional. It has not been argued that the government of Ontario failed to meet the requirements of s. 54 when it appropriated public funds for education grants.

In my opinion, the fundamental democratic principle of “no taxation without representation” is guaranteed by s. 53 of the *Constitution Act, 1867*. As Major J. stated for the majority in *Eurig, supra*, at para. 30:

[Section 53] codifies the principle of no taxation without representation, by requiring any bill that imposes a tax to originate with the legislature. My interpretation of s. 53 does not prohibit Parliament or the legislatures from vesting any control over the details and mechanism of taxation in statutory delegates such as the Lieutenant Governor in Council. Rather, it prohibits not only the Senate, but also any other body other than the directly elected legislature, from imposing a tax on its own accord.

This view was affirmed in *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*,

décrit correctement la fonction de l’art. 54 dans « Money Bills and the Use of the Royal Recommendation in Canada: Practice versus Principle? » (1995), 27 *R.D. Ottawa* 33, p. 35-40 :

[TRADUCTION] L’article 54 prescrit une recommandation royale pour tout « projet de loi pour l’affectation d’une partie du revenu public, ou d’une taxe ou d’un impôt ».

. . . .

L’article 54 ne vise que la Chambre des communes. Il prévoit que, en fait, une affectation doit d’abord avoir été recommandée au préalable à la Chambre des communes par un message du gouverneur général pendant la session au cours de laquelle le projet de loi est déposé. Il s’agit de l’affectation de l’un ou l’autre des éléments suivants : soit d’une partie du revenu public, soit d’une taxe ou d’un impôt. Cette disposition n’a rien à voir avec le fait d’imposer ou de prélever une taxe ou un impôt.

Ce point de vue est appuyé par le juge Major, dans ses motifs majoritaires dans *Eurig*, précité, par. 37, où il conclut que « l’art. 54 vise l’affectation des taxes et non leur établissement ». En l’espèce, comme dans *Eurig*, il s’agit de déterminer si l’imposition d’une taxe est constitutionnelle. Personne ne prétend que le gouvernement de l’Ontario n’a pas satisfait aux exigences de l’art. 54 lorsqu’il a alloué des fonds publics pour les subventions scolaires.

À mon avis, le principe démocratique fondamental « aucune taxation sans représentation » est garanti par l’art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme le dit le juge Major, au nom de la majorité dans *Eurig*, précité, par. 30 :

En exigeant que tout projet de loi créant une taxe émane de la législature, [l’art. 53] codifie le principe selon lequel il ne peut y avoir de taxation sans représentation. Mon interprétation de l’art. 53 n’a pas pour effet d’interdire au Parlement ou aux législatures de confier à des délégués prévus par la loi — tel le lieutenant-gouverneur en conseil — un certain pouvoir sur le détail de la taxe et son mécanisme d’application. Au contraire, elle interdit non seulement au Sénat mais également à tout organisme autre que la législature directement élue d’imposer une taxe de son propre chef.

Cette opinion est confirmée dans les motifs rédigés par le juge Gonthier, au nom de la Cour, dans *Pre-*

[1999] 3 S.C.R. 134. Writing for the Court, Gonthier J. stated, at para. 19:

... the Canadian Constitution (through the operation of s. 53 of the *Constitution Act, 1867*) demands that there should be no taxation without representation. In other words, individuals being taxed in a democracy have the right to have their elected representatives debate whether their money should be appropriated, and determine how it should be spent.

72 Comment on whether the preamble of the *Constitution Act, 1867* also protects this principle, as s. 53 continues to apply to Ontario. Whether the preamble may be relied on to import the principle of no taxation without representation into jurisdictions that have repealed s. 53 is best decided in a case directly raising that question.

73 The issue is therefore whether the principle of no taxation without representation is respected by the *EQIA*. In *Eurig, supra*, the requirements necessary to satisfy this principle were left open. Major J. stated, at para. 36:

The Ontario legislature did not delegate to the Lieutenant Governor in Council the authority to impose a tax. Therefore whether it could constitutionally do so does not need to be addressed.

See also para. 39. With the *EQIA*, the Ontario legislature has delegated the authority to impose a tax. I agree with the Ontario Court of Appeal that a tax is not imposed until the rate is set. Along with the tax base and time unit, the tax rate is a defining feature of a tax. This must be the case, for if the rate is zero, there is no tax. As the Court of Appeal stated, at p. 41:

... an element, or component, of the exercise of the power to tax is the establishment of the amount, or rate, of the tax, not only to enable the taxpayer to know the extent of his or her obligation, but to enable the taxing authority to determine the anticipated amount of tax revenue it will obtain.

mière nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority, [1999] 3 R.C.S. 134, par. 19 :

... la Constitution canadienne (par l'application de l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*) exige qu'il n'y ait aucune taxation sans représentation. En d'autres termes, les personnes assujetties à la taxation dans une démocratie ont droit à ce que leurs représentants élus débattent des questions de savoir si cet argent devrait être prélevé et comment il devrait être dépensé.

Il ne m'est pas nécessaire de déterminer si le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* protège aussi ce principe puisque l'art. 53 continue de s'appliquer à l'Ontario. La question de savoir s'il est possible d'invoquer le préambule pour importer le principe selon lequel il ne peut y avoir de taxation sans représentation dans les provinces qui ont abrogé l'art. 53 doit être tranchée, de préférence, dans une affaire qui aborde directement cette question.

Il s'agit par conséquent de savoir si le principe interdisant la taxation sans représentation est respecté par la *LAQÉ*. Dans *Eurig*, précité, les exigences nécessaires pour satisfaire à ce principe n'ont pas été précisées. Voici ce qu'écrit le juge Major, au par. 36 :

La législature de l'Ontario n'a pas délégué au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir d'établir une taxe. Par conséquent, la question de savoir s'il avait constitutionnellement le pouvoir de le faire n'a pas à être examinée.

Voir également le par. 39. Dans la *LAQÉ*, la législature de l'Ontario a délégué le pouvoir de taxation. Je partage l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario qu'une taxe n'est pas imposée avant que le taux ne soit fixé. Avec l'assiette fiscale et l'unité de temps, le taux d'imposition est un élément qui permet de déterminer un impôt. En effet, si le taux est établi à zéro, il n'y a pas d'impôt. Voici ce que dit la Cour d'appel, à la p. 41 :

[TRADUCTION] ... un élément, ou une composante, de l'exercice du pouvoir de taxation consiste en l'établissement du montant, ou du taux, de la taxe, non seulement afin de permettre au contribuable de connaître l'étendue de son obligation, mais aussi pour permettre aux autorités fiscales de déterminer la quantité de recettes fiscales qu'elles peuvent s'attendre à prélever.

See *Executors of Will of Hon. Patrick Burns, deceased v. Minister of National Revenue*, [1947] S.C.R. 132, at p. 155, *per* Estey J. (dissenting in part); rev'd in part [1950] A.C. 213, at p. 226, where the Privy Council agreed with Estey J.'s dissenting view that "without a rate or determinable amount there can be no impost".

The delegation of the imposition of a tax is constitutional if express and unambiguous language is used in making the delegation. The animating principle is that only the legislature can impose a new tax *ab initio*. But if the legislature expressly and clearly authorizes the imposition of a tax by a delegated body or individual, then the requirements of the principle of "no taxation without representation" will be met. In such a situation, the delegated authority is not being used to impose a completely new tax, but only to impose a tax that has been approved by the legislature. The democratic principle is thereby preserved in two ways. First, the legislation expressly delegating the imposition of a tax must be approved by the legislature. Second, the government enacting the delegating legislation remains ultimately accountable to the electorate at the next general election.

This view accords with the majority position in *Eurig, supra*. Major J. stated, at paras. 31-32:

In our system of responsible government, the Lieutenant Governor in Council cannot impose a new tax *ab initio* without the authorization of the legislature. As Audette J. succinctly stated in *The King v. National Fish Co.*, [1931] Ex. C.R. 75, at p. 83, "[t]he Governor in Council has no power, *proprio vigore*, to impose taxes unless under authority specifically delegated to it by Statute. The power of taxation is exclusively in Parliament."

The basic purpose of s. 53 is to constitutionalize the principle that taxation powers cannot arise incidentally in delegated legislation. In so doing, it ensures parliamentary control over, and accountability for, taxation.

Voir *Executors of Will of Hon. Patrick Burns, deceased c. Minister of National Revenue*, [1947] R.C.S. 132, p. 155, le juge Estey (dissident en partie) infirmé en partie [1950] A.C. 213, p. 226, dans lequel le Conseil privé a exprimé son accord avec l'opinion dissidente du juge Estey que [TRADUCTION] « sans un taux ou un montant déterminable, il ne peut y avoir d'impôt ».

La délégation du pouvoir de taxation est constitutionnelle si elle est faite dans un langage explicite et non ambigu. Le principe directeur est que seule la législature peut imposer une nouvelle taxe *ab initio*. Mais si la législature autorise expressément et clairement un organisme ou un particulier délégataire à imposer une taxe, les exigences du principe « aucune taxation sans représentation » sont remplies. Dans une telle situation, l'autorité délégataire ne sert pas à imposer une taxe complètement nouvelle, mais uniquement à imposer une taxe qui a déjà été approuvée par la législature. Le principe démocratique est ainsi protégé de deux façons. En premier lieu, la loi qui délègue expressément l'imposition d'une taxe doit être approuvée par la législature. En deuxième lieu, le gouvernement qui adopte la loi opérant délégation demeure en fin de compte responsable devant l'électorat lors de la prochaine élection générale.

Cette opinion s'accorde avec la position de la majorité dans *Eurig*, précité. Voici ce que dit le juge Major, au par. 31-32 :

Dans notre système de gouvernement responsable, le lieutenant-gouverneur en conseil ne peut établir une nouvelle taxe *ab initio* sans l'autorisation de la législature. Comme l'a dit succinctement le juge Audette dans *The King c. National Fish Co.*, [1931] Ex. C.R. 75, à la p. 83, [TRADUCTION] « [l]e gouverneur en conseil n'a pas le pouvoir *proprio vigore* d'établir des taxes, à moins qu'un tel pouvoir ne lui ait été expressément délégué par une loi. Le pouvoir de taxation appartient exclusivement au Parlement. »

L'objet fondamental de l'art. 53 est de constitutionaliser le principe qu'un pouvoir de taxation ne peut découler accessoirement d'une mesure législative subordonnée. Ainsi, cette disposition assure la compétence et la responsabilité des parlementaires à l'égard de la taxation.

74

75

Major J. later referred to this, at para. 40, as the “constitutional requirement for a clear and unambiguous authorization of taxation within the enabling statute”. The *EQIA* meets this requirement, as s. 257.12(1)(b) of the new *Education Act* expressly authorizes the Minister of Finance to prescribe the tax rates for school purposes. When the Minister sets the applicable rates, a tax is not imposed *ab initio*, but is imposed pursuant to a specific legislative grant of authority. Furthermore, the delegation of the setting of the rate takes place within a detailed statutory framework, setting out the structure of the tax, the tax base, and the principles for its imposition.

76 As Bastarache J. pointed out in *Eurig*, *supra*, at para. 55:

The provincial legislature is entitled to delegate taxing powers to its subordinate bodies, including the Lieutenant Governor in Council (*Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.), at pp. 131-33; *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708 (P.C.), at p. 722; *Irving Oil Ltd. v. Provincial Secretary of New Brunswick*, [1980] 1 S.C.R. 787).

This Court divided in *Eurig* not over whether this was a correct statement of the law (as the majority felt it was premature to comment on the issue), but over whether s. 5 of Ontario’s *Administration of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. A.6, expressly authorized a delegation of taxation. Both the majority opinion and the concurring opinion of Binnie J. concluded that it did not, while the dissenting opinion of Bastarache J. concluded that it did. In this case, however, the delegation of the taxing power by the *EQIA* is clear and unambiguous.

77 There is long-standing legal authority for the view that the test for constitutional delegation of the taxation power is the use of clear and unambiguous language. In *Attorney-General v. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 L.T.R. 884 (C.A.), at p. 885, aff’d (1922), 91 L.J.K.B. 897 (H.L.), Scrutton L.J. stated:

Le juge Major décrit ensuite cela comme « [l]’exigence constitutionnelle selon laquelle la loi habilitante doit autoriser la taxation de façon claire et non ambiguë » (par. 40). La *LAQÉ* satisfait à cette exigence, puisque l’al. 257.12(1)(b) de la nouvelle *Loi sur l’éducation* autorise expressément le ministre des Finances à prescrire le taux des impôts scolaires. Lorsque le ministre établit les taux applicables, il ne s’agit pas d’une taxe établie *ab initio*, mais d’une taxe établie en vertu d’un octroi législatif d’autorité spécifique. De plus, la délégation du pouvoir de déterminer le taux se situe dans un cadre législatif détaillé, qui précise la structure de la taxe, l’assiette fiscale et les principes de son imposition.

Comme le souligne le juge Bastarache dans *Eurig*, précité, par. 55 :

La législature provinciale peut déléguer des pouvoirs de taxation à ses organismes subordonnés, y compris au lieutenant-gouverneur en conseil (*Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.), aux pp. 131 à 133; *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708 (C.P.), à la p. 722; *Irving Oil Ltd. c. Secrétaire provincial du Nouveau-Brunswick*, [1980] 1 R.C.S. 787).

Dans *Eurig*, notre Cour était partagée non sur la question de savoir si cela constituait un exposé exact du droit (puisque la majorité estimait qu’il était prématuré de faire des commentaires sur cette question), mais sur celle de savoir si l’art. 5 de la *Loi sur l’administration de la justice* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. A.6, autorisait expressément une délégation du pouvoir de taxation. L’opinion de la majorité et l’opinion concordante du juge Binnie concluait toutes deux que tel n’était pas le cas, tandis que l’opinion dissidente du juge Bastarache concluait par l’affirmative. En l’espèce, toutefois, la délégation du pouvoir de taxation par la *LAQÉ* est claire et non ambiguë.

Il est établi depuis longtemps en droit que le critère de la constitutionnalité d’une délégation du pouvoir de taxation est l’utilisation d’un libellé clair et non ambigu. Dans *Attorney-General c. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 L.T.R. 884 (C.A.), p. 885, conf. par (1922), 91 L.J.K.B. 897 (H.L.), le lord juge Scrutton disait ceci :

It is conceivable that Parliament, which may pass legislation requiring the subject to pay money to the Crown, may also delegate its powers of imposing such payments to the Executive, but in my view the clearest words should be required before the Courts hold that such an unusual delegation has taken place. As Chief Justice Wilde said in *Gosling v. Veley*, 12 Q.B., at p. 407 : “The rule of law that no pecuniary burden can be imposed upon the subjects of this country, by whatever name it may be called, whether tax, due, rate or toll, except upon clear and distinct legal authority, established by those who seek to impose the burthen, has been so often the subject of legal decision that it may be deemed a legal axiom, and requires no authority to be cited in support of it.” [Emphasis added.]

This case was relied on in *Gruen Watch Co. of Canada Ltd. v. Attorney-General of Canada*, [1950] O.R. 429 (H.C.), at p. 438, affirmed on this point in *Bulova Watch Co. v. Attorney-General of Canada*, [1951] O.R. 360 (C.A.), where McRuer C.J.H.C. stated:

It is for the legislative body to decide in every case what power is to be delegated to any administrative body, and in each case the administrative tribunal is confined to the express authority delegated to it and to the authority that may arise by necessary implication. In no case is the exercise of the delegated authority more carefully scrutinized than in the case where it is claimed that it gives a right to impose any financial burden on the subject.

The same principles apply to the delegation of powers to the executive. As previously referred to in paras. 75 and 76, see *The King v. National Fish Co.*, [1931] Ex. C.R. 75, at p. 83, and *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.), at pp. 131-33.

These principles explain how Parliament and the provincial legislatures are able to delegate taxing authority to municipalities, school boards and Aboriginal band councils. *Westbank First Nation*, *supra*, provides but one example of the constitutional delegation of such a taxing power, at para. 36:

The impugned charges are imposed under the authority of the legislature and levied by a public body. The by-laws are imposed pursuant to the power conferred by

[TRADUCTION] Il est concevable que le Parlement, qui peut adopter une loi obligeant le sujet à payer de l'argent à la Couronne, peut aussi déléguer ses pouvoirs d'imposer de tels paiements à l'exécutif, mais à mon avis, il faut que ce soit en des termes des plus clairs pour que les tribunaux puissent conclure à l'existence d'une délégation aussi inhabituelle. Comme l'a dit le juge en chef Wilde dans *Gosling c. Veley*, 12 Q.B., p. 407 : « La règle de droit selon laquelle aucune charge pécuniaire ne peut être imposée aux sujets de ce pays, peu importe le nom qu'on lui donne, qu'il s'agisse d'une taxe, d'une cotisation, d'un tarif ou d'un péage, sauf en vertu d'une autorité légale claire et distincte, établie par ceux qui cherchent à imposer la charge, a fait si souvent l'objet de décisions judiciaires qu'elle peut être considérée comme un axiome juridique, ne nécessitant pas qu'on se réfère à la jurisprudence pour l'étayer. » [Je souligne.]

Cette décision a été invoquée dans *Gruen Watch Co. of Canada Ltd. c. Attorney-General of Canada*, [1950] O.R. 429 (H.C.), p. 438, conf. sur ce point dans *Bulova Watch Co. c. Attorney-General of Canada*, [1951] O.R. 360 (C.A.), où le juge en chef McRuer a dit :

[TRADUCTION] C'est au corps législatif qu'il appartient de décider dans chaque cas du pouvoir à déléguer à un organisme administratif, et dans chaque cas le tribunal administratif doit s'en tenir au pouvoir qui lui est expressément délégué et au pouvoir qui peut naître par déduction nécessaire. Dans tous les cas, l'exercice de l'autorité déléguée doit être examiné avec le plus grand soin lorsqu'on prétend qu'elle donne le droit d'imposer toute charge financière au sujet.

Le même principe s'applique à la délégation de pouvoirs à l'exécutif. Comme il est déjà mentionné aux par. 75-76, voir *The King c. National Fish Co.*, [1931] R.C. de l'É. 75, p. 83, et *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.), p. 131-133.

Ces principes expliquent comment le Parlement et les législatures provinciales peuvent déléguer le pouvoir de taxation à des municipalités, des conseils scolaires et des conseils de bande autochtones. *Première nation de Westbank*, précité, par. 36, donne un exemple de la délégation constitutionnelle d'un tel pouvoir de taxation :

Les redevances contestées sont imposées sous l'autorité du législateur et perçues par un organisme public. Les règlements sont pris en vertu de l'art. 83 de la *Loi*

s. 83 of the *Indian Act*. The taxes are levied by the Band Council, under its conferred authority, and are approved by the Minister of Indian Affairs and Northern Development.

sur les Indiens. Les taxes sont prélevées par le conseil de la bande, en vertu de ses pouvoirs attribués, et sont approuvées par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.

79 As this passage implies, a tax imposed through the delegation of the taxing authority must also be *intra vires*, for a legislature cannot delegate a power it does not have. In the case of provincial legislatures, this primarily means that the delegated tax must be a direct tax, given that s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867* assigns to the provinces only the power of “Direct Taxation within the Province in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes”. Property taxes for education purposes are a direct tax, and so are *intra vires* the province. The delegation of the taxing authority in the *EQIA* is therefore constitutional. The delegation has been effected using express and unambiguous words, and the tax that the Minister has been delegated the authority to impose is *intra vires* the province.

Comme le laisse entendre ce passage, une taxe imposée par délégation du pouvoir de taxation doit aussi être *intra vires*, puisqu’une législature ne peut déléguer un pouvoir qu’elle n’a pas. Dans le cas des législatures provinciales, cela signifie essentiellement que la taxe déléguée doit être une taxe directe, puisque le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne confère aux provinces que le pouvoir relatif à la « taxation directe dans les limites de la province, dans le but de prélever un revenu pour des objets provinciaux. » Les taxes foncières à des fins éducatives sont des taxes directes; de ce fait, elles sont dans les limites des pouvoirs de la province. La délégation du pouvoir de taxation dans la *LAQÉ* est donc constitutionnelle. La délégation a été libellée de façon expresse et non ambiguë, et la taxe que le ministre est habilité à prélever par délégation est dans les limites des pouvoirs de la province.

VI. Conclusion

VI. Conclusion

80 Section 93(1) of the *Constitution Act, 1867* guarantees denominational school boards in Ontario the right to fair and equitable funding, and to control over the denominational aspects of their education program, as well as those non-denominational aspects necessary to deliver the denominational elements. Although s. 93(1) uses the public school system in Ontario as a comparator for separate school funding, it does not guarantee any particular elements of the design of the public school system. The *EQIA* respects the s. 93 guarantees. The new funding model established by the *EQIA* treats Roman Catholic schools in the province fairly and equitably. Furthermore, the *EQIA* does not interfere with the denominational aspects, or those non-denominational aspects necessary to deliver the denominational aspects, of the province’s denominational school system.

Le paragraphe 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* garantit aux conseils des écoles confessionnelles de l’Ontario le droit à un financement juste et équitable ainsi que le droit au contrôle des aspects confessionnels de leur programme d’éducation et des aspects non confessionnels nécessaires à la prestation des éléments confessionnels. Même si le par. 93(1) se sert du système d’enseignement public de l’Ontario comme comparateur pour le financement des écoles séparées, il ne garantit pas d’éléments particuliers de la forme du système d’enseignement public. La *LAQÉ* respecte les garanties de l’art. 93. Le nouveau modèle de financement établi par la *LAQÉ* traite les écoles catholiques de la province de façon juste et équitable. De plus, la *LAQÉ* ne porte pas atteinte aux aspects confessionnels du régime d’écoles confessionnelles de la province, ni aux aspects non confessionnels nécessaires à la prestation des éléments confessionnels.

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Do Part IX Division B, Part IX Division F, and, in particular, ss. 257.7, 257.12, 257.19 and 257.106 of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended by the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31, prejudicially affect rights held under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*?

The answer is no.

2. Do ss. 231, 232 and 234 of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended by the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31, and the education Funding Formula enacted pursuant to s. 234 of the *Education Act* and presently embodied in O.Reg. 287/98 and O.Reg. 214/99, prejudicially affect rights held under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*?

The answer is no.

3. Does Part IX, Division D of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended by the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31, prejudicially affect rights held under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*?

The answer is no.

4. If the answer to questions 1, 2 or 3 is in the affirmative with respect to Roman Catholic separate school rights, are those provisions, or any of them, also invalid with respect to public school supporters and public school boards, by virtue of either s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, or constitutional convention?

The answer is no.

5. Does s. 257.12(1)(b) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended by the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31, contravene the preamble, s. 53, or s. 54 of the *Constitution Act, 1867*?

The answer is no.

Appeal dismissed.

Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi est rejeté. Voici les réponses aux questions constitutionnelles :

1. Est-ce que les sections B et F de la partie IX et, en particulier, les art. 257.7, 257.12, 257.19 et 257.106 de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, modifiée par la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31, portent atteinte aux droits garantis par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

La réponse est non.

2. Est-ce que les articles 231, 232 et 234 de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, modifiée par la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31, et la formule de financement de l'éducation établie conformément à l'art. 234 de la *Loi sur l'éducation* et prévue présentement par le Règl. de l'Ont. 287/98 et le Règl. de l'Ont. 214/99 portent atteinte aux droits garantis par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

La réponse est non.

3. Est-ce que la section D de la partie IX de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, modifiée par la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31, porte atteinte aux droits garantis par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

La réponse est non.

4. Si la réponse à la question 1, 2 ou 3 est affirmative à l'égard des droits des écoles séparées catholiques, est-ce que ces dispositions, ou l'une d'entre elles, sont invalides à l'égard des conseils scolaires publics et des contribuables des écoles publiques par l'effet soit de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* soit d'une convention constitutionnelle?

La réponse est non.

5. Est-ce que l'alinéa 257.12(1)(b) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, modifiée par la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31, contrevient au préambule, à l'art. 53 ou à l'art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

La réponse est non.

Pourvoi rejeté.

Solicitors for the appellants the Ontario English Catholic Teachers' Association, Marshall Jarvis, Claire Ross and Annemarie Ross: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitors for the appellants the Ontario Public School Boards' Association, the Toronto District School Board, the Ontario Secondary School Teachers' Federation, the Elementary Teachers' Federation of Ontario, Joleene Kemp, David Edwards and Robert Churchill: Hicks Morley Hamilton Stewart Storie, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Department of Justice, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Ontario Catholic School Trustees' Association: Miller Thomson, Toronto.

Solicitors for the interveners the Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques and the Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario: Heenan Blaikie, Toronto.

Solicitors for the interveners the Alberta Catholic School Trustees' Association, the Board of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 and Dwayne Berlando: Fraser Milner Casgrain, Edmonton.

Procureurs des appelants Ontario English Catholic Teachers' Association, Marshall Jarvis, Claire Ross et Annemarie Ross : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs des appelants Ontario Public School Boards' Association, Toronto District School Board, Fédération des enseignants-enseignantes des écoles secondaires de l'Ontario, Fédération des enseignantes et enseignants de l'élémentaire de l'Ontario, Joleene Kemp, David Edwards et Robert Churchill : Hicks Morley Hamilton Stewart Storie, Toronto.

Procureur de l'intimé : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Le ministère de la Justice, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Ontario Catholic School Trustees' Association : Miller Thomson, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques et l'Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario : Heenan Blaikie, Toronto.

Procureurs des intervenants Alberta Catholic School Trustees' Association, Board of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 et Dwayne Berlando : Fraser Milner Casgrain, Edmonton.

Solicitors for the interveners the Boards of Education of Regina School Division No. 4, Saskatchewan Rivers School Division No. 119, Swift Current School Division No. 94, Weyburn School Division No. 97, Yorkton School Division No. 93, Moose Jaw School Division No. 1, Saskatoon School Division No. 13, and Estevan School Division No. 95: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the interveners the Public School Boards' Association of Alberta, the Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 and Cathryn Staring Parrish: Dale Gibson Associates, Edmonton.

Procureurs des intervenants Boards of Education of Regina School Division No. 4, Saskatchewan Rivers School Division No. 119, Swift Current School Division No. 94, Weyburn School Division No. 97, Yorkton School Division No. 93, Moose Jaw School Division No. 1, Saskatoon School Division No. 13, et Estevan School Division No. 95 : MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs des intervenants Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 et Cathryn Staring Parrish : Dale Gibson Associates, Edmonton.

IN THE MATTER OF Section 53 of the Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26;

AND IN THE MATTER OF a Reference by the Governor in Council concerning certain questions relating to the secession of Quebec from Canada, as set out in Order in Council P.C. 1996-1497, dated the 30th day of September, 1996

INDEXED AS: REFERENCE RE SECESSION OF QUEBEC

File No.: 25506.

1998: February 16, 17, 18, 19; 1998: August 20.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

REFERENCE BY GOVERNOR IN COUNCIL

Constitutional law — Supreme Court of Canada — Reference jurisdiction — Whether Supreme Court's reference jurisdiction constitutional — Constitution Act, 1867, s. 101 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.

Courts — Supreme Court of Canada — Reference jurisdiction — Governor in Council referring to Supreme Court three questions relating to secession of Quebec from Canada — Whether questions submitted fall outside scope of reference provision of Supreme Court Act — Whether questions submitted justiciable — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.

Constitutional law — Secession of province — Unilateral secession — Whether Quebec can secede unilaterally from Canada under Constitution.

International law — Secession of province of Canadian federation — Right of self-determination — Effectivity principle — Whether international law gives Quebec right to secede unilaterally from Canada.

Pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, the Governor in Council referred the following questions to this Court:

DANS L'AFFAIRE DE l'article 53 de la Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26;

ET DANS L'AFFAIRE D'UN renvoi par le Gouverneur en conseil au sujet de certaines questions ayant trait à la sécession du Québec du reste du Canada formulées dans le décret C.P. 1996-1497 en date du 30 septembre 1996

RÉPERTORIÉ: RENOI RELATIF À LA SÉCESSION DU QUÉBEC

N° du greffe: 25506.

1998: 16, 17, 18, 19 février; 1998: 20 août.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

RENOI PAR LE GOUVERNEUR EN CONSEIL

Droit constitutionnel — Cour suprême du Canada — Compétence en matière de renvoi — La compétence de la Cour suprême en matière de renvoi est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 101 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence en matière de renvoi — Trois questions relatives à la sécession du Québec du Canada soumises par le gouverneur en conseil à la Cour suprême — Les questions soumises relèvent-elles de la compétence de la Cour suprême en matière de renvoi? — Les questions sont-elles justiciables? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.

Droit constitutionnel — Sécession d'une province — Sécession unilatérale — Le Québec peut-il, en vertu de la Constitution, procéder unilatéralement à la sécession?

Droit international — Sécession d'une province de la fédération canadienne — Droit à l'autodétermination — Principe de l'effectivité — Le Québec a-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession?

Le gouverneur en conseil a soumis à la Cour, en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, les questions suivantes:

1. Under the Constitution of Canada, can the National Assembly, legislature or government of Quebec effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?
2. Does international law give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?
3. In the event of a conflict between domestic and international law on the right of the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally, which would take precedence in Canada?

Issues regarding the Court's reference jurisdiction were raised by the *amicus curiae*. He argued that s. 53 of the *Supreme Court Act* was unconstitutional; that, even if the Court's reference jurisdiction was constitutionally valid, the questions submitted were outside the scope of s. 53; and, finally, that these questions were not justiciable.

Held: Section 53 of the *Supreme Court Act* is constitutional and the Court should answer the reference questions.

(1) *Supreme Court's Reference Jurisdiction*

Section 101 of the *Constitution Act, 1867* gives Parliament the authority to grant this Court the reference jurisdiction provided for in s. 53 of the *Supreme Court Act*. The words "general court of appeal" in s. 101 denote the status of the Court within the national court structure and should not be taken as a restrictive definition of the Court's functions. While, in most instances, this Court acts as the exclusive ultimate appellate court in the country, an appellate court can receive, on an exceptional basis, original jurisdiction not incompatible with its appellate jurisdiction. Even if there were any conflict between this Court's reference jurisdiction and the original jurisdiction of the provincial superior courts, any such conflict must be resolved in favour of Parliament's exercise of its plenary power to establish a "general court of appeal". A "general court of appeal" may also properly undertake other legal functions, such as the rendering of advisory opinions. There is no con-

1. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
2. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
3. Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

L'*amicus curiae* a soulevé des questions concernant la compétence de la Cour en matière de renvoi, plaidant que l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est inconstitutionnel; que, même si la compétence de la Cour en matière de renvoi est constitutionnellement valide, les questions soumises ne relèvent pas du champ d'application de l'art. 53; et enfin que les questions ne sont pas justiciables.

Arrêt: L'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est constitutionnel et la Cour doit répondre aux questions du renvoi.

(1) *La compétence de la Cour suprême en matière de renvoi*

L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne au Parlement le pouvoir de conférer à la Cour la compétence en matière de renvoi prévue à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*. Les mots «cour générale d'appel» à l'art. 101 indiquent le rang de la Cour au sein de l'organisation judiciaire nationale et ne doivent pas être considérés comme une définition restrictive de ses fonctions. Même si, dans la plupart des cas, la Cour exerce le rôle de juridiction d'appel suprême et exclusive au pays, une cour d'appel peut, à titre exceptionnel, se voir attribuer une compétence de première instance qui n'est pas incompatible avec sa compétence en appel. Même si la compétence de la Cour en matière de renvoi entraîne en conflit avec la compétence des cours supérieures provinciales en première instance, un tel conflit devrait être résolu en faveur de l'exercice par le Parlement de son pouvoir plein et entier de créer une «cour générale d'appel». Une «cour générale d'appel» peut également exer-

stitutional bar to this Court's receipt of jurisdiction to undertake an advisory role.

The reference questions are within the scope of s. 53 of the *Supreme Court Act*. Question 1 is directed, at least in part, to the interpretation of the *Constitution Acts*, which are referred to in s. 53(1)(a). Both Questions 1 and 2 fall within s. 53(1)(d), since they relate to the powers of the legislature or government of a Canadian province. Finally, all three questions are "important questions of law or fact concerning any matter" and thus come within s. 53(2). In answering Question 2, the Court is not exceeding its jurisdiction by purporting to act as an international tribunal. The Court is providing an advisory opinion to the Governor in Council in its capacity as a national court on legal questions touching and concerning the future of the Canadian federation. Further, Question 2 is not beyond the competence of this Court, as a domestic court, because it requires the Court to look at international law rather than domestic law. More importantly, Question 2 does not ask an abstract question of "pure" international law but seeks to determine the legal rights and obligations of the legislature or government of Quebec, institutions that exist as part of the Canadian legal order. International law must be addressed since it has been invoked as a consideration in the context of this Reference.

The reference questions are justiciable and should be answered. They do not ask the Court to usurp any democratic decision that the people of Quebec may be called upon to make. The questions, as interpreted by the Court, are strictly limited to aspects of the legal framework in which that democratic decision is to be taken. Since the reference questions may clearly be interpreted as directed to legal issues, the Court is in a position to answer them. The Court cannot exercise its discretion to refuse to answer the questions on a pragmatic basis. The questions raise issues of fundamental public importance and they are not too imprecise or ambiguous to permit a proper legal answer. Nor has the Court been provided with insufficient information regarding the present context in which the questions arise. Finally, the Court may deal on a reference with issues that might otherwise be considered not yet "ripe" for decision.

cer à bon droit d'autres fonctions juridiques, comme donner des avis consultatifs. Rien dans la Constitution n'empêche la Cour de se voir attribuer le pouvoir d'exercer un rôle consultatif.

Les questions du renvoi entrent dans le champ d'application de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*. La question 1 touche, du moins en partie, l'interprétation des *Lois constitutionnelles* dont il est fait mention à l'al. 53(1)a). Les questions 1 et 2 relèvent l'une et l'autre de l'al. 53(1)d), puisqu'elles se rapportent aux pouvoirs de la législature ou du gouvernement d'une province canadienne. Enfin, chacune des trois questions est une «question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière» et est, de ce fait, visée au par. 53(2). En répondant à la question 2, la Cour n'outrepasse pas sa compétence en prétendant agir en tant que tribunal international. La Cour donne au gouverneur en conseil, en sa qualité de tribunal national, un avis consultatif sur des questions juridiques qui touchent l'avenir de la fédération canadienne. En outre, on ne peut pas dire que la question 2 échappe à la compétence de la Cour, en tant que tribunal interne, parce qu'elle l'oblige à examiner le droit international plutôt que le droit interne. Plus important, la question 2 n'est pas une question abstraite de droit international «pur» mais vise à déterminer les droits et obligations juridiques de la législature ou du gouvernement du Québec, institutions qui font partie de l'ordre juridique canadien. Enfin il faut traiter du droit international puisqu'on a plaidé qu'il fallait le prendre en considération dans le contexte du renvoi.

Les questions du renvoi sont justiciables et doivent recevoir une réponse. Elles ne demandent pas à la Cour d'usurper un pouvoir de décision démocratique que la population du Québec peut être appelée à exercer. Suivant l'interprétation de la Cour, les questions se limitent strictement au cadre juridique dans lequel cette décision démocratique doit être prise. Les questions peuvent clairement être considérées comme visant des questions juridiques et, de ce fait, la Cour est en mesure d'y répondre. La Cour ne peut pas exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'y répondre pour des raisons d'ordre pragmatique. Les questions revêtent une importance fondamentale pour le public et ne sont pas trop imprécises ou ambiguës pour qu'il soit possible d'y répondre correctement en droit. On ne peut pas dire non plus que la Cour n'a pas reçu suffisamment d'information sur le contexte actuel dans lequel les questions sont soulevées. En dernier lieu, la Cour peut, dans un renvoi, examiner des questions qui pourraient autrement ne pas être considérées «mûres» pour une décision judiciaire.

(2) *Question 1*

The Constitution is more than a written text. It embraces the entire global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority. A superficial reading of selected provisions of the written constitutional enactment, without more, may be misleading. It is necessary to make a more profound investigation of the underlying principles animating the whole of the Constitution, including the principles of federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. Those principles must inform our overall appreciation of the constitutional rights and obligations that would come into play in the event that a clear majority of Quebecers votes on a clear question in favour of secession.

The Court in this Reference is required to consider whether Quebec has a right to unilateral secession. Arguments in support of the existence of such a right were primarily based on the principle of democracy. Democracy, however, means more than simple majority rule. Constitutional jurisprudence shows that democracy exists in the larger context of other constitutional values. Since Confederation, the people of the provinces and territories have created close ties of interdependence (economic, social, political and cultural) based on shared values that include federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. A democratic decision of Quebecers in favour of secession would put those relationships at risk. The Constitution vouchsafes order and stability, and accordingly secession of a province "under the Constitution" could not be achieved unilaterally, that is, without principled negotiation with other participants in Confederation within the existing constitutional framework.

Our democratic institutions necessarily accommodate a continuous process of discussion and evolution, which is reflected in the constitutional right of each participant in the federation to initiate constitutional change. This right implies a reciprocal duty on the other participants to engage in discussions to address any legitimate initiative to change the constitutional order. A clear majority vote in Quebec on a clear question in favour of secession would confer democratic legitimacy on the secession initiative which all of the other participants in Confederation would have to recognize.

(2) *Question 1*

La Constitution n'est pas uniquement un texte écrit. Elle englobe tout le système des règles et principes qui régissent l'exercice du pouvoir constitutionnel. Une lecture superficielle de certaines dispositions spécifiques du texte de la Constitution, sans plus, pourrait induire en erreur. Il faut faire un examen plus approfondi des principes sous-jacents qui animent l'ensemble de notre Constitution, dont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Ces principes doivent guider notre appréciation globale des droits et obligations constitutionnels qui entreraient en jeu si une majorité claire de Québécois, en réponse à une question claire, votaient pour la sécession.

Le renvoi demande à la Cour de déterminer si le Québec a le droit de faire sécession unilatéralement. Les arguments à l'appui de l'existence d'un tel droit étaient fondés avant tout sur le principe de la démocratie. La démocratie, toutefois, signifie davantage que la simple règle de la majorité. La jurisprudence constitutionnelle montre que la démocratie existe dans le contexte plus large d'autres valeurs constitutionnelles. Depuis la Confédération, les habitants des provinces et territoires ont noué d'étroits liens d'interdépendance (économique, sociale, politique et culturelle) basés sur des valeurs communes qui comprennent le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Une décision démocratique des Québécois en faveur de la sécession compromettrait ces liens. La Constitution assure l'ordre et la stabilité et, en conséquence, la sécession d'une province ne peut être réalisée unilatéralement «en vertu de la Constitution», c'est-à-dire sans négociations, fondées sur des principes, avec les autres participants à la Confédération, dans le cadre constitutionnel existant.

Nos institutions démocratiques permettent nécessairement un processus continu de discussion et d'évolution, comme en témoigne le droit reconnu par la Constitution à chacun des participants à la fédération de prendre l'initiative de modifications constitutionnelles. Ce droit emporte l'obligation réciproque des autres participants d'engager des discussions sur tout projet légitime de modification de l'ordre constitutionnel. Un vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la Confédération auraient l'obligation de reconnaître.

Quebec could not, despite a clear referendum result, purport to invoke a right of self-determination to dictate the terms of a proposed secession to the other parties to the federation. The democratic vote, by however strong a majority, would have no legal effect on its own and could not push aside the principles of federalism and the rule of law, the rights of individuals and minorities, or the operation of democracy in the other provinces or in Canada as a whole. Democratic rights under the Constitution cannot be divorced from constitutional obligations. Nor, however, can the reverse proposition be accepted: the continued existence and operation of the Canadian constitutional order could not be indifferent to a clear expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. The other provinces and the federal government would have no basis to deny the right of the government of Quebec to pursue secession should a clear majority of the people of Quebec choose that goal, so long as in doing so, Quebec respects the rights of others. The negotiations that followed such a vote would address the potential act of secession as well as its possible terms should in fact secession proceed. There would be no conclusions predetermined by law on any issue. Negotiations would need to address the interests of the other provinces, the federal government and Quebec and indeed the rights of all Canadians both within and outside Quebec, and specifically the rights of minorities.

The negotiation process would require the reconciliation of various rights and obligations by negotiation between two legitimate majorities, namely, the majority of the population of Quebec, and that of Canada as a whole. A political majority at either level that does not act in accordance with the underlying constitutional principles puts at risk the legitimacy of its exercise of its rights, and the ultimate acceptance of the result by the international community.

The task of the Court has been to clarify the legal framework within which political decisions are to be taken “under the Constitution” and not to usurp the prerogatives of the political forces that operate within that framework. The obligations identified by the Court are binding obligations under the Constitution. However, it will be for the political actors to determine what constitutes “a clear majority on a clear question” in the circumstances under which a future referendum vote may be taken. Equally, in the event of demonstrated majority support for Quebec secession, the content and process of the negotiations will be for the political actors to settle.

Le Québec ne pourrait, malgré un résultat référendaire clair, invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties à la fédération les conditions d'un projet de sécession. Le vote démocratique, quelle que soit l'ampleur de la majorité, n'aurait en soi aucun effet juridique et ne pourrait écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Les droits démocratiques fondés sur la Constitution ne peuvent être dissociés des obligations constitutionnelles. La proposition inverse n'est pas acceptable non plus: l'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada. Les autres provinces et le gouvernement fédéral n'auraient aucune raison valable de nier au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecterait les droits des autres. Les négociations qui suivraient un tel vote porteraient sur l'acte potentiel de sécession et sur ses conditions éventuelles si elle devait effectivement être réalisée. Il n'y aurait aucune conclusion prédéterminée en droit sur quel aspect que ce soit. Les négociations devraient traiter des intérêts des autres provinces, du gouvernement fédéral, du Québec et, en fait, des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec, et plus particulièrement des droits des minorités.

Le processus de négociation exigerait la conciliation de divers droits et obligations par voie de négociation entre deux majorités légitimes, soit la majorité de la population du Québec et celle de l'ensemble du Canada. Une majorité politique, à l'un ou l'autre niveau, qui n'agirait pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution mettrait en péril la légitimité de l'exercice de ses droits et ultimement l'acceptation du résultat par la communauté internationale.

La tâche de la Cour était de clarifier le cadre juridique dans lequel des décisions politiques doivent être prises «en vertu de la Constitution», et non d'usurper les prérogatives des forces politiques qui agissent à l'intérieur de ce cadre. Les obligations dégagées par la Cour sont des obligations impératives en vertu de la Constitution. Toutefois, il reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste «une majorité claire en réponse à une question claire», suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu. De même, si un appui majoritaire était exprimé en faveur de la sécession du Québec, il incomberait aux acteurs poli-

The reconciliation of the various legitimate constitutional interests is necessarily committed to the political rather than the judicial realm precisely because that reconciliation can only be achieved through the give and take of political negotiations. To the extent issues addressed in the course of negotiation are political, the courts, appreciating their proper role in the constitutional scheme, would have no supervisory role.

(3) *Question 2*

The Court was also required to consider whether a right to unilateral secession exists under international law. Some supporting an affirmative answer did so on the basis of the recognized right to self-determination that belongs to all “peoples”. Although much of the Quebec population certainly shares many of the characteristics of a people, it is not necessary to decide the “people” issue because, whatever may be the correct determination of this issue in the context of Quebec, a right to secession only arises under the principle of self-determination of people at international law where “a people” is governed as part of a colonial empire; where “a people” is subject to alien subjugation, domination or exploitation; and possibly where “a people” is denied any meaningful exercise of its right to self-determination within the state of which it forms a part. In other circumstances, peoples are expected to achieve self-determination within the framework of their existing state. A state whose government represents the whole of the people or peoples resident within its territory, on a basis of equality and without discrimination, and respects the principles of self-determination in its internal arrangements, is entitled to maintain its territorial integrity under international law and to have that territorial integrity recognized by other states. Quebec does not meet the threshold of a colonial people or an oppressed people, nor can it be suggested that Quebecers have been denied meaningful access to government to pursue their political, economic, cultural and social development. In the circumstances, the “National Assembly, the legislature or the government of Quebec” do not enjoy a right at international law to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally.

Although there is no right, under the Constitution or at international law, to unilateral secession, the possibility of an unconstitutional declaration of secession lead-

tiques de déterminer le contenu des négociations et le processus à suivre. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le jeu des concessions réciproques qui caractérise les négociations politiques. Dans la mesure où les questions abordées au cours des négociations seraient politiques, les tribunaux, conscients du rôle qui leur revient dans le régime constitutionnel, n’auraient aucun rôle de surveillance à jouer.

(3) *Question 2*

Il est également demandé à la Cour s’il existe, en vertu du droit international, un droit de sécession unilatérale. Certains de ceux qui apportent une réponse affirmative se fondent sur le droit reconnu à l’autodétermination qui appartient à tous les «peuples». Même s’il est certain que la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits qui caractérisent un peuple, il n’est pas nécessaire de trancher la question de l’existence d’un «peuple», quelle que soit la réponse exacte à cette question dans le contexte du Québec, puisqu’un droit de sécession ne prend naissance en vertu du principe de l’autodétermination des peuples en droit international que dans le cas d’«un peuple» gouverné en tant que partie d’un empire colonial, dans le cas d’«un peuple» soumis à la subjugation, à la domination ou à l’exploitation étrangères, et aussi, peut-être, dans le cas d’«un peuple» empêché d’exercer utilement son droit à l’autodétermination à l’intérieur de l’État dont il fait partie. Dans d’autres circonstances, les peuples sont censés réaliser leur autodétermination dans le cadre de l’État existant auquel ils appartiennent. L’État dont le gouvernement représente l’ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire, dans l’égalité et sans discrimination, et qui respecte les principes de l’autodétermination dans ses arrangements internes, a droit au maintien de son intégrité territoriale en vertu du droit international et à la reconnaissance de cette intégrité territoriale par les autres États. Le Québec ne constitue pas un peuple colonisé ou opprimé, et on ne peut pas prétendre non plus que les Québécois se voient refuser un accès réel au gouvernement pour assurer leur développement politique, économique, culturel et social. Dans ces circonstances, «l’Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec» ne possèdent pas, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada.

Même s’il n’existe pas de droit de sécession unilatérale en vertu de la Constitution ou du droit international, cela n’écarte pas la possibilité d’une déclaration incons-

ing to a *de facto* secession is not ruled out. The ultimate success of such a secession would be dependent on recognition by the international community, which is likely to consider the legality and legitimacy of secession having regard to, amongst other facts, the conduct of Quebec and Canada, in determining whether to grant or withhold recognition. Even if granted, such recognition would not, however, provide any retroactive justification for the act of secession, either under the Constitution of Canada or at international law.

(4) *Question 3*

In view of the answers to Questions 1 and 2, there is no conflict between domestic and international law to be addressed in the context of this Reference.

Cases Cited

Referred to: *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 S.C.R. 536, aff'd [1912] A.C. 571; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *De Demko v. Home Secretary*, [1959] A.C. 654; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127; *Muskkrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911); *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208; *Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] S.C.R. 246; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54; *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R.

titionnelle de sécession conduisant à une sécession *de facto*. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait de sa reconnaissance par la communauté internationale qui, pour décider d'accorder ou non cette reconnaissance, prendrait vraisemblablement en considération la légalité et la légitimité de la sécession eu égard, notamment, à la conduite du Québec et du Canada. Même si elle était accordée, une telle reconnaissance ne fournirait toutefois aucune justification rétroactive à l'acte de sécession, en vertu de la Constitution ou du droit international.

(4) *Question 3*

Compte tenu des réponses aux questions 1 et 2, il n'existe, entre le droit interne et le droit international, aucun conflit à examiner dans le contexte du renvoi.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 R.C.S. 536, conf. par [1912] A.C. 571; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *De Demko c. Home Secretary*, [1959] A.C. 654; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127; *Muskkrat c. United States*, 219 U.S. 346 (1911); *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208; *Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] R.C.S. 246; *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1

455; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49.

R.C.S. 319; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49.

Statutes and Regulations Cited

Ala. Code 1975 § 12-2-10.
Bill of Rights of 1689 (Eng.), 1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2, 3, 4, 7 to 14, 15, 25, 33.
Charter of the United Nations, Can. T.S. 1945 No. 7, Arts. 1(2), 55.
Constitution Act, 1867, preamble, ss. 91, 92(14), 96, 101.
Constitution Act, 1982, ss. 25, 35, 52(1), (2).
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Protocol No. 2, Europ. T.S. No. 5, p. 36.
 Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.).
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, Art. 1.

Lois et règlements cités

Acte d'Union, 1840 (R.-U.), 3-4 Vict., ch. 35 [publié aux L.R.C. (1985), App. II, n° 4].
 Ala. Code 1975 § 12-2-10.
Bill of Rights de 1689 (Angl.), 1 Will. & Mar. sess. 2, ch. 2.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 2, 3, 4, 7 à 14, 15, 25, 33.
Charte des Nations Unis, R.T. Can. 1945 n° 7, art. 1(2), 55.
 Constitution des États-Unis, art. III, § 2.
Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Protocole n° 2, S.T. Europ. n° 5, p. 37.
 Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.).
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 91, 92(14), 96, 101.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 U.N.T.S. 3, Art. 1.
Magna Carta (1215).
Statute of the Inter-American Court of Human Rights (1979), Art. 2.
Statute of Westminster, 1931 (U.K.), 22 & 23 Geo. 5, c. 4 [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 27].
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 3, 53(1)(a), (d), (2).
Treaty establishing the European Community, Art. 228(6).
Union Act, 1840 (U.K.), 3-4 Vict., c. 35 [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 4].
 United States Constitution, art. III, § 2.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 25, 35, 52(1), (2).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 3 [abr. & rempl. 1993, ch. 34, art. 115], 53(1)a), d), (2).
Magna Carta (1215).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 1.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 R.T.N.U. 3, art. 1.
Statut de Westminster de 1931 (R.-U.), 22 & 23 Geo. 5, ch. 4 [publié aux L.R.C. (1985), App. II, n° 27].
Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (1979), art. 2.
Traité instituant la Communauté européenne, art. 228(6).

Authors Cited

Canada. Legislature. *Parliamentary Debates on the subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 3rd Sess., 8th Provincial Parliament of Canada. Quebec: Hunter, Rose & Co., 1865.
 Cassese, Antonio. *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
 Conference on Security and Co-operation in Europe. *Concluding Document of the Vienna Meeting 1986*, Vienna 1989. Ottawa: Department of External Affairs, 1989.
 Conference on Security and Co-operation in Europe. *Final Act*, 14 I.L.M. 1292 (1975).
 de Smith, S. A. "Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations" (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93.
 Doehring, Karl. "Self-Determination". In Bruno Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
 European Community. Declaration. *Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union*, December 16, 1991, 31 I.L.M. 1486 (1992).
 Favoreu, Louis. "American and European Models of Constitutional Justice". In David S. Clark, ed., *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990, 105.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
 Jennings, Robert Yewdall. *The Acquisition of Territory in International Law*. Manchester: Manchester University Press, 1963.

Doctrine citée

Canada. Législature. *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3^e sess., 8^e parlement provincial du Canada. Québec: Hunter, Rose & Lemieux, 1865.
 Cassese, Antonio. *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
 Communauté européenne. Déclaration. *Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique*, 16 décembre 1991, Bull. CE 12-1991, p. 127.
 Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. *Acte final*, Helsinki 1975. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1977.
 Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. *Document de clôture de la réunion de Vienne 1986*, Vienne 1989. Ottawa: Ministère des Affaires extérieures, 1989.
 de Smith, S. A. «Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations» (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93.
 Doehring, Karl. «Self-Determination». In Bruno Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
 Favoreu, Louis. «American and European Models of Constitutional Justice». In David S. Clark, ed., *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990, 105.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
 Jennings, Robert Yewdall. *The Acquisition of Territory in International Law*. Manchester: Manchester University Press, 1963.

MacLauchlan, H. Wade. "Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 155.

Pope, Joseph, ed. *Confederation: Being a Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the British North America Act*. Toronto: Carswell, 1895.

United Nations. General Assembly. *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970.

United Nations. General Assembly. *Declaration on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, GA Res. 50/6, 9 November 1995.

United Nations. World Conference on Human Rights. *Vienna Declaration and Programme of Action*, A/CONF.157/24 (Part I), 25 June 1993, chapter III.

Wade, H. W. R. "The Basis of Legal Sovereignty", [1955] *Camb. L.J.* 172.

Wheare, Kenneth Clinton. *Federal Government*, 4th ed. London: Oxford University Press, 1963.

REFERENCE by the Governor in Council, pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, concerning the secession of Quebec from Canada.

L. Yves Fortier, Q.C., Pierre Bienvenu, Warren J. Newman, Jean-Marc Aubry, Q.C., and Mary Dawson, Q.C., for the Attorney General of Canada.

André Joli-Cœur, Michel Paradis, Louis Masson, André Binette, Clément Samson, Martin Bédard and Martin St-Amant, for the amicus curiae.

Donna J. Miller, Q.C., and Deborah L. Carlson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Graeme G. Mitchell and John D. Whyte, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Bernard W. Funston, for the intervener the Minister of Justice of the Northwest Territories.

MacLauchlan, H. Wade. «Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference» (1997), 76 *R. du B. can.* 155.

Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies*, Rés. AG 50/6, 9 novembre 1995.

Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970.

Nations Unies. Conférence mondiale sur les droits de l'homme. *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, A/CONF.157/24 (Part I), 25 juin 1993, chapitre III.

Wade, H. W. R. «The Basis of Legal Sovereignty», [1955] *Camb. L.J.* 172.

Wheare, Kenneth Clinton. *Federal Government*, 4th ed. London: Oxford University Press, 1963.

RENVOI par le Gouverneur en conseil, conformément à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, concernant la sécession du Québec du reste du Canada.

L. Yves Fortier, c.r., Pierre Bienvenu, Warren J. Newman, Jean-Marc Aubry, c.r., et Mary Dawson, c.r., pour le procureur général du Canada.

André Joli-Cœur, Michel Paradis, Louis Masson, André Binette, Clément Samson, Martin Bédard et Martin St-Amant, pour l'amicus curiae.

Donna J. Miller, c.r., et Deborah L. Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Graeme G. Mitchell et John D. Whyte, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Bernard W. Funston, pour l'intervenant le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest.

Stuart J. Whitley, Q.C., and Howard L. Kushner, for the intervener the Minister of Justice for the Government of the Yukon Territory.

Agnès Laporte and Richard Gaudreau, for the intervener Kitigan Zibi Anishinabeg.

Claude-Armand Sheppard, Paul Joffe and Andrew Orkin, for the intervener the Grand Council of the Crees (Eeyou Estchee).

Peter W. Hutchins and Carol Hilling, for the intervener the Makivik Corporation.

Michael Sherry, for the intervener the Chiefs of Ontario.

Raj Anand and M. Kate Stephenson, for the intervener the Minority Advocacy and Rights Council.

Mary Eberts and Anne Bayefsky, for the intervener the *Ad Hoc* Committee of Canadian Women on the Constitution.

Guy Bertrand and Patrick Monahan, for the intervener Guy Bertrand.

Stephen A. Scott, for the interveners Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell and Van Hoven Petteway.

Vincent Pouliot, on his own behalf.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Introduction

This Reference requires us to consider momentous questions that go to the heart of our system of constitutional government. The observation we made more than a decade ago in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721 (*Manitoba Language Rights Reference*), at p. 728, applies with equal force here: as in that case, the present one “combines legal and constitutional questions of the utmost subtlety and complexity

Stuart J. Whitley, c.r., et Howard L. Kushner, pour l'intervenant le ministre de la Justice pour le gouvernement du territoire du Yukon.

Agnès Laporte et Richard Gaudreau, pour l'intervenante Kitigan Zibi Anishinabeg.

Claude-Armand Sheppard, Paul Joffe et Andrew Orkin, pour l'intervenant le Grand Conseil des Cris (Eeyou Estchee).

Peter W. Hutchins et Carol Hilling, pour l'intervenante la Corporation Makivik.

Michael Sherry, pour l'intervenant Chiefs of Ontario.

Raj Anand et M. Kate Stephenson, pour l'intervenant le Conseil des revendications et des droits des minorités.

Mary Eberts et Anne Bayefsky, pour l'intervenant *Ad Hoc* Committee of Canadian Women on the Constitution.

Guy Bertrand et Patrick Monahan, pour l'intervenant Guy Bertrand.

Stephen A. Scott, pour les intervenants Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell et Van Hoven Petteway.

Vincent Pouliot, en personne.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR —

I. Introduction

Nous sommes appelés, dans le présent renvoi, à examiner des questions d'extrême importance, qui touchent au cœur même de notre système de gouvernement constitutionnel. L'observation que nous avons faite, il y a plus de dix ans, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 728, s'applique tout autant au présent renvoi qui, lui aussi, «allie des questions juridiques et constitutionnelles des plus subtiles et

with political questions of great sensitivity”. In our view, it is not possible to answer the questions that have been put to us without a consideration of a number of underlying principles. An exploration of the meaning and nature of these underlying principles is not merely of academic interest. On the contrary, such an exploration is of immense practical utility. Only once those underlying principles have been examined and delineated may a considered response to the questions we are required to answer emerge.

complexes à des questions politiques très délicates». À notre avis, il n’est pas possible de répondre aux questions soumise sans d’abord examiner un certain nombre de principes sous-jacents. L’étude de la nature et du sens de ces principes ne revêt pas seulement un intérêt théorique, mais est, au contraire, d’une très grande utilité pratique. Ce n’est que lorsque ces principes sous-jacents auront été examinés et circonscrits que nous pourrions donner une réponse valable aux questions auxquelles nous devons répondre.

² The questions posed by the Governor in Council by way of Order in Council P.C. 1996-1497, dated September 30, 1996, read as follows:

1. Under the Constitution of Canada, can the National Assembly, legislature or government of Quebec effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?
2. Does international law give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?
3. In the event of a conflict between domestic and international law on the right of the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally, which would take precedence in Canada?

Les questions posées par le gouverneur en conseil dans le décret C.P. 1996-1497, daté du 30 septembre 1996, sont rédigées ainsi:

1. L’Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
2. L’Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l’autodétermination qui procurerait à l’Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
3. Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l’éventualité d’un conflit entre eux quant au droit de l’Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

³ Before turning to Question 1, as a preliminary matter, it is necessary to deal with the issues raised with regard to this Court’s reference jurisdiction.

Avant d’aborder la question 1, il faut examiner les points soulevés relativement à la compétence de notre Cour en matière de renvoi.

II. The Preliminary Objections to the Court’s Reference Jurisdiction

II. Objections préliminaires à la compétence de la Cour en matière de renvoi

⁴ The *amicus curiae* argued that s. 101 of the *Constitution Act, 1867* does not give Parliament the authority to grant this Court the jurisdiction provided for in s. 53 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. Alternatively, it is submitted that even if Parliament were entitled to enact s. 53 of the *Supreme Court Act*, the scope of that section

L’*amicus curiae* soutient que l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne donne pas au Parlement le pouvoir de conférer à notre Cour la compétence prévue à l’art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Subsidiairement, il affirme que, même si le Parlement était habilité à édicter l’art. 53 de la *Loi sur la Cour*

should be interpreted to exclude the kinds of questions the Governor in Council has submitted in this Reference. In particular, it is contended that this Court cannot answer Question 2, since it is a question of “pure” international law over which this Court has no jurisdiction. Finally, even if this Court’s reference jurisdiction is constitutionally valid, and even if the questions are within the purview of s. 53 of the *Supreme Court Act*, it is argued that the three questions referred to the Court are speculative, of a political nature, and, in any event, are not ripe for judicial decision, and therefore are not justiciable.

Notwithstanding certain formal objections by the Attorney General of Canada, it is our view that the *amicus curiae* was within his rights to make the preliminary objections, and that we should deal with them.

A. *The Constitutional Validity of Section 53 of the Supreme Court Act*

In *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 S.C.R. 536, affirmed on appeal to the Privy Council, [1912] A.C. 571 (*sub nom. Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*), the constitutionality of this Court’s special jurisdiction was twice upheld. The Court is asked to revisit these decisions. In light of the significant changes in the role of this Court since 1912, and the very important issues raised in this Reference, it is appropriate to reconsider briefly the constitutional validity of the Court’s reference jurisdiction.

Section 3 of the *Supreme Court Act* establishes this Court both as a “general court of appeal” for Canada and as an “additional court for the better administration of the laws of Canada”. These two roles reflect the two heads of power enumerated in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. However, the “laws of Canada” referred to in s. 101 consist only of federal law and statute: see *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2

suprême, le champ d’application de cet article devrait être interprété de manière à en exclure le genre de questions que le gouverneur en conseil a soumises dans le présent renvoi. De façon plus particulière, on prétend que notre Cour ne peut répondre à la question 2 puisqu’il s’agit d’une question de droit international «pur» sur laquelle la Cour n’a pas compétence. Enfin, même si la compétence de notre Cour en matière de renvoi est constitutionnellement valide et même si les questions soumises à la Cour relèvent du champ d’application de l’art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, on avance que ces questions sont conjecturales, qu’elles sont de nature politique et que, de toute façon, elles ne sont pas mûres pour décision judiciaire et ne sont donc pas justiciables.

Malgré quelques objections formelles soulevées par le procureur général du Canada, nous sommes d’avis que l’*amicus curiae* était en droit de présenter ces objections préliminaires et que nous devons y répondre.

A. *La validité constitutionnelle de l’art. 53 de la Loi sur la Cour suprême*

Dans l’arrêt *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 R.C.S. 536, confirmé en appel par le Conseil privé, [1912] A.C. 571 (*sub nom. Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*), la constitutionnalité de la juridiction spéciale de notre Cour a été confirmée à deux reprises. On nous demande de revoir ces décisions. Compte tenu des changements considérables apportés au rôle de la Cour depuis 1912 et des questions très importantes soulevées dans le présent renvoi, il convient de réexaminer brièvement la validité constitutionnelle de la compétence de la Cour en matière de renvoi.

L’article 3 de la *Loi sur la Cour suprême* établit notre Cour à la fois comme «cour générale d’appel pour l’ensemble du pays» et «tribunal additionnel propre à améliorer l’application du droit canadien». Ces deux rôles reflètent les deux pouvoirs énoncés à l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, l’expression «lois du Canada» à l’art. 101 ne vise que les lois et autres règles de droit fédérales: voir *Quebec North Shore Paper*

5

6

7

S.C.R. 1054, at pp. 1065-66. As a result, the phrase “additional courts” contained in s. 101 is an insufficient basis upon which to ground the special jurisdiction established in s. 53 of the *Supreme Court Act*, which clearly exceeds a consideration of federal law alone (see, e.g., s. 53(2)). Section 53 must therefore be taken as enacted pursuant to Parliament’s power to create a “general court of appeal” for Canada.

Co. c. Canadien Pacifique Ltée, [1977] 2 R.C.S. 1054, aux pp. 1065 et 1066. En conséquence, l’expression «tribunaux additionnels» figurant à l’art. 101 est une assise insuffisante pour fonder la juridiction spéciale établie à l’art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, qui déborde clairement l’examen du seul droit fédéral (voir, par exemple, le par. 53(2)). L’article 53 doit donc être considéré comme ayant été édicté en application du pouvoir du Parlement de créer une «cour générale d’appel» pour le Canada.

8 Section 53 of the *Supreme Court Act* is *intra vires* Parliament’s power under s. 101 if, in “pith and substance”, it is legislation in relation to the constitution or organization of a “general court of appeal”. Section 53 is defined by two leading characteristics — it establishes an original jurisdiction in this Court and imposes a duty on the Court to render advisory opinions. Section 53 is therefore constitutionally valid only if (1) a “general court of appeal” may properly exercise an original jurisdiction; and (2) a “general court of appeal” may properly undertake other legal functions, such as the rendering of advisory opinions.

L’article 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est *intra vires* des pouvoirs dont dispose le Parlement en vertu de l’art. 101 si, de par son «caractère véritable», cette disposition législative concerne la création ou l’organisation d’une «cour générale d’appel». L’article 53 comporte deux volets principaux — il investit notre Cour d’une compétence de première instance et lui impose l’obligation de donner des avis consultatifs. L’article 53 ne peut donc être constitutionnellement valide que si (1) une «cour générale d’appel» peut à bon droit exercer une compétence de première instance, et si (2) une «cour générale d’appel» peut à bon droit exercer d’autres fonctions juridiques, comme donner des avis consultatifs.

(1) May a Court of Appeal Exercise an Original Jurisdiction?

(1) Une cour d’appel peut-elle exercer une compétence de première instance?

9 The words “general court of appeal” in s. 101 denote the status of the Court within the national court structure and should not be taken as a restrictive definition of the Court’s functions. In most instances, this Court acts as the exclusive ultimate appellate court in the country, and, as such, is properly constituted as the “general court of appeal” for Canada. Moreover, it is clear that an appellate court can receive, on an exceptional basis, original jurisdiction not incompatible with its appellate jurisdiction.

Les mots «cour générale d’appel» à l’art. 101 indiquent le rang de la Cour au sein de l’organisation judiciaire nationale et ne doivent pas être considérés comme une définition restrictive de ses fonctions. Dans la plupart des cas, notre Cour exerce le rôle de juridiction d’appel suprême et exclusive au pays et, en tant que telle, elle est à bon droit constituée «cour générale d’appel» pour le Canada. Par ailleurs, il est clair qu’une cour d’appel peut, à titre exceptionnel, se voir attribuer une compétence de première instance qui n’est pas incompatible avec sa compétence en appel.

10 The English Court of Appeal, the U.S. Supreme Court and certain courts of appeal in Canada exercise an original jurisdiction in addition to their appellate functions. See *De Demko v. Home Secretary*, [1959] A.C. 654 (H.L.), at p. 660; *Re Forest*

La Cour d’appel d’Angleterre, la Cour suprême des États-Unis et certaines cours d’appel canadiennes exercent une compétence de première instance en plus de leurs fonctions en matière d’appel. Voir *De Demko c. Home Secretary*, [1959] A.C.

and Registrar of Court of Appeal of Manitoba (1977), 77 D.L.R. (3d) 445 (Man. C.A.), at p. 453; United States Constitution, art. III, § 2. Although these courts are not constituted under a head of power similar to s. 101, they certainly provide examples which suggest that there is nothing inherently self-contradictory about an appellate court exercising original jurisdiction on an exceptional basis.

It is also argued that this Court's original jurisdiction is unconstitutional because it conflicts with the original jurisdiction of the provincial superior courts and usurps the normal appellate process. However, Parliament's power to establish a general court of appeal pursuant to s. 101 is plenary, and takes priority over the province's power to control the administration of justice in s. 92(14). See *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127 (P.C.). Thus, even if it could be said that there is any conflict between this Court's reference jurisdiction and the original jurisdiction of the provincial superior courts, any such conflict must be resolved in favour of Parliament's exercise of its plenary power to establish a "general court of appeal" provided, as discussed below, advisory functions are not to be considered inconsistent with the functions of a general court of appeal.

(2) May a Court of Appeal Undertake Advisory Functions?

The *amicus curiae* submits that

[TRANSLATION] [e]ither this constitutional power [to give the highest court in the federation jurisdiction to give advisory opinions] is expressly provided for by the Constitution, as is the case in India (*Constitution of India*, art. 143), or it is not provided for therein and so it simply does not exist. This is what the Supreme Court of the United States has held. [Emphasis added.]

654 (H.L.), à la p. 660; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445 (C.A. Man.), à la p. 453; Constitution des États-Unis, art. III, § 2. Même si ces tribunaux ne sont pas constitués en vertu d'une disposition habilitante analogue à l'art. 101, ces exemples indiquent certainement qu'il n'y a rien d'intrinsèquement contradictoire au fait qu'une cour d'appel exerce, à titre exceptionnel, une compétence de première instance.

On plaide également que la compétence de première instance de notre Cour est inconstitutionnelle parce qu'elle entre en conflit avec la compétence correspondante des cours supérieures provinciales, et qu'elle court-circuite le processus d'appel normal. Toutefois, le Parlement a pleine compétence pour créer une cour générale d'appel en application de l'art. 101 et cette compétence a préséance sur le pouvoir conféré aux provinces en matière d'administration de la justice par le par. 92(14). Voir *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127 (C.P.). Par conséquent, même s'il était possible d'affirmer que la compétence de notre Cour en matière de renvoi entre en conflit avec la compétence des cours supérieures provinciales en première instance, un tel conflit doit être résolu en faveur de l'exercice par le Parlement de son pouvoir plein et entier de créer une «cour générale d'appel», pourvu, comme nous l'examinerons ci-après, que des fonctions consultatives ne soient pas considérées incompatibles avec les fonctions d'une cour générale d'appel.

(2) Une cour d'appel peut-elle exercer des fonctions consultatives?

L'*amicus curiae* soutient

[o]u bien ce pouvoir constitutionnel [de doter le plus haut tribunal de la fédération de la compétence d'émettre des avis consultatifs] est expressément prévu par la Constitution, comme c'est le cas en Inde, (*Constitution de l'Inde*, art. 143), ou bien il n'y est pas prévu et alors il n'existe tout simplement pas. C'est ce qu'a reconnu pour elle la Cour suprême des États-Unis. [Nous soulignons.]

11

1998 CanLII 793 (SCC)

12

13 However, the U.S. Supreme Court did not conclude that it was unable to render advisory opinions because no such express power was included in the United States Constitution. Quite the contrary, it based this conclusion on the express limitation in art. III, § 2 restricting federal court jurisdiction to actual “cases” or “controversies”. See, e.g., *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911), at p. 362. This section reflects the strict separation of powers in the American federal constitutional arrangement. Where the “case or controversy” limitation is missing from their respective state constitutions, some American state courts do undertake advisory functions (e.g., in at least two states — Alabama and Delaware — advisory opinions are authorized, in certain circumstances, by statute: see Ala. Code 1975 § 12-2-10; Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.)).

14 In addition, the judicial systems in several European countries (such as Germany, France, Italy, Spain, Portugal and Belgium) include courts dedicated to the review of constitutional claims; these tribunals do not require a concrete dispute involving individual rights to examine the constitutionality of a new law — an “abstract or objective question” is sufficient. See L. Favoreu, “American and European Models of Constitutional Justice”, in D. S. Clark, ed., *Comparative and Private International Law* (1990), 105, at p. 113. The European Court of Justice, the European Court of Human Rights, and the Inter-American Court of Human Rights also all enjoy explicit grants of jurisdiction to render advisory opinions. See *Treaty establishing the European Community*, Art. 228(6); Protocol No. 2 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Europ. T.S. No. 5, p. 36; *Statute of the Inter-American Court of Human Rights*, Art. 2. There is no plausible basis on which to conclude that a court is, by its nature, inherently precluded from undertaking

Cependant, la Cour suprême des États-Unis n’a pas conclu qu’elle n’était pas habilitée à donner des avis consultatifs pour le motif qu’aucun pouvoir exprès à cet effet n’était inscrit dans la Constitution américaine. Bien au contraire, elle a fondé cette conclusion sur la limite expresse prévue à l’art. III, § 2 de la Constitution américaine qui restreint la compétence des tribunaux fédéraux aux «causes» («cases») ou «différends» («controversies») concrets. Voir, par exemple, *Muskrat c. United States*, 219 U.S. 346 (1911), à la p. 362. Cette section témoigne de la stricte séparation des pouvoirs dans le dispositif constitutionnel fédéral aux États-Unis. Dans les cas où la limite fondée sur les «causes ou différends» n’est pas présente dans la Constitution de leur État, certains tribunaux des États américains exercent effectivement des fonctions consultatives (par exemple, dans deux États au moins — l’Alabama et le Delaware — la loi autorise les tribunaux à donner, dans certaines circonstances, des avis consultatifs: voir Ala. Code 1975 § 12-2-10; Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.)).

En outre, le système judiciaire de plusieurs pays européens (tels l’Allemagne, la France, l’Italie, l’Espagne, le Portugal et la Belgique) compte des tribunaux chargés de l’examen des affaires constitutionnelles. L’existence d’un différend concret mettant en jeu des droits individuels n’est pas nécessaire pour que ces tribunaux examinent la constitutionnalité d’une nouvelle règle de droit, une [TRADUCTION] «question abstraite ou objective» suffit. Voir L. Favoreu, «American and European Models of Constitutional Justice», dans D. S. Clark, éd., *Comparative and Private International Law* (1990), 105, à la p. 113. La Cour européenne de justice, la Cour européenne des droits de l’homme et la Cour interaméricaine des droits de l’homme ont toutes une compétence qui leur est expressément conférée pour donner des avis consultatifs. Voir *Traité instituant la Communauté européenne*, art. 228(6); Protocole n° 2 de la *Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales*, S.T. Europ. n° 5, p. 37; *Statut de la Cour interaméricaine des droits de l’Homme*, art. 2. Il n’existe aucun fondement plausible qui permette de conclure qu’une cour de

another legal function in tandem with its judicial duties.

Moreover, the Canadian Constitution does not insist on a strict separation of powers. Parliament and the provincial legislatures may properly confer other legal functions on the courts, and may confer certain judicial functions on bodies that are not courts. The exception to this rule relates only to s. 96 courts. Thus, even though the rendering of advisory opinions is quite clearly done outside the framework of adversarial litigation, and such opinions are traditionally obtained by the executive from the law officers of the Crown, there is no constitutional bar to this Court's receipt of jurisdiction to undertake such an advisory role. The legislative grant of reference jurisdiction found in s. 53 of the *Supreme Court Act* is therefore constitutionally valid.

B. *The Court's Jurisdiction Under Section 53*

Section 53 provides in its relevant parts as follows:

53. (1) The Governor in Council may refer to the Court for hearing and consideration important questions of law or fact concerning

(a) the interpretation of the *Constitution Acts*;

. . .

(d) the powers of the Parliament of Canada, or of the legislatures of the provinces, or of the respective governments thereof, whether or not the particular power in question has been or is proposed to be exercised.

(2) The Governor in Council may refer to the Court for hearing and consideration important questions of law or fact concerning any matter, whether or not in the opinion of the Court *ejusdem generis* with the enumerations contained in subsection (1), with reference to which the Governor in Council sees fit to submit any such question.

(3) Any question concerning any of the matters mentioned in subsections (1) and (2), and referred to the

justice est, de par sa nature, intrinsèquement empêchée d'exercer une fonction juridique autre, en plus de ses fonctions judiciaires.

Qui plus est, la Constitution canadienne n'impose pas une séparation stricte des pouvoirs. Le Parlement et les législatures provinciales peuvent à bon droit confier aux tribunaux d'autres fonctions juridiques, et conférer certaines fonctions judiciaires à des organismes qui ne sont pas des tribunaux. L'exception à cette règle touche uniquement les cours visées à l'art. 96. Par conséquent, même si le fait de donner des avis consultatifs est très clairement une fonction accomplie en dehors du cadre des procédures contentieuses, et que l'exécutif obtient habituellement de tels avis des juristes de l'État, rien dans la Constitution n'empêche notre Cour de se voir attribuer le pouvoir d'exercer un tel rôle consultatif. L'attribution législative de compétence en matière de renvoi prévue à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est donc constitutionnellement valide.

B. *La compétence de la Cour aux termes de l'art. 53*

Les passages pertinents de l'art. 53 disposent:

53. (1) Le gouverneur en conseil peut soumettre au jugement de la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant:

a) l'interprétation des *Lois constitutionnelles*;

. . .

d) les pouvoirs du Parlement canadien ou des législatures des provinces, ou de leurs gouvernements respectifs, indépendamment de leur exercice passé, présent ou futur.

(2) Le gouverneur en conseil peut en outre, s'il l'estime indiqué, déférer à la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière, que celle-ci soit ou non, selon la Cour, du même ordre que les matières énumérées au paragraphe (1).

(3) Les questions touchant les matières visées aux paragraphes (1) et (2) sont d'office réputées être impor-

15

16

Court by the Governor in Council, shall be conclusively deemed to be an important question.

tantes quand elles sont ainsi déferées à la Cour par le gouverneur en conseil.

17 It is argued that even if Parliament were entitled to enact s. 53 of the *Supreme Court Act*, the questions submitted by the Governor in Council fall outside the scope of that section.

On plaide que même si le Parlement était habilité à édicter l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, les questions soumises par le gouverneur en conseil n'entrent pas dans le champ d'application de cet article.

18 This submission cannot be accepted. Question 1 is directed, at least in part, to the interpretation of the *Constitution Acts*, which are referred to in s. 53(1)(a). Both Question 1 and Question 2 fall within s. 53(1)(d), since they relate to the powers of the legislature or government of a Canadian province. Finally, all three questions are clearly "important questions of law or fact concerning any matter" so that they must come within s. 53(2).

Cet argument ne peut être retenu. La question 1 touche, du moins en partie, l'interprétation des *Lois constitutionnelles*, dont il est fait mention à l'al. 53(1)a). La question 1 et la question 2 relèvent l'une et l'autre de l'al. 53(1)d), puisqu'elles se rapportent aux pouvoirs de la législature ou du gouvernement d'une province canadienne. Enfin, chacune des trois questions est clairement une «question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière» et est, de ce fait, visée au par. 53(2).

19 However, the *amicus curiae* has also raised some specific concerns regarding this Court's jurisdiction to answer Question 2. The question, on its face, falls within the scope of s. 53, but the concern is a more general one with respect to the jurisdiction of this Court, as a domestic tribunal, to answer what is described as a question of "pure" international law.

Toutefois, l'*amicus curiae* a exprimé aussi certaines réserves spécifiques à l'égard du pouvoir de la Cour de répondre à la question 2. À première vue, la question 2 relève du champ d'application de l'art. 53, mais ses réserves sont plus générales et concernent le pouvoir de la Cour, en tant que tribunal interne, de répondre à ce qu'il décrit comme étant une question de droit international «pur».

20 The first contention is that in answering Question 2, the Court would be exceeding its jurisdiction by purporting to act as an international tribunal. The simple answer to this submission is that this Court would not, in providing an advisory opinion in the context of a reference, be purporting to "act as" or substitute itself for an international tribunal. In accordance with well accepted principles of international law, this Court's answer to Question 2 would not purport to bind any other state or international tribunal that might subsequently consider a similar question. The Court nevertheless has jurisdiction to provide an advisory opinion to the Governor in Council in its capacity as a national court on legal questions touching and concerning the future of the Canadian federation.

Le premier argument est que, en répondant à la question 2, la Cour outrepasserait sa compétence en prétendant agir en tant que tribunal international. La réponse évidente à cet argument est que, en donnant un avis consultatif dans un renvoi, la Cour ne prétend pas «agir en tant que» tribunal international ni se substituer à un tel tribunal. Conformément aux principes bien établis du droit international, la réponse de la Cour à la question 2 n'est pas censée lier un autre État ou un tribunal international susceptible d'examiner ultérieurement une question analogue. La Cour a néanmoins compétence pour donner au gouverneur en conseil, en sa qualité de tribunal national, des avis consultatifs sur des questions juridiques qui touchent ou concernent l'avenir de la fédération canadienne.

Second, there is a concern that Question 2 is beyond the competence of this Court, as a domestic court, because it requires the Court to look at international law rather than domestic law.

This concern is groundless. In a number of previous cases, it has been necessary for this Court to look to international law to determine the rights or obligations of some actor within the Canadian legal system. For example, in *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208, the Court was required to determine whether, taking into account the principles of international law with respect to diplomatic immunity, a municipal council had the power to levy rates on certain properties owned by foreign governments. In two subsequent references, this Court used international law to determine whether the federal government or a province possessed proprietary rights in certain portions of the territorial sea and continental shelf (*Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86).

More importantly, Question 2 of this Reference does not ask an abstract question of “pure” international law but seeks to determine the legal rights and obligations of the National Assembly, legislature or government of Quebec, institutions that clearly exist as part of the Canadian legal order. As will be seen, the *amicus curiae* himself submitted that the success of any initiative on the part of Quebec to secede from the Canadian federation would be governed by international law. In these circumstances, a consideration of international law in the context of this Reference about the legal aspects of the unilateral secession of Quebec is not only permissible but unavoidable.

C. *Justiciability*

It is submitted that even if the Court has jurisdiction over the questions referred, the questions

Deuxièmement, on se demande si la question 2 échappe à la compétence de la Cour, en tant que tribunal interne, parce qu'elle l'oblige à examiner le droit international plutôt que le droit interne.

Ce doute est sans fondement. Dans le passé, la Cour a dû faire appel plusieurs fois au droit international pour déterminer les droits et les obligations d'un acteur donné au sein du système juridique canadien. Par exemple, dans *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208, la Cour devait décider si, compte tenu des principes du droit international en matière d'immunité diplomatique, un conseil municipal avait le pouvoir de percevoir des taxes sur certaines propriétés appartenant à des gouvernements étrangers. Dans deux renvois ultérieurs, la Cour a encore fait appel au droit international pour déterminer si le gouvernement fédéral ou une province possédait des droits de propriété à l'égard de certaines parties de la mer territoriale et du plateau continental (*Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86).

En outre, ce qui est plus important, la question 2 du renvoi n'est pas une question abstraite de droit international «pur». Elle vise à faire déterminer les droits et obligations juridiques de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec, institutions qui font clairement partie de l'ordre juridique canadien. Comme nous le verrons, l'*amicus curiae* a lui-même plaidé que le succès de toute démarche du Québec en vue de faire sécession de la fédération canadienne serait déterminé par le droit international. Dans ces circonstances, la prise en considération du droit international dans le contexte du présent renvoi concernant les aspects juridiques de la sécession unilatérale du Québec est non seulement permise mais inévitable.

C. *La justiciabilité*

On fait valoir que, même si la Cour a compétence sur les questions soumises, les questions

21

22

23

24

themselves are not justiciable. Three main arguments are raised in this regard:

- (1) the questions are not justiciable because they are too “theoretical” or speculative;
- (2) the questions are not justiciable because they are political in nature;
- (3) the questions are not yet ripe for judicial consideration.

25 In the context of a reference, the Court, rather than acting in its traditional adjudicative function, is acting in an advisory capacity. The very fact that the Court may be asked hypothetical questions in a reference, such as the constitutionality of proposed legislation, engages the Court in an exercise it would never entertain in the context of litigation. No matter how closely the procedure on a reference may mirror the litigation process, a reference does not engage the Court in a disposition of rights. For the same reason, the Court may deal on a reference with issues that might otherwise be considered not yet “ripe” for decision.

26 Though a reference differs from the Court’s usual adjudicative function, the Court should not, even in the context of a reference, entertain questions that would be inappropriate to answer. However, given the very different nature of a reference, the question of the appropriateness of answering a question should not focus on whether the dispute is formally adversarial or whether it disposes of cognizable rights. Rather, it should consider whether the dispute is appropriately addressed by a court of law. As we stated in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 545:

While there may be many reasons why a question is non-justiciable, in this appeal the Attorney General of Canada submitted that to answer the questions would draw the Court into a political controversy and involve it in the legislative process. In exercising its discretion whether to determine a matter that is alleged to be non-justiciable, the Court’s primary concern is to retain its proper role within the constitutional framework of our democratic form of government. . . . In considering its

elles-mêmes ne sont pas justiciables. Trois arguments principaux sont avancés à cet égard:

- (1) les questions ne sont pas justiciables parce que trop «théoriques» ou conjecturales;
- (2) les questions ne sont pas justiciables parce qu’elles sont de nature politique;
- (3) les questions ne sont pas encore mûres pour faire l’objet d’un recours judiciaire.

Dans le contexte d’un renvoi, la Cour n’exerce pas sa fonction judiciaire traditionnelle, mais joue un rôle consultatif. Le fait même d’être consultée sur des questions hypothétiques dans un renvoi, par exemple la constitutionnalité d’un projet de texte législatif, entraîne la Cour dans un exercice auquel elle ne se livrerait jamais dans le contexte d’un litige. Peu importe que la procédure suivie dans un renvoi ressemble à la procédure en matières contentieuses, la Cour ne statue pas sur des droits. Pour la même raison, la Cour peut, dans un renvoi, examiner des questions qui pourraient autrement ne pas être considérées comme assez «mûres» pour faire l’objet d’un recours judiciaire.

Même si un renvoi diffère de sa fonction juridictionnelle habituelle, la Cour ne doit pas, même dans le contexte d’un renvoi, examiner des questions auxquelles il serait inapproprié de répondre. Cependant, vu la nature très différente d’un renvoi, pour décider de l’opportunité de répondre à une question, il ne faut pas s’attacher à la question de savoir si le différend a un caractère formellement contradictoire ou s’il vise à trancher des droits pouvant faire l’objet d’un recours judiciaire. Il faut plutôt se demander s’il s’agit d’un différend dont on peut à bon droit saisir une cour de justice. Comme nous l’avons affirmé dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la p. 545:

Quoiqu’une question puisse ne pas relever de la compétence des tribunaux pour bien des raisons, le procureur général du Canada a fait valoir, dans le présent pourvoi qu’en répondant aux questions, la Cour se laisserait entraîner dans une controverse politique et deviendrait engagée dans le processus législatif. Dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider s’il convient de répondre à une question qui, allègue-t-on, ne relève pas de la compétence des tribunaux, la Cour

appropriate role the Court must determine whether the question is purely political in nature and should, therefore, be determined in another forum or whether it has a sufficient legal component to warrant the intervention of the judicial branch. [Emphasis added.]

Thus the circumstances in which the Court may decline to answer a reference question on the basis of “non-justiciability” include:

- (i) if to do so would take the Court beyond its own assessment of its proper role in the constitutional framework of our democratic form of government or
- (ii) if the Court could not give an answer that lies within its area of expertise: the interpretation of law.

As to the “proper role” of the Court, it is important to underline, contrary to the submission of the *amicus curiae*, that the questions posed in this Reference do not ask the Court to usurp any democratic decision that the people of Quebec may be called upon to make. The questions posed by the Governor in Council, as we interpret them, are strictly limited to aspects of the legal framework in which that democratic decision is to be taken. The attempted analogy to the U.S. “political questions” doctrine therefore has no application. The legal framework having been clarified, it will be for the population of Quebec, acting through the political process, to decide whether or not to pursue secession. As will be seen, the legal framework involves the rights and obligations of Canadians who live outside the province of Quebec, as well as those who live within Quebec.

As to the “legal” nature of the questions posed, if the Court is of the opinion that it is being asked a question with a significant extralegal component, it may interpret the question so as to answer only its legal aspects; if this is not possible, the Court may decline to answer the question. In the present

doit veiller surtout à conserver le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement. [...] En s’enquérant du rôle qu’elle doit jouer, la Cour doit décider si la question qu’on lui a soumise revêt un caractère purement politique et devrait, en conséquence, être tranchée dans une autre tribune ou si elle présente un aspect suffisamment juridique pour justifier l’intervention du pouvoir judiciaire. [Nous soulignons.]

Ainsi, la Cour peut refuser, pour cause de «non-justiciabilité», de répondre à une question soumise par renvoi dans les circonstances suivantes:

- (i) en répondant à la question, la Cour outrepasserait ce qu’elle estime être le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement, ou
- (ii) la Cour ne pourrait pas donner une réponse relevant de son champ d’expertise: l’interprétation du droit.

Pour ce qui est du «rôle légitime» de la Cour, il est important de souligner que, contrairement à la prétention de l’*amicus curiae*, les questions posées dans le renvoi ne demandent pas à la Cour d’usurper un pouvoir de décision démocratique que la population du Québec peut être appelée à exercer. Suivant notre interprétation des questions posées par le gouverneur en conseil, celles-ci se limitent strictement à certains aspects du cadre juridique dans lequel cette décision démocratique doit être prise. L’analogie qu’on a tenté de faire avec la doctrine américaine des «questions politiques» ne s’applique donc pas. Le cadre juridique ayant été clarifié, il appartiendra à la population du Québec de décider, par le processus politique, de chercher ou non à réaliser la sécession. Comme nous le verrons, le cadre juridique concerne les droits et obligations tant des Canadiens qui vivent à l’extérieur de la province de Québec que de ceux qui vivent au Québec.

Pour ce qui est de la nature «juridique» des questions posées, si la Cour est d’avis qu’une question comporte un élément important à caractère non juridique, elle peut interpréter cette question de manière à ne répondre qu’à ses aspects juridiques. Si cela n’est pas possible, la Cour peut

Reference the questions may clearly be interpreted as directed to legal issues, and, so interpreted, the Court is in a position to answer them.

29 Finally, we turn to the proposition that even though the questions referred to us are justiciable in the “reference” sense, the Court must still determine whether it should exercise its discretion to refuse to answer the questions on a pragmatic basis.

30 Generally, the instances in which the Court has exercised its discretion to refuse to answer a reference question that is otherwise justiciable can be broadly divided into two categories. First, where the question is too imprecise or ambiguous to permit a complete or accurate answer: see, e.g., *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (*Provincial Judges Reference*), at para. 256. Second, where the parties have not provided sufficient information to allow the Court to provide a complete or accurate answer: see, e.g., *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] S.C.R. 246; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54 (*Senate Reference*); *Provincial Judges Reference*, at para. 257.

31 There is no doubt that the questions posed in this Reference raise difficult issues and are susceptible to varying interpretations. However, rather than refusing to answer at all, the Court is guided by the approach advocated by the majority on the “conventions” issue in *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753 (*Patriation Reference*), at pp. 875-76:

If the questions are thought to be ambiguous, this Court should not, in a constitutional reference, be in a

refuser de répondre à la question. Dans le présent renvoi, les questions peuvent clairement être considérées comme visant des questions juridiques et, de ce fait, la Cour est en mesure d’y répondre.

Enfin, il reste l’argument suivant lequel, même si les questions soumises sont justiciables en ce sens qu’elles peuvent faire l’objet d’un «renvoi», la Cour doit encore se demander si elle devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d’y répondre pour des raisons d’ordre pragmatique.

De façon générale, on peut diviser en deux grandes catégories les cas où la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire et refusé de répondre à une question soumise par renvoi qui était par ailleurs justiciable. Premièrement, lorsque la question est trop imprécise ou ambiguë pour qu’il soit possible d’y apporter une réponse complète ou exacte: voir, par exemple, *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*), au par. 256. Deuxièmement, lorsque les parties n’ont pas fourni suffisamment d’information pour permettre à la Cour de donner des réponses complètes ou exactes: voir, par exemple, *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] R.C.S. 246; *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54 (*Renvoi relatif au Sénat*); *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 257.

Il ne fait aucun doute que les questions du renvoi soulèvent des points difficiles et sont susceptibles d’interprétations diverses. Toutefois, plutôt que de refuser complètement d’y répondre, la Cour est guidée par l’approche préconisée par la majorité à l’égard de la question touchant les «conventions» dans le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 (*Renvoi relatif au rapatriement*), aux pp. 875 et 876:

Si les questions paraissent ambiguës, la Cour ne devrait pas, dans un renvoi constitutionnel, être dans une

worse position than that of a witness in a trial and feel compelled simply to answer yes or no. Should it find that a question might be misleading, or should it simply avoid the risk of misunderstanding, the Court is free either to interpret the question . . . or it may qualify both the question and the answer. . . .

The Reference questions raise issues of fundamental public importance. It cannot be said that the questions are too imprecise or ambiguous to permit a proper legal answer. Nor can it be said that the Court has been provided with insufficient information regarding the present context in which the questions arise. Thus, the Court is duty bound in the circumstances to provide its answers.

III. Reference Questions

A. *Question 1*

Under the Constitution of Canada, can the National Assembly, legislature or government of Quebec effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?

(1) Introduction

As we confirmed in *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, at p. 806, “The *Constitution Act, 1982* is now in force. Its legality is neither challenged nor assailable.” The “Constitution of Canada” certainly includes the constitutional texts enumerated in s. 52(2) of the *Constitution Act, 1982*. Although these texts have a primary place in determining constitutional rules, they are not exhaustive. The Constitution also “embraces unwritten, as well as written rules”, as we recently observed in the *Provincial Judges Reference*, *supra*, at para. 92. Finally, as was said in the *Patriation Reference*, *supra*, at p. 874, the Constitution of Canada includes

the global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority in the whole and in every part of the Canadian state.

situation pire que celle d’un témoin à un procès, et se sentir obligée de répondre par oui ou par non. Si elle estime qu’une question peut être trompeuse ou si elle veut seulement éviter de risquer un malentendu, il lui est loisible d’interpréter la question [. . .] ou de nuancer à la fois la question et la réponse . . .

Les questions du renvoi revêtent une importance fondamentale pour le public. On ne peut affirmer que les questions sont trop imprécises ou ambiguës pour qu’il soit possible d’y répondre correctement en droit. On ne peut pas dire non plus que la Cour n’a pas reçu suffisamment d’information sur le contexte actuel dans lequel les questions sont soulevées. Dans les circonstances, la Cour est donc tenue d’y répondre.

III. Les questions du renvoi

A. *Question 1*

L’Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

(1) Introduction

Comme nous l’avons confirmé dans le *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, à la p. 806: «La *Loi constitutionnelle de 1982* est maintenant en vigueur. Sa légalité n’est ni contestée ni contestable.» La «Constitution du Canada» comprend certainement les textes énumérés au par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Même si ces textes jouent un rôle de premier ordre dans la détermination des règles constitutionnelles, ils ne sont pas exhaustifs. La Constitution «comprend des règles non écrites — et écrites —», comme nous l’avons souligné récemment dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 92. Enfin, selon le *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 874, la Constitution du Canada comprend

le système global des règles et principes qui régissent la répartition ou l’exercice des pouvoirs constitutionnels dans l’ensemble et dans chaque partie de l’État canadien.

These supporting principles and rules, which include constitutional conventions and the workings of Parliament, are a necessary part of our Constitution because problems or situations may arise which are not expressly dealt with by the text of the Constitution. In order to endure over time, a constitution must contain a comprehensive set of rules and principles which are capable of providing an exhaustive legal framework for our system of government. Such principles and rules emerge from an understanding of the constitutional text itself, the historical context, and previous judicial interpretations of constitutional meaning. In our view, there are four fundamental and organizing principles of the Constitution which are relevant to addressing the question before us (although this enumeration is by no means exhaustive): federalism; democracy; constitutionalism and the rule of law; and respect for minorities. The foundation and substance of these principles are addressed in the following paragraphs. We will then turn to their specific application to the first reference question before us.

(2) Historical Context: The Significance of Confederation

33 In our constitutional tradition, legality and legitimacy are linked. The precise nature of this link will be discussed below. However, at this stage, we wish to emphasize only that our constitutional history demonstrates that our governing institutions have adapted and changed to reflect changing social and political values. This has generally been accomplished by methods that have ensured continuity, stability and legal order.

34 Because this Reference deals with questions fundamental to the nature of Canada, it should not be surprising that it is necessary to review the context in which the Canadian union has evolved. To this end, we will briefly describe the legal evolution of the Constitution and the foundational principles governing constitutional amendments. Our purpose is not to be exhaustive, but to highlight the features most relevant in the context of this Reference.

Ces règles et principes de base, qui comprennent les conventions constitutionnelles et les rouages du Parlement, font nécessairement partie de notre Constitution, parce qu'il peut survenir des problèmes ou des situations qui ne sont pas expressément prévus dans le texte de la Constitution. Pour résister au passage du temps, une constitution doit comporter un ensemble complet de règles et de principes offrant un cadre juridique exhaustif pour notre système de gouvernement. Ces règles et principes ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle. À notre avis, quatre principes constitutionnels directeurs fondamentaux sont pertinents pour répondre à la question posée (cette énumération n'étant pas exhaustive): le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités. Nous traitons du fondement et de la substance de ces principes dans les prochains paragraphes. Nous examinons ensuite leur application particulière à la première question du renvoi.

(2) Le contexte historique: l'importance de la Confédération

Dans notre tradition constitutionnelle, légalité et légitimité sont liées. La nature précise de ce lien sera examinée plus loin. Toutefois, à ce stade-ci, nous tenons simplement à souligner que notre histoire constitutionnelle démontre que nos institutions gouvernementales ont su changer et s'adapter à l'évolution des valeurs sociales et politiques. Ces changements ont généralement été apportés par des moyens qui ont permis d'assurer la continuité, la stabilité et l'ordre juridique.

Puisque le renvoi porte sur des questions fondamentales pour la nature du Canada, il n'est pas étonnant qu'il faille s'arrêter au contexte dans lequel l'union canadienne a évolué. À cette fin, nous décrirons brièvement l'évolution juridique de la Constitution et les principes fondamentaux qui régissent les modifications constitutionnelles. Notre but n'est pas d'en faire un examen exhaustif, mais simplement de souligner les caractéristiques les plus pertinentes dans le contexte du présent renvoi.

Confederation was an initiative of elected representatives of the people then living in the colonies scattered across part of what is now Canada. It was not initiated by Imperial *fiat*. In March 1864, a select committee of the Legislative Assembly of the Province of Canada, chaired by George Brown, began to explore prospects for constitutional reform. The committee's report, released in June 1864, recommended that a federal union encompassing Canada East and Canada West, and perhaps the other British North American colonies, be pursued. A group of Reformers from Canada West, led by Brown, joined with Étienne P. Taché and John A. Macdonald in a coalition government for the purpose of engaging in constitutional reform along the lines of the federal model proposed by the committee's report.

An opening to pursue federal union soon arose. The leaders of the maritime colonies had planned to meet at Charlottetown in the fall to discuss the perennial topic of maritime union. The Province of Canada secured invitations to send a Canadian delegation. On September 1, 1864, 23 delegates (five from New Brunswick, five from Nova Scotia, five from Prince Edward Island, and eight from the Province of Canada) met in Charlottetown. After five days of discussion, the delegates reached agreement on a plan for federal union.

The salient aspects of the agreement may be briefly outlined. There was to be a federal union featuring a bicameral central legislature. Representation in the Lower House was to be based on population, whereas in the Upper House it was to be based on regional equality, the regions comprising Canada East, Canada West and the Maritimes. The significance of the adoption of a federal form of government cannot be exaggerated. Without it, neither the agreement of the delegates from Canada East nor that of the delegates from the maritime colonies could have been obtained.

Several matters remained to be resolved, and so the Charlottetown delegates agreed to meet again at Quebec in October, and to invite Newfoundland

La Confédération résulte d'une initiative de représentants élus des habitants des diverses colonies établies sur une partie du territoire du Canada actuel. Elle ne résulte pas d'un *fiat* impérial. En mars 1864, un comité spécial de l'Assemblée législative de la province du Canada, présidé par George Brown, commence à examiner les possibilités de réforme constitutionnelle. Dans son rapport, déposé en juin 1864, le comité recommande l'établissement d'une union fédérale formée du Canada-Est, du Canada-Ouest et peut-être d'autres colonies britanniques en Amérique du Nord. Un groupe de réformistes du Canada-Ouest, dirigés par Brown, se joint à Étienne P. Taché et John A. Macdonald dans un gouvernement de coalition afin d'entreprendre une réforme constitutionnelle selon le modèle fédéral proposé dans le rapport du comité.

Une occasion se présente rapidement de donner suite au projet d'union fédérale. Les leaders des colonies des Maritimes projettent en effet de se rencontrer à Charlottetown à l'automne pour discuter à nouveau de l'union des Maritimes. La province du Canada obtient l'invitation d'une délégation canadienne. Le 1^{er} septembre 1864, 23 délégués (cinq du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse, cinq de l'Île-du-Prince-Édouard et huit de la province du Canada) se réunissent à Charlottetown. Après cinq jours de discussion, les délégués s'entendent sur un projet d'union fédérale.

Les principaux aspects de l'accord comportent une union fédérale, dotée d'une législature centrale bicamérale; une représentation fondée, à la Chambre Basse, sur la population et, à la Chambre Haute, sur le principe de l'égalité des régions, soit le Canada-Est, le Canada-Ouest et les Maritimes. On ne saurait trop insister sur l'importance de l'adoption d'une forme fédérale de gouvernement. Sans elle, ni l'accord des délégués du Canada-Est ni celui des colonies maritimes n'auraient pu être obtenus.

Comme il reste plusieurs questions à régler, les délégués de Charlottetown conviennent de se réunir de nouveau à Québec en octobre et d'inviter

35

36

37

38

to send a delegation to join them. The Quebec Conference began on October 10, 1864. Thirty-three delegates (two from Newfoundland, seven from New Brunswick, five from Nova Scotia, seven from Prince Edward Island, and twelve from the Province of Canada) met over a two and a half week period. Precise consideration of each aspect of the federal structure preoccupied the political agenda. The delegates approved 72 resolutions, addressing almost all of what subsequently made its way into the final text of the *Constitution Act, 1867*. These included guarantees to protect French language and culture, both directly (by making French an official language in Quebec and Canada as a whole) and indirectly (by allocating jurisdiction over education and “Property and Civil Rights in the Province” to the provinces). The protection of minorities was thus reaffirmed.

Terre-Neuve à y envoyer une délégation. La conférence de Québec commence le 10 octobre 1864. Trente-trois délégués (deux de Terre-Neuve, sept du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse, sept de l’Île-du-Prince-Édouard et douze de la province du Canada) se réunissent pendant deux semaines et demie. L’examen minutieux de chaque aspect de la structure fédérale domine l’ordre du jour politique. Les délégués approuvent 72 résolutions, touchant presque tout ce qui formera plus tard le texte final de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Y figurent des garanties visant à protéger la langue et la culture françaises, à la fois directement (en faisant du français une langue officielle au Québec et dans l’ensemble du Canada) et indirectement (en attribuant aux provinces la compétence sur l’éducation et sur «[l]a propriété et les droits civils dans la province»). La protection des minorités est ainsi réaffirmée.

³⁹ Legally, there remained only the requirement to have the Quebec Resolutions put into proper form and passed by the Imperial Parliament in London. However, politically, it was thought that more was required. Indeed, Resolution 70 provided that “The Sanction of the Imperial and Local Parliaments shall be sought for the Union of the Provinces, on the principles adopted by the Conference.” (Cited in J. Pope, ed., *Confederation: Being a Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the British North America Act (1895)*, at p. 52 (emphasis added).)

Légalement, il ne reste qu’à mettre les Résolutions de Québec sous une forme appropriée et à les faire adopter par le Parlement impérial à Londres. Politiquement, toutefois, on estime qu’il reste davantage à faire. De fait, la résolution 70 dit ceci: «L’on devra réclamer la sanction du parlement impérial et des parlements locaux, pour l’union des provinces, sur les principes adoptés par la convention.» (*Débats parlementaires sur la question de la Confédération (1865)*, à la p. 5 (nous soulignons).)

⁴⁰ Confirmation of the Quebec Resolutions was achieved more smoothly in central Canada than in the Maritimes. In February and March 1865, the Quebec Resolutions were the subject of almost six weeks of sustained debate in both houses of the Canadian legislature. The Canadian Legislative Assembly approved the Quebec Resolutions in March 1865 with the support of a majority of members from both Canada East and Canada West. The governments of both Prince Edward Island and Newfoundland chose, in accordance with popular sentiment in both colonies, not to accede to the Quebec Resolutions. In New Brunswick, a general election was required before Premier Tilley’s pro-Confederation party prevailed. In Nova Scotia,

La confirmation des Résolutions de Québec est obtenue plus facilement dans le Canada central que dans les Maritimes. En février et en mars 1865, les Résolutions de Québec sont débattues de façon soutenue pendant près de six semaines par les deux chambres de la législature canadienne. L’Assemblée législative canadienne approuve les Résolutions de Québec en mars 1865, avec l’appui d’une majorité de députés tant du Canada-Est que du Canada-Ouest. Le gouvernement de l’Île-du-Prince-Édouard et celui de Terre-Neuve choisissent, conformément au sentiment populaire dans ces colonies, de ne pas donner leur assentiment aux Résolutions de Québec. Au Nouveau-Brunswick, une élection générale doit être tenue avant

Premier Tupper ultimately obtained a resolution from the House of Assembly favouring Confederation.

Sixteen delegates (five from New Brunswick, five from Nova Scotia, and six from the Province of Canada) met in London in December 1866 to finalize the plan for Confederation. To this end, they agreed to some slight modifications and additions to the Quebec Resolutions. Minor changes were made to the distribution of powers, provision was made for the appointment of extra senators in the event of a deadlock between the House of Commons and the Senate, and certain religious minorities were given the right to appeal to the federal government where their denominational school rights were adversely affected by provincial legislation. The British North America Bill was drafted after the London Conference with the assistance of the Colonial Office, and was introduced into the House of Lords in February 1867. The Act passed third reading in the House of Commons on March 8, received royal assent on March 29, and was proclaimed on July 1, 1867. The Dominion of Canada thus became a reality.

There was an early attempt at secession. In the first Dominion election in September 1867, Premier Tupper's forces were decimated: members opposed to Confederation won 18 of Nova Scotia's 19 federal seats, and in the simultaneous provincial election, 36 of the 38 seats in the provincial legislature. Newly-elected Premier Joseph Howe led a delegation to the Imperial Parliament in London in an effort to undo the new constitutional arrangements, but it was too late. The Colonial Office rejected Premier Howe's plea to permit Nova Scotia to withdraw from Confederation. As the Colonial Secretary wrote in 1868:

que le parti pro-confédération du premier ministre Tilley l'emporte. En Nouvelle-Écosse, le premier ministre Tupper obtient finalement une résolution de la Chambre d'assemblée en faveur de la Confédération.

Seize délégués (cinq du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse et six de la province du Canada) se rencontrent à Londres, en décembre 1866, pour finaliser le projet de Confédération. À cette fin, ils conviennent d'apporter de légers changements et ajouts aux Résolutions de Québec. Des modifications mineures sont faites au partage des pouvoirs, on pourvoit à la nomination de sénateurs supplémentaires en cas d'impasse entre la Chambre des communes et le Sénat, et on accorde à certaines minorités religieuses le droit de faire appel au gouvernement fédéral dans le cas où une loi provinciale porterait atteinte à leurs droits en matière d'écoles confessionnelles. Le projet d'Acte de l'Amérique du Nord britannique est rédigé après la Conférence de Londres, avec l'aide du ministère britannique des Affaires coloniales, et déposé à la Chambre des lords en février 1867. L'Acte, adopté en troisième lecture à la Chambre des communes le 8 mars 1867, reçoit la sanction royale le 29 mars et est proclamé le 1^{er} juillet de la même année. Le Dominion du Canada est devenu une réalité.

Il y a très tôt une tentative de sécession. Le parti du premier ministre Tupper est décimé dans la première élection fédérale en septembre 1867. Les députés opposés à la Confédération remportent 18 des 19 sièges fédéraux de la Nouvelle-Écosse, et 36 des 38 sièges à la législature provinciale au cours des élections provinciales tenues au même moment. Le premier ministre nouvellement élu, Joseph Howe, se rend au parlement impérial à Londres, à la tête d'une délégation, dans le but de faire annuler les arrangements constitutionnels, mais il est trop tard. Le ministère des Affaires coloniales rejette la requête du premier ministre Howe demandant que la Nouvelle-Écosse soit autorisée à se retirer de la Confédération. Voici ce qu'écrit le secrétaire aux Affaires coloniales en 1868:

41

42

The neighbouring province of New Brunswick has entered into the union in reliance on having with it the sister province of Nova Scotia; and vast obligations, political and commercial, have already been contracted on the faith of a measure so long discussed and so solemnly adopted. . . . I trust that the Assembly and the people of Nova Scotia will not be surprised that the Queen's government feel that they would not be warranted in advising the reversal of a great measure of state, attended by so many extensive consequences already in operation. . . .

(Quoted in H. Wade MacLauchlan, "Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 155, at p. 168.)

The interdependence characterized by "vast obligations, political and commercial", referred to by the Colonial Secretary in 1868, has, of course, multiplied immeasurably in the last 130 years.

43

Federalism was a legal response to the underlying political and cultural realities that existed at Confederation and continue to exist today. At Confederation, political leaders told their respective communities that the Canadian union would be able to reconcile diversity with unity. It is pertinent, in the context of the present Reference, to mention the words of George-Étienne Cartier (cited in the *Parliamentary Debates on the subject of the Confederation* (1865), at p. 60):

Now, when we [are] united together, if union [is] attained, we [shall] form a political nationality with which neither the national origin, nor the religion of any individual, [will] interfere. It was lamented by some that we had this diversity of races, and hopes were expressed that this distinctive feature would cease. The idea of unity of races [is] utopian — it [is] impossible. Distinctions of this kind [will] always exist. Dissimilarity, in fact, appear[s] to be the order of the physical world and of the moral world, as well as in the political world. But with regard to the objection based on this fact, to the effect that a great nation [can]not be formed because Lower Canada [is] in great part French and Catholic, and Upper Canada [is] British and Protestant, and the Lower Provinces [are] mixed, it [is] futile and worthless in the extreme. . . . In our own Federation we [will] have

[TRADUCTION] La province voisine, le Nouveau-Brunswick, est entrée dans l'union en comptant sur la participation de la province-sœur, la Nouvelle-Écosse; de plus, de vastes obligations, politiques et commerciales, ont déjà été contractées sur la foi d'une mesure longuement négociée et adoptée solennellement. [. . .] Je suis confiant que l'Assemblée et les habitants de la Nouvelle-Écosse ne seront pas surpris du fait que le gouvernement de Sa Majesté estime qu'il ne serait pas justifié de conseiller l'annulation d'une grande mesure étatique, qui a tant de conséquences considérables produisant déjà leurs effets. . . .

(Propos cités dans H. Wade MacLauchlan, «Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference» (1997), 76 *R. du B. can.* 155, à la p. 168.)

L'interdépendance caractérisée par de «vastes obligations politiques et commerciales», dont fait mention le secrétaire aux Affaires Coloniales en 1868, s'est évidemment accrue de façon incommensurable au cours des 130 dernières années.

Le fédéralisme était la réponse juridique aux réalités politiques et culturelles qui existaient à l'époque de la Confédération et qui existent toujours aujourd'hui. À l'époque de la Confédération, les dirigeants politiques avaient dit à leur collectivité respective que l'union canadienne permettrait de concilier unité et diversité. Il est pertinent, dans le contexte du présent renvoi, de faire état des propos de George-Étienne Cartier (cités dans les *Débats parlementaires sur la question de la Confédération*, *op. cit.*, à la p. 59):

Lorsque nous serons unis, si toutefois nous le devenons, nous formerons une nationalité politique indépendante de l'origine nationale, ou de la religion d'aucun individu. Il en est qui ont regretté qu'il y eut diversité de races et qui ont exprimé l'espoir que ce caractère distinctif disparaîtrait. L'idée de l'unité des races est une utopie; c'est une impossibilité. Une distinction de cette nature existera toujours, de même que la dissemblance paraît être dans l'ordre du monde physique, moral et politique. Quant à l'objection basée sur ce fait, qu'une grande nation ne peut pas être formée parce que le Bas-Canada est en grande partie français et catholique et que le Haut-Canada est anglais et protestant, et que les provinces inférieures sont mixtes, elle constitue, à mon avis, un raisonnement futile à l'extrême. [. . .] Dans notre propre fédération, nous aurons des catholiques et

Catholic and Protestant, English, French, Irish and Scotch, and each by his efforts and his success [will] increase the prosperity and glory of the new Confederacy. . . . [W]e [are] of different races, not for the purpose of warring against each other, but in order to compete and emulate for the general welfare.

The federal-provincial division of powers was a legal recognition of the diversity that existed among the initial members of Confederation, and manifested a concern to accommodate that diversity within a single nation by granting significant powers to provincial governments. The *Constitution Act, 1867* was an act of nation-building. It was the first step in the transition from colonies separately dependent on the Imperial Parliament for their governance to a unified and independent political state in which different peoples could resolve their disagreements and work together toward common goals and a common interest. Federalism was the political mechanism by which diversity could be reconciled with unity.

A federal-provincial division of powers necessitated a written constitution which circumscribed the powers of the new Dominion and Provinces of Canada. Despite its federal structure, the new Dominion was to have “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom” (*Constitution Act, 1867*, preamble). Allowing for the obvious differences between the governance of Canada and the United Kingdom, it was nevertheless thought important to thus emphasize the continuity of constitutional principles, including democratic institutions and the rule of law; and the continuity of the exercise of sovereign power transferred from Westminster to the federal and provincial capitals of Canada.

After 1867, the Canadian federation continued to evolve both territorially and politically. New territories were admitted to the union and new provinces were formed. In 1870, Rupert’s Land and the Northwest Territories were admitted and Manitoba was formed as a province. British Columbia was admitted in 1871, Prince Edward Island in 1873,

des protestants, des anglais, des français, des irlandais et des écossais, et chacun, par ses efforts et ses succès, ajoutera à la prospérité et à la gloire de la nouvelle confédération. Nous sommes de races différentes, non pas pour nous faire la guerre, mais afin de travailler conjointement à notre propre bien-être.

Le partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces était une reconnaissance juridique de la diversité des premiers membres de la Confédération, et il témoignait du souci de respecter cette diversité au sein d’une seule et même nation en accordant d’importants pouvoirs aux gouvernements provinciaux. La *Loi constitutionnelle de 1867* était un acte d’édification d’une nation. Elle était la première étape de la transformation de colonies dépendant chacune du Parlement impérial pour leur administration en un État politique unifié et indépendant où des peuples différents pouvaient résoudre leurs divergences et, animés par un intérêt mutuel, travailler ensemble à la réalisation d’objectifs communs. Le fédéralisme était la structure politique qui permettait de concilier unité et diversité.

Le partage des pouvoirs au sein de la fédération nécessitait une constitution écrite délimitant les pouvoirs du nouveau Dominion et des provinces du Canada. Malgré sa structure fédérale, le nouveau Dominion allait être doté d’«une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni» (*Loi constitutionnelle de 1867*, préambule). Malgré les différences évidentes dans les structures gouvernementales du Canada et du Royaume Uni, on estimait important néanmoins de souligner la continuité des principes constitutionnels, notamment les institutions démocratiques et la primauté du droit, ainsi que la continuité de l’exercice du pouvoir souverain transféré de Westminster aux capitales fédérale et provinciales du Canada.

Après 1867, la fédération canadienne continue à évoluer tant sur le plan territorial que sur le plan politique. De nouveaux territoires sont admis dans l’union et de nouvelles provinces sont formées. En 1870, la Terre de Rupert et les Territoires du Nord-Ouest sont admis et le Manitoba est constitué en province. La Colombie-Britannique est admise en

44

45

and the Arctic Islands were added in 1880. In 1898, the Yukon Territory and in 1905, the provinces of Alberta and Saskatchewan were formed from the Northwest Territories. Newfoundland was admitted in 1949 by an amendment to the *Constitution Act, 1867*. The new territory of Nunavut was carved out of the Northwest Territories in 1993 with the partition to become effective in April 1999.

1871 et l'Île-du-Prince-Édouard en 1873, et les îles de l'Arctique sont ajoutées en 1880. Le territoire du Yukon, en 1898, et les provinces d'Alberta et de la Saskatchewan, en 1905, sont taillés à même les Territoires du Nord-Ouest. Terre-Neuve est admise en 1949 par modification de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le nouveau territoire du Nunavut est découpé dans les Territoires du Nord-Ouest en 1993, cette partition prenant effet à compter d'avril 1999.

46 Canada's evolution from colony to fully independent state was gradual. The Imperial Parliament's passage of the *Statute of Westminster, 1931* (U.K.), 22 & 23 Geo. 5, c. 4, confirmed in law what had earlier been confirmed in fact by the Balfour Declaration of 1926, namely, that Canada was an independent country. Thereafter, Canadian law alone governed in Canada, except where Canada expressly consented to the continued application of Imperial legislation. Canada's independence from Britain was achieved through legal and political evolution with an adherence to the rule of law and stability. The proclamation of the *Constitution Act, 1982* removed the last vestige of British authority over the Canadian Constitution and re-affirmed Canada's commitment to the protection of its minority, aboriginal, equality, legal and language rights, and fundamental freedoms as set out in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

L'évolution du Canada du statut de colonie à celui d'État indépendant a été graduelle. L'adoption par le parlement impérial du *Statut de Westminster de 1931* (R.-U.), 22 & 23 Geo. 5, ch. 4, a confirmé en droit ce qui avait été confirmé plus tôt dans les faits par la Déclaration Balfour de 1926, savoir que le Canada était un pays indépendant. Par la suite, seul le droit canadien devait s'appliquer au Canada, à moins que le Canada ne consente expressément au maintien de l'application d'une loi impériale. Le Canada a réalisé son indépendance de la Grande-Bretagne au moyen d'une évolution politique et juridique marquée par l'adhésion aux principes de la primauté du droit et de la stabilité. La proclamation de la *Loi constitutionnelle de 1982* a éliminé les derniers vestiges de l'autorité britannique sur la Constitution canadienne et réaffirmé l'engagement du Canada envers la protection des droits des minorités et des autochtones, du droit à l'égalité, des droits linguistiques, des garanties juridiques et des libertés fondamentales énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

47 Legal continuity, which requires an orderly transfer of authority, necessitated that the 1982 amendments be made by the Westminster Parliament, but the legitimacy as distinguished from the formal legality of the amendments derived from political decisions taken in Canada within a legal framework which this Court, in the *Patriation Reference*, had ruled was in accordance with our Constitution. It should be noted, parenthetically, that the 1982 amendments did not alter the basic division of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, which is the primary textual expression of the principle of federalism in our Constitution,

Pour assurer la continuité juridique, qui requiert un transfert ordonné des pouvoirs, les modifications de 1982 devaient être apportées par le Parlement de Westminster. Toutefois, la légitimité de ces modifications, par opposition à leur légalité formelle, découlait de décisions politiques prises au Canada, dans un cadre juridique que notre Cour avait déclaré conforme à la Constitution canadienne dans le *Renvoi relatif au rapatriement*. Entre parenthèses, il faut signaler que les modifications de 1982 n'ont pas touché au partage des pouvoirs établi aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui constitue la principale

agreed upon at Confederation. It did, however, have the important effect that, despite the refusal of the government of Quebec to join in its adoption, Quebec has become bound to the terms of a Constitution that is different from that which prevailed previously, particularly as regards provisions governing its amendment, and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As to the latter, to the extent that the scope of legislative powers was thereafter to be constrained by the *Charter*, the constraint operated as much against federal legislative powers as against provincial legislative powers. Moreover, it is to be remembered that s. 33, the “notwithstanding clause”, gives Parliament and the provincial legislatures authority to legislate on matters within their jurisdiction in derogation of the fundamental freedoms (s. 2), legal rights (ss. 7 to 14) and equality rights (s. 15) provisions of the *Charter*.

We think it apparent from even this brief historical review that the evolution of our constitutional arrangements has been characterized by adherence to the rule of law, respect for democratic institutions, the accommodation of minorities, insistence that governments adhere to constitutional conduct and a desire for continuity and stability. We now turn to a discussion of the general constitutional principles that bear on the present Reference.

(3) Analysis of the Constitutional Principles

(a) *Nature of the Principles*

What are those underlying principles? Our Constitution is primarily a written one, the product of 131 years of evolution. Behind the written word is an historical lineage stretching back through the ages, which aids in the consideration of the underlying constitutional principles. These principles inform and sustain the constitutional text: they are the vital unstated assumptions upon which the text is based. The following discussion addresses the

expression textuelle dans notre Constitution du principe du fédéralisme dont il a été convenu au moment de la Confédération. Toutefois, elles ont eu un effet important en ce que, malgré le refus du gouvernement du Québec de souscrire à leur adoption, le Québec est devenu lié par les termes d’une Constitution qui est différente de celle qui était en vigueur jusque-là, notamment quant aux dispositions régissant sa modification et la *Charte canadienne des droits et libertés*. Quant à cette dernière, dans la mesure où la portée des pouvoirs législatifs est limitée depuis par la *Charte*, cette limitation s’applique autant aux pouvoirs législatifs fédéraux qu’aux pouvoirs législatifs provinciaux. Qui plus est, il faut rappeler que l’art. 33, la «clause de dérogation», donne au Parlement et aux législatures provinciales le pouvoir d’adopter, dans les domaines relevant de leurs compétences respectives, des lois dérogeant aux dispositions de la *Charte* qui concernent les libertés fondamentales (art. 2), les garanties juridiques (art. 7 à 14) et les droits à l’égalité (art. 15).

Nous estimons qu’il ressort de façon évidente, même d’un aussi bref rappel historique, que l’évolution de nos arrangements constitutionnels a été marquée par l’adhésion aux principes de la primauté du droit, le respect des institutions démocratiques, la prise en compte des minorités, l’insistance sur le maintien par les gouvernements d’une conduite respectueuse de la Constitution et par un désir de continuité et de stabilité. Nous passons maintenant à l’analyse des grands principes constitutionnels qui ont une incidence dans le présent renvoi.

(3) L’analyse des principes constitutionnels

a) *La nature des principes*

Quels sont ces principes fondamentaux? Notre Constitution est principalement une Constitution écrite et le fruit de 131 années d’évolution. Derrière l’écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents. Ces principes inspirent et nourrissent le texte de la Constitution: ils en sont les prémisses inexprimées. L’analyse qui suit traite des quatre principes constitutionnels

four foundational constitutional principles that are most germane for resolution of this Reference: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minority rights. These defining principles function in symbiosis. No single principle can be defined in isolation from the others, nor does any one principle trump or exclude the operation of any other.

50 Our Constitution has an internal architecture, or what the majority of this Court in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 57, called a “basic constitutional structure”. The individual elements of the Constitution are linked to the others, and must be interpreted by reference to the structure of the Constitution as a whole. As we recently emphasized in the *Provincial Judges Reference*, certain underlying principles infuse our Constitution and breathe life into it. Speaking of the rule of law principle in the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at p. 750, we held that “the principle is clearly implicit in the very nature of a Constitution”. The same may be said of the other three constitutional principles we underscore today.

51 Although these underlying principles are not explicitly made part of the Constitution by any written provision, other than in some respects by the oblique reference in the preamble to the *Constitution Act, 1867*, it would be impossible to conceive of our constitutional structure without them. The principles dictate major elements of the architecture of the Constitution itself and are as such its lifeblood.

52 The principles assist in the interpretation of the text and the delineation of spheres of jurisdiction, the scope of rights and obligations, and the role of our political institutions. Equally important, observance of and respect for these principles is essential to the ongoing process of constitutional development and evolution of our Constitution as a “living tree”, to invoke the famous description in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136. As this Court indicated in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, Canadians have long recognized the

fondamentaux qui intéressent le plus directement le présent renvoi: le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des droits des minorités. Ces principes déterminants fonctionnent en symbiose. Aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l’application d’aucun autre.

Notre Constitution a une architecture interne, ce que notre Cour à la majorité, dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, à la p. 57, a appelé une «structure constitutionnelle fondamentale». Chaque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l’ensemble de sa structure. Dans le récent *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, nous avons souligné que certains grands principes imprègnent la Constitution et lui donnent vie. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 750, nous avons dit de la primauté du droit que ce «principe est nettement implicite de par la nature même d’une constitution». On peut dire la même chose des trois autres principes constitutionnels analysés ici.

Bien que ces principes sous-jacents ne soient pas expressément inclus dans la Constitution, en vertu d’une disposition écrite, sauf pour certains par une allusion indirecte dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l’architecture même de la Constitution et en sont la force vitale.

Ces principes guident l’interprétation du texte et la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle de nos institutions politiques. Fait tout aussi important, le respect de ces principes est indispensable au processus permanent d’évolution et de développement de notre Constitution, cet [TRADUCTION] «arbre vivant» selon la célèbre description de l’arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), à la p. 136. Notre Cour a indiqué dans *New-Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, que les Canadiens

existence and importance of unwritten constitutional principles in our system of government.

Given the existence of these underlying constitutional principles, what use may the Court make of them? In the *Provincial Judges Reference*, *supra*, at paras. 93 and 104, we cautioned that the recognition of these constitutional principles (the majority opinion referred to them as “organizing principles” and described one of them, judicial independence, as an “unwritten norm”) could not be taken as an invitation to dispense with the written text of the Constitution. On the contrary, we confirmed that there are compelling reasons to insist upon the primacy of our written constitution. A written constitution promotes legal certainty and predictability, and it provides a foundation and a touchstone for the exercise of constitutional judicial review. However, we also observed in the *Provincial Judges Reference* that the effect of the preamble to the *Constitution Act, 1867* was to incorporate certain constitutional principles by reference, a point made earlier in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 462-63. In the *Provincial Judges Reference*, at para. 104, we determined that the preamble “invites the courts to turn those principles into the premises of a constitutional argument that culminates in the filling of gaps in the express terms of the constitutional text”.

Underlying constitutional principles may in certain circumstances give rise to substantive legal obligations (have “full legal force”, as we described it in the *Patriation Reference*, *supra*, at p. 845), which constitute substantive limitations upon government action. These principles may give rise to very abstract and general obligations, or they may be more specific and precise in nature. The principles are not merely descriptive, but are also invested with a powerful normative force, and are binding upon both courts and governments. “In other words”, as this Court confirmed in the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at p. 752,

reconnaissent depuis longtemps l’existence et l’importance des principes constitutionnels non écrits de notre système de gouvernement.

Étant donné l’existence de ces principes constitutionnels sous-jacents, de quelle façon notre Cour peut-elle les utiliser? Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, aux par. 93 et 104, nous avons apporté la réserve que la reconnaissance de ces principes constitutionnels (l’opinion majoritaire parle de «principes structurels» et décrit l’un d’eux, l’indépendance de la magistrature, comme une norme non écrite) n’est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution. Bien au contraire, nous avons réaffirmé qu’il existe des raisons impératives d’insister sur la primauté de notre Constitution écrite. Une constitution écrite favorise la certitude et la prévisibilité juridiques, et fournit les fondements et la pierre de touche du contrôle judiciaire en matière constitutionnelle. Nous avons toutefois signalé dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* avait pour effet d’incorporer par renvoi certains principes constitutionnels, proposition affirmée auparavant par l’arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 462 et 463. Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, au par. 104, nous avons statué que le préambule «invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d’une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel».

Des principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles (ils ont «plein effet juridique» selon les termes du *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 845) qui posent des limites substantielles à l’action gouvernementale. Ces principes peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises. Les principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d’une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements. «En d’autres termes», comme l’affirme notre Cour

53

54

“in the process of Constitutional adjudication, the Court may have regard to unwritten postulates which form the very foundation of the Constitution of Canada”. It is to a discussion of those underlying constitutional principles that we now turn.

(b) *Federalism*

55 It is undisputed that Canada is a federal state. Yet many commentators have observed that, according to the precise terms of the *Constitution Act, 1867*, the federal system was only partial. See, e.g., K. C. Wheare, *Federal Government* (4th ed. 1963), at pp. 18-20. This was so because, on paper, the federal government retained sweeping powers which threatened to undermine the autonomy of the provinces. Here again, however, a review of the written provisions of the Constitution does not provide the entire picture. Our political and constitutional practice has adhered to an underlying principle of federalism, and has interpreted the written provisions of the Constitution in this light. For example, although the federal power of disallowance was included in the *Constitution Act, 1867*, the underlying principle of federalism triumphed early. Many constitutional scholars contend that the federal power of disallowance has been abandoned (e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4th ed. 1997), at p. 120).

56 In a federal system of government such as ours, political power is shared by two orders of government: the federal government on the one hand, and the provinces on the other. Each is assigned respective spheres of jurisdiction by the *Constitution Act, 1867*. See, e.g., *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437 (P.C.), at pp. 441-42. It is up to the courts “to control the limits of the respective sovereignties”: *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733, at p. 741. In interpreting our Constitution, the courts have always been concerned with the federalism principle, inherent in the structure of our constitutional

dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, «dans les décisions constitutionnelles, la Cour peut tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada» (p. 752). Ce sont ces principes constitutionnels sous-jacents que nous allons analyser maintenant.

b) *Le fédéralisme*

On ne conteste pas que le Canada est un État fédéral. Pourtant plusieurs auteurs ont noté que les termes précis de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'en font qu'un État partiellement fédéral. Voir, par exemple, K. C. Wheare, *Federal Government* (4^e éd. 1963), aux pp. 18 à 20. Cela tenait à ce que, selon les textes, le gouvernement fédéral conservait de vastes pouvoirs qui menaçaient de saper l'autonomie des provinces. Ici encore, cependant, un examen du texte des dispositions de la Constitution ne fournit pas une image complète. Nos usages politiques et constitutionnels ont respecté le principe sous-jacent du fédéralisme et ont appuyé une interprétation du texte de la Constitution conforme à ce principe. Par exemple, bien que le pouvoir fédéral de désaveu ait été inclus dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, le principe sous-jacent du fédéralisme a triomphé très rapidement. De nombreux auteurs estiment que le pouvoir fédéral de désaveu a été abandonné (par exemple, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4^e éd. 1997), à la p. 120).

Dans un système fédéral de gouvernement comme le nôtre, le pouvoir politique est partagé entre deux ordres de gouvernement: le gouvernement fédéral, d'une part, et les provinces, de l'autre. La *Loi constitutionnelle de 1867* a attribué à chacun d'eux sa propre sphère de compétence. Voir, par exemple, *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437 (C.P.), aux pp. 441 et 442. Il appartient aux tribunaux de «contrôle[r] les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements», *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, à la p. 741. Dans leur interprétation de notre Constitution, les tribu-

arrangements, which has from the beginning been the lodestar by which the courts have been guided.

This underlying principle of federalism, then, has exercised a role of considerable importance in the interpretation of the written provisions of our Constitution. In the *Patriation Reference*, *supra*, at pp. 905-9, we confirmed that the principle of federalism runs through the political and legal systems of Canada. Indeed, Martland and Ritchie JJ., dissenting in the *Patriation Reference*, at p. 821, considered federalism to be “the dominant principle of Canadian constitutional law”. With the enactment of the *Charter*, that proposition may have less force than it once did, but there can be little doubt that the principle of federalism remains a central organizational theme of our Constitution. Less obviously, perhaps, but certainly of equal importance, federalism is a political and legal response to underlying social and political realities.

The principle of federalism recognizes the diversity of the component parts of Confederation, and the autonomy of provincial governments to develop their societies within their respective spheres of jurisdiction. The federal structure of our country also facilitates democratic participation by distributing power to the government thought to be most suited to achieving the particular societal objective having regard to this diversity. The scheme of the *Constitution Act, 1867*, it was said in *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (P.C.), at p. 942, was

not to weld the Provinces into one, nor to subordinate Provincial Governments to a central authority, but to establish a central government in which these Provinces should be represented, entrusted with exclusive authority only in affairs in which they had a common interest. Subject to this each Province was to retain its independence and autonomy and to be directly under the Crown as its head.

naux ont toujours tenu compte du principe du fédéralisme inhérent à la structure de nos arrangements constitutionnels, l'étoile qui les a guidés depuis le tout début.

Le principe sous-jacent du fédéralisme a donc joué un rôle d'une importance considérable dans l'interprétation du texte de la Constitution. Dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, aux pp. 905 à 909, nous avons confirmé que le principe du fédéralisme imprègne les systèmes politique et juridique du Canada. Ainsi, les juges Martland et Ritchie, dissidents dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, à la p. 821, ont considéré que le fédéralisme était «le principe dominant du droit constitutionnel canadien». Il se peut que, depuis l'adoption de la *Charte*, cette affirmation ait moins de force qu'elle n'en avait auparavant, mais il n'y a guère de doute que le principe du fédéralisme demeure un thème central dans la structure de notre Constitution. De façon tout aussi importante, quoique moins évidente peut-être, le fédéralisme est une réponse politique et juridique aux réalités du contexte social et politique.

Le principe du fédéralisme est une reconnaissance de la diversité des composantes de la Confédération et de l'autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence. La structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité. Selon l'arrêt *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (C.P.), à la p. 942, le but de la *Loi constitutionnelle de 1867*

[TRADUCTION] n'était pas de fusionner les provinces en une seule, ni de mettre les gouvernements provinciaux en état de subordination par rapport à une autorité centrale, mais d'établir un gouvernement central dans lequel ces provinces seraient représentées, revêtu d'une autorité exclusive dans l'administration des seules affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun. Sous cette réserve, chaque province devait garder son indépendance et son autonomie, assujettie directement à la Couronne.

57

58

More recently, in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1047, the majority of this Court held that differences between provinces “are a rational part of the political reality in the federal process”. It was referring to the differential application of federal law in individual provinces, but the point applies more generally. A unanimous Court expressed similar views in *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, at pp. 287-88.

Plus récemment dans notre arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1047, les juges de la majorité ont déclaré que les différences existant entre les provinces «font rationnellement partie de la réalité politique d’un régime fédéral». Cette remarque, qui visait l’application différente du droit fédéral aux diverses provinces, a néanmoins une portée plus générale. La Cour a unanimement exprimé un point de vue semblable dans *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, aux pp. 287 et 288.

⁵⁹ The principle of federalism facilitates the pursuit of collective goals by cultural and linguistic minorities which form the majority within a particular province. This is the case in Quebec, where the majority of the population is French-speaking, and which possesses a distinct culture. This is not merely the result of chance. The social and demographic reality of Quebec explains the existence of the province of Quebec as a political unit and indeed, was one of the essential reasons for establishing a federal structure for the Canadian union in 1867. The experience of both Canada East and Canada West under the *Union Act, 1840* (U.K.), 3-4 Vict., c. 35, had not been satisfactory. The federal structure adopted at Confederation enabled French-speaking Canadians to form a numerical majority in the province of Quebec, and so exercise the considerable provincial powers conferred by the *Constitution Act, 1867* in such a way as to promote their language and culture. It also made provision for certain guaranteed representation within the federal Parliament itself.

Le principe du fédéralisme facilite la poursuite d’objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée. C’est le cas au Québec, où la majorité de la population est francophone et qui possède une culture distincte. Ce n’est pas le simple fruit du hasard. La réalité sociale et démographique du Québec explique son existence comme entité politique et a constitué, en fait, une des raisons essentielles de la création d’une structure fédérale pour l’union canadienne en 1867. Tant pour le Canada-Est que pour le Canada-Ouest, l’expérience de l’*Acte d’Union, 1840* (R.-U.), 3-4 Vict., ch. 35, avait été insatisfaisante. La structure fédérale adoptée à l’époque de la Confédération a permis aux Canadiens de langue française de former la majorité numérique de la population de la province du Québec, et d’exercer ainsi les pouvoirs provinciaux considérables que conférait la *Loi constitutionnelle de 1867* de façon à promouvoir leur langue et leur culture. Elle garantissait également une certaine représentation au Parlement fédéral lui-même.

⁶⁰ Federalism was also welcomed by Nova Scotia and New Brunswick, both of which also affirmed their will to protect their individual cultures and their autonomy over local matters. All new provinces joining the federation sought to achieve similar objectives, which are no less vigorously pursued by the provinces and territories as we approach the new millennium.

La Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, qui avaient aussi affirmé leur volonté de préserver leur culture propre et leur autonomie en matière locale, ont bien accueilli également le fédéralisme. Toutes les provinces qui se sont jointes depuis à la fédération cherchaient à atteindre des objectifs similaires qui sont poursuivis non moins vigoureusement par les provinces et les territoires à l’approche du nouveau millénaire.

(c) *Democracy*

c) *La démocratie*

⁶¹ Democracy is a fundamental value in our constitutional law and political culture. While it has

La démocratie est une valeur fondamentale de notre culture juridique et politique. Quoiqu’il ait à

both an institutional and an individual aspect, the democratic principle was also argued before us in the sense of the supremacy of the sovereign will of a people, in this case potentially to be expressed by Quebecers in support of unilateral secession. It is useful to explore in a summary way these different aspects of the democratic principle.

The principle of democracy has always informed the design of our constitutional structure, and continues to act as an essential interpretive consideration to this day. A majority of this Court in *OPSEU v. Ontario*, *supra*, at p. 57, confirmed that “the basic structure of our Constitution, as established by the *Constitution Act, 1867*, contemplates the existence of certain political institutions, including freely elected legislative bodies at the federal and provincial levels”. As is apparent from an earlier line of decisions emanating from this Court, including *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, and *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, the democracy principle can best be understood as a sort of baseline against which the framers of our Constitution, and subsequently, our elected representatives under it, have always operated. It is perhaps for this reason that the principle was not explicitly identified in the text of the *Constitution Act, 1867* itself. To have done so might have appeared redundant, even silly, to the framers. As explained in the *Provincial Judges Reference*, *supra*, at para. 100, it is evident that our Constitution contemplates that Canada shall be a constitutional democracy. Yet this merely demonstrates the importance of underlying constitutional principles that are nowhere explicitly described in our constitutional texts. The representative and democratic nature of our political institutions was simply assumed.

Democracy is commonly understood as being a political system of majority rule. It is essential to be clear what this means. The evolution of our democratic tradition can be traced back to the

la fois un aspect institutionnel et un aspect individuel, le principe démocratique a été invoqué dans le présent renvoi au sens de suprématie de la volonté souveraine d’un peuple, potentiellement exprimée dans ce cas par les Québécois en faveur d’une sécession unilatérale. Il est utile d’étudier brièvement ces divers aspects du principe démocratique.

Le principe de la démocratie a toujours inspiré l’aménagement de notre structure constitutionnelle, et demeure aujourd’hui une considération interprétative essentielle. Dans notre arrêt *SEFPO c. Ontario*, précité, à la p. 57, les juges de la majorité ont confirmé que «la structure fondamentale de notre Constitution établie par la *Loi constitutionnelle de 1867* envisage l’existence de certaines institutions politiques dont des corps législatifs librement élus aux niveaux fédéral et provincial». Il ressort d’une série plus ancienne de décisions émanant de notre Cour, notamment *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265, et *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, que, pour bien comprendre le principe de la démocratie, il faut l’envisager comme l’assise que les rédacteurs de notre Constitution et, après eux, nos représentants élus en vertu de celle-ci ont toujours prise comme allant de soi. C’est peut-être pour cette raison que ce principe n’est pas mentionné expressément dans le texte même de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cela aurait sans doute paru inutile, voire même saugrenu, aux rédacteurs. Comme l’explique le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 100, il est évident que notre Constitution établit au Canada un régime de démocratie constitutionnelle. Cela démontre l’importance des principes constitutionnels sous-jacents qui ne sont décrits expressément nulle part dans nos textes constitutionnels. Le caractère représentatif et démocratique de nos institutions politiques était tout simplement tenu pour acquis.

Par démocratie, on entend communément un système politique soumis à la règle de la majorité. Il est essentiel de bien comprendre ce que cela signifie. L’évolution de notre tradition démocra-

62

63

Magna Carta (1215) and before, through the long struggle for Parliamentary supremacy which culminated in the English *Bill of Rights* of 1689, the emergence of representative political institutions in the colonial era, the development of responsible government in the 19th century, and eventually, the achievement of Confederation itself in 1867. “[T]he Canadian tradition”, the majority of this Court held in *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 186, is “one of evolutionary democracy moving in uneven steps toward the goal of universal suffrage and more effective representation”. Since Confederation, efforts to extend the franchise to those unjustly excluded from participation in our political system — such as women, minorities, and aboriginal peoples — have continued, with some success, to the present day.

tique remonte à la *Magna Carta* (1215) et même avant, à travers le long combat pour la suprématie parlementaire dont le point culminant a été le *Bill of Rights* anglais de 1689, puis l’émergence d’institutions politiques représentatives pendant la période coloniale, le développement de la responsabilité gouvernementale au XIX^e siècle et, finalement, l’avènement de la Confédération elle-même en 1867. «[L]e modèle canadien», selon les juges majoritaires dans le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, à la p. 186, est «une démocratie en évolution qui se dirige par étapes inégales vers l’objectif du suffrage universel et d’une représentation plus effective». Depuis la Confédération, les efforts pour étendre la participation dans notre système politique à ceux qui en étaient injustement privés — notamment les femmes, les minorités et les peuples autochtones — se poursuivent avec un certain succès jusqu’à ce jour.

64 Democracy is not simply concerned with the process of government. On the contrary, as suggested in *Switzman v. Elbling*, *supra*, at p. 306, democracy is fundamentally connected to substantive goals, most importantly, the promotion of self-government. Democracy accommodates cultural and group identities: *Reference re Provincial Electoral Boundaries*, at p. 188. Put another way, a sovereign people exercises its right to self-government through the democratic process. In considering the scope and purpose of the *Charter*, the Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, articulated some of the values inherent in the notion of democracy (at p. 136):

La démocratie ne vise pas simplement les mécanismes gouvernementaux. Bien au contraire, comme l’indique *Switzman c. Elbling*, précité, à la p. 306, la démocratie est fondamentalement liée à des objectifs essentiels dont, tout particulièrement, la promotion de l’autonomie gouvernementale. La démocratie respecte les identités culturelles et collectives: *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales*, à la p. 188. Autrement dit, un peuple souverain exerce son droit à l’autonomie gouvernementale à travers le processus démocratique. Dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour, qui examinait la portée et l’objet de la *Charte*, a énoncé certaines valeurs inhérentes à la notion de démocratie (à la p. 136):

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe to embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l’être humain, la promotion de la justice et de l’égalité sociales, l’acceptation d’une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

65 In institutional terms, democracy means that each of the provincial legislatures and the federal Parliament is elected by popular franchise. These

En termes institutionnels, la démocratie signifie que chacune des assemblées législatives provinciales et le Parlement fédéral sont élus au suffrage

legislatures, we have said, are “at the core of the system of representative government”: *New Brunswick Broadcasting, supra*, at p. 387. In individual terms, the right to vote in elections to the House of Commons and the provincial legislatures, and to be candidates in those elections, is guaranteed to “Every citizen of Canada” by virtue of s. 3 of the *Charter*. Historically, this Court has interpreted democracy to mean the process of representative and responsible government and the right of citizens to participate in the political process as voters (*Reference re Provincial Electoral Boundaries, supra*) and as candidates (*Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876). In addition, the effect of s. 4 of the *Charter* is to oblige the House of Commons and the provincial legislatures to hold regular elections and to permit citizens to elect representatives to their political institutions. The democratic principle is affirmed with particular clarity in that s. 4 is not subject to the notwithstanding power contained in s. 33.

It is, of course, true that democracy expresses the sovereign will of the people. Yet this expression, too, must be taken in the context of the other institutional values we have identified as pertinent to this Reference. The relationship between democracy and federalism means, for example, that in Canada there may be different and equally legitimate majorities in different provinces and territories and at the federal level. No one majority is more or less “legitimate” than the others as an expression of democratic opinion, although, of course, the consequences will vary with the subject matter. A federal system of government enables different provinces to pursue policies responsive to the particular concerns and interests of people in that province. At the same time, Canada as a whole is also a democratic community in which citizens construct and achieve goals on a national scale through a federal government acting within the limits of its jurisdiction. The function of federalism is to enable citizens to participate concurrently in

populaire. Selon *New Brunswick Broadcasting*, précité, à la p. 387, ces assemblées législatives sont des «élément[s] essentiel[s] du système de gouvernement représentatif». Au niveau individuel, le droit de vote aux élections à la Chambre des communes et aux assemblées législatives provinciales, ainsi que le droit d’être candidat à ces élections, sont garantis à «[t]out citoyen canadien» en vertu de l’art. 3 de la *Charte*. La démocratie, dans la jurisprudence de notre Cour, signifie le mode de fonctionnement d’un gouvernement représentatif et responsable et le droit des citoyens de participer au processus politique en tant qu’électeurs (*Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales*, précité), et en tant que candidats (*Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876). En outre, l’art. 4 de la *Charte* a pour effet d’obliger la Chambre des communes et les assemblées législatives provinciales à tenir régulièrement des élections et de permettre aux citoyens d’élire des représentants aux diverses institutions politiques. Le principe démocratique est énoncé de façon particulièrement claire puisque l’art. 4 n’est pas sujet à l’exercice du pouvoir dérogatoire de l’art. 33.

Il est vrai, bien sûr, que la démocratie exprime la volonté souveraine du peuple. Pourtant cette expression doit aussi être considérée dans le contexte des autres valeurs institutionnelles que nous estimons pertinentes dans ce renvoi. Les rapports entre démocratie et fédéralisme signifient par exemple que peuvent coexister des majorités différentes et également légitimes dans divers provinces et territoires ainsi qu’au niveau fédéral. Aucune majorité n’est plus, ou moins, «légitime» que les autres en tant qu’expression de l’opinion démocratique, quoique, bien sûr, ses conséquences varieront selon la question en jeu. Un système fédéral de gouvernement permet à différentes provinces de mettre en œuvre des politiques adaptées aux préoccupations et aux intérêts particuliers de leur population. En même temps, le Canada dans son ensemble est aussi une collectivité démocratique au sein de laquelle les citoyens poursuivent et réalisent des objectifs à l’échelle nationale, par l’intermédiaire d’un gouvernement fédéral agissant dans les

different collectivities and to pursue goals at both a provincial and a federal level.

limites de sa compétence. La fonction du fédéralisme est de permettre aux citoyens de faire partie simultanément de collectivités différentes et de poursuivre des objectifs aussi bien au niveau provincial qu'au niveau fédéral.

⁶⁷ The consent of the governed is a value that is basic to our understanding of a free and democratic society. Yet democracy in any real sense of the word cannot exist without the rule of law. It is the law that creates the framework within which the “sovereign will” is to be ascertained and implemented. To be accorded legitimacy, democratic institutions must rest, ultimately, on a legal foundation. That is, they must allow for the participation of, and accountability to, the people, through public institutions created under the Constitution. Equally, however, a system of government cannot survive through adherence to the law alone. A political system must also possess legitimacy, and in our political culture, that requires an interaction between the rule of law and the democratic principle. The system must be capable of reflecting the aspirations of the people. But there is more. Our law’s claim to legitimacy also rests on an appeal to moral values, many of which are imbedded in our constitutional structure. It would be a grave mistake to equate legitimacy with the “sovereign will” or majority rule alone, to the exclusion of other constitutional values.

L’assentiment des gouvernés est une valeur fondamentale dans notre conception d’une société libre et démocratique. Cependant, la démocratie au vrai sens du terme ne peut exister sans le principe de la primauté du droit. C’est la loi qui crée le cadre dans lequel la «volonté souveraine» doit être déterminée et mise en œuvre. Pour être légitimes, les institutions démocratiques doivent reposer en définitive sur des fondations juridiques. Cela signifie qu’elles doivent permettre la participation du peuple et la responsabilité devant le peuple par l’intermédiaire d’institutions publiques créées en vertu de la Constitution. Il est également vrai cependant qu’un système de gouvernement ne peut survivre par le seul respect du droit. Un système politique doit aussi avoir une légitimité, ce qui exige, dans notre culture politique, une interaction de la primauté du droit et du principe démocratique. Le système doit pouvoir refléter les aspirations de la population. Il y a plus encore. La légitimité de nos lois repose aussi sur un appel aux valeurs morales dont beaucoup sont enchâssées dans notre structure constitutionnelle. Ce serait une grave erreur d’assimiler la légitimité à la seule «volonté souveraine» ou à la seule règle de la majorité, à l’exclusion d’autres valeurs constitutionnelles.

⁶⁸ Finally, we highlight that a functioning democracy requires a continuous process of discussion. The Constitution mandates government by democratic legislatures, and an executive accountable to them, “resting ultimately on public opinion reached by discussion and the interplay of ideas” (*Saumur v. City of Quebec, supra*, at p. 330). At both the federal and provincial level, by its very nature, the need to build majorities necessitates compromise, negotiation, and deliberation. No one has a monopoly on truth, and our system is predicated on the faith that in the marketplace of ideas, the best solutions to public problems will rise to the top. Inevitably, there will be dissenting voices.

Enfin, nous devons souligner que le bon fonctionnement d’une démocratie exige un processus permanent de discussion. La Constitution instaure un gouvernement par des assemblées législatives démocratiquement élues et par un exécutif responsable devant elles, [TRADUCTION] «un gouvernement [qui] repose en définitive sur l’expression de l’opinion publique réalisée grâce à la discussion et au jeu des idées» (*Saumur c. City of Quebec*, précité, à la p. 330). Le besoin de constituer des majorités, tant au niveau fédéral qu’au niveau provincial, par sa nature même, entraîne des compromis, des négociations et des délibérations. Nul n’a le monopole de la vérité et notre système repose sur

A democratic system of government is committed to considering those dissenting voices, and seeking to acknowledge and address those voices in the laws by which all in the community must live.

The *Constitution Act, 1982* gives expression to this principle, by conferring a right to initiate constitutional change on each participant in Confederation. In our view, the existence of this right imposes a corresponding duty on the participants in Confederation to engage in constitutional discussions in order to acknowledge and address democratic expressions of a desire for change in other provinces. This duty is inherent in the democratic principle which is a fundamental predicate of our system of governance.

(d) *Constitutionalism and the Rule of Law*

The principles of constitutionalism and the rule of law lie at the root of our system of government. The rule of law, as observed in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 142, is “a fundamental postulate of our constitutional structure”. As we noted in the *Patriation Reference*, *supra*, at pp. 805-6, “[t]he ‘rule of law’ is a highly textured expression, importing many things which are beyond the need of these reasons to explore but conveying, for example, a sense of orderliness, of subjection to known legal rules and of executive accountability to legal authority”. At its most basic level, the rule of law vouchsafes to the citizens and residents of the country a stable, predictable and ordered society in which to conduct their affairs. It provides a shield for individuals from arbitrary state action.

In the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at pp. 747-52, this Court outlined the elements of the rule of law. We emphasized, first, that

la croyance que, sur le marché des idées, les meilleures solutions aux problèmes publics l'emporteront. Il y aura inévitablement des voix dissidentes. Un système démocratique de gouvernement est tenu de prendre en considération ces voix dissidentes, et de chercher à en tenir compte et à y répondre dans les lois que tous les membres de la collectivité doivent respecter.

La *Loi constitutionnelle de 1982* exprime ce principe en conférant à chaque participant de la Confédération le droit de prendre l'initiative d'une proposition de modification constitutionnelle. À notre avis, l'existence de ce droit impose aux autres participants de la Confédération l'obligation réciproque d'engager des discussions constitutionnelles pour tenir compte de l'expression démocratique d'un désir de changement dans d'autres provinces et d'y répondre. Cette obligation est inhérente au principe démocratique qui est un précepte fondamental de notre système de gouvernement.

d) *Le constitutionnalisme et la primauté du droit*

Les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit sont à la base de notre système de gouvernement. Comme l'indique l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la p. 142, la primauté du droit (le principe de la légalité) est [TRADUCTION] «un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle». Nous avons noté, dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, aux pp. 805 et 806, que «[l]a règle de droit est une expression haute en couleur qui, sans qu'il soit nécessaire d'en examiner ici les nombreuses implications, communique par exemple un sens de l'ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale». À son niveau le plus élémentaire, le principe de la primauté du droit assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. Elle fournit aux personnes un rempart contre l'arbitraire de l'État.

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, aux pp. 747 à 752, notre Cour a défini les éléments de la primauté du droit. Nous

69

70

71

the rule of law provides that the law is supreme over the acts of both government and private persons. There is, in short, one law for all. Second, we explained, at p. 749, that “the rule of law requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws which preserves and embodies the more general principle of normative order”. It was this second aspect of the rule of law that was primarily at issue in the *Manitoba Language Rights Reference* itself. A third aspect of the rule of law is, as recently confirmed in the *Provincial Judges Reference*, *supra*, at para. 10, that “the exercise of all public power must find its ultimate source in a legal rule”. Put another way, the relationship between the state and the individual must be regulated by law. Taken together, these three considerations make up a principle of profound constitutional and political significance.

avons souligné en premier lieu la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers. En bref, il y a une seule loi pour tous. Deuxièmement, nous expliquons, à la p. 749, que «la primauté du droit exige la création et le maintien d’un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l’ordre normatif». C’est principalement ce deuxième aspect de la primauté du droit qui était en cause dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* lui-même. Un troisième aspect de la primauté du droit, comme l’a récemment confirmé le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 10, tient à ce que «l’exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d’une règle de droit». En d’autres termes, les rapports entre l’État et les individus doivent être régis par le droit. Pris ensemble, ces trois volets forment un principe d’une profonde importance constitutionnelle et politique.

72

The constitutionalism principle bears considerable similarity to the rule of law, although they are not identical. The essence of constitutionalism in Canada is embodied in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which provides that “[t]he Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.” Simply put, the constitutionalism principle requires that all government action comply with the Constitution. The rule of law principle requires that all government action must comply with the law, including the Constitution. This Court has noted on several occasions that with the adoption of the *Charter*, the Canadian system of government was transformed to a significant extent from a system of Parliamentary supremacy to one of constitutional supremacy. The Constitution binds all governments, both federal and provincial, including the executive branch (*Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 455). They may not transgress its provisions: indeed, their sole claim to exercise lawful authority rests in the powers allocated to them under the Constitution, and can come from no other source.

Le principe du constitutionnalisme ressemble beaucoup au principe de la primauté du droit, mais ils ne sont pas identiques. L’essence du constitutionnalisme au Canada est exprimée dans le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*: «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.» En d’autres mots, le principe du constitutionnalisme exige que les actes de gouvernement soient conformes à la Constitution. Le principe de la primauté du droit exige que les actes de gouvernement soient conformes au droit, dont la Constitution. Notre Cour a souligné plusieurs fois que, dans une large mesure, l’adoption de la *Charte* avait fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle. La Constitution lie tous les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, y compris l’exécutif (*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 455). Ils ne sauraient en transgresser les dispositions: en effet, leur seul droit à l’autorité qu’ils exercent réside dans les pouvoirs que leur confère la Constitution. Cette autorité ne peut avoir d’autre source.

An understanding of the scope and importance of the principles of the rule of law and constitutionalism is aided by acknowledging explicitly why a constitution is entrenched beyond the reach of simple majority rule. There are three overlapping reasons.

First, a constitution may provide an added safeguard for fundamental human rights and individual freedoms which might otherwise be susceptible to government interference. Although democratic government is generally solicitous of those rights, there are occasions when the majority will be tempted to ignore fundamental rights in order to accomplish collective goals more easily or effectively. Constitutional entrenchment ensures that those rights will be given due regard and protection. Second, a constitution may seek to ensure that vulnerable minority groups are endowed with the institutions and rights necessary to maintain and promote their identities against the assimilative pressures of the majority. And third, a constitution may provide for a division of political power that allocates political power amongst different levels of government. That purpose would be defeated if one of those democratically elected levels of government could usurp the powers of the other simply by exercising its legislative power to allocate additional political power to itself unilaterally.

The argument that the Constitution may be legitimately circumvented by resort to a majority vote in a province-wide referendum is superficially persuasive, in large measure because it seems to appeal to some of the same principles that underlie the legitimacy of the Constitution itself, namely, democracy and self-government. In short, it is suggested that as the notion of popular sovereignty underlies the legitimacy of our existing constitutional arrangements, so the same popular sovereignty that originally led to the present Constitution must (it is argued) also permit “the people” in their exercise of popular sovereignty to secede by majority vote alone. However, closer analysis

Pour bien comprendre l'étendue et l'importance des principes de la primauté du droit et du constitutionnalisme, il est utile de reconnaître explicitement les raisons pour lesquelles une constitution est placée hors de la portée de la règle de la simple majorité. Trois raisons se chevauchent.

Premièrement, une constitution peut fournir une protection supplémentaire à des droits et libertés fondamentaux qui, sans elle, ne seraient pas hors d'atteinte de l'action gouvernementale. Malgré la déférence dont font généralement preuve les gouvernements démocratiques envers ces droits, il survient des occasions où la majorité peut être tentée de passer outre à des droits fondamentaux en vue d'accomplir plus efficacement et plus facilement certains objectifs collectifs. La constitutionnalisation de ces droits sert à garantir le respect et la protection qui leur sont dus. Deuxièmement, une constitution peut chercher à garantir que des groupes minoritaires vulnérables bénéficient des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre face aux tendances assimilatrices de la majorité. Troisièmement, une constitution peut mettre en place un partage des pouvoirs qui répartit le pouvoir politique entre différents niveaux de gouvernement. Cet objectif ne pourrait pas être atteint si un de ces niveaux de gouvernement démocratiquement élus pouvait usurper les pouvoirs de l'autre en exerçant simplement son pouvoir législatif pour s'attribuer à lui-même, unilatéralement, des pouvoirs politiques supplémentaires.

L'argument selon lequel on peut légitimement contourner la Constitution en s'appuyant sur un vote majoritaire obtenu dans un référendum provincial est superficiellement convaincant, dans une large mesure parce qu'il paraît faire appel à certains des principes qui sous-tendent la légitimité de la Constitution elle-même, c'est-à-dire la démocratie et l'autonomie gouvernementale. En bref, on avance que, puisque la notion de souveraineté populaire sous-tend la légitimité de nos arrangements constitutionnels actuels, alors cette même souveraineté populaire qui a donné naissance à la Constitution actuelle devrait aussi permettre au «peuple», dans l'exercice de la souveraineté popu-

73

74

75

reveals that this argument is unsound, because it misunderstands the meaning of popular sovereignty and the essence of a constitutional democracy.

laire, de faire sécession par un vote majoritaire seulement. Une analyse plus poussée révèle toutefois que cet argument est mal fondé parce qu'il méconnaît le sens de la souveraineté populaire et l'essence même d'une démocratie constitutionnelle.

76 Canadians have never accepted that ours is a system of simple majority rule. Our principle of democracy, taken in conjunction with the other constitutional principles discussed here, is richer. Constitutional government is necessarily predicated on the idea that the political representatives of the people of a province have the capacity and the power to commit the province to be bound into the future by the constitutional rules being adopted. These rules are “binding” not in the sense of frustrating the will of a majority of a province, but as defining the majority which must be consulted in order to alter the fundamental balances of political power (including the spheres of autonomy guaranteed by the principle of federalism), individual rights, and minority rights in our society. Of course, those constitutional rules are themselves amenable to amendment, but only through a process of negotiation which ensures that there is an opportunity for the constitutionally defined rights of all the parties to be respected and reconciled.

Les Canadiens n'ont jamais admis que notre système est entièrement régi par la seule règle de la simple majorité. Notre principe de la démocratie, en corrélation avec les autres principes constitutionnels mentionnés plus haut, est plus riche. Un gouvernement constitutionnel est nécessairement fondé sur l'idée que les représentants politiques du peuple d'une province ont la possibilité et le pouvoir de prendre, au nom de la province, l'engagement pour l'avenir de respecter les règles constitutionnelles qui sont adoptées. Ces règles les «lient» non pas en ce qu'elles font échec à la volonté de la majorité dans une province, mais plutôt en ce qu'elles définissent la majorité qui doit être consultée afin de modifier l'équilibre fondamental en matière de partage du pouvoir politique (y compris les sphères d'autonomie garanties par le principe du fédéralisme), de droits de la personne et de droits des minorités dans notre société. Bien entendu, ces règles constitutionnelles sont elles-mêmes susceptibles de modification, mais seulement par un processus de négociation qui permet d'assurer à toutes les parties le respect et la conciliation des droits garantis par la Constitution.

77 In this way, our belief in democracy may be harmonized with our belief in constitutionalism. Constitutional amendment often requires some form of substantial consensus precisely because the content of the underlying principles of our Constitution demand it. By requiring broad support in the form of an “enhanced majority” to achieve constitutional change, the Constitution ensures that minority interests must be addressed before proposed changes which would affect them may be enacted.

De cette façon, il est possible d'allier notre foi dans la démocratie et notre foi dans le constitutionnalisme. La modification de la Constitution requiert souvent quelque forme de consensus important, précisément parce que la teneur des principes fondamentaux de la Constitution l'exige. L'exigence d'un vaste appui sous forme de «majorité élargie» pour introduire une modification constitutionnelle garantit que les intérêts des minorités seront pris en considération avant l'adoption de changements qui les affecteront.

78 It might be objected, then, that constitutionalism is therefore incompatible with democratic government. This would be an erroneous view. Constitutionalism facilitates — indeed, makes possible — a democratic political system by creating an orderly

On pourrait alors objecter que constitutionnalisme est par conséquent incompatible avec gouvernement démocratique. Ce serait faux. Le constitutionnalisme facilite et, en fait, rend possible un système politique démocratique en instaurant un

framework within which people may make political decisions. Viewed correctly, constitutionalism and the rule of law are not in conflict with democracy; rather, they are essential to it. Without that relationship, the political will upon which democratic decisions are taken would itself be undermined.

(e) *Protection of Minorities*

The fourth underlying constitutional principle we address here concerns the protection of minorities. There are a number of specific constitutional provisions protecting minority language, religion and education rights. Some of those provisions are, as we have recognized on a number of occasions, the product of historical compromises. As this Court observed in *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1173, and in *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511, at pp. 529-30, the protection of minority religious education rights was a central consideration in the negotiations leading to Confederation. In the absence of such protection, it was felt that the minorities in what was then Canada East and Canada West would be submerged and assimilated. See also *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377, at pp. 401-2, and *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609. Similar concerns animated the provisions protecting minority language rights, as noted in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549, at p. 564.

However, we highlight that even though those provisions were the product of negotiation and political compromise, that does not render them unprincipled. Rather, such a concern reflects a broader principle related to the protection of minority rights. Undoubtedly, the three other constitutional principles inform the scope and operation of the specific provisions that protect the rights of minorities. We emphasize that the protection of minority rights is itself an independent

cadre ordonné dans lequel les gens peuvent prendre des décisions politiques. Bien compris, le constitutionnalisme et la primauté du droit n'entrent pas en conflit avec la démocratie; bien au contraire, ils lui sont indispensables. Sans cette relation, la volonté politique qui anime les décisions démocratiques serait elle-même ébranlée.

e) *La protection des minorités*

Le quatrième principe constitutionnel à examiner ici concerne la protection des minorités. Plusieurs dispositions constitutionnelles protègent spécifiquement des droits linguistiques, religieux et scolaires de minorités. Comme nous l'avons reconnu en plusieurs occasions, certaines de ces dispositions sont le résultat de compromis historiques. Notre Cour a signalé dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, à la p. 1173, et dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, aux pp. 529 et 530, que la protection des droits des minorités religieuses en matière d'éducation avait été une considération majeure dans les négociations qui ont mené à la Confédération. On craignait qu'en l'absence de protection, les minorités de l'Est et de l'Ouest du Canada d'alors soient submergées et assimilées. Voir aussi *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377, aux pp. 401 et 402, et *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609. Des inquiétudes semblables ont inspiré les dispositions protégeant les droits linguistiques des minorités, comme le mentionne l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, à la p. 564.

Il faut bien souligner toutefois que, même si ces dispositions sont le résultat de négociations et de compromis politiques, cela ne signifie pas qu'elles ne sont pas fondées sur des principes. Bien au contraire, elles sont le reflet d'un principe plus large lié à la protection des droits des minorités. Les trois autres principes constitutionnels ont sans aucun doute une incidence sur la portée et l'application des garanties protégeant spécifiquement les droits des minorités. Nous soulignons que la

79

80

principle underlying our constitutional order. The principle is clearly reflected in the *Charter's* provisions for the protection of minority rights. See, e.g., *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839, and *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342.

protection de ces droits est elle-même un principe distinct qui sous-tend notre ordre constitutionnel. Ce principe se reflète clairement dans les dispositions de la *Charte* relatives à la protection des droits des minorités. Voir, par exemple, le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, et *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

81 The concern of our courts and governments to protect minorities has been prominent in recent years, particularly following the enactment of the *Charter*. Undoubtedly, one of the key considerations motivating the enactment of the *Charter*, and the process of constitutional judicial review that it entails, is the protection of minorities. However, it should not be forgotten that the protection of minority rights had a long history before the enactment of the *Charter*. Indeed, the protection of minority rights was clearly an essential consideration in the design of our constitutional structure even at the time of Confederation: *Senate Reference, supra*, at p. 71. Although Canada's record of upholding the rights of minorities is not a spotless one, that goal is one towards which Canadians have been striving since Confederation, and the process has not been without successes. The principle of protecting minority rights continues to exercise influence in the operation and interpretation of our Constitution.

Le souci de nos tribunaux et de nos gouvernements de protéger les minorités a été notoire ces dernières années, surtout depuis l'adoption de la *Charte*. Il ne fait aucun doute que la protection des minorités a été un des facteurs clés qui ont motivé l'adoption de la *Charte* et le processus de contrôle judiciaire constitutionnel qui en découle. Il ne faut pas oublier pour autant que la protection des droits des minorités a connu une longue histoire avant l'adoption de la *Charte*. De fait, la protection des droits des minorités a clairement été un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle même à l'époque de la Confédération: *Renvoi relatif au Sénat*, précité, à la p. 71. Même si le passé du Canada en matière de défense des droits des minorités n'est pas irréprochable, cela a toujours été, depuis la Confédération, un but auquel ont aspiré les Canadiens dans un cheminement qui n'a pas été dénué de succès. Le principe de la protection des droits des minorités continue d'influencer l'application et l'interprétation de notre Constitution.

82 Consistent with this long tradition of respect for minorities, which is at least as old as Canada itself, the framers of the *Constitution Act, 1982* included in s. 35 explicit protection for existing aboriginal and treaty rights, and in s. 25, a non-derogation clause in favour of the rights of aboriginal peoples. The "promise" of s. 35, as it was termed in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1083, recognized not only the ancient occupation of land by aboriginal peoples, but their contribution to the building of Canada, and the special commitments made to them by successive governments. The protection of these rights, so recently and arduously achieved, whether looked at in their own right or as part of the larger concern with minorities,

Conformément à cette longue tradition de respect des minorités, qui est au moins aussi ancienne que le Canada lui-même, les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont ajouté à l'art. 35 des garanties expresses relatives aux droits existants — ancestraux ou issus de traités — des autochtones, et à l'art. 25 une clause de non-atteinte aux droits des peuples autochtones. La «promesse» de l'art. 35, comme l'appelle l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1083, reconnaît non seulement l'occupation passée de terres par les autochtones, mais aussi leur contribution à l'édification du Canada et les engagements spéciaux pris envers eux par des gouvernements successifs. La protection de ces droits, réalisée si récemment et si

reflects an important underlying constitutional value.

(4) The Operation of the Constitutional Principles in the Secession Context

Secession is the effort of a group or section of a state to withdraw itself from the political and constitutional authority of that state, with a view to achieving statehood for a new territorial unit on the international plane. In a federal state, secession typically takes the form of a territorial unit seeking to withdraw from the federation. Secession is a legal act as much as a political one. By the terms of Question 1 of this Reference, we are asked to rule on the legality of unilateral secession “[u]nder the Constitution of Canada”. This is an appropriate question, as the legality of unilateral secession must be evaluated, at least in the first instance, from the perspective of the domestic legal order of the state from which the unit seeks to withdraw. As we shall see below, it is also argued that international law is a relevant standard by which the legality of a purported act of secession may be measured.

The secession of a province from Canada must be considered, in legal terms, to require an amendment to the Constitution, which perforce requires negotiation. The amendments necessary to achieve a secession could be radical and extensive. Some commentators have suggested that secession could be a change of such a magnitude that it could not be considered to be merely an amendment to the Constitution. We are not persuaded by this contention. It is of course true that the Constitution is silent as to the ability of a province to secede from Confederation but, although the Constitution neither expressly authorizes nor prohibits secession, an act of secession would purport to alter the governance of Canadian territory in a manner which undoubtedly is inconsistent with our current constitutional arrangements. The fact that those changes would be profound, or that they would purport to have a significance with respect to inter-

laborieusement, envisagée isolément ou dans le cadre du problème plus large des minorités, reflète l’importance de cette valeur constitutionnelle sous-jacente.

(4) L’application des principes constitutionnels dans un contexte de sécession

La sécession est la démarche par laquelle un groupe ou une partie d’un État cherche à se détacher de l’autorité politique et constitutionnelle de cet État, en vue de former un nouvel État doté d’une assise territoriale et reconnu au niveau international. Dans le cas d’un État fédéral, la sécession signifie normalement le détachement d’une entité territoriale de la fédération. La sécession est autant un acte juridique qu’un acte politique. La question 1 du renvoi nous demande de statuer sur la légalité d’une sécession unilatérale «en vertu de la Constitution du Canada». La question est appropriée puisqu’elle comporte l’examen de la légalité d’une sécession unilatérale, en premier lieu du moins, du point de vue de l’ordre juridique interne de l’État dont l’entité cherche à se séparer. Comme nous le verrons, on prétend aussi que le droit international pose une norme permettant d’apprécier la légalité de l’acte de sécession envisagé.

La sécession d’une province du Canada doit être considérée, en termes juridiques, comme requérant une modification de la Constitution, qui exige forcément une négociation. Les modifications requises pour parvenir à une sécession pourraient être vastes et radicales. Certains auteurs ont exprimé l’avis qu’une sécession entraînerait un changement d’une telle ampleur qu’il ne pourrait pas être considéré simplement comme une modification de la Constitution. Nous n’en sommes pas convaincus. Il est vrai que la Constitution est muette quant à la faculté d’une province de faire sécession de la Confédération, mais bien que la Constitution n’autorise pas ni n’interdise expressément la sécession, un acte de sécession aurait pour but de transformer le mode de gouvernement du territoire canadien d’une façon qui est sans aucun doute incompatible avec nos arrangements constitutionnels actuels. Le fait que ces changements seraient profonds, ou

83

84

national law, does not negate their nature as amendments to the Constitution of Canada.

qu'ils prétendraient avoir une incidence en droit international, ne leur retire pas leur caractère de modifications de la Constitution du Canada.

85

The Constitution is the expression of the sovereignty of the people of Canada. It lies within the power of the people of Canada, acting through their various governments duly elected and recognized under the Constitution, to effect whatever constitutional arrangements are desired within Canadian territory, including, should it be so desired, the secession of Quebec from Canada. As this Court held in the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at p. 745, “[t]he Constitution of a country is a statement of the will of the people to be governed in accordance with certain principles held as fundamental and certain prescriptions restrictive of the powers of the legislature and government”. The manner in which such a political will could be formed and mobilized is a somewhat speculative exercise, though we are asked to assume the existence of such a political will for the purpose of answering the question before us. By the terms of this Reference, we have been asked to consider whether it would be constitutional in such a circumstance for the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally.

La Constitution est l’expression de la souveraineté de la population du Canada. La population du Canada, agissant par l’intermédiaire des divers gouvernements dûment élus et reconnus en vertu de la Constitution, détient le pouvoir de mettre en œuvre tous les arrangements constitutionnels souhaités dans les limites du territoire canadien, y compris, si elle était souhaitée, la sécession du Québec du Canada. Comme l’a affirmé notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 745, «[l]a Constitution d’un pays est l’expression de la volonté du peuple d’être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement». La méthode par laquelle une telle volonté politique prendrait forme et serait mobilisée demeure quelque peu conjecturale. Toutefois, on nous demande de présumer l’existence d’une telle volonté politique aux fins de répondre à la question soumise. Les termes mêmes du renvoi nous demandent de déterminer si, constitutionnellement, l’Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec pourraient procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada dans de telles circonstances.

86

The “unilateral” nature of the act is of cardinal importance and we must be clear as to what is understood by this term. In one sense, any step towards a constitutional amendment initiated by a single actor on the constitutional stage is “unilateral”. We do not believe that this is the meaning contemplated by Question 1, nor is this the sense in which the term has been used in argument before us. Rather, what is claimed by a right to secede “unilaterally” is the right to effectuate secession without prior negotiations with the other provinces and the federal government. At issue is not the legality of the first step but the legality of the final act of purported unilateral secession. The supposed juridical basis for such an act is said to be a clear expression of democratic will in a referendum in the province of Quebec. This claim

Le caractère «unilatéral» de l’acte est de première importance, et il faut bien comprendre le sens donné à ce mot. Dans un sens, toute démarche faite par un acteur unique sur le plan constitutionnel en vue de parvenir à une modification de la Constitution est «unilatérale». Nous ne pensons pas que tel soit le sens visé dans la question 1, ni le sens donné dans les arguments présentés devant nous. Ce qui est revendiqué comme droit de faire «unilatéralement» sécession est plutôt le droit de procéder à la sécession sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral. Ce n’est pas la légalité de la démarche initiale qui est en cause ici, mais la légalité de l’acte final de sécession unilatérale envisagée. Le fondement juridique d’un tel acte serait une volonté démocratique clairement exprimée par un référen-

requires us to examine the possible juridical impact, if any, of such a referendum on the functioning of our Constitution, and on the claimed legality of a unilateral act of secession.

Although the Constitution does not itself address the use of a referendum procedure, and the results of a referendum have no direct role or legal effect in our constitutional scheme, a referendum undoubtedly may provide a democratic method of ascertaining the views of the electorate on important political questions on a particular occasion. The democratic principle identified above would demand that considerable weight be given to a clear expression by the people of Quebec of their will to secede from Canada, even though a referendum, in itself and without more, has no direct legal effect, and could not in itself bring about unilateral secession. Our political institutions are premised on the democratic principle, and so an expression of the democratic will of the people of a province carries weight, in that it would confer legitimacy on the efforts of the government of Quebec to initiate the Constitution's amendment process in order to secede by constitutional means. In this context, we refer to a "clear" majority as a qualitative evaluation. The referendum result, if it is to be taken as an expression of the democratic will, must be free of ambiguity both in terms of the question asked and in terms of the support it achieves.

The federalism principle, in conjunction with the democratic principle, dictates that the clear repudiation of the existing constitutional order and the clear expression of the desire to pursue secession by the population of a province would give rise to a reciprocal obligation on all parties to Confederation to negotiate constitutional changes to respond to that desire. The amendment of the Constitution begins with a political process undertaken pursuant to the Constitution itself. In Canada, the initiative for constitutional amendment is the responsibility of democratically elected representatives of the participants in Confederation. Those

dum dans la province de Québec. Cet argument nous amène à examiner l'impact juridique que pourrait avoir un tel référendum sur le fonctionnement de notre Constitution et sur la légalité alléguée d'un acte unilatéral de sécession.

La Constitution elle-même ne traite pas d'un recours au référendum, et les résultats d'un référendum n'ont aucun rôle direct ni effet juridique dans notre régime constitutionnel, mais un référendum peut certainement fournir un moyen démocratique de connaître l'opinion de l'électorat sur des questions politiques importantes dans un cas précis. Le principe démocratique défini plus haut exigerait d'accorder un poids considérable à l'expression claire par la population du Québec de sa volonté de faire sécession du Canada même si un référendum, de lui-même et sans plus, n'aurait aucun effet juridique direct et ne pourrait à lui seul réaliser une sécession unilatérale. Nos institutions politiques sont basées sur le principe démocratique et, par conséquent, l'expression de la volonté démocratique de la population d'une province aurait du poids, en ce sens qu'elle conférerait légitimité aux efforts que ferait le gouvernement du Québec pour engager un processus de modification de la Constitution en vue de faire sécession par des voies constitutionnelles. Dans ce contexte, nous parlons de majorité «claire» au sens qualitatif. Pour être considérés comme l'expression de la volonté démocratique, les résultats d'un référendum doivent être dénués de toute ambiguïté en ce qui concerne tant la question posée que l'appui reçu.

Le principe du fédéralisme, joint au principe démocratique, exige que la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession donnent naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé. La modification de la Constitution commence par un processus politique entrepris en vertu de la Constitution elle-même. Au Canada, l'initiative en matière de modification constitutionnelle relève de la responsabilité des représentants démocratique-

87

88

representatives may, of course, take their cue from a referendum, but in legal terms, constitution-making in Canada, as in many countries, is undertaken by the democratically elected representatives of the people. The corollary of a legitimate attempt by one participant in Confederation to seek an amendment to the Constitution is an obligation on all parties to come to the negotiating table. The clear repudiation by the people of Quebec of the existing constitutional order would confer legitimacy on demands for secession, and place an obligation on the other provinces and the federal government to acknowledge and respect that expression of democratic will by entering into negotiations and conducting them in accordance with the underlying constitutional principles already discussed.

ment élus des participants à la Confédération. Pour ces représentants, le signal peut être donné par un référendum mais, en termes juridiques, le pouvoir constituant au Canada, comme dans bien d'autres pays, appartient aux représentants du peuple élus démocratiquement. La tentative légitime, par un participant de la Confédération, de modifier la Constitution a pour corollaire l'obligation faite à toutes les parties de venir à la table des négociations. Le rejet clairement exprimé par le peuple du Québec de l'ordre constitutionnel existant conférerait clairement légitimité aux revendications sécessionnistes, et imposerait aux autres provinces et au gouvernement fédéral l'obligation de prendre en considération et de respecter cette expression de la volonté démocratique en engageant des négociations et en les poursuivant en conformité avec les principes constitutionnels sous-jacents mentionnés précédemment.

⁸⁹ What is the content of this obligation to negotiate? At this juncture, we confront the difficult inter-relationship between substantive obligations flowing from the Constitution and questions of judicial competence and restraint in supervising or enforcing those obligations. This is mirrored by the distinction between the legality and the legitimacy of actions taken under the Constitution. We propose to focus first on the substantive obligations flowing from this obligation to negotiate; once the nature of those obligations has been described, it is easier to assess the appropriate means of enforcement of those obligations, and to comment on the distinction between legality and legitimacy.

En quoi consiste l'obligation de négocier? La réponse à cette question nous oblige à envisager les liens délicats qui existent entre les obligations substantielles découlant de la Constitution et les moyens de les faire valoir, notamment la compétence des tribunaux et la réserve dont ils doivent faire preuve en la matière. La distinction faite entre la légalité et la légitimité des actes accomplis en vertu de la Constitution reflètent la nature de ces liens. Nous nous proposons de traiter d'abord des obligations qui résultent de cette obligation de négocier. Après avoir décrit la nature de ces obligations, il sera plus facile d'apprécier les moyens appropriés pour en assurer le respect et de commenter la distinction entre légalité et légitimité.

⁹⁰ The conduct of the parties in such negotiations would be governed by the same constitutional principles which give rise to the duty to negotiate: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and the protection of minorities. Those principles lead us to reject two absolutist propositions. One of those propositions is that there would be a legal obligation on the other provinces and federal government to accede to the secession of a province, subject only to negotiation of the logistical details of secession. This proposition is attributed either to the supposed implications of the

La conduite des parties dans de telles négociations serait régie par les mêmes principes constitutionnels que ceux qui ont donné naissance à l'obligation de négocier: le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et la protection des minorités. Ces principes nous amènent à rejeter deux propositions extrêmes. La première consiste à dire que les autres provinces et le gouvernement fédéral auraient l'obligation légale de donner leur assentiment à la sécession d'une province, sous réserve seulement de la négociation des détails logistiques de la sécession. Cette propo-

democratic principle of the Constitution, or to the international law principle of self-determination of peoples.

For both theoretical and practical reasons, we cannot accept this view. We hold that Quebec could not purport to invoke a right of self-determination such as to dictate the terms of a proposed secession to the other parties: that would not be a negotiation at all. As well, it would be naive to expect that the substantive goal of secession could readily be distinguished from the practical details of secession. The devil would be in the details. The democracy principle, as we have emphasized, cannot be invoked to trump the principles of federalism and rule of law, the rights of individuals and minorities, or the operation of democracy in the other provinces or in Canada as a whole. No negotiations could be effective if their ultimate outcome, secession, is cast as an absolute legal entitlement based upon an obligation to give effect to that act of secession in the Constitution. Such a foregone conclusion would actually undermine the obligation to negotiate and render it hollow.

However, we are equally unable to accept the reverse proposition, that a clear expression of self-determination by the people of Quebec would impose no obligations upon the other provinces or the federal government. The continued existence and operation of the Canadian constitutional order cannot remain indifferent to the clear expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. This would amount to the assertion that other constitutionally recognized principles necessarily trump the clearly expressed democratic will of the people of Quebec. Such a proposition fails to give sufficient weight to the underlying constitutional principles that must inform the amendment process, including the principles of democracy and federalism. The rights of other provinces and the federal government cannot deny the right of the government of Quebec to pursue secession, should a clear majority of the people of Quebec choose that goal, so long as in doing so, Quebec respects the rights of others. Negotiations

serait une conséquence soi-disant implicite du principe démocratique de la Constitution, ou reposerait sur le principe de l'autodétermination des peuples en droit international.

Nous ne pouvons accepter ce point de vue pour des raisons à la fois théoriques et pratiques. À notre avis, le Québec ne pourrait prétendre invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties les conditions d'une sécession: ce ne serait pas là une négociation. De même, il serait naïf de penser que l'objectif principal, la sécession, pourrait être distingué aisément des détails pratiques d'une sécession. Les écueils résident dans les détails. Comme nous l'avons souligné, on ne peut invoquer le principe de la démocratie pour écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Il n'y a pas de véritables négociations si le résultat recherché, la sécession, est conçu comme un droit absolu résultant d'une obligation constitutionnelle de lui donner effet. Un tel a priori viendrait en réalité anéantir l'obligation de négocier et la vider de son sens.

Toutefois, il nous est tout aussi impossible d'accepter la proposition inverse, selon laquelle une expression claire de la part de la population du Québec d'une volonté d'autodétermination n'imposerait aucune obligation aux autres provinces ou au gouvernement fédéral. L'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait demeurer indifférent devant l'expression claire d'une majorité claire de Québécois de leur désir de ne plus faire partie du Canada. Cela reviendrait à dire que d'autres principes constitutionnels reconnus l'emportent nécessairement sur la volonté démocratiquement et clairement exprimée de la population du Québec. Une telle proposition n'accorde pas suffisamment de poids aux principes constitutionnels sous-jacents qui doivent guider le processus de modification, notamment le principe de la démocratie et le principe du fédéralisme. Les droits des autres provinces et du gouvernement fédéral ne peuvent retirer au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité

91

92

would be necessary to address the interests of the federal government, of Quebec and the other provinces, and other participants, as well as the rights of all Canadians both within and outside Quebec.

claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecte les droits des autres. Des négociations seraient nécessaires pour traiter des intérêts du gouvernement fédéral, du Québec et des autres provinces, d'autres participants, ainsi que des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec.

93 Is the rejection of both of these propositions reconcilable? Yes, once it is realized that none of the rights or principles under discussion is absolute to the exclusion of the others. This observation suggests that other parties cannot exercise their rights in such a way as to amount to an absolute denial of Quebec's rights, and similarly, that so long as Quebec exercises its rights while respecting the rights of others, it may propose secession and seek to achieve it through negotiation. The negotiation process precipitated by a decision of a clear majority of the population of Quebec on a clear question to pursue secession would require the reconciliation of various rights and obligations by the representatives of two legitimate majorities, namely, the clear majority of the population of Quebec, and the clear majority of Canada as a whole, whatever that may be. There can be no suggestion that either of these majorities "trumps" the other. A political majority that does not act in accordance with the underlying constitutional principles we have identified puts at risk the legitimacy of the exercise of its rights.

Peut-on concilier le rejet de ces deux propositions? Oui, si l'on comprend bien qu'aucun des droits ou principes en question ici n'est absolu et qu'aucun ne peut exclure les autres. Cette remarque signifie que d'autres parties ne peuvent exercer leurs droits d'une manière qui reviendrait à nier de façon absolue les droits du Québec et que, de la même façon, tant que le Québec exerce ses droits en respectant les droits des autres, il peut proposer la sécession et chercher à la réaliser par la voie de la négociation. Le processus de négociation qui découlerait d'une décision d'une majorité claire de la population du Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, exigerait la conciliation de divers droits et obligations par les représentants de deux majorités légitimes, à savoir une claire majorité de la population du Québec et une claire majorité de l'ensemble du Canada quelle qu'elle soit. On ne peut admettre que l'une ou l'autre de ces majorités l'emporte sur l'autre. Une majorité politique qui n'agit pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons décrits met en péril la légitimité de l'exercice de ses droits.

94 In such circumstances, the conduct of the parties assumes primary constitutional significance. The negotiation process must be conducted with an eye to the constitutional principles we have outlined, which must inform the actions of all the participants in the negotiation process.

Dans de telles circonstances, la conduite des parties acquiert une grande importance constitutionnelle. On doit mener les négociations sans jamais perdre de vue les principes constitutionnels que nous avons décrits et ces principes doivent guider le comportement de tous les participants à ces négociations.

95 Refusal of a party to conduct negotiations in a manner consistent with constitutional principles and values would seriously put at risk the legitimacy of that party's assertion of its rights, and perhaps the negotiation process as a whole. Those who quite legitimately insist upon the importance of upholding the rule of law cannot at the same

Le refus d'une partie de participer à des négociations dans le respect des principes et valeurs constitutionnels mettrait gravement en péril la légitimité de ses revendications et peut-être aussi l'ensemble du processus de négociation. Ceux qui, très légitimement, insistent sur l'importance du respect de la primauté du droit ne peuvent, en même

time be oblivious to the need to act in conformity with constitutional principles and values, and so do their part to contribute to the maintenance and promotion of an environment in which the rule of law may flourish.

No one can predict the course that such negotiations might take. The possibility that they might not lead to an agreement amongst the parties must be recognized. Negotiations following a referendum vote in favour of seeking secession would inevitably address a wide range of issues, many of great import. After 131 years of Confederation, there exists, inevitably, a high level of integration in economic, political and social institutions across Canada. The vision of those who brought about Confederation was to create a unified country, not a loose alliance of autonomous provinces. Accordingly, while there are regional economic interests, which sometimes coincide with provincial boundaries, there are also national interests and enterprises (both public and private) that would face potential dismemberment. There is a national economy and a national debt. Arguments were raised before us regarding boundary issues. There are linguistic and cultural minorities, including aboriginal peoples, unevenly distributed across the country who look to the Constitution of Canada for the protection of their rights. Of course, secession would give rise to many issues of great complexity and difficulty. These would have to be resolved within the overall framework of the rule of law, thereby assuring Canadians resident in Quebec and elsewhere a measure of stability in what would likely be a period of considerable upheaval and uncertainty. Nobody seriously suggests that our national existence, seamless in so many aspects, could be effortlessly separated along what are now the provincial boundaries of Quebec. As the Attorney General of Saskatchewan put it in his oral submission:

A nation is built when the communities that comprise it make commitments to it, when they forego choices and opportunities on behalf of a nation, . . . when the communities that comprise it make compromises, when they offer each other guarantees, when they make trans-

temps, faire abstraction de la nécessité d'agir en conformité avec les principes et valeurs constitutionnels et ainsi de faire leur part pour contribuer à la préservation et à la promotion d'un cadre dans lequel la règle de droit puisse s'épanouir.

Personne ne peut prédire le cours que pourraient prendre de telles négociations. Il faut reconnaître la possibilité qu'elles n'aboutissent pas à un accord entre les parties. Des négociations engagées à la suite d'un vote référendaire en faveur d'un projet de sécession toucheraient inévitablement des questions très diverses et souvent d'une grande portée. Il existe inévitablement, après 131 ans de Confédération, un haut niveau d'intégration des institutions économiques, politiques et sociales au Canada. La vision des fondateurs de la Confédération était de créer un pays unifié et non pas une vague alliance de provinces autonomes. Par conséquent, s'il existe des intérêts économiques régionaux qui coïncident parfois avec les frontières provinciales, il existe également des entreprises et intérêts (publics et privés) nationaux qui seraient exposés au démantèlement. Il y a une économie nationale et une dette nationale. La question des frontières territoriales a été invoquée devant nous. Des minorités linguistiques et culturelles, dont les peuples autochtones, réparties de façon inégale dans l'ensemble du pays, comptent sur la Constitution du Canada pour protéger leurs droits. Bien sûr, la sécession donnerait naissance à une multitude de questions très difficiles et très complexes, qu'il faudrait résoudre dans le cadre général de la primauté du droit de façon à assurer aux Canadiens résidant au Québec et ailleurs une certaine stabilité pendant ce qui serait probablement une période d'incertitude et de bouleversement profonds. Nul ne peut sérieusement soutenir que notre existence nationale, si étroitement tissée sous tant d'aspects, pourrait être déchirée sans efforts selon les frontières provinciales actuelles du Québec. Comme le disait le Procureur général de la Saskatchewan dans sa plaidoirie:

[TRADUCTION] Une nation est construite lorsque les collectivités qui la composent prennent des engagements à son égard, quand elles renoncent à des choix et des possibilités, au nom d'une nation, [. . .] quand les collectivités qui la composent font des compromis, quand

fers and perhaps most pointedly, when they receive from others the benefits of national solidarity. The threads of a thousand acts of accommodation are the fabric of a nation. . . .

elles se donnent des garanties mutuelles, quand elles échangent et, peut-être plus à propos, quand elles reçoivent des autres les avantages de la solidarité nationale. Les fils de milliers de concessions mutuelles tissent la toile de la nation . . .

97 In the circumstances, negotiations following such a referendum would undoubtedly be difficult. While the negotiators would have to contemplate the possibility of secession, there would be no absolute legal entitlement to it and no assumption that an agreement reconciling all relevant rights and obligations would actually be reached. It is foreseeable that even negotiations carried out in conformity with the underlying constitutional principles could reach an impasse. We need not speculate here as to what would then transpire. Under the Constitution, secession requires that an amendment be negotiated.

Dans ces circonstances, on ne peut douter que des négociations résultant d'un tel référendum seraient difficiles. Les négociateurs devraient envisager la possibilité d'une sécession, sans qu'il y ait toutefois de droit absolu à la sécession ni certitude qu'il sera réellement possible de parvenir à un accord conciliant tous les droits et toutes les obligations en jeu. Il est concevable que même des négociations menées en conformité avec les principes constitutionnels fondamentaux aboutissent à une impasse. Nous n'avons pas ici à faire des conjectures sur ce qui surviendrait alors. En vertu de la Constitution, la sécession exige la négociation d'une modification.

98 The respective roles of the courts and political actors in discharging the constitutional obligations we have identified follows ineluctably from the foregoing observations. In the *Patriation Reference*, a distinction was drawn between the law of the Constitution, which, generally speaking, will be enforced by the courts, and other constitutional rules, such as the conventions of the Constitution, which carry only political sanctions. It is also the case, however, that judicial intervention, even in relation to the law of the Constitution, is subject to the Court's appreciation of its proper role in the constitutional scheme.

Les rôles respectifs des tribunaux et des acteurs politiques, dans l'exécution des obligations constitutionnelles que nous avons décrites, découlent inéluctablement des remarques antérieures. Dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, une distinction a été faite entre le droit de la Constitution, que généralement les tribunaux font respecter, et d'autres règles constitutionnelles, telles les conventions de la Constitution, qui sont susceptibles de sanctions politiques seulement. Ici encore, toutefois, l'intervention judiciaire, même en ce qui concerne le droit de la Constitution, est subordonnée à l'appréciation que la Cour fait du rôle qui lui revient dans notre système constitutionnel.

99 The notion of justiciability is, as we earlier pointed out in dealing with the preliminary objection, linked to the notion of appropriate judicial restraint. We earlier made reference to the discussion of justiciability in *Reference re Canada Assistance Plan, supra*, at p. 545:

Comme nous l'avons souligné dans l'examen des objections préliminaires, la notion de justiciabilité est liée à la notion de réserve judiciaire appropriée. Nous citons plus haut cette allusion à la question de la justiciabilité dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, à la p. 545:

In exercising its discretion whether to determine a matter that is alleged to be non-justiciable, the Court's primary concern is to retain its proper role within the constitutional framework of our democratic form of government.

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient de répondre à une question qui, allègue-t-on, ne relève pas de la compétence des tribunaux, la Cour doit veiller surtout à conserver le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement.

In *Operation Dismantle, supra*, at p. 459, it was pointed out that justiciability is a “doctrine . . . founded upon a concern with the appropriate role of the courts as the forum for the resolution of different types of disputes”. An analogous doctrine of judicial restraint operates here. Also, as observed in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49 (the *Auditor General’s* case), at p. 91:

There is an array of issues which calls for the exercise of judicial judgment on whether the questions are properly cognizable by the courts. Ultimately, such judgment depends on the appreciation by the judiciary of its own position in the constitutional scheme.

The role of the Court in this Reference is limited to the identification of the relevant aspects of the Constitution in their broadest sense. We have interpreted the questions as relating to the constitutional framework within which political decisions may ultimately be made. Within that framework, the workings of the political process are complex and can only be resolved by means of political judgments and evaluations. The Court has no supervisory role over the political aspects of constitutional negotiations. Equally, the initial impetus for negotiation, namely a clear majority on a clear question in favour of secession, is subject only to political evaluation, and properly so. A right and a corresponding duty to negotiate secession cannot be built on an alleged expression of democratic will if the expression of democratic will is itself fraught with ambiguities. Only the political actors would have the information and expertise to make the appropriate judgment as to the point at which, and the circumstances in which, those ambiguities are resolved one way or the other.

If the circumstances giving rise to the duty to negotiate were to arise, the distinction between the strong defence of legitimate interests and the taking of positions which, in fact, ignore the legitimate interests of others is one that also defies legal analysis. The Court would not have access to all of

L’arrêt *Operation Dismantle*, précité, à la p. 459, souligne que la justiciabilité est une «doctrine [. . .] fondée sur une préoccupation à l’égard du rôle approprié des tribunaux en tant que tribune pour résoudre divers genres de différends». Un principe analogue de réserve judiciaire s’applique ici. L’arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l’Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49 (l’arrêt *Vérificateur général*), dit aussi, à la p. 91:

Il existe tout un éventail de questions litigieuses exigeant l’exercice d’un jugement judiciaire pour déterminer si elles relèvent à bon droit de la compétence des tribunaux. Finalement, un tel jugement dépend de l’appréciation par le judiciaire de sa propre position dans le système constitutionnel.

Le rôle de notre Cour dans ce renvoi se limite à identifier les aspects pertinents de la Constitution, dans leur sens le plus large. Nous avons interprété les questions comme se rapportant au cadre constitutionnel dans lequel des décisions politiques peuvent, en dernière analyse, être prises. À l’intérieur de ce cadre, les rouages du processus politique sont complexes et ne peuvent être déterminés que par le moyen de jugements et d’évaluations d’ordre politique. La Cour n’a aucun rôle de surveillance à jouer sur les aspects politiques des négociations constitutionnelles. De même, l’incitation initiale à la négociation, à savoir une majorité claire en faveur de la sécession en réponse à une question claire, n’est assujettie qu’à une évaluation d’ordre politique, et ce à juste titre. Le droit et l’obligation correspondante de négocier ne peuvent reposer sur une présumée expression de volonté démocratique si cette expression est elle-même chargée d’ambiguïtés. Seuls les acteurs politiques auraient l’information et l’expertise pour juger du moment où ces ambiguïtés seraient résolues dans un sens ou dans l’autre, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles le seraient.

Si les circonstances donnant lieu à l’obligation de négocier devaient survenir, l’analyse juridique ne permettrait pas non plus de faire la distinction entre la défense énergique d’intérêts légitimes et la prise de positions qui, en réalité, écarteraient totalement les intérêts légitimes de certains. La Cour

100

101

the information available to the political actors, and the methods appropriate for the search for truth in a court of law are ill-suited to getting to the bottom of constitutional negotiations. To the extent that the questions are political in nature, it is not the role of the judiciary to interpose its own views on the different negotiating positions of the parties, even were it invited to do so. Rather, it is the obligation of the elected representatives to give concrete form to the discharge of their constitutional obligations which only they and their electors can ultimately assess. The reconciliation of the various legitimate constitutional interests outlined above is necessarily committed to the political rather than the judicial realm, precisely because that reconciliation can only be achieved through the give and take of the negotiation process. Having established the legal framework, it would be for the democratically elected leadership of the various participants to resolve their differences.

n'aurait pas accès à toute l'information dont disposent les acteurs politiques, et les méthodes établies pour la recherche de la vérité devant une cour de justice sont mal adaptées à une analyse en profondeur de négociations constitutionnelles. Dans la mesure où les questions sont de nature politique, ce n'est pas le rôle du judiciaire d'interposer ses propres opinions sur les positions divergentes adoptées par les parties aux négociations, même s'il était invité à le faire. Il incombe plutôt aux représentants élus de s'acquitter de leurs obligations constitutionnelles d'une façon concrète que, en dernière analyse, seuls leurs électeurs et eux-mêmes sont en mesure d'évaluer. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes décrits plus haut relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le «donnant, donnant» du processus de négociation. Une fois établi le cadre juridique, il appartiendrait aux dirigeants démocratiquement élus des divers participants de résoudre leurs différends.

102 The non-justiciability of political issues that lack a legal component does not deprive the surrounding constitutional framework of its binding status, nor does this mean that constitutional obligations could be breached without incurring serious legal repercussions. Where there are legal rights there are remedies, but as we explained in the *Auditor General's* case, *supra*, at p. 90, and *New Brunswick Broadcasting*, *supra*, the appropriate recourse in some circumstances lies through the workings of the political process rather than the courts.

La non-justiciabilité de questions politiques dénuées de composante juridique ne retire pas au cadre constitutionnel existant son caractère impératif et ne signifie pas non plus que les obligations constitutionnelles pourraient être violées sans entraîner de graves conséquences juridiques. Quand il existe des droits, il existe des réparations, mais comme nous l'expliquons dans *Vérificateur général*, précité, à la p. 90, et *New Brunswick Broadcasting*, précité, le recours approprié, dans certaines circonstances, fait appel aux mécanismes du processus politique plutôt qu'aux tribunaux.

103 To the extent that a breach of the constitutional duty to negotiate in accordance with the principles described above undermines the legitimacy of a party's actions, it may have important ramifications at the international level. Thus, a failure of the duty to undertake negotiations and pursue them according to constitutional principles may undermine that government's claim to legitimacy which is generally a precondition for recognition by the international community. Conversely, violations of those principles by the federal or other provincial

Dans la mesure où la violation de l'obligation constitutionnelle de négocier conformément aux principes décrits ci-dessus mine la légitimité des actions d'une partie, elle peut avoir des répercussions importantes au plan international. Ainsi, le manquement à l'obligation d'engager et de poursuivre des négociations en conformité avec les principes constitutionnels peut affaiblir la légitimité du gouvernement qui s'en réclame, alors que celle-ci est en règle générale une condition préalable à la reconnaissance par la communauté interna-

governments responding to the request for secession may undermine their legitimacy. Thus, a Quebec that had negotiated in conformity with constitutional principles and values in the face of unreasonable intransigence on the part of other participants at the federal or provincial level would be more likely to be recognized than a Quebec which did not itself act according to constitutional principles in the negotiation process. Both the legality of the acts of the parties to the negotiation process under Canadian law, and the perceived legitimacy of such action, would be important considerations in the recognition process. In this way, the adherence of the parties to the obligation to negotiate would be evaluated in an indirect manner on the international plane.

Accordingly, the secession of Quebec from Canada cannot be accomplished by the National Assembly, the legislature or government of Quebec unilaterally, that is to say, without principled negotiations, and be considered a lawful act. Any attempt to effect the secession of a province from Canada must be undertaken pursuant to the Constitution of Canada, or else violate the Canadian legal order. However, the continued existence and operation of the Canadian constitutional order cannot remain unaffected by the unambiguous expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. The primary means by which that expression is given effect is the constitutional duty to negotiate in accordance with the constitutional principles that we have described herein. In the event secession negotiations are initiated, our Constitution, no less than our history, would call on the participants to work to reconcile the rights, obligations and legitimate aspirations of all Canadians within a framework that emphasizes constitutional responsibilities as much as it does constitutional rights.

It will be noted that Question 1 does not ask how secession could be achieved in a constitu-

tionale. Inversement, la violation de ces principes par le gouvernement fédéral ou le gouvernement d'autres provinces dans leur réponse à une demande de sécession peut entacher leur légitimité. Ainsi, un Québec qui aurait négocié dans le respect des principes et valeurs constitutionnels face à l'intransigence injustifiée d'autres participants au niveau fédéral ou provincial aurait probablement plus de chances d'être reconnu qu'un Québec qui n'aurait pas lui-même agi conformément aux principes constitutionnels au cours du processus de négociation. La légalité des actes des parties au processus de négociation selon le droit canadien ainsi que la légitimité qu'on leur reconnaît seraient l'une et l'autre des considérations importantes dans le processus de reconnaissance. De cette manière, l'adhésion des parties à l'obligation de négocier serait indirectement évaluée au plan international.

Il ressort donc clairement de l'analyse qui précède que la sécession du Québec du Canada ne peut pas être considérée un acte légal si elle est réalisée unilatéralement par l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec, c'est-à-dire sans négociations conformes aux principes. Tout projet de sécession d'une province du Canada qui n'est pas entrepris en conformité avec la Constitution du Canada est une violation de l'ordre juridique du Canada. Cependant, l'ordre constitutionnel canadien ne peut manquer d'être affecté dans son existence et son fonctionnement par l'expression non ambiguë d'une majorité claire de Québécois de leur désir de ne plus faire partie du Canada. Le principal moyen de donner effet à cette expression est l'obligation constitutionnelle de négocier conformément aux principes constitutionnels que nous avons définis. Si des négociations de sécession étaient engagées, notre Constitution, tout autant que notre histoire, appellerait les participants à s'efforcer de concilier les droits, les obligations et les aspirations légitimes de tous les Canadiens dans un cadre qui donnerait autant d'importance aux responsabilités qu'aux droits de chacun en vertu de la Constitution.

Il faut souligner que la question 1 ne demande pas comment la sécession pourrait être réalisée de

104

105

tional manner, but addresses one form of secession only, namely unilateral secession. Although the applicability of various procedures to achieve lawful secession was raised in argument, each option would require us to assume the existence of facts that at this stage are unknown. In accordance with the usual rule of prudence in constitutional cases, we refrain from pronouncing on the applicability of any particular constitutional procedure to effect secession unless and until sufficiently clear facts exist to squarely raise an issue for judicial determination.

(5) Suggested Principle of Effectivity

106

In the foregoing discussion we have not overlooked the principle of effectivity, which was placed at the forefront in argument before us. For the reasons that follow, we do not think that the principle of effectivity has any application to the issues raised by Question 1. A distinction must be drawn between the right of a people to act, and their power to do so. They are not identical. A right is recognized in law: mere physical ability is not necessarily given status as a right. The fact that an individual or group can act in a certain way says nothing at all about the legal status or consequences of the act. A power may be exercised even in the absence of a right to do so, but if it is, then it is exercised without legal foundation. Our Constitution does not address powers in this sense. On the contrary, the Constitution is concerned only with the rights and obligations of individuals, groups and governments, and the structure of our institutions. It was suggested before us that the National Assembly, legislature or government of Quebec could unilaterally effect the secession of that province from Canada, but it was not suggested that they might do so as a matter of law: rather, it was contended that they simply could do so as a matter of fact. Although under the Constitution there is no right to pursue secession unilaterally, that is secession without principled negotiation, this does not rule out the possibility of an unconstitutional declaration of secession leading to a *de facto* secession. The ultimate success of such a secession would be dependent on effective control of a territory and recognition by the interna-

façon constitutionnelle, mais vise uniquement une seule forme de sécession, la sécession unilatérale. Bien que la possibilité d'appliquer des procédures diverses pour réaliser la sécession ait été abordée dans les plaidoiries, chaque option exigerait que nous présumions l'existence de faits qui sont inconnus à ce stade. Selon la règle de prudence requise en matière constitutionnelle, nous nous abstenons de toute conclusion quant à l'application possible d'une procédure précise pour faire sécession tant qu'il n'existe pas suffisamment de faits clairs soulevant une question justiciable.

(5) L'argument fondé sur le principe de l'effectivité

Dans ce qui précède, nous n'avons pas écarté le principe de l'effectivité qui a été au premier rang de l'argumentation soumise. Pour les raisons qui suivent, nous ne croyons pas que le principe de l'effectivité s'applique de quelque façon aux points soulevés par la question 1. Il faut bien faire la distinction entre le droit d'un peuple d'agir et son pouvoir d'agir. Ils ne sont pas identiques. Un droit est reconnu par la loi; la simple possibilité matérielle n'a pas nécessairement le statut de droit. Le fait qu'une personne ou un groupe puisse agir d'une certaine manière ne détermine aucunement la qualité ou les conséquences juridiques de l'acte. Un pouvoir peut être exercé même en l'absence d'un droit d'agir, mais ce pouvoir est alors exercé sans fondement juridique. Notre Constitution ne traite pas de pouvoirs dans ce sens-là. Au contraire, notre Constitution s'intéresse uniquement aux droits et obligations d'individus, de groupes et de gouvernements et à la structure de nos institutions. On a soutenu que l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec pourraient réaliser unilatéralement la sécession de cette province du Canada, mais on n'a pas indiqué qu'ils pourraient la réaliser en droit: on a plutôt prétendu qu'ils pourraient simplement l'accomplir dans les faits. Quoiqu'il n'existe aucun droit à la sécession unilatérale dans la Constitution, c'est-à-dire sans négociation conforme aux principes, cela n'exclut pas la possibilité d'une déclaration inconstitutionnelle de sécession aboutissant à une sécession de fait. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait du contrôle effectif d'un territoire et de la

tional community. The principles governing secession at international law are discussed in our answer to Question 2.

In our view, the alleged principle of effectivity has no constitutional or legal status in the sense that it does not provide an *ex ante* explanation or justification for an act. In essence, acceptance of a principle of effectivity would be tantamount to accepting that the National Assembly, legislature or government of Quebec may act without regard to the law, simply because it asserts the power to do so. So viewed, the suggestion is that the National Assembly, legislature or government of Quebec could purport to secede the province unilaterally from Canada in disregard of Canadian and international law. It is further suggested that if the secession bid was successful, a new legal order would be created in that province, which would then be considered an independent state.

Such a proposition is an assertion of fact, not a statement of law. It may or may not be true; in any event it is irrelevant to the questions of law before us. If, on the other hand, it is put forward as an assertion of law, then it simply amounts to the contention that the law may be broken as long as it can be broken successfully. Such a notion is contrary to the rule of law, and must be rejected.

B. *Question 2*

Does international law give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to

reconnaissance par la communauté internationale. Les principes régissant la sécession en droit international sont analysés dans notre réponse à la question 2.

À notre avis, le principe de l'effectivité qui a été plaidé n'a aucun statut constitutionnel ou juridique en ce sens qu'il ne fournit pas d'explication ou de justification préalable à l'acte. L'acceptation d'un principe de l'effectivité reviendrait essentiellement à accepter que l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec peuvent agir sans tenir compte du droit, pour la simple raison qu'ils affirment avoir le pouvoir de le faire. Dans une telle perspective, on suggère en réalité que l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec pourraient prétendre réaliser unilatéralement la sécession de la province du Canada dans le non-respect du droit canadien et international. On soutient en outre que, si le projet sécessionniste réussissait, un nouvel ordre juridique serait créé dans la province qui serait alors considérée comme un État indépendant.

Cette proposition est un énoncé de fait, ce n'est pas un énoncé de droit. Elle peut être ou ne pas être vraie; elle n'a de toute façon aucune pertinence quant aux questions de droit dont nous sommes saisis. Si, par contre, cette proposition est présentée comme un énoncé de droit, elle revient tout simplement à soutenir que l'on peut violer la loi tant que la violation réussit. Une telle affirmation est contraire à la primauté du droit et doit donc être rejetée.

B. *Question 2*

L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature,

107

108

effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?

ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

109 For reasons already discussed, the Court does not accept the contention that Question 2 raises a question of “pure” international law which this Court has no jurisdiction to address. Question 2 is posed in the context of a Reference to address the existence or non-existence of a right of unilateral secession by a province of Canada. The *amicus curiae* argues that this question ultimately falls to be determined under international law. In addressing this issue, the Court does not purport to act as an arbiter between sovereign states or more generally within the international community. The Court is engaged in rendering an advisory opinion on certain legal aspects of the continued existence of the Canadian federation. International law has been invoked as a consideration and it must therefore be addressed.

Pour les raisons discutées précédemment, la Cour n’accepte pas la prétention que la question 2 soulève une question de droit international «pur» sur laquelle elle n’a pas compétence. La question 2 est posée dans le contexte d’un renvoi touchant l’existence ou l’inexistence du droit d’une province du Canada de faire sécession unilatéralement. L’*amicus curiae* plaide que cette question doit ultimement être tranchée en vertu du droit international. Dans l’examen de cette question, la Cour ne prétend pas agir à titre d’arbitre entre États souverains ou, plus généralement, au sein de la communauté internationale. La Cour donne un avis consultatif sur certains aspects juridiques du maintien de l’existence de la fédération canadienne. Le droit international est un des facteurs qui ont été plaidés et, par conséquent, il doit être examiné.

110 The argument before the Court on Question 2 has focused largely on determining whether, under international law, a positive legal right to unilateral secession exists in the factual circumstances assumed for the purpose of our response to Question 1. Arguments were also advanced to the effect that, regardless of the existence or non-existence of a positive right to unilateral secession, international law will in the end recognize effective political realities — including the emergence of a new state — as facts. While our response to Question 2 will address considerations raised by this alternative argument of “effectivity”, it should first be noted that the existence of a positive legal entitlement is quite different from a prediction that the law will respond after the fact to a then existing political reality. These two concepts examine different points in time. The questions posed to the Court address legal rights in advance of a unilateral act of purported secession. While we touch below on the practice governing the international recognition of emerging states, the Court is as wary of entertaining speculation about the possible future conduct of sovereign states on the international level as it was under Question 1 to speculate

L’argumentation présentée à la Cour sur la question 2 a porté principalement sur la question de savoir si, en droit international, il existe un droit de sécession unilatérale dans les circonstances qui ont été présentées aux fins de la question 1. On a également avancé d’autres arguments voulant que, indépendamment de l’existence ou de l’inexistence d’un droit de sécession unilatérale, le droit international reconnaîtra en bout de ligne comme un état de fait certaines réalités politiques concrètes — y compris l’émergence d’un nouvel État. Bien que notre réponse à la question 2 tienne compte de considérations soulevées par l’argument subsidiaire fondé sur l’«effectivité», il faut souligner d’abord qu’il y a une grande différence entre conclure à l’existence d’un droit positif et prédire que le droit réagira, après le fait, à une réalité politique existante. Ces deux concepts s’attachent à des moments différents. Les questions posées à la Cour portent sur des droits juridiques dans la perspective d’un éventuel acte unilatéral censé opérer sécession. Même si nous abordons plus loin la pratique régissant la reconnaissance internationale des nouveaux États, notre Cour est tout aussi réticente à se livrer à des spéculations sur les réactions éven-

about the possible future course of political negotiations among the participants in the Canadian federation. In both cases, the Reference questions are directed only to the legal framework within which the political actors discharge their various mandates.

(1) Secession at International Law

It is clear that international law does not specifically grant component parts of sovereign states the legal right to secede unilaterally from their “parent” state. This is acknowledged by the experts who provided their opinions on behalf of both the *amicus curiae* and the Attorney General of Canada. Given the lack of specific authorization for unilateral secession, proponents of the existence of such a right at international law are therefore left to attempt to found their argument (i) on the proposition that unilateral secession is not specifically prohibited and that what is not specifically prohibited is inferentially permitted; or (ii) on the implied duty of states to recognize the legitimacy of secession brought about by the exercise of the well-established international law right of “a people” to self-determination. The *amicus curiae* addressed the right of self-determination, but submitted that it was not applicable to the circumstances of Quebec within the Canadian federation, irrespective of the existence or non-existence of a referendum result in favour of secession. We agree on this point with the *amicus curiae*, for reasons that we will briefly develop.

(a) *Absence of a Specific Prohibition*

International law contains neither a right of unilateral secession nor the explicit denial of such a right, although such a denial is, to some extent, implicit in the exceptional circumstances required for secession to be permitted under the right of a people to self-determination, e.g., the right of secession that arises in the exceptional situation of an oppressed or colonial people, discussed below. As will be seen, international law places great

tuelles d’États souverains à l’échelle internationale qu’elle l’était, dans le cadre de la question 1, quant au déroulement d’éventuelles négociations politiques entre les participants à la fédération canadienne. Dans les deux cas, les questions du renvoi visent uniquement le cadre juridique à l’intérieur duquel les acteurs politiques s’acquittent de leur mandat respectif.

(1) La sécession en droit international

Il est clair que le droit international n’accorde pas expressément aux parties constituantes d’un État souverain le droit de faire sécession unilatéralement de l’État «parent». Cela est reconnu par les experts qui ont donné leur avis tant pour le compte de l’*amicus curiae* que pour le compte du procureur général du Canada. Puisque la sécession unilatérale ne fait pas l’objet d’autorisation expresse, les tenants de l’existence d’un tel droit en droit international n’ont d’autre choix que de fonder leur argument (i) soit sur la thèse selon laquelle la sécession unilatérale n’est pas expressément interdite, et que ce qui n’est pas explicitement interdit est, par inférence, permis; (ii) soit sur l’obligation implicite qui incombe aux États de reconnaître la légitimité d’une sécession accomplie par l’exercice du droit, bien établi en droit international, qu’a «un peuple» à l’autodétermination. L’*amicus curiae* a abordé le droit à l’autodétermination mais a soutenu que celui-ci ne s’appliquait pas au cas du Québec au sein de la fédération canadienne, indépendamment de l’existence ou de l’inexistence d’un résultat référendaire en faveur de la sécession. Nous sommes d’accord avec l’*amicus curiae* sur ce point, pour les raisons que nous allons exposer brièvement.

a) *L’absence d’interdiction expresse*

Le droit international ne prévoit pas de droit de sécession unilatérale, mais il n’en nie pas explicitement l’existence, quoique, dans une certaine mesure, une telle négation découle implicitement du caractère exceptionnel des circonstances qui sont requises pour autoriser une sécession fondée sur le droit d’un peuple à l’autodétermination, comme le droit de sécession découlant de la situation exceptionnelle d’un peuple opprimé ou colo-

111

112

importance on the territorial integrity of nation states and, by and large, leaves the creation of a new state to be determined by the domestic law of the existing state of which the seceding entity presently forms a part (R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law* (1963), at pp. 8-9). Where, as here, unilateral secession would be incompatible with the domestic Constitution, international law is likely to accept that conclusion subject to the right of peoples to self-determination, a topic to which we now turn.

(b) *The Right of a People to Self-determination*

113 While international law generally regulates the conduct of nation states, it does, in some specific circumstances, also recognize the “rights” of entities other than nation states — such as the right of a people to self-determination.

114 The existence of the right of a people to self-determination is now so widely recognized in international conventions that the principle has acquired a status beyond “convention” and is considered a general principle of international law. (A. Cassese, *Self-determination of peoples: A legal reappraisal* (1995), at pp. 171-72; K. Doehring, “Self-Determination”, in B. Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary* (1994), at p. 70.)

115 Article 1 of the *Charter of the United Nations*, Can. T.S. 1945 No. 7, states in part that one of the purposes of the United Nations (U.N.) is:

Article 1

. . . .

2. To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace;

nisé, qui est examiné plus loin. Comme nous le verrons, le droit international attache une grande importance à l’intégrité territoriale des États Nations et, de manière générale, laisse le droit interne de l’État existant dont l’entité sécessionniste fait toujours partie décider de la création ou non d’un nouvel État (R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law* (1963), aux pp. 8 et 9). Dans les cas, comme celui qui nous occupe, où la sécession unilatérale serait incompatible avec la constitution interne, le droit international acceptera vraisemblablement cette conclusion, sous réserve du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes, ou droit à l’autodétermination, sujet que nous allons maintenant aborder.

b) *Le droit d’un peuple à l’autodétermination*

Bien que le droit international régisse généralement la conduite des États Nations, il reconnaît également, dans certaines circonstances précises, les «droits» d’entités qui ne sont pas des États Nations — tel le droit d’un peuple à l’autodétermination.

L’existence du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes est aujourd’hui si largement reconnue dans les conventions internationales que ce principe a acquis un statut supérieur à celui d’une «convention» et est considéré comme un principe général du droit international. (A. Cassese, *Self-determination of peoples: A legal reappraisal* (1995), aux pp. 171 et 172; K. Doehring, «Self-Determination», dans B. Simma, éd., *The Charter of the United Nations: A Commentary* (1994), à la p. 70.)

L’article premier de la *Charte des Nations Unies*, R.T. Can. 1945 n° 7, édicte notamment que l’un des buts des Nations Unies est de:

Article 1

. . . .

2. Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l’égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d’eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde;

Article 55 of the U.N. Charter further states that the U.N. shall promote goals such as higher standards of living, full employment and human rights “[w]ith a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples”.

This basic principle of self-determination has been carried forward and addressed in so many U.N. conventions and resolutions that, as noted by Doehring, *supra*, at p. 60:

The sheer number of resolutions concerning the right of self-determination makes their enumeration impossible.

For our purposes, reference to the following conventions and resolutions is sufficient. Article 1 of both the U.N.’s *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, and its *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, states:

1. All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

Similarly, the U.N. General Assembly’s *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970 (*Declaration on Friendly Relations*), states:

By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples enshrined in the Charter of the United Nations, all peoples have the right freely to determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development, and every State has the duty to respect this right in accordance with the provisions of the Charter.

In 1993, the U.N. World Conference on Human Rights adopted the *Vienna Declaration and Programme of Action*, A/CONF.157/24, 25 June 1993,

En outre, en vertu de l’art. 55 de sa Charte, l’Organisation des Nations Unies favorise des buts tels le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et le respect des droits de l’homme «[e]n vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l’égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d’eux-mêmes».

Le principe fondamental de l’autodétermination est énoncé et discuté dans un si grand nombre de conventions et de résolutions des Nations Unies que Doehring, *loc. cit.*, souligne ceci, à la p. 60:

[TRADUCTION] Le nombre même de résolutions concernant le droit à l’autodétermination rend leur énumération impossible.

Pour les fins qui nous intéressent, il suffit de mentionner les conventions et résolutions suivantes. Les articles premiers du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, sont ainsi rédigés:

1. Tous les peuples ont le droit de disposer d’eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

De même, la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970 (*Déclaration touchant les relations amicales*), précise:

En vertu du principe de l’égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d’eux-mêmes, principe consacré dans la Charte des Nations Unies, tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure, et de poursuivre leur développement économique, social et culturel, et tout État a le devoir de respecter ce droit conformément aux dispositions de la Charte.

En 1993, la Conférence mondiale sur les droits de l’homme a adopté le document intitulé *Déclaration et Programme d’action de Vienne*,

116

117

118

119

120

that reaffirmed Article 1 of the two above-mentioned covenants. The U.N. General Assembly's *Declaration on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, GA Res. 50/6, 9 November 1995, also emphasizes the right to self-determination by providing that the U.N.'s member states will:

1. . . .

Continue to reaffirm the right of self-determination of all peoples, taking into account the particular situation of peoples under colonial or other forms of alien domination or foreign occupation, and recognize the right of peoples to take legitimate action in accordance with the Charter of the United Nations to realize their inalienable right of self-determination. This shall not be construed as authorizing or encouraging any action that would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a Government representing the whole people belonging to the territory without distinction of any kind. . . . [Emphasis added.]

121 The right to self-determination is also recognized in other international legal documents. For example, the *Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe*, 14 I.L.M. 1292 (1975) (*Helsinki Final Act*), states (in Part VIII):

The participating States will respect the equal rights of peoples and their right to self-determination, acting at all times in conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations and with the relevant norms of international law, including those relating to territorial integrity of States.

By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples, all peoples always have the right, in full freedom, to determine, when and as they wish, their internal and external political status, without external interference, and to pursue as they wish their political, economic, social and cultural development. [Emphasis added.]

122 As will be seen, international law expects that the right to self-determination will be exercised by

A/CONF.157/24, 25 juin 1993, qui a réaffirmé l'article premier des deux pactes susmentionnés. Dans sa *Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies*, Rés. AG 50/6, 9 novembre 1995, l'Assemblée générale des Nations Unies souligne encore une fois le droit à l'autodétermination en indiquant que ses États membres doivent:

1. . . .

Continuer à réaffirmer le droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, en tenant compte de la situation particulière des peuples soumis à la domination coloniale ou à d'autres formes de domination ou d'occupations étrangères, et reconnaître le droit des peuples à prendre des mesures légitimes conformément à la Charte des Nations Unies pour réaliser leur droit inaliénable à l'autodétermination. Cela ne devra pas être interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrement ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune. . . . [Nous soulignons.]

Le droit à l'autodétermination est également reconnu dans d'autres documents juridiques internationaux. Par exemple, l'*Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe* (1975) (*Acte final d'Helsinki*), énonce (à la partie VIII):

Les États participants respectent l'égalité de droits des peuples et leur droit à disposer d'eux-mêmes, en agissant à tout moment conformément aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes pertinentes du droit international, y compris celles qui ont trait à l'intégrité territoriale des États.

En vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, tous les peuples ont toujours le droit, en toute liberté de déterminer, lorsqu'ils le désirent et comme ils le désirent, leur statut politique interne et externe, sans ingérence extérieure, et de poursuivre à leur gré leur développement politique, économique, social et culturel. [Nous soulignons.]

Comme nous le verrons, en droit international, le droit à l'autodétermination est censé être exercé

peoples within the framework of existing sovereign states and consistently with the maintenance of the territorial integrity of those states. Where this is not possible, in the exceptional circumstances discussed below, a right of secession may arise.

(i) Defining “Peoples”

International law grants the right to self-determination to “peoples”. Accordingly, access to the right requires the threshold step of characterizing as a people the group seeking self-determination. However, as the right to self-determination has developed by virtue of a combination of international agreements and conventions, coupled with state practice, with little formal elaboration of the definition of “peoples”, the result has been that the precise meaning of the term “people” remains somewhat uncertain.

It is clear that “a people” may include only a portion of the population of an existing state. The right to self-determination has developed largely as a human right, and is generally used in documents that simultaneously contain references to “nation” and “state”. The juxtaposition of these terms is indicative that the reference to “people” does not necessarily mean the entirety of a state’s population. To restrict the definition of the term to the population of existing states would render the granting of a right to self-determination largely duplicative, given the parallel emphasis within the majority of the source documents on the need to protect the territorial integrity of existing states, and would frustrate its remedial purpose.

While much of the Quebec population certainly shares many of the characteristics (such as a common language and culture) that would be considered in determining whether a specific group is a “people”, as do other groups within Quebec and/or Canada, it is not necessary to explore this legal characterization to resolve Question 2 appropriately. Similarly, it is not necessary for the Court to determine whether, should a Quebec people exist

par des peuples, à l’intérieur d’États souverains existants, et conformément au principe du maintien de l’intégrité territoriale de ces États. Lorsque cela n’est pas possible, un droit de sécession peut naître, dans les circonstances exceptionnelles examinées ci-après.

(i) La définition de «peuples»

C’est aux «peuples» que le droit international accorde le droit à l’autodétermination. En conséquence, pour disposer de ce droit, le groupe qui l’invoque doit remplir la condition préliminaire, c’est-à-dire être qualifié de peuple. Toutefois, comme le droit à l’autodétermination s’est développé par l’adoption d’un ensemble d’ententes et de conventions internationales, conjuguée à la pratique des États, et que peu de précisions formelles sont apportées à la définition de «peuples», il s’ensuit que le sens du mot «peuple» reste assez incertain.

Il est évident qu’un «peuple» peut s’entendre d’une partie seulement de la population d’un État existant. Le droit à l’autodétermination s’est développé dans une large mesure en tant que droit de la personne et l’expression est généralement utilisée dans des documents où paraissent à la fois les mots «nation» et «État». La juxtaposition de ces termes indique que le mot «peuple» ne vise pas nécessairement l’entière population d’un État. Le fait de restreindre la définition de ce mot à la population d’États existants, d’une part, rendrait largement superflue la reconnaissance du droit à l’autodétermination, compte tenu de l’insistance corrélatrice, dans la majorité des documents sources, sur la nécessité de protéger l’intégrité territoriale des États existants et, d’autre part, ferait obstacle à l’objectif réparateur de ce droit.

Même si la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits (par exemple une langue et une culture communes) pris en considération pour déterminer si un groupe donné est un «peuple», à l’instar d’autres groupes à l’intérieur du Québec et du Canada, il n’est pas nécessaire d’étudier cette qualification juridique pour répondre de façon appropriée à la question 2. De même, il n’est pas nécessaire pour la Cour de

123

124

125

within the definition of public international law, such a people encompasses the entirety of the provincial population or just a portion thereof. Nor is it necessary to examine the position of the aboriginal population within Quebec. As the following discussion of the scope of the right to self-determination will make clear, whatever be the correct application of the definition of people(s) in this context, their right of self-determination cannot in the present circumstances be said to ground a right to unilateral secession.

(ii) Scope of the Right to Self-determination

¹²⁶ The recognized sources of international law establish that the right to self-determination of a people is normally fulfilled through internal self-determination — a people's pursuit of its political, economic, social and cultural development within the framework of an existing state. A right to external self-determination (which in this case potentially takes the form of the assertion of a right to unilateral secession) arises in only the most extreme of cases and, even then, under carefully defined circumstances. External self-determination can be defined as in the following statement from the *Declaration on Friendly Relations* as

[t]he establishment of a sovereign and independent State, the free association or integration with an independent State or the emergence into any other political status freely determined by a people constitute modes of implementing the right of self-determination by that people. [Emphasis added.]

¹²⁷ The international law principle of self-determination has evolved within a framework of respect for the territorial integrity of existing states. The various international documents that support the existence of a people's right to self-determination also contain parallel statements supportive of the conclusion that the exercise of such a right must be sufficiently limited to prevent threats to an existing state's territorial integrity or the stability of relations between sovereign states.

¹²⁸ The *Declaration on Friendly Relations*, the *Vienna Declaration* and the *Declaration on the*

déterminer si, à supposer qu'il existe un peuple québécois au sens du droit international, ce peuple englobe la population entière de la province ou seulement une partie de celle-ci. Il n'est pas non plus nécessaire d'examiner la situation de la population autochtone au Québec. Comme le démontrera notre analyse de la portée du droit à l'autodétermination, quelle que soit la juste définition de peuple(s) à appliquer dans le présent contexte, le droit à l'autodétermination ne peut, dans les circonstances présentes, constituer le fondement d'un droit de sécession unilatérale.

(ii) La portée du droit à l'autodétermination

Les sources reconnues du droit international établissent que le droit d'un peuple à disposer de lui-même est normalement réalisé par voie d'autodétermination interne — à savoir la poursuite par ce peuple de son développement politique, économique, social et culturel dans le cadre d'un État existant. Le droit à l'autodétermination externe (qui, dans le présent cas, pourrait prendre la forme de la revendication d'un droit de sécession unilatérale) ne naît que dans des cas extrêmes dont les circonstances sont par ailleurs soigneusement définies. L'autodétermination externe peut être décrite par l'extrait suivant de la *Déclaration touchant les relations amicales*:

La création d'un État souverain et indépendant, la libre association ou l'intégration avec un État indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple constituent pour ce peuple des moyens d'exercer son droit à disposer de lui-même. [Nous soulignons.]

Le principe de l'autodétermination en droit international a évolué dans le respect de l'intégrité territoriale des États existants. Les divers documents internationaux qui étayent l'existence du droit d'un peuple à l'autodétermination renferment également des déclarations au soutien du principe selon lequel l'exercice d'un tel droit doit être suffisamment limité pour prévenir les menaces contre l'intégrité territoriale d'un État existant ou la stabilité des relations entre États souverains.

La *Déclaration touchant les relations amicales*, la *Déclaration de Vienne* et la *Déclaration du cin-*

Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations are specific. They state, immediately after affirming a people's right to determine political, economic, social and cultural issues, that such rights are not to

be construed as authorizing or encouraging any action that would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a Government representing the whole people belonging to the territory without distinction . . . [Emphasis added.]

Similarly, while the concluding document of the Vienna Meeting in 1989 of the Conference on Security and Co-operation in Europe on the follow-up to the *Helsinki Final Act* again refers to peoples having the right to determine “their internal and external political status” (emphasis added), that statement is immediately followed by express recognition that the participating states will at all times act, as stated in the *Helsinki Final Act*, “in conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations and with the relevant norms of international law, including those relating to territorial integrity of States” (emphasis added). Principle 5 of the concluding document states that the participating states (including Canada):

. . . confirm their commitment strictly and effectively to observe the principle of the territorial integrity of States. They will refrain from any violation of this principle and thus from any action aimed by direct or indirect means, in contravention of the purposes and principles of the Charter of the United Nations, other obligations under international law or the provisions of the [Helsinki] Final Act, at violating the territorial integrity, political independence or the unity of a State. No actions or situations in contravention of this principle will be recognized as legal by the participating States. [Emphasis added.]

Accordingly, the reference in the *Helsinki Final Act* to a people determining its external political status is interpreted to mean the expression of a people's external political status through the government of the existing state, save in the excep-

quantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies sont explicites. Immédiatement après avoir affirmé le droit d'un peuple à déterminer son statut politique et à poursuivre son développement économique, social et culturel, elles précisent que ce droit ne doit pas être

interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction . . . [Nous soulignons.]

De même, le document de clôture de la rencontre de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe tenue à Vienne en 1989, qui faisait suite à l'*Acte final d'Helsinki*, fait mention du droit des peuples de déterminer «leur statut politique interne et externe» (nous soulignons), mais cette déclaration est immédiatement suivie par la reconnaissance expresse que les États participants agiront à tout moment «conformément aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes pertinentes du droit international, y compris celles qui ont trait à l'intégrité territoriale», comme l'énonce l'*Acte final d'Helsinki* (nous soulignons). Il est déclaré, au principe 5 du document de clôture, que les États participants (y compris le Canada):

. . . confirment leur engagement à observer strictement et effectivement le principe de l'intégrité territoriale des États. Ils s'abstiendront de toute violation de ce principe et donc de toute action visant, par des moyens directs ou indirects contrevenant aux buts et principes de la Charte des Nations Unies, aux autres obligations découlant du droit international ou aux dispositions de l'Acte final, à violer l'intégrité territoriale, l'indépendance politique ou l'unité d'un État. Aucune action ou situation contrevenant à ce principe ne sera reconnue comme légale par les États participants. [Nous soulignons.]

Par conséquent, le passage de l'*Acte final d'Helsinki* qui porte sur la détermination par un peuple de son statut politique externe est interprété comme étant l'expression du statut politique externe de ce peuple par l'entremise du gouverne-

tional circumstances discussed below. As noted by Cassese, *supra*, at p. 287, given the history and textual structure of this document, its reference to external self-determination simply means that “no territorial or other change can be brought about by the central authorities of a State that is contrary to the will of the whole people of that State”.

ment de l'État existant, sauf dans les circonstances exceptionnelles examinées plus loin. Comme le souligne Cassese, *op. cit.*, à la p. 287, compte tenu de l'histoire de ce document et de sa structure, la mention de l'autodétermination externe signifie simplement que [TRADUCTION] «les autorités centrales d'un État ne peuvent apporter aucun changement territorial ou autre qui soit contraire à la volonté de l'ensemble de la population de cet État».

130 While the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* and the *International Covenant on Civil and Political Rights* do not specifically refer to the protection of territorial integrity, they both define the ambit of the right to self-determination in terms that are normally attainable within the framework of an existing state. There is no necessary incompatibility between the maintenance of the territorial integrity of existing states, including Canada, and the right of a “people” to achieve a full measure of self-determination. A state whose government represents the whole of the people or peoples resident within its territory, on a basis of equality and without discrimination, and respects the principles of self-determination in its own internal arrangements, is entitled to the protection under international law of its territorial integrity.

Même si le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ne font pas expressément état de la protection de l'intégrité territoriale, ils délimitent la portée du droit à l'autodétermination en fonction de conditions qui sont normalement réalisables dans le cadre d'un État existant. Il n'y a pas nécessairement incompatibilité entre le maintien de l'intégrité territoriale d'États existants, comme le Canada, et le droit d'un «peuple» de disposer complètement de lui-même. Un État dont le gouvernement représente, dans l'égalité et sans discrimination, l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire et qui respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes a droit, en vertu du droit international, à la protection de son intégrité territoriale.

(iii) Colonial and Oppressed Peoples

(iii) Peuples opprimés ou colonisés

131 Accordingly, the general state of international law with respect to the right to self-determination is that the right operates within the overriding protection granted to the territorial integrity of “parent” states. However, as noted by Cassese, *supra*, at p. 334, there are certain defined contexts within which the right to the self-determination of peoples does allow that right to be exercised “externally”, which, in the context of this Reference, would potentially mean secession:

Par conséquent, selon l'état général du droit international, le droit à l'autodétermination s'applique dans les limites de la protection prépondérante accordée à l'intégrité territoriale des États «parents». Cependant, comme le souligne Cassese, *op. cit.*, à la p. 334, dans certains contextes définis, le droit des peuples à l'autodétermination peut effectivement être exercé «de manière externe», ce qui, dans le contexte du présent renvoi, pourrait signifier la sécession:

... the right to external self-determination, which entails the possibility of choosing (or restoring) independence, has only been bestowed upon two classes of peoples (those under colonial rule or foreign occupation), based upon the assumption that both classes make up entities that are inherently distinct from the colonialist Power and the occupant Power and that their ‘territorial

[TRADUCTION] ... le droit à l'autodétermination externe, qui emporte la possibilité de choisir (ou de rétablir) l'indépendance, n'a été accordé qu'à deux catégories de peuples (ceux sous domination coloniale ou sous occupation étrangère), sur le fondement de l'hypothèse que, dans les deux cas, ces peuples constituent des entités intrinsèquement distinctes de la puissance coloniale ou

rial integrity', all but destroyed by the colonialist or occupying Power, should be fully restored. . . .

The right of colonial peoples to exercise their right to self-determination by breaking away from the "imperial" power is now undisputed, but is irrelevant to this Reference.

The other clear case where a right to external self-determination accrues is where a people is subject to alien subjugation, domination or exploitation outside a colonial context. This recognition finds its roots in the *Declaration on Friendly Relations*:

Every State has the duty to promote, through joint and separate action, realization of the principle of equal rights and self-determination of peoples, in accordance with the provisions of the Charter, and to render assistance to the United Nations in carrying out the responsibilities entrusted to it by the Charter regarding the implementation of the principle, in order:

(a) To promote friendly relations and co-operation among States; and

(b) To bring a speedy end to colonialism, having due regard to the freely expressed will of the peoples concerned;

and bearing in mind that subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a violation of the principle, as well as a denial of fundamental human rights, and is contrary to the Charter.

A number of commentators have further asserted that the right to self-determination may ground a right to unilateral secession in a third circumstance. Although this third circumstance has been described in several ways, the underlying proposition is that, when a people is blocked from the meaningful exercise of its right to self-determination internally, it is entitled, as a last resort, to exercise it by secession. The *Vienna Declaration* requirement that governments represent "the whole people belonging to the territory without distinction of any kind" adds credence to the assertion

occupante, et que l'«intégrité territoriale» de ces peuples, qui à toutes fins pratiques a été détruite par la puissance coloniale ou occupante, doit être pleinement rétablie. . . .

Le droit des peuples colonisés d'exercer leur droit à l'autodétermination en se détachant de la puissance «impériale» est maintenant incontesté, mais il n'est pas pertinent dans le présent renvoi.

L'autre cas manifeste d'application du droit à l'autodétermination externe est celui où un peuple est soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères en dehors du contexte colonial. Cette reconnaissance tire son origine de la *Déclaration touchant les relations amicales*:

Tout État a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres États ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la Charte, et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe, afin de:

a) Favoriser les relations amicales et la coopération entre les États; et

b) Mettre rapidement fin au colonialisme en tenant dûment compte de la volonté librement exprimée des peuples intéressés;

et en ayant présent à l'esprit que soumettre des peuples à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères constitue une violation de ce principe, ainsi qu'un déni des droits fondamentaux de l'homme, et est contraire à la Charte.

Plusieurs commentateurs ont en outre affirmé que le droit à l'autodétermination peut, dans un troisième cas, fonder un droit de sécession unilatérale. Bien que ce troisième cas ait été décrit de plusieurs façons, il repose sur l'idée que, lorsqu'un peuple est empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination à l'interne, il a alors droit, en dernier recours, de l'exercer par la sécession. Le fait que la *Déclaration de Vienne* exige que les gouvernements représentent «l'ensemble de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune» ajoute foi à l'affirmation selon

132

133

134

that such a complete blockage may potentially give rise to a right of secession.

135 Clearly, such a circumstance parallels the other two recognized situations in that the ability of a people to exercise its right to self-determination internally is somehow being totally frustrated. While it remains unclear whether this third proposition actually reflects an established international law standard, it is unnecessary for present purposes to make that determination. Even assuming that the third circumstance is sufficient to create a right to unilateral secession under international law, the current Quebec context cannot be said to approach such a threshold. As stated by the *amicus curiae*, Addendum to the factum of the *amicus curiae*, at paras. 15-16:

[TRANSLATION] 15. The Quebec people is not the victim of attacks on its physical existence or integrity, or of a massive violation of its fundamental rights. The Quebec people is manifestly not, in the opinion of the *amicus curiae*, an oppressed people.

16. For close to 40 of the last 50 years, the Prime Minister of Canada has been a Quebecer. During this period, Quebecers have held from time to time all the most important positions in the federal Cabinet. During the 8 years prior to June 1997, the Prime Minister and the Leader of the Official Opposition in the House of Commons were both Quebecers. At present, the Prime Minister of Canada, the Right Honourable Chief Justice and two other members of the Court, the Chief of Staff of the Canadian Armed Forces and the Canadian ambassador to the United States, not to mention the Deputy Secretary-General of the United Nations, are all Quebecers. The international achievements of Quebecers in most fields of human endeavour are too numerous to list. Since the dynamism of the Quebec people has been directed toward the business sector, it has been clearly successful in Quebec, the rest of Canada and abroad.

136 The population of Quebec cannot plausibly be said to be denied access to government. Quebecers occupy prominent positions within the government of Canada. Residents of the province freely make political choices and pursue economic, social and cultural development within Quebec, across Canada, and throughout the world. The population

laquelle une obstruction aussi complète pourrait donner naissance au droit à la sécession.

De toute évidence, une telle situation s'apparente aux deux autres situations reconnues en ce que la faculté du peuple concerné d'exercer à l'interne son droit à l'autodétermination est totalement contrecarrée. Bien qu'on ne sache pas encore avec certitude si cette troisième thèse reflète réellement une norme juridique internationale établie, il est inutile pour les fins du présent renvoi d'en décider. Même en supposant que cette troisième situation puisse créer un droit de sécession unilatérale en vertu du droit international, on ne peut affirmer que le contexte québécois actuel s'en rapproche. Comme le dit l'*amicus curiae*, dans l'Addendum à son mémoire, aux par. 15 et 16:

15. Le peuple québécois n'est pas la victime d'atteintes à son existence ou à son intégrité physiques, ni de violation massive de ses droits fondamentaux. Le peuple québécois n'est manifestement pas, selon l'*amicus curiae*, un peuple opprimé.

16. En effet, pendant près de 40 des 50 dernières années, le premier ministre du Canada a été un Québécois. Pendant cette période, des Québécois ont occupé de temps à autre tous les postes les plus importants du Cabinet fédéral. Pendant les 8 années qui ont précédé juin 1997, le premier ministre et le chef de l'Opposition officielle à la Chambre des Communes étaient tous deux des Québécois. Actuellement, le premier ministre du Canada, le très honorable juge en chef ainsi que deux autres membres de la Cour, le chef d'état-major des forces armées canadiennes et l'ambassadeur du Canada aux États-Unis, sans compter la vice-secrétaire générale des Nations Unies, sont tous des Québécois. Les réussites internationales des Québécois dans la plupart des champs d'activité humaine sont trop nombreuses pour être énumérées. Depuis que le dynamisme du peuple québécois s'est tourné vers le secteur des affaires, il connaît des succès certains au Québec, dans le reste du Canada et à l'étranger.

On ne peut raisonnablement prétendre que la population du Québec se voit refuser l'accès au gouvernement. Des Québécois occupent des postes très importants au sein du gouvernement du Canada. Les résidents de cette province sont libres de leurs choix politiques et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel

of Quebec is equitably represented in legislative, executive and judicial institutions. In short, to reflect the phraseology of the international documents that address the right to self-determination of peoples, Canada is a “sovereign and independent state conducting itself in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction”.

The continuing failure to reach agreement on amendments to the Constitution, while a matter of concern, does not amount to a denial of self-determination. In the absence of amendments to the Canadian Constitution, we must look at the constitutional arrangements presently in effect, and we cannot conclude under current circumstances that those arrangements place Quebecers in a disadvantaged position within the scope of the international law rule.

In summary, the international law right to self-determination only generates, at best, a right to external self-determination in situations of former colonies; where a people is oppressed, as for example under foreign military occupation; or where a definable group is denied meaningful access to government to pursue their political, economic, social and cultural development. In all three situations, the people in question are entitled to a right to external self-determination because they have been denied the ability to exert internally their right to self-determination. Such exceptional circumstances are manifestly inapplicable to Quebec under existing conditions. Accordingly, neither the population of the province of Quebec, even if characterized in terms of “people” or “peoples”, nor its representative institutions, the National Assembly, the legislature or government of Quebec, possess a right, under international law, to secede unilaterally from Canada.

We would not wish to leave this aspect of our answer to Question 2 without acknowledging the

à l’intérieur du Québec, dans l’ensemble du Canada et dans le monde entier. La population du Québec est équitablement représentée dans les instances législatives, exécutives et judiciaires. Bref, pour reprendre les termes des instruments internationaux qui traitent du droit des peuples à l’autodétermination, le Canada est un «État souverain et indépendant respectueux du principe de l’égalité des droits et de l’autodétermination des peuples et doté ainsi d’un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune».

Les échecs persistants dans la recherche d’un accord sur la modification de la Constitution, dont il y a lieu de se préoccuper, n’équivalent pas à une négation du droit à l’autodétermination. En l’absence de modifications constitutionnelles, nous devons nous fonder sur les arrangements constitutionnels présentement en vigueur et nous ne pouvons conclure, dans les circonstances actuelles, que ces arrangements placent les Québécois dans la situation désavantageuse visée par la règle du droit international.

En résumé, le droit à l’autodétermination en droit international donne tout au plus ouverture au droit à l’autodétermination externe dans le cas des anciennes colonies; dans le cas des peuples opprimés, comme les peuples soumis à une occupation militaire étrangère; ou encore dans le cas où un groupe défini se voit refuser un accès réel au gouvernement pour assurer son développement politique, économique, social et culturel. Dans ces trois situations, le peuple en cause jouit du droit à l’autodétermination externe parce qu’on lui refuse la faculté d’exercer, à l’interne, son droit à l’autodétermination. Ces circonstances exceptionnelles ne s’appliquent manifestement pas au cas du Québec dans les conditions actuelles. Par conséquent, ni la population du Québec, même si elle était qualifiée de «peuple» ou de «peuples», ni ses institutions représentatives, l’Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec ne possèdent, en vertu du droit international, le droit de faire sécession unilatéralement du Canada.

Nous ne voulons pas clore cet aspect de notre réponse à la question 2 sans reconnaître l’import-

137

138

139

importance of the submissions made to us respecting the rights and concerns of aboriginal peoples in the event of a unilateral secession, as well as the appropriate means of defining the boundaries of a seceding Quebec with particular regard to the northern lands occupied largely by aboriginal peoples. However, the concern of aboriginal peoples is precipitated by the asserted right of Quebec to unilateral secession. In light of our finding that there is no such right applicable to the population of Quebec, either under the Constitution of Canada or at international law, but that on the contrary a clear democratic expression of support for secession would lead under the Constitution to negotiations in which aboriginal interests would be taken into account, it becomes unnecessary to explore further the concerns of the aboriginal peoples in this Reference.

(2) Recognition of a Factual/Political Reality: the “Effectivity” Principle

140 As stated, an argument advanced by the *amicus curiae* on this branch of the Reference was that, while international law may not ground a positive right to unilateral secession in the context of Quebec, international law equally does not prohibit secession and, in fact, international recognition would be conferred on such a political reality if it emerged, for example, via effective control of the territory of what is now the province of Quebec.

141 It is true that international law may well, depending on the circumstances, adapt to recognize a political and/or factual reality, regardless of the legality of the steps leading to its creation. However, as mentioned at the outset, effectivity, as such, does not have any real applicability to Question 2, which asks whether a right to unilateral secession exists.

142 No one doubts that legal consequences may flow from political facts, and that “sovereignty is a political fact for which no purely legal authority can be constituted . . .”, H. W. R. Wade, “The Basis of Legal Sovereignty”, [1955] *Camb. L.J.* 172, at p. 196. Secession of a province from

tance des arguments qui nous ont été présentés relativement aux droits et inquiétudes des peuples autochtones et aux moyens appropriés de délimiter les frontières du Québec, en cas de sécession, particulièrement en ce qui concerne les territoires nordiques occupés principalement par des peuples autochtones. Toutefois, les inquiétudes des peuples autochtones découlent du droit invoqué par le Québec de faire sécession unilatéralement. À la lumière de notre conclusion qu’aucun droit de ce genre ne s’applique à la population du Québec, ni en vertu du droit international ni en vertu de la Constitution du Canada, et que, au contraire, l’expression claire d’une volonté démocratique en faveur de la sécession entraînerait, en vertu de la Constitution, des négociations au cours desquelles les intérêts des autochtones seraient pris en compte, il devient inutile d’examiner davantage les préoccupations des peuples autochtones dans le présent renvoi.

(2) Reconnaissance de la réalité factuelle ou politique: le principe de l’«effectivité»

L’un des arguments avancés par l’*amicus curiae* sur cet aspect du renvoi est que, même si le droit international ne fonde pas un droit de sécession unilatérale dans le cas du Québec, le droit international n’interdit pas non plus la sécession et, dans les faits, une telle réalité politique serait reconnue internationalement si elle se manifestait, par exemple, par le contrôle effectif du territoire qui constitue maintenant la province de Québec.

Il est vrai que le droit international peut fort bien, selon les circonstances, s’adapter pour reconnaître une réalité factuelle ou politique, indépendamment de la légalité des démarches qui y ont donné naissance. Cependant, comme nous l’avons dit, l’effectivité, en tant que telle, ne relève pas réellement de la question 2, qui nous demande s’il existe un droit de sécession unilatérale.

Des conséquences juridiques peuvent certainement découler de faits politiques, et [TRADUCTION] «la souveraineté est un fait politique pour lequel il est impossible d’établir un fondement purement juridique . . .», H. W. R. Wade, «The Basis of Legal Sovereignty», [1955] *Camb. L.J.* 172, à la

Canada, if successful in the streets, might well lead to the creation of a new state. Although recognition by other states is not, at least as a matter of theory, necessary to achieve statehood, the viability of a would-be state in the international community depends, as a practical matter, upon recognition by other states. That process of recognition is guided by legal norms. However, international recognition is not alone constitutive of statehood and, critically, does not relate back to the date of secession to serve retroactively as a source of a “legal” right to secede in the first place. Recognition occurs only after a territorial unit has been successful, as a political fact, in achieving secession.

As indicated in responding to Question 1, one of the legal norms which may be recognized by states in granting or withholding recognition of emergent states is the legitimacy of the process by which the *de facto* secession is, or was, being pursued. The process of recognition, once considered to be an exercise of pure sovereign discretion, has come to be associated with legal norms. See, e.g., European Community Declaration on the *Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union*, 31 I.L.M. 1486 (1992), at p. 1487. While national interest and perceived political advantage to the recognizing state obviously play an important role, foreign states may also take into account their view as to the existence of a right to self-determination on the part of the population of the putative state, and a counterpart domestic evaluation, namely, an examination of the legality of the secession according to the law of the state from which the territorial unit purports to have seceded. As we indicated in our answer to Question 1, an emergent state that has disregarded legitimate obligations arising out of its previous situation can potentially expect to be hindered by that disregard in achieving international recognition, at least with respect to the timing of that recognition. On the other hand, compliance by the seceding province with such legitimate obligations would weigh in favour of international recognition. The notion that what is not explicitly prohib-

p. 196. La sécession d’une province du Canada, si elle réussissait sur le terrain, pourrait bien entraîner la création d’un nouvel État. Même si la reconnaissance par d’autres États n’est pas nécessaire, du moins en théorie, pour accéder au statut d’État, la viabilité d’une entité aspirant à ce statut au sein de la communauté internationale dépend, sur le plan pratique, de sa reconnaissance par d’autres États. Ce processus de reconnaissance est guidé par des normes juridiques. Toutefois, la reconnaissance internationale ne confère pas à elle seule le statut d’État et il faut souligner qu’elle ne remonte pas à la date de la sécession pour servir rétroactivement de source d’un droit «juridique» initial de faire sécession. La reconnaissance ne survient qu’après qu’une entité territoriale a réussi, en tant que fait politique, à réaliser la sécession.

Comme l’indique la réponse à la question 1, l’une des normes juridiques que les États peuvent invoquer pour décider de reconnaître ou non de nouveaux États est la légitimité du processus par lequel ceux-ci ont fait *de facto* sécession ou cherchent à le faire. Le processus de reconnaissance, auparavant considéré comme l’exercice d’un pouvoir souverain absolu, est maintenant assorti de normes juridiques. Voir, par exemple, la déclaration de la Communauté européenne sur les *Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique*, Bull. CE 12-1991, à la p. 127. Même si l’intérêt national de l’État qui accorde la reconnaissance et l’avantage politique qu’il y voit jouent manifestement un rôle important, les États étrangers peuvent également prendre en considération leur opinion quant à l’existence du droit à l’autodétermination de la population de l’État putatif, ainsi qu’une évaluation correspondante de la légalité de la sécession suivant le droit de l’État dont l’entité territoriale prétend avoir fait sécession. Comme nous l’avons indiqué dans notre réponse à la question 1, un nouvel État qui passe outre à ses obligations légitimes découlant de sa situation antérieure peut s’attendre à ce que le mépris de ces obligations lui nuise dans l’obtention de la reconnaissance internationale, à tout le moins quant au moment de la reconnaissance. Par contre, le respect par la province sécessionniste de ces obligations légitimes

143

ited is implicitly permitted has little relevance where (as here) international law refers the legality of secession to the domestic law of the seceding state and the law of that state holds unilateral secession to be unconstitutional.

jouerait en faveur de sa reconnaissance internationale. L'idée selon laquelle ce qui n'est pas explicitement interdit est implicitement permis a peu de pertinence dans les cas (comme celui qui nous occupe) où le droit international renvoie au droit interne de l'État sécessionniste pour la détermination de la légalité de la sécession, et où le droit de cet État considère inconstitutionnelle la sécession unilatérale.

144 As a court of law, we are ultimately concerned only with legal claims. If the principle of "effectivity" is no more than that "successful revolution begets its own legality" (S. A. de Smith, "Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations" (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93, at p. 96), it necessarily means that legality follows and does not precede the successful revolution. *Ex hypothesi*, the successful revolution took place outside the constitutional framework of the predecessor state, otherwise it would not be characterized as "a revolution". It may be that a unilateral secession by Quebec would eventually be accorded legal status by Canada and other states, and thus give rise to legal consequences; but this does not support the more radical contention that subsequent recognition of a state of affairs brought about by a unilateral declaration of independence could be taken to mean that secession was achieved under colour of a legal right.

En tant que cour de justice, nous ne connaissons ultimement que des demandes fondées sur le droit. Si le principe de l'«effectivité» repose sur la seule affirmation selon laquelle une [TRADUCTION] «révolution réussie engendre sa propre légalité» (S. A. de Smith, «Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations» (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93, à la p. 96), cela signifie nécessairement que la légalité ne précède pas mais qu'elle suit une révolution réussie. Par hypothèse, la révolution réussie s'est produite en dehors du cadre constitutionnel de l'État précédent, car autrement elle ne pourrait être qualifiée de «révolution». Il se peut qu'un acte de sécession unilatérale par le Québec se voie éventuellement accorder un statut juridique par le Canada et par d'autres États, et qu'il entraîne, de ce fait, des conséquences juridiques. Toutefois, cela n'étaye pas la prétention plus radicale voulant que la reconnaissance d'un état de fait créé par une déclaration unilatérale d'indépendance signifierait que la sécession a été réalisée sous le couvert d'un droit juridique.

145 An argument was made to analogize the principle of effectivity with the second aspect of the rule of law identified by this Court in the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at p. 753, namely, avoidance of a legal vacuum. In that Reference, it will be recalled, this Court declined to strike down all of Manitoba's legislation for its failure to comply with constitutional dictates, out of concern that this would leave the province in a state of chaos. In so doing, we recognized that the rule of law is a constitutional principle which permits the courts to address the practical consequences of their actions, particularly in constitutional cases. The similarity between that principle and the principle of effectivity, it was argued, is

On a invoqué une analogie entre le principe de l'effectivité et le second aspect de la primauté du droit dégagé par notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 753, c'est-à-dire la nécessité d'éviter un vide juridique. On se rappellera que notre Cour a refusé dans ce renvoi d'invalider l'ensemble des lois du Manitoba pour non-respect des exigences de la Constitution, de crainte qu'une telle déclaration ne plonge cette province dans le chaos. Nous avons ainsi reconnu que la primauté du droit est un principe constitutionnel qui permet aux tribunaux de tenir compte des conséquences pratiques de leurs jugements, particulièrement dans les affaires constitutionnelles. La similitude entre ce principe et le

that both attempt to refashion the law to meet social reality. However, nothing of our concern in the *Manitoba Language Rights Reference* about the severe practical consequences of unconstitutionality affected our conclusion that, as a matter of law, all Manitoba legislation at issue in that case was unconstitutional. The Court's declaration of unconstitutionality was clear and unambiguous. The Court's concern with maintenance of the rule of law was directed in its relevant aspect to the appropriate remedy, which in that case was to suspend the declaration of invalidity to permit appropriate rectification to take place.

The principle of effectivity operates very differently. It proclaims that an illegal act may eventually acquire legal status if, as a matter of empirical fact, it is recognized on the international plane. Our law has long recognized that through a combination of acquiescence and prescription, an illegal act may at some later point be accorded some form of legal status. In the law of property, for example, it is well known that a squatter on land may ultimately become the owner if the true owner sleeps on his or her right to repossess the land. In this way, a change in the factual circumstances may subsequently be reflected in a change in legal status. It is, however, quite another matter to suggest that a subsequent condonation of an initially illegal act retroactively creates a legal right to engage in the act in the first place. The broader contention is not supported by the international principle of effectivity or otherwise and must be rejected.

C. *Question 3*

In the event of a conflict between domestic and international law on the right of the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada

principe de l'effectivité réside, plaide-t-on, dans leur objectif commun de refaçonner le droit pour tenir compte de la réalité sociale. Cependant, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques du Manitoba*, nos préoccupations quant aux graves conséquences pratiques de la déclaration d'inconstitutionnalité n'ont pas influencé notre conclusion qu'en droit toutes les lois du Manitoba en litige dans cette affaire étaient inconstitutionnelles. La déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par la Cour était claire et non ambiguë. Le souci de la Cour de maintenir la primauté du droit visait à façonner la réparation convenable qui, dans cette affaire, était la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité afin de permettre que soient apportées les rectifications appropriées.

Le principe de l'effectivité fonctionne très différemment. Il proclame qu'un acte illégal peut en fin de compte devenir légal si, en tant que fait empirique, il est reconnu à l'échelle internationale. Notre droit reconnaît depuis longtemps que, sous l'effet conjugué de l'acquiescement et de la prescription, un acte illégal peut ultérieurement se voir accorder un certain effet juridique. En droit des biens, par exemple, un squatter peut devenir finalement propriétaire du bien-fonds qu'il occupe si le propriétaire véritable n'exerce pas à temps son droit d'en reprendre possession. Ainsi, un changement dans les faits peut se traduire ultérieurement par un changement de statut juridique. Toutefois, c'est tout autre chose de prétendre que l'approbation subséquente d'un acte illégal à l'origine a pour effet de créer rétroactivement le droit juridique de l'accomplir. Cette prétention plus générale n'est pas étayée par le principe de l'effectivité en droit international ni de quelque autre façon, et elle doit être rejetée.

C. *Question 3*

Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouverne-

unilaterally, which would take precedence in Canada?

147 In view of our answers to Questions 1 and 2, there is no conflict between domestic and international law to be addressed in the context of this Reference.

IV. Summary of Conclusions

148 As stated at the outset, this Reference has required us to consider momentous questions that go to the heart of our system of constitutional government. We have emphasized that the Constitution is more than a written text. It embraces the entire global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority. A superficial reading of selected provisions of the written constitutional enactment, without more, may be misleading. It is necessary to make a more profound investigation of the underlying principles that animate the whole of our Constitution, including the principles of federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. Those principles must inform our overall appreciation of the constitutional rights and obligations that would come into play in the event a clear majority of Quebecers votes on a clear question in favour of secession.

149 The Reference requires us to consider whether Quebec has a right to unilateral secession. Those who support the existence of such a right found their case primarily on the principle of democracy. Democracy, however, means more than simple majority rule. As reflected in our constitutional jurisprudence, democracy exists in the larger context of other constitutional values such as those already mentioned. In the 131 years since Confederation, the people of the provinces and territories have created close ties of interdependence (economically, socially, politically and culturally) based on shared values that include federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. A democratic decision of Quebecers in favour of secession would put those relationships at risk. The Constitution vouchsafes order and stability, and accordingly secession

ment du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

À la lumière des réponses que nous avons données aux questions 1 et 2, il n'existe, entre le droit interne et le droit international, aucun conflit à examiner dans le présent renvoi.

IV. Sommaire des conclusions

Comme nous l'avons indiqué au début, nous étions appelés, dans le présent renvoi, à examiner des questions d'une extrême importance, qui touchent au cœur même de notre système de gouvernement constitutionnel. Nous avons souligné que la Constitution n'est pas uniquement un texte écrit. Elle englobe tout le système des règles et principes qui régissent l'exercice du pouvoir constitutionnel. Une lecture superficielle de certaines dispositions spécifiques du texte de la Constitution, sans plus, pourrait induire en erreur. Il faut faire un examen plus approfondi des principes sous-jacents qui animent l'ensemble de notre Constitution, dont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités. Ces principes doivent guider notre appréciation globale des droits et obligations constitutionnels qui entreraient en jeu si une majorité claire de Québécois, en réponse à une question claire, votaient pour la sécession.

Le renvoi nous demande de déterminer si le Québec a le droit de faire sécession unilatéralement. Ceux qui soutiennent l'existence d'un tel droit fondent leur prétention d'abord et avant tout sur le principe de la démocratie. La démocratie, toutefois, signifie davantage que la simple règle de la majorité. Comme en témoigne notre jurisprudence constitutionnelle, la démocratie existe dans le contexte plus large d'autres valeurs constitutionnelles telles celles déjà mentionnées. Pendant les 131 années de la Confédération, les habitants des provinces et territoires ont noué d'étroits liens d'interdépendance (économique, sociale, politique et culturelle) basés sur des valeurs communes qui comprennent le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Une décision démocratique des Québécois en faveur de la sécession

of a province “under the Constitution” could not be achieved unilaterally, that is, without principled negotiation with other participants in Confederation within the existing constitutional framework.

The Constitution is not a straitjacket. Even a brief review of our constitutional history demonstrates periods of momentous and dramatic change. Our democratic institutions necessarily accommodate a continuous process of discussion and evolution, which is reflected in the constitutional right of each participant in the federation to initiate constitutional change. This right implies a reciprocal duty on the other participants to engage in discussions to address any legitimate initiative to change the constitutional order. While it is true that some attempts at constitutional amendment in recent years have faltered, a clear majority vote in Quebec on a clear question in favour of secession would confer democratic legitimacy on the secession initiative which all of the other participants in Confederation would have to recognize.

Quebec could not, despite a clear referendum result, purport to invoke a right of self-determination to dictate the terms of a proposed secession to the other parties to the federation. The democratic vote, by however strong a majority, would have no legal effect on its own and could not push aside the principles of federalism and the rule of law, the rights of individuals and minorities, or the operation of democracy in the other provinces or in Canada as a whole. Democratic rights under the Constitution cannot be divorced from constitutional obligations. Nor, however, can the reverse proposition be accepted. The continued existence and operation of the Canadian constitutional order could not be indifferent to a clear expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. The other provinces and the federal government would have no basis to deny the right of the government of Quebec to pur-

compromettrait ces liens. La Constitution assure l'ordre et la stabilité et, en conséquence, la sécession d'une province ne peut être réalisée unilatéralement «en vertu de la Constitution», c'est-à-dire sans négociations fondées sur des principes, avec les autres participants à la Confédération, dans le cadre constitutionnel existant.

La Constitution n'est pas un carcan. Un rappel, même bref, de notre histoire constitutionnelle révèle des périodes de changements marquants et extrêmement profonds. Nos institutions démocratiques permettent nécessairement un processus continu de discussion et d'évolution, comme en témoigne le droit reconnu par la Constitution à chacun des participants à la fédération de prendre l'initiative de modifications constitutionnelles. Ce droit emporte l'obligation réciproque des autres participants d'engager des discussions sur tout projet légitime de modification de l'ordre constitutionnel. Même s'il est vrai que certaines tentatives de modification de la Constitution ont échoué au cours des dernières années, un vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la Confédération auraient l'obligation de reconnaître.

Le Québec ne pourrait, malgré un résultat référendaire clair, invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties à la fédération les conditions d'un projet de sécession. Le vote démocratique, quelle que soit l'ampleur de la majorité, n'aurait en soi aucun effet juridique et ne pourrait écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Les droits démocratiques fondés sur la Constitution ne peuvent être dissociés des obligations constitutionnelles. La proposition inverse n'est pas acceptable non plus. L'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada. Les autres provinces et le gouvernement fédéral n'auraient

150

151

sue secession, should a clear majority of the people of Quebec choose that goal, so long as in doing so, Quebec respects the rights of others. The negotiations that followed such a vote would address the potential act of secession as well as its possible terms should in fact secession proceed. There would be no conclusions predetermined by law on any issue. Negotiations would need to address the interests of the other provinces, the federal government, Quebec and indeed the rights of all Canadians both within and outside Quebec, and specifically the rights of minorities. No one suggests that it would be an easy set of negotiations.

aucune raison valable de nier au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecterait les droits des autres. Les négociations qui suivraient un tel vote porteraient sur l'acte potentiel de sécession et sur ses conditions éventuelles si elle devait effectivement être réalisée. Il n'y aurait aucune conclusion prédéterminée en droit sur quelque aspect que ce soit. Les négociations devraient traiter des intérêts des autres provinces, du gouvernement fédéral, du Québec et, en fait, des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec, et plus particulièrement des droits des minorités. Il va sans dire que de telles négociations ne seraient pas aisées.

152 The negotiation process would require the reconciliation of various rights and obligations by negotiation between two legitimate majorities, namely, the majority of the population of Quebec, and that of Canada as a whole. A political majority at either level that does not act in accordance with the underlying constitutional principles we have mentioned puts at risk the legitimacy of its exercise of its rights, and the ultimate acceptance of the result by the international community.

Le processus de négociation exigerait la conciliation de divers droits et obligations par voie de négociation entre deux majorités légitimes, soit la majorité de la population du Québec et celle de l'ensemble du Canada. Une majorité politique, à l'un ou l'autre niveau, qui n'agirait pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons mentionnés mettrait en péril la légitimité de l'exercice de ses droits et ultimement l'acceptation du résultat par la communauté internationale.

153 The task of the Court has been to clarify the legal framework within which political decisions are to be taken "under the Constitution", not to usurp the prerogatives of the political forces that operate within that framework. The obligations we have identified are binding obligations under the Constitution of Canada. However, it will be for the political actors to determine what constitutes "a clear majority on a clear question" in the circumstances under which a future referendum vote may be taken. Equally, in the event of demonstrated majority support for Quebec secession, the content and process of the negotiations will be for the political actors to settle. The reconciliation of the various legitimate constitutional interests is necessarily committed to the political rather than the judicial realm precisely because that reconciliation can only be achieved through the give and take of

La tâche de la Cour était de clarifier le cadre juridique dans lequel des décisions politiques doivent être prises «en vertu de la Constitution», et non d'usurper les prérogatives des forces politiques qui agissent à l'intérieur de ce cadre. Les obligations que nous avons dégagées sont des obligations impératives en vertu de la Constitution du Canada. Toutefois, il reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste «une majorité claire en réponse à une question claire», suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu. De même, si un appui majoritaire était exprimé en faveur de la sécession du Québec, il incomberait aux acteurs politiques de déterminer le contenu des négociations et le processus à suivre. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes relève nécessairement du domaine politique plutôt que du

political negotiations. To the extent issues addressed in the course of negotiation are political, the courts, appreciating their proper role in the constitutional scheme, would have no supervisory role.

We have also considered whether a positive legal entitlement to secession exists under international law in the factual circumstances contemplated by Question 1, i.e., a clear democratic expression of support on a clear question for Quebec secession. Some of those who supported an affirmative answer to this question did so on the basis of the recognized right to self-determination that belongs to all “peoples”. Although much of the Quebec population certainly shares many of the characteristics of a people, it is not necessary to decide the “people” issue because, whatever may be the correct determination of this issue in the context of Quebec, a right to secession only arises under the principle of self-determination of peoples at international law where “a people” is governed as part of a colonial empire; where “a people” is subject to alien subjugation, domination or exploitation; and possibly where “a people” is denied any meaningful exercise of its right to self-determination within the state of which it forms a part. In other circumstances, peoples are expected to achieve self-determination within the framework of their existing state. A state whose government represents the whole of the people or peoples resident within its territory, on a basis of equality and without discrimination, and respects the principles of self-determination in its internal arrangements, is entitled to maintain its territorial integrity under international law and to have that territorial integrity recognized by other states. Quebec does not meet the threshold of a colonial people or an oppressed people, nor can it be suggested that Quebecers have been denied meaningful access to government to pursue their political, economic, cultural and social development. In the circumstances, the National Assembly, the legislature or the government of Quebec do not enjoy a right at

domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le jeu des concessions réciproques qui caractérise les négociations politiques. Dans la mesure où les questions abordées au cours des négociations seraient politiques, les tribunaux, conscients du rôle qui leur revient dans le régime constitutionnel, n’auraient aucun rôle de surveillance à jouer.

Nous nous sommes également demandés s’il existe, en vertu du droit international, un droit de sécession dans les circonstances envisagées par la question 1, c’est-à-dire une expression démocratique claire en faveur de la sécession du Québec, en réponse à une question claire. Certains de ceux qui apportent une réponse affirmative se fondent sur le droit reconnu à l’autodétermination qui appartient à tous les «peuples». Même s’il est certain que la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits qui caractérisent un peuple, il n’est pas nécessaire de trancher la question de l’existence d’un «peuple», quelle que soit la réponse exacte à cette question dans le contexte du Québec, puisqu’un droit de sécession ne prend naissance en vertu du principe de l’autodétermination des peuples en droit international que dans le cas d’«un peuple» gouverné en tant que partie d’un empire colonial, dans le cas d’«un peuple» soumis à la subjugation, à la domination ou à l’exploitation étrangères, et aussi, peut-être, dans le cas d’«un peuple» empêché d’exercer utilement son droit à l’autodétermination à l’intérieur de l’État dont il fait partie. Dans les autres circonstances, les peuples sont censés réaliser leur autodétermination dans le cadre de l’État existant auquel ils appartiennent. Un État dont le gouvernement représente l’ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire, dans l’égalité et sans discrimination, et qui respecte les principes de l’autodétermination dans ses arrangements internes, a droit au maintien de son intégrité territoriale en vertu du droit international et à la reconnaissance de cette intégrité territoriale par les autres États. Le Québec ne constitue pas un peuple colonisé ou opprimé, et on ne peut pas prétendre non plus que les Québécois se voient refuser un accès réel au gouvernement pour assurer leur déve-

international law to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally.

loppement politique, économique, culturel et social. Dans ces circonstances, l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec ne possèdent pas, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada.

155 Although there is no right, under the Constitution or at international law, to unilateral secession, that is secession without negotiation on the basis just discussed, this does not rule out the possibility of an unconstitutional declaration of secession leading to a *de facto* secession. The ultimate success of such a secession would be dependent on recognition by the international community, which is likely to consider the legality and legitimacy of secession having regard to, amongst other facts, the conduct of Quebec and Canada, in determining whether to grant or withhold recognition. Such recognition, even if granted, would not, however, provide any retroactive justification for the act of secession, either under the Constitution of Canada or at international law.

Même s'il n'existe pas de droit de sécession unilatérale en vertu de la Constitution ou du droit international, c'est-à-dire un droit de faire sécession sans négociation sur les fondements qui viennent d'être examinés, cela n'écarte pas la possibilité d'une déclaration inconstitutionnelle de sécession conduisant à une sécession *de facto*. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait de sa reconnaissance par la communauté internationale qui, pour décider d'accorder ou non cette reconnaissance, prendrait vraisemblablement en considération la légalité et la légitimité de la sécession eu égard, notamment, à la conduite du Québec et du Canada. Même si elle était accordée, une telle reconnaissance ne fournirait toutefois aucune justification rétroactive à l'acte de sécession, en vertu de la Constitution ou du droit international.

156 The reference questions are answered accordingly.

Les questions du renvoi reçoivent des réponses en conséquence.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitor for the Attorney General of Canada: George Thomson, Ottawa.

Procureur du procureur général du Canada: George Thomson, Ottawa.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Joli-Cœur Lacasse Lemieux Simard St-Pierre, Sainte-Foy.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae: Joli-Cœur Lacasse Lemieux Simard St-Pierre, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Solicitor for the intervener the Minister of Justice of the Northwest Territories: Bernard W. Funston, Gloucester.

Procureur de l'intervenant le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest: Bernard W. Funston, Gloucester.

Solicitor for the intervener the Minister of Justice for the Government of the Yukon Territory: Stuart J. Whitley, Whitehorse.

Solicitor for the intervener Kitigan Zibi Anishinabeg: Agnès Laporte, Hull.

Solicitors for the intervener the Grand Council of the Crees (Eeyou Estchee): Robinson, Sheppard, Shapiro, Montréal.

Solicitors for the intervener the Makivik Corporation: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.

Solicitor for the intervener the Chiefs of Ontario: Michael Sherry, Toronto.

Solicitors for the intervener the Minority Advocacy and Rights Council: Scott & Ayles, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ad Hoc Committee of Canadian Women on the Constitution: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto; Centre for Refugee Studies, North York.

Solicitors for the intervener Guy Bertrand: Guy Bertrand & Associés, Québec; Patrick Monahan, North York.

Solicitors for the interveners Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell and Van Hoven Petteway: Stephen A. Scott, Montréal.

Solicitors for the intervener Vincent Pouliot: Paquette & Associés, Montréal.

Procureur de l'intervenant le ministre de la Justice pour le gouvernement du territoire du Yukon: Stuart J. Whitley, Whitehorse.

Procureur de l'intervenante Kitigan Zibi Anishinabeg: Agnès Laporte, Hull.

Procureurs de l'intervenant le Grand Conseil des Cris (Eeyou Estchee): Robinson, Sheppard, Shapiro, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Corporation Makivik: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.

Procureur de l'intervenant Chiefs of Ontario: Michael Sherry, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil des revendications et des droits des minorités: Scott & Ayles, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Ad Hoc Committee of Canadian Women on the Constitution: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto; Centre for Refugee Studies, North York.

Procureurs de l'intervenant Guy Bertrand: Guy Bertrand & Associés, Québec; Patrick Monahan, North York.

Procureurs des intervenants Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell et Van Hoven Petteway: Stephen A. Scott, Montréal.

Procureurs de l'intervenant Vincent Pouliot: Paquette & Associés, Montréal.

THIS PAGE INTENTIONALLY BLANK

IN THE MATTER OF a Reference by the Governor in Council concerning reform of the Senate, as set out in Order in Council P.C. 2013-70, dated February 1, 2013

INDEXED AS: REFERENCE RE SENATE REFORM

2014 SCC 32

File No.: 35203.

2013: November 12, 13, 14; 2014: April 25.

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

REFERENCE BY GOVERNOR IN COUNCIL

Constitutional law — Canadian institutions — Senate — Constitutional amendment — Whether Parliament can unilaterally set fixed terms for Senators — Whether Parliament can unilaterally implement framework for consultative elections for appointments to Senate — Whether Parliament can unilaterally repeal ss. 23(3) and 23(4) of Constitution Act, 1867 requiring that Senators must own land worth \$4,000 in province for which they are appointed and have net worth of at least \$4,000 — Whether constitutional amendment abolishing Senate may be accomplished by general amending procedure or whether unanimous consent procedure applies — Constitution Act, 1982, ss. 38(1), (2), 41(e), 42(1)(b), (c), 43, 44.

Pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, the Governor in Council referred the following questions to this Court:

1. In relation to each of the following proposed limits to the tenure of Senators, is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to make amendments to section 29 of the *Constitution Act, 1867* providing for

- (a) a fixed term of nine years for Senators, as set out in clause 5 of Bill C-7, the *Senate Reform Act*;
- (b) a fixed term of ten years or more for Senators;
- (c) a fixed term of eight years or less for Senators;

DANS L'AFFAIRE D'UN renvoi par le gouverneur en conseil au sujet de la réforme du Sénat, institué aux termes du décret C.P. 2013-70 en date du 1^{er} février 2013

RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF À LA RÉFORME DU SÉNAT

2014 CSC 32

N° du greffe : 35203.

2013 : 12, 13, 14 novembre; 2014 : 25 avril.

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

RENVOI PAR LE GOUVERNEUR EN CONSEIL

Droit constitutionnel — Institutions canadiennes — Sénat — Modification constitutionnelle — Le Parlement peut-il unilatéralement prévoir des mandats d'une durée fixe pour les sénateurs? — Le Parlement peut-il unilatéralement instaurer un régime d'élections consultatives en vue de nommer les sénateurs? — Le Parlement peut-il abroger unilatéralement les art. 23(3) et (4) de la Loi constitutionnelle de 1867, selon lesquels les sénateurs doivent posséder des terres d'une valeur de 4 000 \$ dans la province pour laquelle ils sont nommés ainsi qu'un avoir net d'au moins 4 000 \$? — Peut-on avoir recours à la procédure normale de modification ou faut-il recourir à la procédure de consentement unanime pour apporter une modification constitutionnelle abolissant le Sénat? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 38(1), (2), 41(e), 42(1)(b), c), 43, 44.

Le gouverneur en conseil a soumis les questions suivantes à la Cour en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* :

1. Pour chacune des limites ci-après proposées pour la durée du mandat des sénateurs, le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour apporter les modifications à l'article 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867* afin de prévoir :

- a) un mandat d'une durée fixe de neuf ans, tel que le propose l'article 5 du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat*;
- b) un mandat d'une durée fixe de dix ans ou plus;
- c) un mandat d'une durée fixe de huit ans ou moins;

- (d) a fixed term of the life of two or three Parliaments for Senators;
- (e) a renewable term for Senators, as set out in clause 2 of Bill S-4, *Constitution Act, 2006 (Senate tenure)*;
- (f) limits to the terms for Senators appointed after October 14, 2008 as set out in subclause 4(1) of Bill C-7, the *Senate Reform Act*; and
- (g) retrospective limits to the terms for Senators appointed before October 14, 2008?
2. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 91 of the *Constitution Act, 1867*, or section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to enact legislation that provides a means of consulting the population of each province and territory as to its preferences for potential nominees for appointment to the Senate pursuant to a national process as was set out in Bill C-20, the *Senate Appointment Consultations Act*?
3. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 91 of the *Constitution Act, 1867*, or section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to establish a framework setting out a basis for provincial and territorial legislatures to enact legislation to consult their population as to their preferences for potential nominees for appointment to the Senate as set out in the schedule to Bill C-7, the *Senate Reform Act*?
4. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to repeal subsections 23(3) and (4) of the *Constitution Act, 1867* regarding property qualifications for Senators?
5. Can an amendment to the Constitution of Canada to abolish the Senate be accomplished by the general amending procedure set out in section 38 of the *Constitution Act, 1982*, by one of the following methods:
- (a) by inserting a separate provision stating that the Senate is to be abolished as of a certain date, as an amendment to the *Constitution Act, 1867* or as a separate provision that is outside of the *Constitution Acts, 1867 to 1982* but that is still part of the Constitution of Canada;
- (d) un mandat d'une durée fixe de deux ou trois législatures;
- (e) le renouvellement du mandat des sénateurs, tel que le propose l'article 2 du projet de loi S-4, *Loi constitutionnelle de 2006 (durée du mandat des sénateurs)*;
- (f) une limite à la durée du mandat des sénateurs nommés après le 14 octobre 2008, tel que le propose le paragraphe 4(1) du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat*;
- (g) une limite rétrospective à la durée du mandat des sénateurs nommés avant le 14 octobre 2008?
2. Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour édicter des lois qui permettraient de consulter, dans le cadre d'un processus national, la population de chaque province et territoire afin de faire connaître ses préférences quant à la nomination de candidats sénatoriaux, conformément au projet de loi C-20, *Loi sur les consultations concernant la nomination des sénateurs*?
3. Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour prévoir un cadre qui viserait l'édition de lois par les législatures provinciales et territoriales — conformes à l'annexe du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat* —, pour consulter leurs populations afin de faire connaître leurs préférences quant à la nomination de candidats sénatoriaux?
4. Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour abroger les paragraphes 23(3) et (4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* concernant la qualification des sénateurs en matière de propriété?
5. Pourrait-on, par l'un des moyens ci-après, avoir recours à la procédure normale de modification prévue à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour abolir le Sénat :
- (a) ajouter une disposition distincte prévoyant que le Sénat serait aboli à une date précise, à titre de modification de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou de disposition distincte des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* s'inscrivant néanmoins dans la Constitution du Canada;

(b) by amending or repealing some or all of the references to the Senate in the Constitution of Canada; or

(c) by abolishing the powers of the Senate and eliminating the representation of provinces pursuant to paragraphs 42(1)(b) and (c) of the *Constitution Act, 1982*?

6. If the general amending procedure set out in section 38 of the *Constitution Act, 1982* is not sufficient to abolish the Senate, does the unanimous consent procedure set out in section 41 of the *Constitution Act, 1982* apply?

Held: Questions 1, 2, 3 and 5 are answered in the negative. Question 4 is answered in the affirmative with respect to s. 23(4). A full repeal of s. 23(3) requires a resolution of the legislative assembly of Quebec, pursuant to s. 43 of the *Constitution Act, 1982*. Question 6 is answered in the affirmative. The implementation of consultative elections and senatorial term limits requires consent of the Senate, the House of Commons, and the legislative assemblies of at least seven provinces representing, in the aggregate, half of the population of all the provinces (s. 38 and s. 42(1)(b)). The abolition of the Senate requires the unanimous consent of the Senate, the House of Commons, and the legislative assemblies of all Canadian provinces (s. 41(e)).

The Senate is one of Canada's foundational political institutions. It lies at the heart of the agreements that gave birth to the Canadian federation. Despite ongoing criticism and failed attempts at reform, the Senate has remained largely unchanged since its creation. The statute that created the Senate — the *Constitution Act, 1867* — forms part of the Constitution of Canada and can only be amended in accordance with the Constitution's procedures for amendment (s. 52(2) and (3), *Constitution Act, 1982*). The concept of an "amendment to the Constitution of Canada", within the meaning of Part V of the *Constitution Act, 1982*, is informed by the nature of the Constitution, its underlying principles and its rules of interpretation. The Constitution should not be viewed as a mere collection of discrete textual provisions. It has an architecture, a basic structure. By extension, amendments to the Constitution are not confined to textual changes. They include changes to the Constitution's architecture, that modify the meaning of the constitutional text.

b) modifier ou abroger en tout ou en partie les renvois au Sénat dans la Constitution du Canada;

c) abroger les pouvoirs du Sénat et éliminer la représentation des provinces en vertu des alinéas 42(1)b) et c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

6. Si la procédure normale de modification prévue à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne permet pas d'abolir le Sénat, faudrait-il recourir à la procédure de consentement unanime prévue à l'article 41 de cette loi?

Arrêt : Les questions 1, 2, 3 et 5 reçoivent une réponse négative. La question 4 reçoit une réponse affirmative à l'égard du par. 23(4). L'abrogation complète du par. 23(3) requiert une résolution de l'assemblée législative du Québec, en application de l'art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La question 6 reçoit une réponse affirmative. La mise en place d'élections consultatives et de mandats sénatoriaux d'une durée limitée requiert le consentement du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative d'au moins sept provinces dont la population confondue représente au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces (art. 38 et al. 42(1)b)). L'abolition du Sénat requiert le consentement unanime du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province canadienne (al. 41e)).

Le Sénat est une des institutions politiques fondamentales du Canada. Il se situe au cœur des ententes ayant donné naissance à la fédération canadienne. Malgré des critiques persistantes et l'échec des tentatives visant à le réformer, le Sénat n'a pas beaucoup changé depuis sa création. La loi qui a créé le Sénat — la *Loi constitutionnelle de 1867* — fait partie intégrante de la Constitution du Canada. Elle ne peut être modifiée qu'en conformité avec les procédures de modification prévues par la Constitution (*Loi constitutionnelle de 1982*, par. 52(2) et (3)). Le concept de « modification de la Constitution du Canada », au sens de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, doit être compris au regard de la nature de la Constitution, des principes qui la sous-tendent et des règles applicables à son interprétation. La Constitution ne doit pas être considérée comme un simple ensemble de dispositions écrites isolées. Elle a une architecture, une structure fondamentale. Par extension, les modifications constitutionnelles ne se limitent pas aux modifications apportées au texte de la Constitution. Elles comprennent aussi les modifications à son architecture, qui altèrent le sens de son texte.

Part V reflects the political consensus that the provinces must have a say in constitutional changes that engage their interests. It contains four categories of amending procedures. The first is the general amending procedure — the “7/50” procedure — (s. 38, complemented by s. 42), which requires a substantial degree of consensus between Parliament and the provincial legislatures. The second is the unanimous consent procedure (s. 41), which applies to certain changes deemed fundamental by the framers of the *Constitution Act, 1982*. The third is the special arrangements procedure (s. 43), which applies to amendments in relation to provisions of the Constitution that apply to some, but not all, of the provinces. The fourth is made up of the unilateral federal and provincial procedures, which allow unilateral amendment of aspects of government institutions that engage purely federal or provincial interests (ss. 44 and 45).

Question 1: Senatorial Tenure

A change in the duration of senatorial terms would amend the Constitution of Canada, by requiring a modification to the text of s. 29 of the *Constitution Act, 1867*. The language of s. 42 of the *Constitution Act, 1982* does not encompass changes to the duration of senatorial terms. However, it does not follow that all changes to the Senate that fall outside of s. 42 come within the scope of s. 44. The unilateral federal amendment procedure is limited. It is not a broad procedure that encompasses all constitutional changes to the Senate which are not expressly included within another procedure in Part V. The history, language, and structure of Part V indicate that s. 38, rather than s. 44, is the general procedure for constitutional amendment. Changes that engage the interests of the provinces in the Senate as an institution forming an integral part of the federal system can only be achieved under the general amending procedure. Section 44, as an exception to the general procedure, encompasses measures that maintain or change the Senate without altering its fundamental nature and role.

The imposition of fixed terms for Senators engages the interests of the provinces by changing the fundamental nature or role of the Senate. Senators are appointed roughly for the duration of their active professional lives. This security of tenure is intended to allow Senators to function with independence in conducting legislative

La partie V reflète le consensus politique selon lequel les provinces doivent avoir un droit de participation aux modifications constitutionnelles mettant en cause leurs intérêts. Elle prévoit quatre catégories de procédures de modification. La première, la procédure normale de modification — celle du « 7/50 » — (art. 38, complété par l’art. 42), exige un degré appréciable de consensus entre le Parlement et les législatures provinciales. La deuxième, la procédure de consentement unanime (art. 41), s’applique à certaines modifications jugées fondamentales par les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La troisième, la procédure relative aux arrangements spéciaux (art. 43), vise les modifications apportées à des dispositions de la Constitution qui s’appliquent à certaines provinces uniquement. La quatrième, la procédure de modification unilatérale fédérale et provinciale, concerne certains aspects d’institutions gouvernementales mettant en cause des intérêts purement fédéraux ou provinciaux (art. 44 et 45).

Question 1 : Durée du mandat des sénateurs

Un changement de la durée du mandat des sénateurs modifierait la Constitution du Canada, puisqu’il exigerait la modification du texte de l’art. 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le texte de l’art. 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne mentionne pas les changements à la durée du mandat des sénateurs. Cela ne veut pas dire pour autant que l’art. 44 s’applique à tous les changements relatifs au Sénat qui ne sont pas visés par l’art. 42. La procédure de modification unilatérale par le Parlement a une portée restreinte. Il ne s’agit pas d’une procédure dont le champ d’application est vaste et qui vise les changements constitutionnels à tous les aspects du Sénat que ne vise pas expressément une autre procédure de modification décrite à la partie V. L’historique, les termes et la structure de la partie V indiquent que la procédure normale de modification de la Constitution est prévue à l’art. 38 plutôt qu’à l’art. 44. Les changements qui mettent en cause les intérêts des provinces relatifs au Sénat en tant qu’institution faisant partie intégrante du système fédéral ne peuvent être apportés qu’en application de la procédure normale de modification. L’article 44, qui constitue une exception à la procédure normale, envisage des mesures prises en vue du maintien et du changement du Sénat, sans pour autant modifier ses nature et rôle fondamentaux.

L’imposition aux sénateurs d’un mandat d’une durée fixe met en cause les intérêts des provinces en transformant les nature et rôle fondamentaux du Sénat. Les sénateurs sont nommés à toutes fins utiles pour la durée de leur vie professionnelle active. Cette inamovibilité vise à permettre aux sénateurs de prendre leurs décisions en

review. The imposition of fixed senatorial terms is a significant change to senatorial tenure. Fixed terms provide a weaker security of tenure. They imply a finite time in office and necessarily offer a lesser degree of protection from the potential consequences of freely speaking one's mind on the legislative proposals of the House of Commons. The imposition of fixed terms, even lengthy ones, constitutes a change that engages the interests of the provinces as stakeholders in Canada's constitutional design and falls within the rule of general application for constitutional change — the 7/50 procedure in s. 38.

Questions 2 and 3: Consultative Elections

Introducing a process of consultative elections for the nomination of Senators would change our Constitution's architecture, by endowing Senators with a popular mandate which is inconsistent with the Senate's fundamental nature and role as a complementary legislative chamber of sober second thought. The view that the consultative election proposals would amend the Constitution of Canada is supported by the language of Part V of the *Constitution Act, 1982*. The words employed in Part V are guides to identifying the aspects of our system of government that form part of the protected content of the Constitution. Section 42(1)(b) provides that the general amending procedure (s. 38(1)) applies to constitutional amendments in relation to "the method of selecting Senators". This broad wording includes more than the formal appointment of Senators by the Governor General and covers the implementation of consultative elections. By employing this language, the framers of the *Constitution Act, 1982* extended the constitutional protection provided by the general amending procedure to the entire process by which Senators are "selected". Consequently, the implementation of consultative elections falls within the scope of s. 42(1)(b) and is subject to the general amending procedure, without the provincial right to "opt out". It cannot be achieved under the unilateral federal amending procedure. Section 44 is expressly made "subject to" s. 42 — the categories of amendment captured by s. 42 are removed from the scope of s. 44.

toute indépendance lorsqu'ils procèdent à l'examen des projets de loi. La nomination des sénateurs pour une période d'une durée fixe constituerait un changement important à leur mandat. Le mandat d'une durée fixe établit une inamovibilité plus fragile. Il suppose que les sénateurs restent en fonction pour une période limitée et offre nécessairement un degré moindre de protection à l'égard des conséquences que pourraient entraîner des opinions qu'ils expriment librement au sujet des projets législatifs de la Chambre des communes. L'imposition d'un mandat fixe, si long soit-il, constitue un changement qui met en jeu les intérêts des provinces en tant que parties prenantes dans l'ordre constitutionnel canadien et exige l'application de la procédure normale — celle du 7/50 énoncée à l'art. 38 — pour que se réalise cette modification constitutionnelle.

Questions 2 et 3 : Élections consultatives

L'introduction d'élections consultatives en vue de nommer les sénateurs métamorphoserait l'architecture de la Constitution canadienne en confiant à ces derniers un mandat de représentation de la population qui est incompatible avec les nature et rôle fondamentaux du Sénat à titre d'assemblée législative complémentaire chargée de porter un second regard attentif aux projets de loi. Le point de vue suivant lequel la mise en œuvre des propositions relatives à la tenue d'élections consultatives modifierait la Constitution canadienne trouve appui dans le texte de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les termes qui y sont utilisés servent de guides pour déterminer quels aspects de notre système de gouvernement font partie du contenu constitutionnel protégé. Suivant l'al. 42(1)(b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la procédure normale de modification (le par. 38(1)) s'applique aux modifications constitutionnelles portant sur « le mode de sélection des sénateurs ». Cette expression au sens large ne vise pas uniquement la nomination officielle des sénateurs par le gouverneur général et couvre la mise en place d'élections consultatives. En utilisant ce libellé, les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont étendu la protection constitutionnelle prévue par la procédure normale de modification à tout le processus de « sélection » des sénateurs. En conséquence, la mise en place d'élections consultatives relève de l'al. 42(1)(b) et est assujettie à la procédure normale de modification, sans que les provinces puissent « s'y soustraire ». Elle ne peut se faire conformément à la procédure de modification unilatérale fédérale. L'article 44 s'applique expressément « sous réserve » de l'art. 42 — c.-à-d. que les catégories de modification visées à l'art. 42 sont soustraites à l'application de l'art. 44.

Question 4: Property Qualifications

The requirement that Senators have a personal net worth of at least \$4,000 (s. 23(4), *Constitution Act, 1867*) can be repealed by Parliament under the unilateral federal amending procedure. It is precisely the type of amendment that the framers of the *Constitution Act, 1982* intended to capture under s. 44. It updates the constitutional framework relating to the Senate without affecting the institution's fundamental nature and role. Similarly, the removal of the real property requirement that Senators own land worth at least \$4,000 in the province for which they are appointed (s. 23(3), *Constitution Act, 1867*) would not alter the fundamental nature and role of the Senate. However, a full repeal of s. 23(3) would render inoperative the option in s. 23(6) for Quebec Senators to fulfill their real property qualification in their respective electoral divisions, effectively making it mandatory for them to reside in the electoral divisions for which they are appointed. It would constitute an amendment in relation to s. 23(6), which contains a special arrangement applicable to a single province, and consequently would fall within the scope of the special arrangement procedure. The consent of Quebec's National Assembly is required pursuant to s. 43 of the *Constitution Act, 1982*.

Questions 5 and 6: Abolition of the Senate

Abolition of the Senate is not merely a matter relating to its "powers" or its "members" under s. 42(1)(b) and (c) of the *Constitution Act, 1982*. This provision captures Senate reform, which implies the continued existence of the Senate. Outright abolition falls beyond its scope. To interpret s. 42 as embracing Senate abolition would depart from the ordinary meaning of its language and is not supported by the historical record. The mention of amendments in relation to the powers of the Senate and the number of Senators for each province presupposes the continuing existence of a Senate and makes no room for an indirect abolition of the Senate. Within the scope of s. 42, it is possible to make significant changes to the powers of the Senate and the number of Senators. But it is outside the scope of s. 42 to altogether strip the Senate of its powers and reduce the number of Senators to zero. The abolition of the upper chamber would entail a significant structural modification of Part V. Amendments to the Constitution of Canada are subject to review by the Senate. The Senate can veto amendments brought under s. 44 and can delay the adoption of amendments made

Question 4 : Qualifications en matière de propriété

Le Parlement peut abroger, en vertu de la procédure de modification unilatérale fédérale, l'obligation pour les sénateurs de posséder un avoir net personnel d'au moins 4 000 \$ (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 23(4)). Cette mesure constitue précisément le type de modification que les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* entendaient inclure dans le champ d'application de l'art. 44. Elle met à jour le cadre constitutionnel régissant le Sénat sans toucher à ses nature et rôle fondamentaux. De même, la suppression de la condition relative à l'avoir foncier obligeant les sénateurs à posséder des terres valant au moins 4 000 \$ dans la province pour laquelle ils sont nommés (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 23(3)) ne modifierait pas les nature et rôle fondamentaux du Sénat. Toutefois, l'abrogation complète du par. 23(3) rendrait inopérante la possibilité offerte aux sénateurs du Québec par le par. 23(6) de posséder leur qualification foncière dans leur collège électoral respectif, ce qui les obligerait effectivement à résider dans le collège électoral qu'ils représentent. Cette mesure constituerait une modification au par. 23(6), qui prévoit un arrangement spécial applicable à une seule province, et entrerait donc dans le champ d'application de la procédure relative aux arrangements spéciaux. Une telle modification requiert donc le consentement de l'Assemblée nationale du Québec en application de l'art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Questions 5 et 6 : Abolition du Sénat

L'abolition du Sénat ne concerne pas uniquement les « pouvoirs » ou les « sénateurs » au sens où il faut entendre ces termes pour l'application des al. 42(1)(b) et c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces dispositions visent la réforme du Sénat, qui suppose le maintien de son existence. Ainsi, l'abolition pure et simple du Sénat échappe à l'application de ces alinéas. Interpréter l'art. 42 comme envisageant l'abolition du Sénat irait à l'encontre du sens ordinaire de son libellé, et pareille interprétation ne trouve aucun appui dans le dossier historique. La mention des modifications portant sur les pouvoirs du Sénat et le nombre de sénateurs pour chaque province présuppose le maintien de l'existence d'un Sénat et interdit toute abolition indirecte de l'institution. La portée de l'art. 42 permet de modifier considérablement les pouvoirs du Sénat et le nombre de sénateurs. Dépouiller totalement le Sénat de ses pouvoirs et réduire à zéro le nombre de sénateurs outrepasseraient toutefois la portée de cette disposition. L'abolition de la chambre haute impliquerait une modification structurelle importante de la partie V. Les modifications de la Constitution du Canada

pursuant to ss. 38, 41, 42, and 43 by up to 180 days. The elimination of bicameralism would render this mechanism of review inoperative and effectively change the dynamics of the constitutional amendment process. The constitutional structure of Part V as a whole would be fundamentally altered. Abolition of the Senate would therefore fundamentally alter our constitutional architecture — by removing the bicameral form of government that gives shape to the *Constitution Act, 1867* — and would amend Part V, which requires the unanimous consent of Parliament and the provinces under s. 41(e) of the *Constitution Act, 1982*.

Cases Cited

Referred to: *Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re)*, 2013 QCCA 1807 (CanLII); *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837.

Statutes and Regulations Cited

Bill C-7, *An Act respecting the selection of senators and amending the Constitution Act, 1867 in respect of Senate term limits*, 1st Sess., 41st Parl., 2011, cl. 3, Sch., cl. 1.
 Bill C-20, *An Act to provide for consultations with electors on their preferences for appointments to the Senate*, 2nd Sess., 39th Parl., 2007.

sont soumises au contrôle du Sénat, qui peut opposer un veto aux modifications introduites en application de l'art. 44 et retarder l'adoption de modifications apportées au titre des art. 38, 41, 42 et 43 pendant au plus 180 jours. L'élimination du bicaméralisme rendrait inopérant ce mécanisme de contrôle et transformerait dans les faits la dynamique du processus de modification constitutionnelle. La structure constitutionnelle de la partie V serait fondamentalement modifiée dans son ensemble. L'abolition du Sénat changerait donc fondamentalement notre architecture constitutionnelle — en supprimant la structure bicamérale de gouvernement qui sous-tend l'architecture de la *Loi constitutionnelle de 1867* — et modifierait la partie V, ce qui exige le consentement unanime du Parlement et des provinces en application de l'al. 41e) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re)*, 2013 QCCA 1807, [2013] R.J.Q. 1711; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912; *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 17, 22, 23(3), (4), (5), (6), 24, 29, 32, 35, 37, 53, 91(1), 92(1).
Loi constitutionnelle de 1965, S.C. 1965, ch. 4, art. 1.
Loi constitutionnelle de 1982, partie V, art. 38, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 52.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 53.
 Projet de loi C-7, *Loi concernant la sélection des sénateurs et modifiant la Loi constitutionnelle de 1867*

Bill C-60, *An Act to amend the Constitution of Canada with respect to matters coming within the legislative authority of the Parliament of Canada, and to approve and authorize the taking of measures necessary for the amendment of the Constitution with respect to certain other matters*, 3rd Sess., 30th Parl., 1978, cls. 62 to 70.

Bill S-4, *An Act to amend the Constitution Act, 1867 (Senate tenure)*, 1st Sess., 39th Parl., 2006.

Constitution Act, 1867, preamble, ss. 17, 22, 23(3), (4), (5), (6), 24, 29, 32, 35, 37, 53, 91(1), 92(1).

Constitution Act, 1965, S.C. 1965, c. 4, s. 1.

Constitution Act, 1982, Part V, ss. 38, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 52.

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 53.

Authors Cited

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Cameron, Jamie. "To Amend the Process of Amendment", in Gérald-A. Beaudoin et al., *Federalism for the Future: Essential Reforms*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1998, 315.

Canada. *Constitutional Accord: Canadian Patriation Plan*. Ottawa, 1981.

Canada. *Constitutional Conference: Proceedings*. Ottawa: Information Canada, 1971.

Canada. Department of Justice. *The Amendment of the Constitution of Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1965 (Minister: Guy Favreau).

Canada. Legislative Assembly. *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 3rd Sess., 8th Provincial Parliament of Canada. Quebec: Hunter, Rose & Co., 1865.

Canada. Minister of State for Federal-Provincial Relations. *Constitutional Reform: House of the Federation*. Ottawa: Government of Canada, 1978 (Minister: Marc Lalonde).

Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 53, 1st Sess., 32nd Parl., February 4, 1981, pp. 50, 67-68.

Canada. Senate and House of Commons. *The Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada: Final Report*. Ottawa: Queen's Printer, 1972 (Joint Chairs: Gildas L. Molgat and Mark MacGuigan).

relativement à la limitation de la durée du mandat des sénateurs, 1^{re} sess., 41^e lég., 2011, art. 3, ann., art. 1.

Projet de loi C-20, *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination des sénateurs*, 2^e sess., 39^e lég., 2007.

Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Constitution du Canada dans certains domaines ressortissant à la compétence législative du Parlement du Canada et prévoyant les mesures nécessaires à la modification de la Constitution dans certains autres domaines*, 3^e sess., 30^e lég., 1978, art. 62 à 70.

Projet de loi S-4, *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs)*, 1^{re} sess., 39^e lég., 2006.

Doctrine et autres documents cités

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Cameron, Jamie. « To Amend the Process of Amendment », dans Gérald-A. Beaudoin et autres, *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1998, 315.

Canada. *Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution*. Ottawa, 1981.

Canada. Assemblée législative. *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3^e sess., 8^e parlement provincial du Canada. Québec : Hunter, Rose et Lemieux, 1865.

Canada. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. *Rapport sur certains aspects de la Constitution canadienne*. Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1980 (Président du sous-comité : Maurice Lamontagne).

Canada. Commission de l'unité canadienne. *Se retrouver : Observations et recommandations*. Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1979 (Coprésidents : Jean-Luc Pepin et John P. Robarts).

Canada. *Conférence constitutionnelle : Délibérations*. Ottawa : Information Canada, 1971.

Canada. *La Constitution canadienne 1980 : Projet de résolution concernant la Constitution du Canada*. Ottawa : Gouvernement du Canada, 1980.

Canada. Ministre d'État chargé des Relations fédérales-provinciales. *La réforme constitutionnelle : La Chambre de la Fédération*. Ottawa : Gouvernement du Canada, 1978 (Ministre : Marc Lalonde).

- Canada. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Report on Certain Aspects of the Canadian Constitution*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1980 (Sub-committee Chair: Maurice Lamontagne).
- Canada. Task Force on Canadian Unity. *A Future Together: Observations and Recommendations*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1979 (Co-chairs: Jean-Luc Pepin and John P. Robarts).
- Canada. *The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada*. Ottawa: Government of Canada, 1980.
- Cheffins, Ronald I. "The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula: Political and Legal Implications" (1982), 4 *S.C.L.R.* 43.
- Côté, Charles-Emmanuel. "L'inconstitutionnalité du projet d'élections fédérales sénatoriales" (2010), 3 *R.Q.D.C.* 81.
- Cyr, Hugo. "L'absurdité du critère scriptural pour qualifier la constitution" (2012), 6 *J.P.P.L.* 293.
- Desserud, Don. "Whither 91.1? The Constitutionality of Bill C-19: An Act to Limit Senate Tenure", in Jennifer Smith, ed., *The Democratic Dilemma: Reforming the Canadian Senate*. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 2009, 63.
- Heard, Andrew. "Constitutional Doubts about Bill C-20 and Senatorial Elections", in Jennifer Smith, ed., *The Democratic Dilemma: Reforming the Canadian Senate*. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 2009, 81.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2013, release 1).
- McCormick, Peter, Ernest C. Manning and Gordon Gibson. *Regional Representation: The Canadian Partnership*. Calgary: Canada West Foundation, 1981.
- Monahan, Patrick J., and Byron Shaw. *Constitutional Law*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2013.
- Newman, Warren J. "Defining the 'Constitution of Canada' Since 1982: The Scope of the Legislative Powers of Constitutional Amendment under Sections 44 and 45 of the *Constitution Act, 1982*" (2003), 22 *S.C.L.R.* (2d) 423.
- Newman, Warren J. "Living with the Amending Procedures: Prospects for Future Constitutional Reform in Canada" (2007), 37 *S.C.L.R.* (2d) 383.
- Pelletier, Benoît. *La modification constitutionnelle au Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Pelletier, Benoît. "Réponses suggérées aux questions soulevées par le renvoi à la Cour suprême du Canada concernant la réforme du Sénat" (2013), 43 *R.G.D.* 445.
- Canada. Ministre de la Justice. *Modification de la Constitution du Canada*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1965 (Ministre : Guy Favreau).
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada : Rapport Final*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1972 (Coprésidents : Gildas L. Molgat et Mark MacGuigan).
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 53, 1^{re} sess., 32^e lég., 4 février 1981, p. 50, 67-68.
- Cheffins, Ronald I. « The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula : Political and Legal Implications » (1982), 4 *S.C.L.R.* 43.
- Côté, Charles-Emmanuel. « L'inconstitutionnalité du projet d'élections fédérales sénatoriales » (2010), 3 *R.Q.D.C.* 81.
- Cyr, Hugo. « L'absurdité du critère scriptural pour qualifier la constitution » (2012), 6 *J.P.P.L.* 293.
- Desserud, Don. « Whither 91.1? The Constitutionality of Bill C-19 : An Act to Limit Senate Tenure », in Jennifer Smith, ed., *The Democratic Dilemma : Reforming the Canadian Senate*. Montréal and Kingston : McGill-Queen's University Press, 2009, 63.
- Heard, Andrew. « Constitutional Doubts about Bill C-20 and Senatorial Elections », in Jennifer Smith, ed., *The Democratic Dilemma : Reforming the Canadian Senate*. Montréal and Kingston : McGill-Queen's University Press, 2009, 81.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Toronto : Carswell, 2007 (updated 2013, release 1).
- McCormick, Peter, Ernest C. Manning and Gordon Gibson. *Regional Representation : The Canadian Partnership*. Calgary : Canada West Foundation, 1981.
- Monahan, Patrick J., and Byron Shaw. *Constitutional Law*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2013.
- Newman, Warren J. « Defining the "Constitution of Canada" Since 1982 : The Scope of the Legislative Powers of Constitutional Amendment under Sections 44 and 45 of the *Constitution Act, 1982* » (2003), 22 *S.C.L.R.* (2d) 423.
- Newman, Warren J. « Living with the Amending Procedures : Prospects for Future Constitutional Reform in Canada » (2007), 37 *S.C.L.R.* (2d) 383.
- Pelletier, Benoît. *La modification constitutionnelle au Canada*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996.
- Pelletier, Benoît. « Réponses suggérées aux questions soulevées par le renvoi à la Cour suprême du Canada concernant la réforme du Sénat » (2013), 43 *R.G.D.* 445.

- Pinard, Danielle. “The Canadian Senate: An Upper House Criticized Yet Condemned to Survive Unchanged?”, in Jörg Luther, Paolo Passaglia and Rolando Tarchi, eds., *A World of Second Chambers: Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism*. Milan: Giuffrè, 2006, 459.
- Scott, Stephen A. “Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes” (1982), 20 *U.W.O. L. Rev.* 247.
- Smith, David E. *The Canadian Senate in Bicameral Perspective*. Toronto: University of Toronto Press, 2003.
- Tremblay, Guy. “La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada” (2011), 41 *R.G.D.* 417.
- Walters, Mark D. “The Constitutional Form and Reform of the Senate: Thoughts on the Constitutionality of Bill C-7” (2013), 7 *J.P.P.L.* 37.
- Walters, Mark D. “Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism”, in Grant Huscroft, ed., *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*. New York: Cambridge University Press, 2008, 245.
- Whyte, John D. “Senate Reform: What Does the Constitution Say?”, in Jennifer Smith, ed., *The Democratic Dilemma: Reforming the Canadian Senate*. Montréal and Kingston: McGill-Queen’s University Press, 2009, 97.
- Woehrling, José. “Le recours à la procédure de modification de l’article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec”, in Pierre Thibault, Benoît Pelletier and Louis Perret, eds., *Essays in Honour of Gerald-A. Beaudoin: The Challenges of Constitutionalism*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002, 449.
- Pinard, Danielle. « The Canadian Senate : An Upper House Criticized Yet Condemned to Survive Unchanged? », in Jörg Luther, Paolo Passaglia and Rolando Tarchi, eds., *A World of Second Chambers : Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism*. Milan : Giuffrè, 2006, 459.
- Scott, Stephen A. « Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes » (1982), 20 *U.W.O. L. Rev.* 247.
- Smith, David E. *The Canadian Senate in Bicameral Perspective*. Toronto : University of Toronto Press, 2003.
- Tremblay, Guy. « La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada » (2011), 41 *R.G.D.* 417.
- Walters, Mark D. « The Constitutional Form and Reform of the Senate : Thoughts on the Constitutionality of Bill C-7 » (2013), 7 *J.P.P.L.* 37.
- Walters, Mark D. « Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism », in Grant Huscroft, ed., *Expounding the Constitution : Essays in Constitutional Theory*. New York : Cambridge University Press, 2008, 245.
- Whyte, John D. « Senate Reform : What Does the Constitution Say? », in Jennifer Smith, ed., *The Democratic Dilemma : Reforming the Canadian Senate*. Montréal and Kingston : McGill-Queen’s University Press, 2009, 97.
- Woehrling, José. « Le recours à la procédure de modification de l’article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec », dans Pierre Thibault, Benoît Pelletier et Louis Perret, dir., *Les mélanges Gerald-A. Beaudoin : Les défis du constitutionnalisme*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002, 449.

REFERENCE by the Governor in Council concerning reform of the Senate, as set out in Order in Council P.C. 2013-70, dated February 1, 2013. Questions 1, 2, 3 and 5 are answered in the negative. Question 4 is answered in the affirmative with respect to s. 23(4). A full repeal of s. 23(3) requires a resolution of the legislative assembly of Quebec, pursuant to s. 43 of the *Constitution Act, 1982*. Question 6 is answered in the affirmative.

Robert J. Frater, Christopher M. Rupar and Warren J. Newman, for the Attorney General of Canada.

RENVOI par le gouverneur en conseil au sujet de la réforme du Sénat, institué aux termes du décret C.P. 2013-70 en date du 1^{er} février 2013. Les questions 1, 2, 3 et 5 reçoivent une réponse négative. La question 4 reçoit une réponse affirmative à l’égard du par. 23(4). L’abrogation complète du par. 23(3) requiert une résolution de l’assemblée législative du Québec, en application de l’art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La question 6 reçoit une réponse affirmative.

Robert J. Frater, Christopher M. Rupar et Warren J. Newman, pour le procureur général du Canada.

Michel Y. Hélie and Josh Hunter, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jean-Yves Bernard and Jean-François Beaupré, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Edward A. Gores, Q.C., for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Denis Thériault and David D. Eidt, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Heather S. Leonoff, Q.C., and *Charles Murray*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Nancy E. Brown, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

D. Spencer Campbell, Q.C., *Rosemary S. Scott, Q.C.*, and *Jonathan M. Coady*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

Graeme G. Mitchell, Q.C., and *J. Thomson Irvine*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Margaret Unsworth, Q.C., *Randy Steele* and *Donald Padget*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Philip Osborne and Barbara G. Barrowman, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Bradley E. Patzer and Anne F. Walker, for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories.

Norman M. Tarnow and Adrienne E. Silk, for the intervener the Attorney General of Nunavut.

The Honourable Serge Joyal, P.C., on his own behalf.

Nicholas Peter McHaffie and Paul Beaudry, for the intervener the Honourable Anne C. Cools.

Michel Y. Hélie et Josh Hunter, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean-Yves Bernard et Jean-François Beaupré, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Edward A. Gores, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Denis Thériault et David D. Eidt, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Heather S. Leonoff, c.r., et *Charles Murray*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Nancy E. Brown, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

D. Spencer Campbell, c.r., *Rosemary S. Scott, c.r.*, et *Jonathan M. Coady*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

Graeme G. Mitchell, c.r., et *J. Thomson Irvine*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Margaret Unsworth, c.r., *Randy Steele* et *Donald Padget*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Philip Osborne et Barbara G. Barrowman, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Bradley E. Patzer et Anne F. Walker, pour l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest.

Norman M. Tarnow et Adrienne E. Silk, pour l'intervenant le procureur général du Nunavut.

L'honorable Serge Joyal, c.p., en personne.

Nicholas Peter McHaffie et Paul Beaudry, pour l'intervenante l'honorable Anne C. Cools.

Sébastien Grammond, Mark C. Power, Jennifer Klinck and Perri Ravon, for the intervener Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada.

Serge Rousselle, for the intervener Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick Inc.

Daniel Jutras, John J. L. Hunter, Q.C., Brent B. Olthuis, Claire E. Hunter and Kate Glover, for the *amicus curiae*.

The following is the opinion delivered by

THE COURT —

I. Introduction

[1] The Senate is one of Canada's foundational political institutions. It lies at the heart of the agreements that gave birth to the Canadian federation. Yet from its first sittings, voices have called for reform of the Senate and even, on occasion, for its outright abolition.

[2] The Government of Canada now asks this Court, under s. 53 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, to answer essentially four questions: (1) Can Parliament unilaterally implement a framework for consultative elections for appointments to the Senate? (2) Can Parliament unilaterally set fixed terms for Senators? (3) Can Parliament unilaterally remove from the *Constitution Act, 1867* the requirement that Senators must own land worth \$4,000 in the province for which they are appointed and have a net worth of at least \$4,000? and (4) What degree of provincial consent is required to abolish the Senate?

[3] We conclude that Parliament cannot unilaterally achieve most of the proposed changes to the Senate, which require the consent of at least seven provinces representing, in the aggregate, at least half of the population of all the provinces. We further conclude that abolition of the Senate requires the

Sébastien Grammond, Mark C. Power, Jennifer Klinck et Perri Ravon, pour l'intervenante la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada.

Serge Rousselle, pour l'intervenante la Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick Inc.

Daniel Jutras, John J. L. Hunter, c.r., Brent B. Olthuis, Claire E. Hunter et Kate Glover, pour l'*amicus curiae*.

Version française de l'avis rendu par

LA COUR —

I. Introduction

[1] Le Sénat est une des institutions politiques fondamentales du Canada. Il se situe au cœur des ententes ayant donné naissance à la fédération canadienne. Pourtant, depuis ses premières séances, des voix se sont élevées pour réclamer sa réforme, et même, parfois, son abolition.

[2] Le gouvernement du Canada pose maintenant essentiellement quatre questions à la Cour, en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26 : (1) Le Parlement peut-il unilatéralement instaurer un régime d'élections consultatives en vue de nommer les sénateurs? (2) Le Parlement peut-il unilatéralement prévoir des mandats d'une durée fixe pour les sénateurs? (3) Le Parlement peut-il retrancher unilatéralement de la *Loi constitutionnelle de 1867* l'exigence selon laquelle les sénateurs doivent posséder des terres d'une valeur de 4 000 \$ dans la province pour laquelle ils sont nommés ainsi qu'un avoir net d'au moins 4 000 \$? (4) Quel est le degré de consentement provincial nécessaire pour abolir le Sénat?

[3] Nous concluons que le Parlement ne peut unilatéralement apporter au Sénat la plupart des changements proposés, qui exigent le consentement d'au moins sept provinces dont la population confondue représente au moins la moitié de la population de toutes les provinces. Nous

consent of all of the provinces. Abolition of the Senate would fundamentally change Canada's constitutional structure, including its procedures for amending the Constitution, and can only be done with unanimous federal-provincial consensus.

[4] This said, our conclusions are tied to the specific questions that were put before the Court. Our role is not to speculate on the full range of possible changes to the Senate. Rather, the proper role of this Court in the ongoing debate regarding the future of the Senate is to determine the legal framework for implementing the specific changes contemplated in the questions put to us. The desirability of these changes is not a question for the Court; it is an issue for Canadians and their legislatures.

II. The Reference Questions

[5] On February 1, 2013, the Governor in Council issued Order in Council P.C. 2013-70, which referred the following questions to this Court, under s. 53 of the *Supreme Court Act*:

1. In relation to each of the following proposed limits to the tenure of Senators, is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to make amendments to section 29 of the *Constitution Act, 1867* providing for

- (a) a fixed term of nine years for Senators, as set out in clause 5 of Bill C-7, the *Senate Reform Act*;
- (b) a fixed term of ten years or more for Senators;
- (c) a fixed term of eight years or less for Senators;
- (d) a fixed term of the life of two or three Parliaments for Senators;
- (e) a renewable term for Senators, as set out in clause 2 of Bill S-4, *Constitution Act, 2006 (Senate tenure)*;

concluons en outre que l'abolition du Sénat exige le consentement de l'ensemble des provinces. En effet, l'abolition de cette institution modifierait de façon fondamentale la structure constitutionnelle canadienne, y compris les procédures de modification de la Constitution. Un tel changement exigerait un consensus fédéral-provincial unanime.

[4] Cela dit, nos conclusions se limitent aux questions précises qui ont été posées à la Cour, à qui il n'appartient pas de spéculer sur l'éventail complet des changements susceptibles de toucher le Sénat. Dans le débat actuel sur l'avenir de cette institution, le rôle de la Cour consiste plutôt à énoncer le cadre légal applicable pour la mise en œuvre des changements précis envisagés par les questions dont elle est saisie. Il ne nous revient pas de juger de l'opportunité de ces changements; il appartient plutôt aux Canadiens et à leurs institutions législatives d'en décider.

II. Les questions posées dans le renvoi

[5] Le 1^{er} février 2013, le gouverneur en conseil a pris le décret C.P. 2013-70 soumettant les questions suivantes à la Cour en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* :

1. Pour chacune des limites ci-après proposées pour la durée du mandat des sénateurs, le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour apporter les modifications à l'article 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867* afin de prévoir :

- a) un mandat d'une durée fixe de neuf ans, tel que le propose l'article 5 du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat*;
- b) un mandat d'une durée fixe de dix ans ou plus;
- c) un mandat d'une durée fixe de huit ans ou moins;
- d) un mandat d'une durée fixe de deux ou trois législatures;
- e) le renouvellement du mandat des sénateurs, tel que le propose l'article 2 du projet de loi S-4, *Loi constitutionnelle de 2006 (durée du mandat des sénateurs)*;

(f) limits to the terms for Senators appointed after October 14, 2008 as set out in subclause 4(1) of Bill C-7, the *Senate Reform Act*; and

(g) retrospective limits to the terms for Senators appointed before October 14, 2008?

2. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 91 of the *Constitution Act, 1867*, or section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to enact legislation that provides a means of consulting the population of each province and territory as to its preferences for potential nominees for appointment to the Senate pursuant to a national process as was set out in Bill C-20, the *Senate Appointment Consultations Act*?

3. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 91 of the *Constitution Act, 1867*, or section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to establish a framework setting out a basis for provincial and territorial legislatures to enact legislation to consult their population as to their preferences for potential nominees for appointment to the Senate as set out in the schedule to Bill C-7, the *Senate Reform Act*?

4. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to repeal subsections 23(3) and (4) of the *Constitution Act, 1867* regarding property qualifications for Senators?

5. Can an amendment to the Constitution of Canada to abolish the Senate be accomplished by the general amending procedure set out in section 38 of the *Constitution Act, 1982*, by one of the following methods:

(a) by inserting a separate provision stating that the Senate is to be abolished as of a certain date, as an amendment to the *Constitution Act, 1867* or as a separate provision that is outside of the *Constitution Acts, 1867 to 1982* but that is still part of the Constitution of Canada;

(b) by amending or repealing some or all of the references to the Senate in the Constitution of Canada; or

(c) by abolishing the powers of the Senate and eliminating the representation of provinces pursuant to paragraphs 42(1)(b) and (c) of the *Constitution Act, 1982*?

f) une limite à la durée du mandat des sénateurs nommés après le 14 octobre 2008, tel que le propose le paragraphe 4(1) du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat*;

g) une limite rétrospective à la durée du mandat des sénateurs nommés avant le 14 octobre 2008?

2. Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour édicter des lois qui permettraient de consulter, dans le cadre d'un processus national, la population de chaque province et territoire afin de faire connaître ses préférences quant à la nomination de candidats sénatoriaux, conformément au projet de loi C-20, *Loi sur les consultations concernant la nomination des sénateurs*?

3. Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour prévoir un cadre qui viserait l'édiction de lois par les législatures provinciales et territoriales — conformes à l'annexe du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat* —, pour consulter leurs populations afin de faire connaître leurs préférences quant à la nomination de candidats sénatoriaux?

4. Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour abroger les paragraphes 23(3) et (4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* concernant la qualification des sénateurs en matière de propriété?

5. Pourrait-on, par l'un des moyens ci-après, avoir recours à la procédure normale de modification prévue à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour abolir le Sénat :

a) ajouter une disposition distincte prévoyant que le Sénat serait aboli à une date précise, à titre de modification de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou de disposition distincte des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* s'inscrivant néanmoins dans la Constitution du Canada;

b) modifier ou abroger en tout ou en partie les renvois au Sénat dans la Constitution du Canada;

c) abroger les pouvoirs du Sénat et éliminer la représentation des provinces en vertu des alinéas 42(1)(b) et c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

6. If the general amending procedure set out in section 38 of the *Constitution Act, 1982* is not sufficient to abolish the Senate, does the unanimous consent procedure set out in section 41 of the *Constitution Act, 1982* apply?

[6] To illustrate the content of the proposed changes, the questions refer to Bills S-4, C-20, and C-7. While Bills S-4 and C-20 were tabled respectively in 2006 and 2007, Bill C-7 was given first reading on June 21, 2011. All three bills died on the Order Paper.

[7] Bill S-4 would replace the current senatorial term of office — which lasts until the attainment of the age of 75 — with renewable eight-year terms.

[8] Bills C-20 and C-7 each set out a detailed framework for consultative elections of “nominees” for Senate office. Under Bill C-20, the names of the winners of national consultative elections would be submitted to the Prime Minister of Canada, for consideration by him or her when recommending nominees to the Governor General for vacant Senate seats.

[9] Similarly, Bill C-7 provides that Senators would sit for a non-renewable nine-year term and sets out a model statute for provincial and territorial legislation creating consultative elections. It provides that the Prime Minister “must” consider names from the lists of successful candidates: cl. 3. Its appended model statute states the principle that Senators “should be chosen” from among those candidates: cl. 1 of the Schedule.

[10] This Court is not the first to consider the questions posed by the Reference. When Parliament introduced Bill C-7, the Government of Quebec asked the Quebec Court of Appeal to advise whether the proposed changes to the Senate could be achieved unilaterally by Parliament.

6. Si la procédure normale de modification prévue à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne permet pas d'abolir le Sénat, faudrait-il recourir à la procédure de consentement unanime prévue à l'article 41 de cette loi?

[6] Pour illustrer le contenu des changements proposés au Sénat, les questions font référence aux projets de loi S-4, C-20 et C-7. Les deux premiers ont été déposés respectivement en 2006 et en 2007, tandis que le troisième a fait l'objet d'une première lecture le 21 juin 2011. Ces trois projets de loi sont morts au Feuilleton.

[7] Le projet de loi S-4 proposait de remplacer le mandat actuel des sénateurs — qui prend fin lorsqu'ils atteignent l'âge de 75 ans — par des mandats renouvelables de huit ans.

[8] Pour leur part, les projets de loi C-20 et C-7 proposaient chacun d'établir un régime détaillé d'élections consultatives permettant de choisir des « candidats » aux postes de sénateurs. Suivant le projet de loi C-20, les noms des candidats retenus lors d'élections consultatives nationales auraient été transmis au premier ministre du Canada pour qu'il en tienne compte au moment de recommander au gouverneur général des candidats pour combler les postes vacants au Sénat.

[9] De même, le projet de loi C-7 prévoyait confier aux sénateurs un mandat non renouvelable de neuf ans et énonçait une loi provinciale et territoriale type prescrivant la tenue d'élections consultatives. Il disposait aussi que le premier ministre « tien[drait] compte » des personnes dont le nom aurait figuré sur les listes de candidats retenus (art. 3), et la loi type qui y était annexée énonçait le principe selon lequel les sénateurs « devraient être choisis » parmi ces candidats : art. 1 de l'annexe.

[10] La Cour n'est pas la première à se pencher sur les questions posées en l'espèce. Quand le Parlement a présenté le projet de loi C-7, le gouvernement du Québec a demandé à la Cour d'appel de cette province si les changements au Sénat proposés pouvaient être apportés par une intervention unilatérale du Parlement.

[11] The Court of Appeal held that Parliament could not unilaterally change the terms for Senators or introduce consultative elections for the appointment of Senators: *Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re)*, 2013 QCCA 1807 (CanLII) (the “*Quebec Senate Reference*”). Rather, it found that these changes fall under s. 42 of the *Constitution Act, 1982* and require the consent of the legislative assemblies of at least two-thirds of the provinces that represent, in the aggregate, at least half of the population of all the provinces. In its view, the framers of the *Constitution Act, 1982* intended to constitutionally entrench the *status quo* with respect to the Senate until the day when broad federal-provincial consensus could be obtained on the matter of Senate reform.

[12] Although the Court of Appeal was not directly asked to consider how the Senate could be abolished, it expressed the view that abolition would require unanimous provincial consent: para. 29. It reasoned that abolition of the Senate would amend by implication the procedures for constitutional amendment in Part V of the *Constitution Act, 1982*, something which can only be done with unanimous provincial consent under s. 41(e) of the Act.

III. The Senate

[13] It is appropriate to briefly introduce the institution at the heart of this Reference.

[14] The framers of the *Constitution Act, 1867* sought to adapt the British form of government to a new country, in order to have a “Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”: preamble. They wanted to preserve the British structure of a lower legislative chamber composed of elected representatives, an upper legislative chamber made up of elites appointed by the Crown, and the Crown as head of state.

[11] La Cour d’appel du Québec a conclu que le Parlement ne pouvait pas modifier unilatéralement la durée du mandat des sénateurs ou prévoir la tenue d’élections consultatives en vue de leur nomination : *Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re)*, 2013 QCCA 1807, [2013] R.J.Q. 1711 (le « *Renvoi québécois relatif au Sénat* »). Selon elle, ces changements relèvent plutôt de l’art. 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ne peuvent être réalisés qu’avec le consentement des assemblées législatives d’au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente au moins la moitié de la population de toutes les provinces. Toujours selon la Cour d’appel du Québec, les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont voulu constitutionnaliser le statu quo à l’égard du Sénat jusqu’à ce qu’un large consensus se réalise à propos de sa réforme.

[12] Bien qu’on ne lui ait pas demandé directement de se prononcer sur la façon d’abolir le Sénat, la Cour d’appel du Québec a affirmé que l’abolition de cette institution exigerait le consentement unanime des provinces : par. 29. Selon son raisonnement, l’abolition du Sénat changerait implicitement les procédures de modification de la Constitution prévues à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, or l’al. 41e) de cette loi exige le consentement unanime des provinces pour réaliser un tel changement.

III. Le Sénat

[13] Il convient d’abord d’exposer brièvement la nature et l’histoire de l’institution au cœur du présent renvoi.

[14] Les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont cherché à adapter le modèle de gouvernement britannique à un nouveau pays, pour doter celui-ci d’une « constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » : préambule. Ils souhaitaient ainsi préserver la structure parlementaire britannique constituée d’une chambre législative basse où siègent des représentants élus, d’une chambre législative haute formée de membres de l’élite nommés par la Couronne, et de la Couronne en tant que chef de l’État.

[15] The upper legislative chamber, which the framers named the Senate, was modeled on the British House of Lords, but adapted to Canadian realities. As in the United Kingdom, it was intended to provide “sober second thought” on the legislation adopted by the popular representatives in the House of Commons: John A. Macdonald, Province of Canada, Legislative Assembly, *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 3rd Sess., 8th Prov. Parl. (the “1865 Debates”), February 6, 1865, at p. 35. However, it played the additional role of providing a distinct form of representation for the regions that had joined Confederation and ceded a significant portion of their legislative powers to the new federal Parliament: *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at paras. 164-66, per LeBel J. While representation in the House of Commons was proportional to the population of the new Canadian provinces, each region was provided equal representation in the Senate irrespective of population. This was intended to assure the regions that their voices would continue to be heard in the legislative process even though they might become minorities within the overall population of Canada: George Brown, *1865 Debates*, February 8, 1865, at p. 88; D. Pinard, “The Canadian Senate: An Upper House Criticized Yet Condemned to Survive Unchanged?”, in J. Luther, P. Passaglia and R. Tarchi, eds., *A World of Second Chambers: Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism* (2006), 459, at p. 462.

[16] Over time, the Senate also came to represent various groups that were under-represented in the House of Commons. It served as a forum for ethnic, gender, religious, linguistic, and Aboriginal groups that did not always have a meaningful opportunity to present their views through the popular democratic process: B. Pelletier, “Réponses suggérées aux questions soulevées par le renvoi à la Cour suprême du Canada concernant la réforme du Sénat” (2013), 43 *R.G.D.* 445 (“Réponses suggérées”), at pp. 485-86.

[15] Ainsi, la chambre haute — appelée Sénat par les auteurs de la Constitution — a été créée sur le modèle de la Chambre des lords britannique, mais adaptée au contexte canadien. Comme au Royaume-Uni, elle a été conçue pour permettre de donner un [TRADUCTION] « second regard attentif » (« sober second thought ») aux mesures législatives adoptées par les représentants du peuple à la Chambre des communes : John A. Macdonald, Province du Canada, Assemblée législative, *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l’Amérique britannique du Nord*, 3^e sess., 8^e parlement provincial (les « *Débats de 1865* »), 6 février 1865, p. 35. Elle a toutefois aussi assuré une forme distincte de représentation des régions qui s’étaient jointes à la Confédération et qui, ce faisant, avaient cédé une partie importante de leurs pouvoirs législatifs au nouveau Parlement fédéral : *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 164-166, le juge LeBel. Même si la représentation des nouvelles provinces canadiennes à la Chambre des communes était proportionnelle à leur population, chaque région obtenait un nombre égal de représentants au Sénat, peu importe sa population. Cette règle d’égalité visait à assurer aux régions que leurs voix continueraient de se faire entendre dans le processus législatif, même si elles devenaient minoritaires au sein de l’ensemble de la population canadienne : George Brown, *Débats de 1865*, 8 février 1865, p. 87; D. Pinard, « The Canadian Senate : An Upper House Criticized Yet Condemned to Survive Unchanged? », dans J. Luther, P. Passaglia et R. Tarchi, dir., *A World of Second Chambers : Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism* (2006), 459, p. 462.

[16] Avec le temps, le Sénat en est aussi venu à représenter divers groupes sous-représentés à la Chambre des communes. Il a servi de tribune aux femmes ainsi qu’à des groupes ethniques, religieux, linguistiques et autochtones auxquels le processus démocratique populaire n’avait pas toujours donné une opportunité réelle de faire valoir leurs opinions : B. Pelletier, « Réponses suggérées aux questions soulevées par le renvoi à la Cour suprême du Canada concernant la réforme du Sénat » (2013), 43 *R.G.D.* 445 (« Réponses suggérées quant au renvoi sur le Sénat »), p. 485-486.

[17] Although the product of consensus, the Senate rapidly attracted criticism and reform proposals. Some felt that it failed to provide “sober second thought” and reflected the same partisan spirit as the House of Commons. Others criticized it for failing to provide meaningful representation of the interests of the provinces as originally intended, and contended that it lacked democratic legitimacy.

[18] In the years immediately preceding patriation of the Constitution, proposals for reform focused mainly on three aspects: (i) modifying the distribution of seats in the Senate;¹ (ii) circumscribing the powers of the Senate;² and (iii) changing the way in which Senators are selected for appointment.³ These proposals assumed the continued existence of an upper chamber, but sought to improve its contribution to the legislative process.

[19] In 1978, the federal government tabled a bill to comprehensively reform the Senate by readjusting the distribution of seats between the regions; removing the Senate’s absolute veto over most legislation and replacing it with an ability to delay the adoption of legislation; and giving the House of Commons and the provincial legislatures the power to select Senators: *Constitutional Amendment Act, 1978* (Bill C-60), June 20, 1978, cls. 62 to 70. The bill was not adopted and, in 1980, this Court concluded that Parliament did not have the power under the Constitution as it then stood to unilaterally modify the fundamental features of the Senate or to abolish it: *Reference re Authority of Parliament*

[17] Même s’il a été le fruit d’un consensus, le Sénat a rapidement fait l’objet de critiques et de propositions de réforme. Certains étaient d’avis qu’il échouait à donner un « second regard attentif » aux projets de loi et qu’il y régnait le même esprit partisan qu’à la Chambre des communes. D’autres l’ont critiqué parce qu’il n’avait pas réellement réussi à représenter les intérêts des provinces comme on l’avait voulu au départ, et ont insisté sur son manque de légitimité démocratique.

[18] Durant les années ayant précédé le rapatriement de la Constitution, les propositions de réforme portaient principalement sur trois aspects : (i) modifier la répartition des sièges au Sénat¹; (ii) circonscrire les pouvoirs du Sénat²; et (iii) changer le mode de sélection des sénateurs³. Ces propositions tenaient pour acquis que le Sénat continuerait d’exister, mais visaient à améliorer sa contribution au processus législatif.

[19] En 1978, le gouvernement fédéral a déposé un projet de loi pour réformer complètement le Sénat en rajustant la répartition des sièges entre les régions, en retirant au Sénat le veto absolu dont il dispose à l’égard de la plupart des lois et en lui conférant plutôt le pouvoir de retarder l’adoption de ces dernières, et en confiant à la Chambre des communes et aux législatures provinciales le pouvoir de choisir les sénateurs : *Loi constitutionnelle de 1978* (projet de loi C-60), 20 juin 1978, art. 62 à 70. Le projet de loi n’a pas été adopté. D’ailleurs, en 1980, la Cour a conclu que la Constitution, dans l’état où elle se trouvait à l’époque, ne permettait pas au Parlement de modifier unilatéralement les

1 See for example *The Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada: Final Report* (1972) (the “Molgat-MacGuigan Report”), at p. 35; *Report on Certain Aspects of the Canadian Constitution* (1980), at pp. 35-36; P. McCormick, E. C. Manning and G. Gibson, *Regional Representation: The Canadian Partnership* (1981), at pp. 109-10.

2 See for example the Task Force on Canadian Unity, *A Future Together: Observations and Recommendations* (1979), at pp. 98 and 128-29.

3 See for example the Molgat-MacGuigan Report, at p. 35, and the discussion in M. Lalonde, *Constitutional Reform: House of the Federation* (1978), at pp. 7 et seq.

1 Voir par exemple *Le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada : Rapport final* (1972) (le « rapport Molgat-MacGuigan »), p. 35; *Rapport sur certains aspects de la Constitution canadienne* (1980), p. 36-37; P. McCormick, E. C. Manning et G. Gibson, *Regional Representation : The Canadian Partnership* (1981), p. 109-110.

2 Voir par exemple la Commission de l’unité canadienne, *Se retrouver : Observations et recommandations* (1979), p. 105 et 136-137.

3 Voir par exemple le rapport Molgat-MacGuigan, p. 35; M. Lalonde, *La réforme constitutionnelle : La Chambre de la Fédération* (1978), p. 7 et suiv.

in relation to the Upper House, [1980] 1 S.C.R. 54 (“*Upper House Reference*”).

[20] Despite ongoing criticism and failed attempts at reform, the Senate has remained largely unchanged since its creation. The question before us now is not whether the Senate should be reformed or what reforms would be preferable, but rather how the specific changes set out in the Reference can be accomplished under the Constitution. This brings us to the issue of constitutional amendment in Canada.

IV. The Part V Amending Procedures

[21] The statute that created the Senate — the *Constitution Act, 1867* — forms part of the Constitution of Canada and can only be amended in accordance with the Constitution’s procedures for amendment: s. 52(2) and (3), *Constitution Act, 1982*. Consequently, we must determine whether the changes contemplated in the Reference amend the Constitution and, if so, which amendment procedures are applicable.

[22] Before answering these questions, we discuss constitutional amendment in Canada generally. We examine in turn the nature and content of the Constitution of Canada, the concept of constitutional amendment, and the Constitution’s procedures for amendment.

A. *The Constitution of Canada*

[23] The Constitution of Canada is “a comprehensive set of rules and principles” that provides “an exhaustive legal framework for our system of government”: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (“*Secession Reference*”), at para. 32. It defines the powers of the constituent

caractéristiques fondamentales du Sénat ou de l’abolir : *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54 (« *Renvoi relatif à la Chambre haute* »).

[20] Malgré des critiques persistantes et l’échec des tentatives visant à le réformer, le Sénat n’a pas beaucoup changé depuis sa création. La question dont nous sommes maintenant saisis n’est pas celle de l’opportunité de réformer le Sénat ni celle de déterminer quelles réformes seraient préférables, mais plutôt celle d’examiner comment les changements précis envisagés dans le renvoi peuvent être mis en œuvre dans le respect de la Constitution. Ce constat nous amène à la question relative aux modifications constitutionnelles au Canada.

IV. Les procédures de modification prévues à la partie V

[21] La loi qui a créé le Sénat — la *Loi constitutionnelle de 1867* — fait partie intégrante de la Constitution du Canada. Elle ne peut être modifiée qu’en conformité avec les procédures de modification prévues par la Constitution : *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 52(2) et (3). Nous devons donc déterminer si les modifications envisagées dans le renvoi modifient la Constitution et, le cas échéant, quelles sont les procédures de modification applicables.

[22] Avant de répondre à ces questions, nous nous pencherons sur le problème de la modification de la Constitution canadienne de façon générale. Nous examinerons successivement la nature et le contenu de la Constitution du Canada, le concept de modification constitutionnelle, puis les procédures de modification de la Constitution.

A. *La Constitution du Canada*

[23] La Constitution du Canada forme « un ensemble complet de règles et de principes » offrant « un cadre juridique exhaustif pour notre système de gouvernement » : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (« *Renvoi relatif à la sécession* »), par. 32. Elle définit les pouvoirs des

elements of Canada’s system of government — the executive, the legislatures, and the courts — as well as the division of powers between the federal and provincial governments: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*Provincial Court Judges Reference*”), at para. 108. And it governs the state’s relationship with the individual. Governmental power cannot lawfully be exercised, unless it conforms to the Constitution: s. 52(1), *Constitution Act, 1982*; *Secession Reference*, at paras. 70-78; *Reference re Supreme Court Act*, ss. 5 and 6, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433 (“*Supreme Court Act Reference*”), at para. 89.

[24] The Constitution of Canada is defined in s. 52(2) of the *Constitution Act, 1982* as follows:

52. . . .

(2) The Constitution of Canada includes

(a) the *Canada Act 1982*, including this Act;

(b) the Acts and orders referred to in the schedule; and

(c) any amendment to any Act or order referred to in paragraph (a) or (b).

The documents listed in the Schedule to the *Constitution Act, 1982* as forming part of the Constitution include the *Constitution Act, 1867*. Section 52 does not provide an exhaustive definition of the content of the Constitution of Canada: *Supreme Court Act Reference*, at paras. 97-100; *Secession Reference*, at para. 32.

[25] The Constitution implements a structure of government and must be understood by reference to “the constitutional text itself, the historical context, and previous judicial interpretations of constitutional meaning”: *Secession Reference*, at para. 32; see, generally, H. Cyr, “L’absurdité du critère scriptural pour qualifier la constitution” (2012), 6 *J.P.P.L.*

éléments constitutifs du régime gouvernemental canadien — l’exécutif, le législatif et le judiciaire — ainsi que le partage des compétences entre le fédéral et les provinces : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* »), par. 108. Elle régit aussi la relation de l’État avec le citoyen. En outre, un pouvoir gouvernemental ne peut être exercé légalement que s’il est conforme à la Constitution : *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 52(1); *Renvoi relatif à la sécession*, par. 70-78; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433 (« *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême* »), par. 89.

[24] Le paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* définit la Constitution du Canada en ces termes :

52. . . .

(2) La Constitution du Canada comprend :

a) la *Loi de 1982 sur le Canada*, y compris la présente loi;

b) les textes législatifs et les décrets figurant à l’annexe;

c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b).

Les documents énumérés à l’annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, comme faisant partie de la Constitution, comprennent la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, l’art. 52 ne définit pas de façon exhaustive le contenu de la Constitution du Canada : *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 97-100; *Renvoi relatif à la sécession*, par. 32.

[25] La Constitution met en place une structure de gouvernement et doit être interprétée au regard « du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle » : *Renvoi relatif à la sécession*, par. 32; voir, de façon générale, H. Cyr, « L’absurdité du critère scriptural pour

293. The rules of constitutional interpretation require that constitutional documents be interpreted in a broad and purposive manner and placed in their proper linguistic, philosophic, and historical contexts: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Supreme Court Act Reference*, at para. 19. Generally, constitutional interpretation must be informed by the foundational principles of the Constitution, which include principles such as federalism, democracy, the protection of minorities, as well as constitutionalism and the rule of law: *Secession Reference*; *Provincial Court Judges Reference*; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721.

[26] These rules and principles of interpretation have led this Court to conclude that the Constitution should be viewed as having an “internal architecture”, or “basic constitutional structure”: *Secession Reference*, at para. 50; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 57; see also *Supreme Court Act Reference*, at para. 82. The notion of architecture expresses the principle that “[t]he individual elements of the Constitution are linked to the others, and must be interpreted by reference to the structure of the Constitution as a whole”: *Secession Reference*, at para. 50; see also the discussion on this Court’s approach to constitutional interpretation in M. D. Walters, “Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism”, in G. Huscroft, ed., *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (2008), 245, at pp. 264-65. In other words, the Constitution must be interpreted with a view to discerning the structure of government that it seeks to implement. The assumptions that underlie the text and the manner in which the constitutional provisions are intended to interact with one another must inform our interpretation, understanding, and application of the text.

qualifier la constitution » (2012), 6 *J.P.P.L.* 293. Les règles d’interprétation constitutionnelle exigent que les documents constitutionnels reçoivent une interprétation large et téléologique et qu’ils soient situés dans leurs contextes linguistique, philosophique et historique appropriés : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-156; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), p. 136; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 19. De façon générale, l’interprétation constitutionnelle doit reposer sur les principes de base de la Constitution, tels le fédéralisme, la démocratie, la protection des minorités, ainsi que le constitutionnalisme et la primauté du droit : *Renvoi relatif à la sécession*; *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

[26] Ces règles et principes d’interprétation ont amené la Cour à conclure que la Constitution possède une « architecture interne », ou une « structure constitutionnelle fondamentale » : *Renvoi relatif à la sécession*, par. 50; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 57; voir aussi le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 82. La notion d’architecture exprime le principe selon lequel « [c]haque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l’ensemble de sa structure » : *Renvoi relatif à la sécession*, par. 50; voir aussi l’analyse relative à l’approche adoptée par la Cour à l’égard de l’interprétation constitutionnelle dans M. D. Walters, « Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism », dans G. Huscroft, dir., *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (2008), 245, p. 264-265. Autrement dit, la Constitution doit être interprétée de façon à discerner la structure de gouvernement qu’elle vise à mettre en œuvre. Les prémisses qui sous-tendent le texte et la façon dont les dispositions constitutionnelles sont censées interagir les unes avec les autres doivent contribuer à notre interprétation et à notre compréhension du texte, ainsi qu’à son application.

B. *Amendments to the Constitution of Canada*

[27] The concept of an “amendment to the Constitution of Canada”, within the meaning of Part V of the *Constitution Act, 1982*, is informed by the nature of the Constitution and its rules of interpretation. As discussed, the Constitution should not be viewed as a mere collection of discrete textual provisions. It has an architecture, a basic structure. By extension, amendments to the Constitution are not confined to textual changes. They include changes to the Constitution’s architecture.

C. *The Part V Amending Procedures*

[28] Part V of the *Constitution Act, 1982* provides the blueprint for how to amend the Constitution of Canada (see Appendix). It tells us what changes Parliament and the provincial legislatures can make unilaterally, what changes require substantial federal and provincial consent, and what changes require unanimous agreement.

(1) History

[29] The Part V amending formula reflects the principle that constitutional change that engages provincial interests requires both the consent of Parliament and a significant degree of provincial consent. Prior to patriation, constitutional amendment in Canada required the adoption of a law by the British Parliament following a joint resolution addressed to it by the Senate and the House of Commons, since the *Constitution Act, 1867* was an Act of the British Parliament. There was no formal requirement for consultation with the provinces. However, in practice, throughout the 20th century, the federal government consulted with the provinces on constitutional amendments that directly affected federal-provincial relations, and obtained their consent before putting a joint address to the British Parliament: Canada, Minister of Justice, *The*

B. *Les modifications de la Constitution du Canada*

[27] Le concept de « modification de la Constitution du Canada », au sens de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, doit être compris au regard de la nature de la Constitution et des règles applicables à son interprétation. Comme nous l’avons vu, la Constitution ne doit pas être considérée comme un simple ensemble de dispositions écrites isolées. Elle a une architecture, une structure fondamentale. Par extension, les modifications constitutionnelles ne se limitent pas aux modifications apportées au texte de la Constitution. Elles comprennent aussi les modifications à son architecture.

C. *Les procédures de modification prévues à la partie V*

[28] La partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* détermine la procédure nécessaire pour modifier la Constitution du Canada (voir l’annexe). Elle précise quelles modifications peuvent être apportées unilatéralement par le Parlement et les législatures provinciales, quelles modifications exigent un degré appréciable de consentement fédéral et provincial, et quelles modifications nécessitent un consentement unanime.

(1) Historique

[29] La formule de modification prévue à la partie V reflète le principe selon lequel les modifications constitutionnelles mettant en cause des intérêts provinciaux exigent à la fois le consentement du Parlement et un degré appréciable de consentement provincial. Puisque, avant le rapatriement, la *Loi constitutionnelle de 1867* était une loi du Parlement britannique, une modification à la Constitution du Canada exigeait l’adoption d’une loi du Parlement britannique en réponse à une résolution conjointe que devaient lui adresser le Sénat et la Chambre des communes. Il n’y avait aucune exigence formelle de consulter les provinces. Toutefois, en pratique, tout au long du 20^e siècle, le gouvernement fédéral a consulté les provinces relativement aux modifications constitutionnelles touchant directement les relations fédérales-provinciales et

Amendment of the Constitution of Canada (1965) (“Favreau”), at pp. 15-16. By the time of patriation, this practice had ripened into a constitutional convention requiring substantial consent to constitutional change directly affecting federal-provincial relations: *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at pp. 889-95; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793.

[30] Beginning in the 1930s, the federal government and the provinces held a series of conferences to discuss the possibility of adopting a formal amending formula. This produced several proposals: see in particular the Fulton-Favreau formula in Favreau, at pp. 110-15; and the Victoria Charter, in *Constitutional Conference: Proceedings* (1971), App. B. In October 1980, amid efforts to achieve broad constitutional reform, the federal government tabled a new proposed amending formula in the House of Commons and the Senate: “Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty the Queen respecting the Constitution of Canada”, in *The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada* (1980). In response, the provincial premiers developed a counter-proposal that became the template for Part V of the *Constitution Act, 1982* — the “April Accord” of 1981: *Constitutional Accord: Canadian Patriation Plan* (1981).

[31] The April Accord, and ultimately Part V, reflect the political consensus that the provinces must have a say in constitutional changes that engage their interests. The “underlying purpose” of these documents is “to constrain unilateral federal powers to effect constitutional change”: P. J. Monahan and B. Shaw, *Constitutional Law* (4th ed. 2013), at p. 204; *Supreme Court Act Reference*, at paras. 98-100. They also consecrate the principle of “the constitutional equality of provinces as equal

obtenu leur consentement avant de soumettre une adresse conjointe au Parlement britannique : Canada, ministre de la Justice, *Modification de la Constitution du Canada* (1965) (« Favreau »), p. 15-16. Au moment du rapatriement, cette pratique était devenue une convention constitutionnelle selon laquelle il fallait un consentement provincial appréciable pour solliciter des modifications constitutionnelles ayant un effet direct sur les relations fédérales-provinciales : *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 889-895; *Renvoi : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.

[30] À partir des années 30, le gouvernement fédéral et les provinces ont tenu une série de conférences pour discuter de la possibilité d’adopter une formule de modification formelle. Ces discussions ont donné lieu à plusieurs propositions : voir en particulier la formule Fulton-Favreau, dans Favreau, p. 120-125; et la Charte de Victoria, dans *Conférence constitutionnelle : Délibérations* (1971), ann. B. En octobre 1980, dans le cadre des efforts visant à réaliser une réforme constitutionnelle d’envergure, le gouvernement fédéral a déposé une nouvelle proposition de formule de modification à la Chambre des communes et au Sénat : « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada », dans *La Constitution canadienne 1980 : Projet de résolution concernant la Constitution du Canada* (1980). En réponse, les premiers ministres provinciaux ont élaboré une contre-proposition — l’« Accord d’avril » de 1981 — qui est devenue le canevas de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982 : Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution* (1981).

[31] L’Accord d’avril et, en définitive, la partie V reflètent le consensus politique selon lequel les provinces doivent avoir un droit de participation aux modifications constitutionnelles mettant en cause leurs intérêts. L’[TRADUCTION] « objectif sous-jacent » de ces textes consiste « à restreindre les pouvoirs de modification unilatérale de la Constitution conférés au fédéral » : P. J. Monahan et B. Shaw, *Constitutional Law* (4^e éd. 2013), p. 204; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*,

partners in Confederation”: *Constitutional Accord: Canadian Patriation Plan*, General Comment, in Part A, at p. 1. In principle, no province stands above the others with respect to constitutional amendments, and all provinces are given the same rights in the process of amendment. The result is an amending formula designed to foster dialogue between the federal government and the provinces on matters of constitutional change, and to protect Canada’s constitutional *status quo* until such time as reforms are agreed upon.

(2) The Amending Procedures

[32] Part V contains four categories of amending procedures. The first is the general amending procedure (s. 38, complemented by s. 42), which requires a substantial degree of consensus between Parliament and the provincial legislatures. The second is the unanimous consent procedure (s. 41), which applies to certain changes deemed fundamental by the framers of the *Constitution Act, 1982*. The third is the special arrangements procedure (s. 43), which applies to amendments in relation to provisions of the Constitution that apply to some, but not all, of the provinces. The fourth is made up of the unilateral federal and provincial procedures, which allow unilateral amendment of aspects of government institutions that engage purely federal or provincial interests (ss. 44 and 45).

(a) *The General Amending Procedure*

[33] Section 38 of the *Constitution Act, 1982* provides:

38. (1) An amendment to the Constitution of Canada may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada where so authorized by

(a) resolutions of the Senate and House of Commons; and

par. 98-100. On y consacre aussi le principe de « l’égalité constitutionnelle des provinces comme partenaires égaux au sein de la Confédération » : *Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution*, Observations générales, partie A, p. 1. En principe, les provinces sont sur un pied d’égalité en ce qui concerne les modifications constitutionnelles, et toutes les provinces jouissent des mêmes droits dans le processus de modification. La formule de modification ainsi établie est conçue pour favoriser le dialogue entre le gouvernement fédéral et les provinces sur les questions relatives à la modification de la Constitution, et pour préserver le *statu quo* constitutionnel au Canada jusqu’à ce que les parties prenantes s’entendent sur des réformes.

(2) Les procédures de modification

[32] La partie V prévoit quatre catégories de procédures de modification. La première, la procédure normale de modification (art. 38, complété par l’art. 42), exige un degré appréciable de consensus entre le Parlement et les législatures provinciales. La deuxième, la procédure de consentement unanime (art. 41), s’applique à certaines modifications jugées fondamentales par les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La troisième, la procédure relative aux arrangements spéciaux (art. 43), vise les modifications apportées à des dispositions de la Constitution qui s’appliquent à certaines provinces uniquement. La quatrième, la procédure de modification unilatérale fédérale et provinciale, concerne certains aspects d’institutions gouvernementales mettant en cause des intérêts purement fédéraux ou provinciaux (art. 44 et 45).

a) *La procédure normale de modification*

[33] L’article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit :

38. (1) La Constitution du Canada peut être modifiée par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée à la fois :

a) par des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes;

(b) resolutions of the legislative assemblies of at least two-thirds of the provinces that have, in the aggregate, according to the then latest general census, at least fifty per cent of the population of all the provinces.

(2) An amendment made under subsection (1) that derogates from the legislative powers, the proprietary rights or any other rights or privileges of the legislature or government of a province shall require a resolution supported by a majority of the members of each of the Senate, the House of Commons and the legislative assemblies required under subsection (1).

(3) An amendment referred to in subsection (2) shall not have effect in a province the legislative assembly of which has expressed its dissent thereto by resolution supported by a majority of its members prior to the issue of the proclamation to which the amendment relates unless that legislative assembly, subsequently, by resolution supported by a majority of its members, revokes its dissent and authorizes the amendment.

(4) A resolution of dissent made for the purposes of subsection (3) may be revoked at any time before or after the issue of the proclamation to which it relates.

[34] The process set out in s. 38 is the general rule for amendments to the Constitution of Canada. It reflects the principle that substantial provincial consent must be obtained for constitutional change that engages provincial interests. Section 38 codifies what is colloquially referred to as the “7/50” procedure — amendments to the Constitution of Canada must be authorized by resolutions of the Senate, the House of Commons, and legislative assemblies of at least seven provinces whose population represents, in the aggregate, at least half of the current population of all the provinces. Additionally, it grants to the provinces the right to “opt out” of constitutional amendments that “derogat[e] from the legislative powers, the proprietary rights or any other rights or privileges of the legislature or government of a province”.

[35] By requiring significant provincial consensus while stopping short of unanimity, s. 38 “achieves a compromise between the demands of legitimacy

b) par des résolutions des assemblées législatives d’au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente, selon le recensement général le plus récent à l’époque, au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces.

(2) Une modification faite conformément au paragraphe (1) mais dérogatoire à la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges d’une législature ou d’un gouvernement provincial exige une résolution adoptée à la majorité des sénateurs, des députés fédéraux et des députés de chacune des assemblées législatives du nombre requis de provinces.

(3) La modification visée au paragraphe (2) est sans effet dans une province dont l’assemblée législative a, avant la prise de la proclamation, exprimé son désaccord par une résolution adoptée à la majorité des députés, sauf si cette assemblée, par résolution également adoptée à la majorité, revient sur son désaccord et autorise la modification.

(4) La résolution de désaccord visée au paragraphe (3) peut être révoquée à tout moment, indépendamment de la date de la proclamation à laquelle elle se rapporte.

[34] Cette disposition décrit le processus généralement applicable pour modifier la Constitution canadienne. Celui-ci reflète le principe selon lequel il est nécessaire d’obtenir le consentement d’un nombre appréciable de provinces pour apporter des modifications constitutionnelles qui touchent leurs intérêts. L’article 38 codifie ce qu’on appelle communément la procédure « 7/50 », selon laquelle les modifications à la Constitution du Canada doivent être autorisées par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et des assemblées législatives d’au moins sept provinces dont la population confondue représente au moins la moitié de la population de toutes les provinces. Il confère aussi à ces dernières le droit de « se soustraire » aux modifications constitutionnelles dérogatoires « à l[eur] compétence législative, [à leurs] droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges [de leur] législature ou [de leur] gouvernement ».

[35] En exigeant un consensus provincial appréciable plutôt que l’unanimité, l’art. 38 [TRADUCTION] « réalise un compromis entre les exigences de

and flexibility”: J. Cameron, “To Amend the Process of Amendment”, in G.-A. Beaudoin et al., *Federalism for the Future: Essential Reforms* (1998), 315, at p. 324. Its “underlying purpose . . . is to protect the provinces from having their rights or privileges negatively affected without their consent”: Monahan and Shaw, at p. 192.

[36] The s. 38 procedure represents the balance deemed appropriate by the framers of the *Constitution Act, 1982* for most constitutional amendments, apart from those contemplated in one of the other provisions in Part V. Section 38 is thus the procedure of general application for amendments to the Constitution of Canada. As a result, the other procedures in Part V should be construed as exceptions to the general rule.

[37] Section 42 complements s. 38 by expressly identifying certain categories of amendments to which the 7/50 procedure in s. 38(1) applies:

42. (1) An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made only in accordance with subsection 38(1):

(a) the principle of proportionate representation of the provinces in the House of Commons prescribed by the Constitution of Canada;

(b) the powers of the Senate and the method of selecting Senators;

(c) the number of members by which a province is entitled to be represented in the Senate and the residence qualifications of Senators;

(d) subject to paragraph 41(d), the Supreme Court of Canada;

(e) the extension of existing provinces into the territories; and

(f) notwithstanding any other law or practice, the establishment of new provinces.

(2) Subsections 38(2) to (4) do not apply in respect of amendments in relation to matters referred to in subsection (1).

légitimité et de souplesse » : J. Cameron, « To Amend the Process of Amendment », dans G.-A. Beaudoin et autres, *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles* (1998), 315, p. 324. Cette disposition [TRADUCTION] « vise fondamentalement [. . .] à assurer aux provinces que leurs droits et privilèges ne seront pas touchés sans leur consentement » : Monahan et Shaw, p. 192.

[36] La procédure prévue à l’art. 38 représente l’équilibre que les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont jugé approprié pour la plupart des modifications constitutionnelles, soit toutes les modifications sauf celles visées par une des autres dispositions de la partie V. L’article 38 décrit donc la procédure normalement appliquée pour modifier la Constitution canadienne. Les autres procédures énoncées à la partie V devraient alors être considérées comme des exceptions à cette règle générale.

[37] L’article 42 complète l’art. 38 en prévoyant expressément certaines catégories de modifications auxquelles s’applique la procédure 7/50 énoncée au par. 38(1) :

42. (1) Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait conformément au paragraphe 38(1) :

a) le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes prévu par la Constitution du Canada;

b) les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs;

c) le nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu’ils doivent remplir;

d) sous réserve de l’alinéa 41d), la Cour suprême du Canada;

e) le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires;

f) par dérogation à toute autre loi ou usage, la création de provinces.

(2) Les paragraphes 38(2) à (4) ne s’appliquent pas aux questions mentionnées au paragraphe (1).

[38] This provision serves two purposes. First, the express inclusion of certain matters in s. 42 provided the framers of the *Constitution Act, 1982* with greater certainty that the 7/50 procedure would apply to amendments in relation to those matters: J. D. Whyte, “Senate Reform: What Does the Constitution Say?”, in J. Smith, ed., *The Democratic Dilemma: Reforming the Canadian Senate* (2009), 97, at p. 102. Second, the provincial right to “opt out” of certain amendments contemplated in s. 38(2) to (4) does not apply to the categories of amendments in s. 42. This ensures that amendments made under s. 42 will apply consistently to all the provinces and allows the changes contemplated in the provision to be implemented in a coherent manner throughout Canada.

[39] Section 42(1)(b) of the *Constitution Act, 1982* expressly makes the general amendment procedure applicable to amendments in relation to “the powers of the Senate and the method of selecting Senators”. We discuss below the meaning of this statutory language and its bearing on the questions before us.

(b) *The Unanimous Consent Procedure*

[40] Section 41 of the *Constitution Act, 1982* sets out an amending procedure requiring unanimous consent in relation to certain matters:

41. An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada only where authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province:

(a) the office of the Queen, the Governor General and the Lieutenant Governor of a province;

(b) the right of a province to a number of members in the House of Commons not less than the number of Senators by which the province is entitled to be represented at the time this Part comes into force;

(c) subject to section 43, the use of the English or the French language;

[38] Cette disposition poursuit deux objectifs. Le premier consiste à donner aux auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* la certitude que la procédure 7/50 s’applique aux modifications portant sur certaines questions qui y sont expressément incluses : J. D. Whyte, « Senate Reform : What Does the Constitution Say? », dans J. Smith, dir., *The Democratic Dilemma : Reforming the Canadian Senate* (2009), 97, p. 102. Le deuxième, à déclarer que le droit des provinces de « se soustraire » à certaines modifications visées aux par. 38(2) à (4) ne s’applique pas aux catégories de modifications prévues à l’art. 42. Ainsi, les modifications apportées sous le régime de l’art. 42 s’appliquent de manière uniforme à toutes les provinces et les changements visés par la disposition sont mis en œuvre de manière cohérente partout au pays.

[39] L’alinéa 42(1)b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit expressément que la procédure normale de modification s’applique aux modifications portant sur « les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs ». Nous discuterons plus loin du sens à donner à ces termes et de leur incidence sur les questions dont nous sommes saisis.

b) *La procédure de consentement unanime*

[40] L’article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce une procédure de modification exigeant un consentement unanime pour certaines questions :

41. Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l’assemblée législative de chaque province :

a) la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur;

b) le droit d’une province d’avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle est habilitée à être représentée lors de l’entrée en vigueur de la présente partie;

c) sous réserve de l’article 43, l’usage du français ou de l’anglais;

(d) the composition of the Supreme Court of Canada;
and

(e) an amendment to this Part.

[41] Section 41 requires the unanimous consent of the Senate, the House of Commons, and all the provincial legislative assemblies for the categories of amendments enumerated in the provision. It “accords the highest level of constitutional protection and entrenchment” to the enumerated matters: W. J. Newman, “Living with the Amending Procedures: Prospects for Future Constitutional Reform in Canada” (2007), 37 *S.C.L.R.* (2d) 383, at p. 388. It is an exception to the general amending procedure. It creates an exacting amending procedure that is designed to apply to certain fundamental changes to the Constitution of Canada. Professor Pelletier aptly describes the rationale for requiring unanimity for the enumerated categories of amendments:

[TRANSLATION] . . . the unanimity rule provided for in section 41 of the 1982 Act is justified by the need . . . to give each of the partners of Canada’s federal compromise a veto on those topics that are considered the most essential to the survival of the state.

(B. Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada* (1996), at p. 208)

(c) *The Special Arrangements Procedure*

[42] Section 43 of the *Constitution Act, 1982* provides:

43. An amendment to the Constitution of Canada in relation to any provision that applies to one or more, but not all, provinces, including

(a) any alteration to boundaries between provinces,
and

d) la composition de la Cour suprême du Canada;

e) la modification de la présente partie.

[41] L’article 41 exige le consentement unanime du Sénat, de la Chambre des communes et de toutes les assemblées législatives provinciales pour les catégories de modifications qui y sont décrites. Il [TRADUCTION] « confère le plus haut niveau de protection et de consécration constitutionnelles » aux questions énumérées : W. J. Newman, « Living with the Amending Procedures : Prospects for Future Constitutional Reform in Canada » (2007), 37 *S.C.L.R.* (2d) 383, p. 388. Cette disposition constitue une exception à la procédure normale de modification. Elle crée une procédure de modification exigeante destinée à s’appliquer à certains changements fondamentaux apportés à la Constitution du Canada. Le professeur Pelletier décrit avec justesse la raison pour laquelle l’unanimité est exigée pour les catégories de modifications énumérées :

. . . la règle de l’unanimité, affirmée par l’article 41 de la Loi de 1982, se justifie par la nécessité qu’il y a [. . .] de conférer à chacun des partenaires du compromis fédératif canadien un droit de veto par rapport aux sujets qui sont considérés comme les plus fondamentaux pour la survie de l’État.

(B. Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada* (1996), p. 208)

c) *La procédure relative aux arrangements spéciaux*

[42] L’article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit ce qui suit :

43. Les dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement ne peuvent être modifiées que par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l’assemblée législative de chaque province concernée. Le présent article s’applique notamment :

a) aux changements du tracé des frontières interprovinciales;

(b) any amendment to any provision that relates to the use of the English or the French language within a province,

may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada only where so authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province to which the amendment applies.

[43] Section 43 applies to amendments in relation to provisions of the Constitution of Canada that apply to some, but not all, of the provinces. The determination of its scope and of the effects of its interaction with other provisions of Part V presents significant conceptual difficulties, leading Professor Scott to term it the “Rubik’s Cube” of Part V: S. A. Scott, “Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes” (1982), 20 *U.W.O. L. Rev.* 247, at pp. 292-98. We will limit our remarks on s. 43 to what is necessary to answer the Reference questions before us.

[44] At the very least, s. 43 is triggered when a constitutional amendment relates to a provision of the Constitution of Canada that contains a “special arrangement” applicable only to one or several, but not all, of the provinces. In such cases, the use of the 7/50 procedure would overshoot the mark, by making adoption of the amendment contingent upon the consent of provinces to which the provision does not apply. Section 43 also serves to ensure that those provisions cannot be amended without the consent of the provinces for which the arrangement was devised: Monahan and Shaw, at p. 210.

(d) *The Unilateral Federal and Provincial Procedures*

[45] Sections 44 and 45 of the *Constitution Act, 1982* provide for unilateral federal and provincial procedures of amendment:

44. Subject to sections 41 and 42, Parliament may exclusively make laws amending the Constitution of

b) aux modifications des dispositions relatives à l’usage du français ou de l’anglais dans une province.

[43] L’article 43 vise les modifications portant sur les dispositions de la Constitution du Canada applicables uniquement à certaines provinces. L’établissement de son champ d’application et des effets de son interaction avec les autres dispositions de la partie V présente de grandes difficultés conceptuelles. Ces dernières ont amené le professeur Scott à qualifier cet article de [TRADUCTION] « cube Rubik de la partie V » : S. A. Scott, « Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes » (1982), 20 *U.W.O. L. Rev.* 247, p. 292-298. Nos remarques sur l’art. 43 se limiteront à ce qui est nécessaire pour répondre aux questions du renvoi dont nous sommes saisis.

[44] L’article 43 entre en jeu, à tout le moins, lorsqu’une modification constitutionnelle touche une disposition de la Constitution du Canada qui prévoit un « arrangement spécial », applicable uniquement à une ou à certaines des provinces. En pareil cas, le recours à la procédure 7/50 aurait une portée trop large, car il subordonnerait l’adoption de la modification au consentement de provinces auxquelles ne s’applique pas la disposition. L’article 43 permet aussi d’éviter qu’une disposition qui prévoit un arrangement spécial puisse être modifiée sans le consentement des provinces visées par l’arrangement : Monahan et Shaw, p. 210.

d) *Les procédures unilatérales fédérale et provinciale*

[45] Les articles 44 et 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoient des procédures de modification unilatérales par le fédéral et par les provinces :

44. Sous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de

Canada in relation to the executive government of Canada or the Senate and House of Commons.

45. Subject to section 41, the legislature of each province may exclusively make laws amending the constitution of the province.

[46] These sections fulfill the same basic function as ss. 91(1)⁴ and 92(1)⁵ of the *Constitution Act, 1867*, which were repealed when the *Constitution Act, 1982* was enacted: *Constitutional Accord: Canadian Patriation Plan*, Explanatory Notes 7 and 8; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at pp. 4-31 to 4-34; Pelletier, “Réponses suggérées”, at pp. 462-63; G. Tremblay, “La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada” (2011), 41 *R.G.D.* 417, at p. 428; W. J. Newman, “Defining the ‘Constitution of Canada’ Since 1982: The Scope of the Legislative Powers of Constitutional Amendment under Sections 44 and 45 of the *Constitution Act, 1982*” (2003), 22 *S.C.L.R.* (2d) 423, at p. 494; Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, at pp. 117 and 181; see also R. I. Cheffins, “The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula: Political and Legal Implications” (1982), 4 *S.C.L.R.* 43, at pp. 52-53.

4 Section 91(1) gave Parliament legislative power over:

1. The amendment from time to time of the Constitution of Canada, except as regards matters coming within the classes of subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the provinces, or as regards rights or privileges by this or any other Constitutional Act granted or secured to the Legislature or the Government of a province, or to any class of persons with respect to schools or as regards the use of the English or the French language or as regards the requirements that there shall be a session of the Parliament of Canada at least once each year, and that no House of Commons shall continue for more than five years from the day of the return of the Writs for choosing the House: provided, however, that a House of Commons may in time of real or apprehended war, invasion or insurrection be continued by the Parliament of Canada if such continuation is not opposed by the votes of more than one-third of the members of such House.

5 Section 92(1) gave the provincial legislatures power over:

1. The Amendment from Time to Time, notwithstanding anything in this Act, of the Constitution of the Province, except as regards the Office of Lieutenant Governor.

la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes.

45. Sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province.

[46] Ces articles jouent essentiellement le même rôle que jouaient les par. 91(1)⁴ et 92(1)⁵ de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui ont été abrogés lors de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982 : Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution*, notes explicatives 7 et 8; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 4-31 à 4-34; Pelletier, « Réponses suggérées quant au renvoi sur le Sénat », p. 462-463; G. Tremblay, « La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada » (2011), 41 *R.G.D.* 417, p. 428; W. J. Newman, « Defining the “Constitution of Canada” Since 1982 : The Scope of the Legislative Powers of Constitutional Amendment under Sections 44 and 45 of the *Constitution Act, 1982* » (2003), 22 *S.C.L.R.* (2d) 423, p. 494; Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, p. 117 et 181; voir aussi R. I. Cheffins, « The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula : Political and Legal Implications » (1982), 4 *S.C.L.R.* 43, p. 52-53.

4 Le paragraphe 91(1) conférait au Parlement compétence législative sur :

1. La modification, de temps à autre, de la constitution du Canada, sauf en ce qui concerne les matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue exclusivement aux législatures des provinces, ou en ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis, par la présente loi ou par toute autre loi constitutionnelle, à la législature ou au gouvernement d'une province, ou à quelque catégorie de personnes en matière d'écoles, ou en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français, ou les prescriptions portant que le parlement du Canada tiendra au moins une session chaque année et que la durée de chaque chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l'élection de cette chambre; toutefois, le parlement du Canada peut prolonger la durée d'une chambre des communes en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, si cette prolongation n'est pas l'objet d'une opposition exprimée par les votes de plus du tiers des membres de ladite chambre.

5 Le paragraphe 92(1) conférait aux législatures provinciales compétence sur :

1. L'amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur;

[47] Sections 91(1) and 92(1) of the *Constitution Act, 1867* granted the federal and provincial governments the power to amend their respective constitutions, provided that the amendments did not engage the interests of the other level of government. Section 91(1) was worded broadly, allowing Parliament to amend the “Constitution of Canada”, subject to certain restrictions. In 1980, the federal government asked this Court whether Parliament could unilaterally implement sweeping reforms to the Senate under s. 91(1). This Court concluded that s. 91(1) allowed Parliament to amend “the constitution of the federal government in matters of interest only to that government”: *Upper House Reference*, at p. 71. It followed that s. 91(1) did not give Parliament the power to unilaterally make constitutional changes such as the abolition of the Senate or the modification of the Senate’s essential features, since these changes engaged the interests of the provinces as well as those of the federal government: *ibid.*, at pp. 74-75 *et seq.* Likewise, s. 92(1) allowed the provincial legislatures to enact amendments only in relation to “the operation of an organ of the government of the province, provided it is not otherwise entrenched as being indivisibly related to the implementation of the federal principle or to a fundamental term or condition of the union”: *OPSEU*, at p. 40, *per* Beetz J.

[48] As the successors to those provisions, ss. 44 and 45 give the federal and provincial legislatures the ability to unilaterally amend certain aspects of the Constitution that relate to their own level of government, but which do not engage the interests of the other level of government. This limited ability to make changes unilaterally reflects the principle that Parliament and the provinces are equal stakeholders in the Canadian constitutional design. Neither level of government acting alone can alter the fundamental nature and role of the institutions provided for in the Constitution. This said, those institutions can be maintained and even changed to some extent under ss. 44 and 45, provided that their fundamental nature and role remain intact.

[47] Les paragraphes 91(1) et 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accordaient aux gouvernements fédéral et provinciaux le pouvoir de modifier leurs constitutions respectives, à condition que les modifications ne mettent pas en cause les intérêts des autres ordres de gouvernement. Rédigé en termes généraux, le par. 91(1) permettait au Parlement de modifier la « Constitution du Canada », sous réserve de certaines restrictions. En 1980, le gouvernement fédéral a demandé à la Cour si le Parlement pouvait procéder unilatéralement à une réforme majeure du Sénat en vertu du par. 91(1). La Cour a conclu que ce paragraphe autorisait le Parlement à modifier « la constitution du gouvernement fédéral dans les matières qui concernent uniquement ce gouvernement » : *Renvoi relatif à la Chambre haute*, p. 71. Le paragraphe 91(1) ne conférait donc pas au Parlement le pouvoir d’apporter unilatéralement des changements constitutionnels telles l’abolition du Sénat ou la modification de ses caractéristiques essentielles parce que ces changements mettaient en cause les intérêts des provinces tout autant que ceux du gouvernement fédéral : *ibid.*, p. 74-75 et suiv. De même, le par. 92(1) permettait aux législatures provinciales d’adopter des modifications dans la mesure où elles portaient uniquement sur « le fonctionnement d’un organe du gouvernement de la province, pourvu qu’elle ne soit pas par ailleurs intangible parce qu’indivisiblement liée à la mise en œuvre du principe fédéral ou à une condition fondamentale de l’union » : *SEFPO*, p. 40, le juge Beetz.

[48] Les articles 44 et 45, qui ont remplacé ces dispositions, accordent au Parlement fédéral et aux législatures provinciales la capacité de modifier unilatéralement certains éléments de la Constitution qui concernent leur propre ordre de gouvernement, mais qui ne mettent pas en cause les intérêts des autres ordres de gouvernement. Ce pouvoir limité d’effectuer des changements unilatéralement reflète le principe selon lequel le Parlement et les provinces sont des acteurs égaux dans la structure constitutionnelle canadienne. Aucun des ordres de gouvernement, agissant seul, ne peut modifier les nature et rôle fondamentaux des institutions créées par la Constitution. Toutefois, ces institutions peuvent être maintenues et même changées jusqu’à un certain point en vertu des art. 44 et 45, à condition que leur nature et leur rôle fondamentaux demeurent intacts.

V. How Can The Senate Changes Contemplated in the Reference Be Achieved?

[49] The Reference questions ask whether Parliament, acting alone, can reform the Senate by creating consultative elections to select senatorial nominees endorsed by the populations of the various provinces and territories, by limiting senatorial tenure to fixed terms, and by removing the personal wealth and real property requirements for Senators. We will address each of these issues in turn.

A. *Consultative Elections*

[50] The text of the *Constitution Act, 1867* provides for the formal appointment of Senators by the Governor General:

24. The Governor General shall from Time to Time, in the Queen's Name, by Instrument under the Great Seal of Canada, summon qualified Persons to the Senate; and, subject to the Provisions of this Act, every Person so summoned shall become and be a Member of the Senate and a Senator.

32. When a Vacancy happens in the Senate by Resignation, Death, or otherwise, the Governor General shall by Summons to a fit and qualified Person fill the Vacancy.

In practice, constitutional convention requires the Governor General to follow the recommendations of the Prime Minister of Canada when filling Senate vacancies.

[51] The Attorney General of Canada (supported by the attorneys general of Saskatchewan and Alberta as well as one of the *amici curiae*) submits that implementing consultative elections for Senators does not constitute an amendment to the Constitution of Canada. He argues that this reform would not change the text of the *Constitution Act, 1867*, nor the means of selecting Senators. He points out that the formal mechanism for appointing

V. Comment peuvent être apportés les changements envisagés dans le renvoi?

[49] Les questions du renvoi requièrent que nous donnions notre avis sur la capacité du Parlement, agissant seul, de réformer le Sénat en instaurant des élections consultatives pour sélectionner les candidats aux postes de sénateurs choisis par les électeurs des provinces et territoires, en limitant la durée du mandat des sénateurs par l'établissement d'un mandat à durée déterminée, et en supprimant les conditions relatives à la fortune personnelle et à l'avoir foncier auxquelles doivent satisfaire les sénateurs. Nous aborderons chacune de ces questions à tour de rôle.

A. *Élections consultatives*

[50] Le libellé de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit la nomination officielle des sénateurs par le gouverneur général :

24. Le gouverneur-général mandera de temps à autre au Sénat, au nom de la Reine et par instrument sous le grand sceau du Canada, des personnes ayant les qualifications voulues; et, sujettes aux dispositions de la présente loi, les personnes ainsi mandées deviendront et seront membres du Sénat et sénateurs.

32. Quand un siège deviendra vacant au Sénat par démission, décès ou toute autre cause, le gouverneur-général remplira la vacance en adressant un mandat à quelque personne capable et ayant les qualifications voulues.

En pratique, lorsqu'il comble les vacances au Sénat, une convention constitutionnelle oblige le gouverneur général à suivre les recommandations du premier ministre du Canada.

[51] Le procureur général du Canada (avec l'appui des procureurs généraux de la Saskatchewan et de l'Alberta ainsi que d'un des *amici curiae*) soutient que la mise en place d'élections consultatives pour choisir les sénateurs n'est pas une modification de la Constitution du Canada. Selon lui, cette réforme ne modifierait ni le texte de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni la façon de choisir les sénateurs. Il souligne que le mécanisme formel de

Senators — summons by the Governor General acting on the advice of the Prime Minister — would remain untouched. Alternatively, he submits that if introducing consultative elections constitutes an amendment to the Constitution, then it can be achieved unilaterally by Parliament under s. 44 of the *Constitution Act, 1982*.

[52] In our view, the argument that introducing consultative elections does not constitute an amendment to the Constitution privileges form over substance. It reduces the notion of constitutional amendment to a matter of whether or not the letter of the constitutional text is modified. This narrow approach is inconsistent with the broad and purposive manner in which the Constitution is understood and interpreted, as discussed above. While the provisions regarding the appointment of Senators would remain textually untouched, the Senate's fundamental nature and role as a complementary legislative body of sober second thought would be significantly altered.

[53] We conclude that each of the proposed consultative elections would constitute an amendment to the Constitution of Canada and require substantial provincial consent under the general amending procedure, without the provincial right to “opt out” of the amendment (s. 42). We reach this conclusion for three reasons: (1) the proposed consultative elections would fundamentally alter the architecture of the Constitution; (2) the text of Part V expressly makes the general amending procedure applicable to a change of this nature; and (3) the proposed change is beyond the scope of the unilateral federal amending procedure (s. 44).

- (1) Consultative Elections Would Fundamentally Alter the Architecture of the Constitution

[54] The implementation of consultative elections would amend the Constitution of Canada by fundamentally altering its architecture. It would modify the Senate's role within our constitutional

nomination de ces derniers — leur nomination par le gouverneur général sur avis du premier ministre — resterait intact. Il soutient subsidiairement que, si l'introduction d'élections consultatives constitue une modification de la Constitution, le Parlement peut alors y procéder unilatéralement en vertu de l'art. 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[52] À notre avis, l'argument selon lequel l'introduction d'élections consultatives n'est pas une modification de la Constitution est trop formaliste. En effet, il réduit la notion de modification constitutionnelle à la question de déterminer si le texte de la Constitution se trouve modifié. Cette approche restrictive ne respecte pas les exigences de l'interprétation et de la conception larges et téléologiques de la Constitution qui ont été exposées précédemment. Certes, le libellé des dispositions concernant la nomination des sénateurs resterait le même, mais les nature et rôle fondamentaux du Sénat en tant que corps législatif complémentaire chargé de donner un second regard attentif aux projets de loi seraient considérablement modifiés.

[53] Nous concluons que chacune des propositions d'élections consultatives constituerait une modification de la Constitution du Canada et exigerait un consentement appréciable des provinces selon la procédure normale de modification, sans toutefois que les provinces aient le droit de « se soustraire » à la modification (art. 42). Nous concluons ainsi pour trois raisons : (1) les élections consultatives proposées transformeraient fondamentalement l'architecture de la Constitution; (2) la partie V rend expressément la procédure normale de modification applicable à une modification de cette nature; et (3) la modification proposée se situe en dehors du champ d'application de la procédure de modification unilatérale fédérale (art. 44).

- (1) Des élections consultatives transformeraient fondamentalement l'architecture de la Constitution

[54] La mise en place d'élections consultatives modifierait la Constitution du Canada en transformant fondamentalement l'architecture. Elle modifierait le rôle tenu par le Sénat dans notre

structure as a complementary legislative body of sober second thought.

[55] The *Constitution Act, 1867* contemplates a specific structure for the federal Parliament, “similar in Principle to that of the United Kingdom”: preamble. The Act creates both a lower *elected* and an upper *appointed* legislative chamber: s. 17. It expressly provides that the members of the lower chamber — the House of Commons — “shall be elected” by the population of the various provinces: s. 37. By contrast, it provides that Senators shall be “summoned” (i.e. appointed) by the Governor General: ss. 24 and 32.

[56] The contrast between election for members of the House of Commons and executive appointment for Senators is not an accident of history. The framers of the *Constitution Act, 1867* deliberately chose executive appointment of Senators in order to allow the Senate to play the specific role of a complementary legislative body of “sober second thought”.

[57] As this Court wrote in the *Upper House Reference*, “[i]n creating the Senate in the manner provided in the Act, it is clear that the intention was to make the Senate a thoroughly independent body which could canvass dispassionately the measures of the House of Commons”: p. 77 (emphasis added). The framers sought to endow the Senate with independence from the electoral process to which members of the House of Commons were subject, in order to remove Senators from a partisan political arena that required unremitting consideration of short-term political objectives.

[58] Correlatively, the choice of executive appointment for Senators was also intended to ensure that the Senate would be a *complementary* legislative body, rather than a perennial rival of the House of Commons in the legislative process. Appointed Senators would not have a popular mandate — they would not have the expectations and legitimacy that

ordre constitutionnel en tant qu’organisme législatif complémentaire responsable de porter un second regard attentif aux projets de loi.

[55] La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit, pour le Parlement fédéral, une structure précise « reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » : préambule. Elle crée à la fois une chambre législative basse composée d’*élus* et une chambre législative haute dont les membres sont *nommés* : art. 17. Elle dispose expressément que les députés de la chambre basse, la Chambre des communes, sont élus (« *shall be elected* » dans la version anglaise) par la population des différentes provinces : art. 37. En revanche, aux termes de la Loi, les sénateurs sont « mandé[s] » (c.-à-d. nommés) par le gouverneur général : art. 24 et 32.

[56] Le contraste entre l’élection des députés à la Chambre des communes et la nomination des sénateurs par l’exécutif ne représente pas un accident de l’histoire. Les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont délibérément choisi le mode de nomination des sénateurs par l’exécutif pour que l’institution où ils siègent puisse jouer le rôle précis d’organisme législatif complémentaire chargé de porter un « second regard attentif » aux projets de loi.

[57] Comme l’a écrit la Cour dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, « [e]n créant le Sénat de la manière prévue à l’Acte, il est évident qu’on voulait en faire un organisme tout à fait indépendant qui pourrait revoir avec impartialité les mesures adoptées par la Chambre des communes » : p. 77 (nous soulignons). Les rédacteurs ont cherché à soustraire le Sénat au processus électoral auquel participaient les députés de la Chambre des communes, afin d’écarter les sénateurs d’une arène politique partisane toujours soumise aux impératifs des objectifs politiques à court terme.

[58] Parallèlement, la décision de confier à l’exécutif la tâche de nommer les sénateurs visait aussi à garantir que le Sénat deviendrait un organisme législatif *complémentaire*, plutôt qu’un éternel rival de la Chambre des communes dans le processus législatif. Les sénateurs nommés n’auraient pas le mandat de représenter la population : ils

stem from popular election. This would ensure that they would confine themselves to their role as a body mainly conducting legislative review, rather than as a coequal of the House of Commons. As John A. Macdonald put it during the Parliamentary debates regarding Confederation, “[t]here is . . . a greater danger of an irreconcilable difference of opinion between the two branches of the legislature, if the upper be elective, than if it holds its commission from the Crown”: *1865 Debates*, February 6, 1865, at p. 37. An appointed Senate would be a body “calmly considering the legislation initiated by the popular branch, and preventing any hasty or ill considered legislation which may come from that body, but it will never set itself in opposition against the deliberate and understood wishes of the people”: *ibid.*, at p. 36 (emphasis added).

[59] The appointed status of Senators, with its attendant assumption that appointment would prevent Senators from overstepping their role as a complementary legislative body, shapes the architecture of the *Constitution Act, 1867*. It explains why the framers did not deem it necessary to textually specify how the powers of the Senate relate to those of the House of Commons or how to resolve a deadlock between the two chambers. Indeed, on its face the *Constitution Act, 1867* grants as much legislative power to the Senate as to the House of Commons, with the exception that the House of Commons has the exclusive power to originate appropriation and tax bills (s. 53). As Professor Smith aptly summarizes:

[The framers’] original answer to the clash that would inevitably occur between elected chambers was to make the Senate appointed. This assured that a government enjoying the confidence of the House of Commons would normally be able to have its legislation adopted by Parliament, but gave the Senate the ability to act as a

ne devraient pas répondre aux attentes découlant d’une élection populaire et ne jouiraient pas de la légitimité qu’elle confère. Ainsi, ils s’en tiendraient à leur rôle de membres d’un organisme dont la fonction principale est de revoir les projets de lois, et non d’être l’égal de la Chambre des communes. Comme l’a expliqué John A. Macdonald lors des débats parlementaires sur la Confédération, « [i]l y aurait [. . .] de grands dangers de conflits entre les deux chambres si la constitution du conseil législatif au lieu d’être laissée entre les mains de la couronne devait être remise entre celles du peuple » : *Débats de 1865*, 6 février 1865, p. 37). Un Sénat dont les membres sont nommés aurait pour rôle de « modérer et [de] considérer avec calme la législation de l’assemblée et [d’]empêcher la maturité de toute loi intempestive ou pernicieuse passée par cette dernière, sans jamais oser s’opposer aux vœux réfléchis et définis des populations » : *ibid.* (nous soulignons).

[59] Le fait que les sénateurs soient nommés, de même que le postulat correct en découlant selon lequel leur nomination empêcherait le Sénat d’outrepasser sa fonction d’organisme législatif complémentaire, façonnent l’architecture de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour ces raisons, les rédacteurs de cette dernière n’ont pas jugé nécessaire de préciser par écrit comment s’articuleraient les relations entre les pouvoirs du Sénat et ceux de la Chambre des communes non plus que les moyens de résoudre une impasse entre les deux chambres. En effet, la *Loi constitutionnelle de 1867* confère, à première vue, une compétence législative aussi grande au Sénat qu’à la Chambre des communes, à l’exception de la règle selon laquelle les projets de loi relatifs aux impôts et à l’affectation des crédits doivent être présentés par la Chambre des communes (art. 53). Comme le résume bien le professeur Smith :

[TRADUCTION] La première solution [des rédacteurs] au conflit inévitable entre des assemblées d’élus était de nommer les sénateurs. Cela permettait au gouvernement jouissant de la confiance de la Chambre des communes d’être normalement à même de faire adopter ses lois par le Parlement, tout en habilitant le Sénat à agir

check in those rare instances when it was absolutely necessary.

(D. E. Smith, *The Canadian Senate in Bicameral Perspective* (2003), at p. 169; see also A. Heard, “Constitutional Doubts about Bill C-20 and Senatorial Elections”, in Smith, *The Democratic Dilemma*, 81, at p. 95.)

[60] The proposed consultative elections would fundamentally modify the constitutional architecture we have just described and, by extension, would constitute an amendment to the Constitution. They would weaken the Senate’s role of sober second thought and would give it the democratic legitimacy to systematically block the House of Commons, contrary to its constitutional design.

[61] Federal legislation providing for the consultative election of Senators would have the practical effect of subjecting Senators to the political pressures of the electoral process and of endowing them with a popular mandate. Senators selected from among the listed nominees would become popular representatives. They would have won a “true electoral contest” (*Quebec Senate Reference*, at para. 71), during which they would presumably have laid out a campaign platform and made electoral promises: Pelletier, “Réponses suggérées”, at pp. 470-71. They would join the Senate after acquiring the mandate and legitimacy that flow from popular election.

[62] The Attorney General of Canada counters that this broad structural change would not occur because the Prime Minister would retain the ability to ignore the results of the consultative elections and to name whomever he or she wishes to the Senate. We cannot accept this argument. Bills C-20 and C-7 are designed to result in the appointment to the Senate of nominees selected by the population of the provinces and territories. Bill C-7 is the more explicit of the two bills, as it provides that the Prime Minister “must” consider the names on the lists of elected candidates. It is true that, in theory, prime

comme instance de contrôle dans les rares cas où c’était absolument nécessaire.

(D. E. Smith, *The Canadian Senate in Bicameral Perspective* (2003), p. 169; voir aussi A. Heard, « Constitutional Doubts about Bill C-20 and Senatorial Elections », dans Smith, *The Democratic Dilemma*, 81, p. 95.)

[60] Les élections législatives proposées transformeraient fondamentalement l’architecture constitutionnelle que nous venons de décrire. Il s’agirait alors, par extension, d’une modification de la Constitution. Ces élections affaibliraient le rôle du Sénat en tant qu’entité chargée de porter un second regard attentif aux projets de loi et lui confèreraient la légitimité démocratique voulue pour bloquer systématiquement les projets de la Chambre des communes, contrairement à la fonction constitutionnelle qui lui est assignée.

[61] En pratique, une loi fédérale prévoyant l’élection consultative des sénateurs les soumettrait aux pressions politiques du processus électoral et leur confierait un mandat populaire. Les sénateurs choisis parmi la liste des candidats deviendraient des représentants du peuple. Ils auraient remporté un « véritable duel électoral » (*Renvoi québécois relatif au Sénat*, par. 71) au cours duquel ils auraient vraisemblablement présenté une plateforme de campagne et fait des promesses électorales : Pelletier, « Réponses suggérées quant au renvoi sur le Sénat », p. 470-471. Ils se joindraient au Sénat après avoir obtenu le mandat et la légitimité que confère une élection au suffrage populaire.

[62] Le procureur général du Canada réplique que ce changement structurel d’envergure ne se produirait pas parce que le premier ministre conserverait le pouvoir de ne pas tenir compte des résultats des élections consultatives et de nommer qui il veut au Sénat. Nous ne pouvons accepter cette prétention. Les projets de loi C-20 et C-7 ont été conçus pour entraîner la nomination au Sénat de candidats choisis par la population des provinces et des territoires. Le projet de loi C-7 est le plus explicite des deux puisqu’il prévoit que le premier ministre « tient compte » des personnes dont le nom figure

ministers could ignore the election results and rarely, or indeed never, recommend to the Governor General the winners of the consultative elections. However, the purpose of the bills is clear: to bring about a Senate with a popular mandate. We cannot assume that future prime ministers will defeat this purpose by ignoring the results of costly and hard-fought consultative elections: see for example the discussion in M. D. Walters, “The Constitutional Form and Reform of the Senate: Thoughts on the Constitutionality of Bill C-7” (2013), 7 *J.P.P.L.* 37, at pp. 47-48. A legal analysis of the constitutional nature and effects of proposed legislation cannot be premised on the assumption that the legislation will fail to bring about the changes it seeks to achieve.

[63] In summary, the consultative election proposals set out in the Reference questions would amend the Constitution of Canada by changing the Senate’s role within our constitutional structure from a complementary legislative body of sober second thought to a legislative body endowed with a popular mandate and democratic legitimacy.

(2) The Wording of Part V Indicates That the Proposal for Consultative Elections Attracts the General Amending Procedure

[64] Our view that the consultative election proposals would amend the Constitution of Canada is supported by the language of Part V. The words employed in Part V are guides to identifying the aspects of our system of government that form part of the protected content of the Constitution. Section 42(1)(b) of the *Constitution Act, 1982* provides that the general amending procedure (s. 38(1)) applies to constitutional amendments in relation to “the method of selecting Senators” (“*le mode de sélection des sénateurs*”). This broad wording covers the implementation of consultative elections, indicating that a constitutional amendment is required and making that amendment subject to

sur la liste des candidats élus. Certes, en théorie, le premier ministre pourrait ignorer les résultats des élections et ne recommander au gouverneur général que rarement, voire jamais, les gagnants des élections consultatives. Cependant, l’objet des projets de loi est clair : que le Sénat devienne une entité dotée d’un mandat populaire. Nous ne pouvons tenir pour acquis que les futurs premiers ministres contrecarreront cet objet en ignorant les résultats d’élections consultatives coûteuses et âprement disputées : voir à titre d’exemple la réflexion de M. D. Walters, « The Constitutional Form and Reform of the Senate : Thoughts on the Constitutionality of Bill C-7 » (2013), 7 *J.P.P.L.* 37, p. 47-48. Une analyse juridique de la nature et des incidences constitutionnelles de projets de loi ne peut se fonder sur l’hypothèse que la loi échouera à entraîner les changements qu’elle vise à mettre en œuvre.

[63] En bref, la mise en œuvre des propositions visant la tenue d’élections consultatives contenues dans les questions soumises en l’espèce modifierait la Constitution du Canada. En effet, elle transformerait le rôle du Sénat au sein de notre structure constitutionnelle; d’un organe législatif complémentaire chargé de porter un second regard attentif aux lois, il deviendrait un organe législatif doté d’un mandat populaire et d’une légitimité démocratique.

(2) Le texte de la partie V indique que la mise en œuvre de la proposition visant la tenue d’élections consultatives entraîne l’application de la procédure normale de modification

[64] Notre conclusion suivant laquelle la mise en œuvre des propositions relatives à la tenue d’élections consultatives modifierait la Constitution canadienne trouve appui dans le texte de la partie V. Les termes qui y sont utilisés servent de guides pour déterminer quels aspects de notre système de gouvernement font partie du contenu constitutionnel protégé. Suivant l’al. 42(1)b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la procédure normale de modification (par. 38(1)) s’applique aux modifications constitutionnelles portant sur « le mode de sélection des sénateurs » (« *the method of selecting Senators* »). Cette expression au sens large couvre la mise en place d’élections consultatives,

the general procedure: H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5th ed. 2008), at p. 343; Whyte, at p. 106; see also C.-E. Côté, “L’inconstitutionnalité du projet d’élections fédérales sénatoriales” (2010), 3 *R.Q.D.C.* 81, at p. 83, cited in the *Quebec Senate Reference*, at para. 50; Walters, “The Constitutional Form and Reform of the Senate”, at p. 52.

[65] The words “the method of selecting Senators” include more than the formal appointment of Senators by the Governor General. “[S]ection 42(b) refers to the method of *selecting* persons for appointment, not the means of appointment”: Whyte, at p. 106 (emphasis in original). By employing this language, the framers of the *Constitution Act, 1982* extended the constitutional protection provided by the general amending procedure to the entire process by which Senators are “selected”. The proposed consultative elections would produce lists of candidates, from which prime ministers would be expected to choose when making appointments to the Senate. The compilation of these lists through national or provincial and territorial elections and the Prime Minister’s consideration of them prior to making recommendations to the Governor General would form part of the “method of selecting Senators”. Consequently, the implementation of consultative elections falls within the scope of s. 42(1)(b) and is subject to the general amending procedure, without the provincial right to “opt out”.

[66] In like vein, the Attorney General of Canada argues that consultative elections are not “in pith and substance” amendments in relation to the “method of selecting Senators”. He draws upon the doctrine of pith and substance, which is employed by courts in division of powers cases to decide whether legislation was validly enacted by a level of government: see Hogg, at pp. 15-7 to 15-10. The courts look to whether legislation, in its purpose and effects, falls within one of the classes of subjects over which the Constitution gives power to

et indique qu’une modification constitutionnelle effectuée conformément à la procédure normale de modification est requise : H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5^e éd. 2008), p. 343; Whyte, p. 106; voir aussi C.-E. Côté, « L’inconstitutionnalité du projet d’élections fédérales sénatoriales » (2010), 3 *R.Q.D.C.* 81, p. 83, cité dans le *Renvoi québécois relatif au Sénat*, par. 50; Walters, « The Constitutional Form and Reform of the Senate », p. 52.

[65] L’expression « mode de sélection des sénateurs » ne vise pas uniquement la nomination officielle des sénateurs par le gouverneur général. [TRADUCTION] « [L]’alinéa 42b renvoie au mode de *sélection*, et non au mode de nomination, des personnes aptes à être nommées » : Whyte, p. 106 (italiques dans l’original). En utilisant ce libellé, les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont étendu la protection constitutionnelle prévue par la procédure normale de modification à tout le processus de « sélection » des sénateurs. Les élections consultatives envisagées dans les questions du renvoi permettraient d’établir des listes de candidats, dont seraient censés se servir les premiers ministres au moment de procéder à des nominations au Sénat. La compilation de listes de candidats sénatoriaux par la tenue d’élections nationales ou provinciales et territoriales et la prise en considération de ces listes par le premier ministre avant la présentation de ses recommandations au gouverneur général seraient incluses dans le « mode de sélection des sénateurs ». En conséquence, la mise en place d’élections consultatives relève de l’al. 42(1)b) et est assujettie à la procédure normale de modification, sans que les provinces puissent « s’y soustraire ».

[66] Dans un même ordre d’idée, le procureur général du Canada plaide que des élections consultatives ne constitueraient pas, de par leur « caractère véritable », des modifications portant sur le « mode de sélection des sénateurs ». Il s’appuie ici sur la doctrine du caractère véritable utilisée par les tribunaux dans les affaires de partage des compétences pour décider si une loi a été validement adoptée par un ordre de gouvernement : voir Hogg, p. 15-7 à 15-10. Les tribunaux se demandent dans de tels cas si la loi, de par son objet et ses effets, relève

the enacting body: *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at paras. 63-66. The Attorney General's position is that legislation implementing consultative elections would not, in its purpose and effects, constitute an amendment in relation to the "method of selecting Senators". He confines the meaning of this expression to the formal mechanism of appointment of Senators by the Governor General.

[67] As discussed, the plain meaning of the words "the method of selecting Senators" goes beyond the formal mechanism of appointment. Borrowing a doctrine from the division of powers jurisprudence does not avoid this textual difficulty. Even if the doctrine of pith and substance were relevant to the analysis, its application cannot justify a narrow reading of the relevant constitutional amending provisions. It bears repeating that ss. 38 and 42 of the *Constitution Act, 1982* are intended to ensure that substantial provincial consent will be obtained for constitutional changes that engage provincial interests. The 7/50 procedure is the general rule for amendments to the Constitution of Canada. The Attorney General's invocation of the language of "pith and substance" does not alter this principle.

(3) The Implementation of Consultative Elections Falls Outside the Scope of the Unilateral Federal Amending Procedure

[68] The Attorney General of Canada argues in the alternative that, if the implementation of consultative elections requires a constitutional amendment, then it can be achieved under the unilateral federal amending procedure (s. 44). More specifically, he argues that the creation of consultative elections would be an amendment "in relation to . . . the Senate", within the meaning of s. 44.

d'un des chefs de compétence constitutionnelle de l'autorité législative : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 63-66. Selon le procureur général, une loi visant la mise en place d'élections consultatives ne constituerait pas, de par son objet et ses effets, une modification relative au « mode de sélection des sénateurs ». Il restreint ainsi le sens de cette expression au mécanisme officiel de nomination des sénateurs par le gouverneur général.

[67] Comme nous l'avons vu, l'expression « mode de sélection des sénateurs », suivant le sens ordinaire des termes qui le composent, ne vise pas uniquement le mécanisme officiel de nomination. L'emprunt d'une doctrine issue de la jurisprudence sur le partage des compétences n'écarte pas les difficultés que pose le texte constitutionnel. Même si la doctrine du caractère véritable était pertinente pour la présente analyse, son application ne saurait justifier une interprétation restrictive des dispositions pertinentes relatives à la modification de la Constitution. En effet, il convient de rappeler que les art. 38 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* visent à assurer qu'un consentement provincial appréciable sera obtenu pour les modifications constitutionnelles mettant en cause des intérêts provinciaux. La procédure 7/50 constitue la règle générale applicable pour modifier la Constitution canadienne. Le fait pour le procureur général d'invoquer le « caractère véritable » ne modifie en rien ce principe.

(3) La mise en place d'élections consultatives déborde le champ d'application de la procédure de modification unilatérale fédérale

[68] Le procureur général du Canada soutient subsidiairement que, si elle exige une modification de la Constitution, la mise en place d'élections consultatives peut se faire conformément à la procédure de modification unilatérale fédérale (art. 44). Plus précisément, à son avis, la création d'un régime d'élections consultatives constituerait une modification « relativ[e] [. . .] au Sénat », aux sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 44.

[69] We must reject this argument. As we have seen, s. 42(1)(b) makes the general amending procedure applicable to changes to “the method of selecting Senators”. Section 44 is expressly made “[s]ubject to” s. 42 — the categories of amendment captured by s. 42 are removed from the scope of s. 44. It follows that the 7/50 procedure, as opposed to the unilateral federal procedure, applies to the introduction of consultative elections. Moreover, the scope of s. 44 is limited — it does not encompass consultative elections, which would change the Senate’s fundamental nature and role by endowing it with a popular mandate.

(4) Conclusion on How Consultative Elections Can Be Achieved

[70] We conclude that introducing a process of consultative elections for the nomination of Senators would change our Constitution’s architecture, by endowing Senators with a popular mandate which is inconsistent with the Senate’s role as a complementary legislative chamber of sober second thought. This would constitute an amendment to the Constitution of Canada in relation to the method of selecting Senators. It thus attracts the general amending procedure, without the provincial right to “opt out”: s. 42(1)(b), *Constitution Act, 1982*.

B. *Senatorial Tenure*

[71] It is not disputed that a change in the duration of senatorial terms would amend the Constitution of Canada, by requiring a modification to the text of s. 29 of the *Constitution Act, 1867*. Section 29(2) provides:

(2) A Senator who is summoned to the Senate . . . shall . . . hold his place in the Senate until he attains the age of seventy-five years.

The question before us is which Part V procedure applies to amend this provision.

[69] Nous devons rejeter cet argument. Comme nous l’avons vu, l’al. 42(1)b) assujettit les modifications portant sur le « mode de sélection des sénateurs » à la procédure normale de modification. L’article 44 s’applique expressément « [s]ous réserve » de l’art. 42 — c.-à-d. que les catégories de modification visées à l’art. 42 sont soustraites à l’application de l’art. 44. En conséquence, l’introduction d’élections consultatives se trouve assujettie à la procédure 7/50 plutôt qu’à la procédure de modification unilatérale fédérale. En outre, le champ d’application de l’art. 44 demeure limité — il ne comprend pas des élections consultatives, qui changeraient les nature et rôle fondamentaux du Sénat en le dotant d’un mandat populaire.

(4) Conclusion sur la manière dont on peut instaurer des élections consultatives

[70] À notre avis, l’introduction d’élections consultatives en vue de nommer les sénateurs métamorphoserait l’architecture de la Constitution canadienne en confiant à ces derniers un mandat de représentation de la population qui est incompatible avec la fonction du Sénat à titre d’assemblée législative complémentaire chargée de porter un second regard attentif aux projets de loi. Il s’agirait d’une modification de la Constitution du Canada portant sur le mode de sélection des sénateurs qui entraîne, de ce fait, l’application de la procédure normale de modification sans que les provinces puissent « se soustraire » à la modification en question : *Loi constitutionnelle de 1982*, al. 42(1)b).

B. *Durée du mandat des sénateurs*

[71] Nul ne conteste qu’un changement de la durée du mandat des sénateurs modifierait la Constitution du Canada, puisqu’il exigerait la modification du texte de l’art. 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dont le par. (2) est ainsi rédigé :

(2) Un sénateur qui est nommé au Sénat [. . .] occupe sa place au Sénat [. . .] jusqu’à ce qu’il atteigne l’âge de soixante-quinze ans.

Il nous faut donc déterminer à quelle procédure établie à la partie V il faut recourir pour modifier cette disposition.

[72] The Attorney General of Canada argues that changes to senatorial tenure fall residually within the unilateral federal power of amendment in s. 44, since they are not expressly captured by the language of s. 42. He also contends that the imposition of the fixed terms contemplated in the Reference⁶ would constitute a minor change that does not engage the interests of the provinces, because those terms are equivalent in duration to the average length of the terms historically served by Senators.

[73] In essence, the Attorney General of Canada proposes a narrow textual approach to this issue. Section 44 of the *Constitution Act, 1982* provides: “Subject to sections 41 and 42, Parliament may exclusively make laws amending the Constitution of Canada in relation to . . . the Senate . . .” Neither s. 41 nor s. 42 expressly applies to amendments in relation to senatorial tenure.⁷ It follows, in his view, that the proposed changes to senatorial tenure are captured by the otherwise unlimited power in s. 44 to make amendments in relation to the Senate.

[74] We agree that the language of s. 42 does not encompass changes to the duration of senatorial terms. However, it does not follow that all changes to the Senate that fall outside of s. 42 come within the scope of the unilateral federal amending procedure in s. 44: see Whyte, at pp. 102-3.

6 The first Reference question contemplates the following terms, in addition to the non-renewable nine-year term in Bill C-7: a non-renewable term of ten years or more; a non-renewable term of eight years or less; a non-renewable term for the life of two or three Parliaments; and a renewable eight-year term, as set out in Bill S-4.

7 Section 42 makes the following references to the Senate:
42. (1) An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made only in accordance with subsection 38(1):

- (b) the powers of the Senate and the method of selecting Senators;
- (c) the number of members by which a province is entitled to be represented in the Senate and the residence qualifications of Senators;

[72] Le procureur général du Canada plaide que les changements à la durée du mandat des sénateurs relèvent du pouvoir unilatéral résiduel du Parlement de modifier la Constitution prévu à l’art. 44, puisque le libellé de l’art. 42 ne les vise pas expressément. Il soutient également que l’imposition de mandats fixes qu’envisage le renvoi⁶ constituerait un changement mineur qui ne met pas en cause les intérêts des provinces puisque la durée du mandat proposée équivaut à la période moyenne durant laquelle, historiquement, les sénateurs ont exercé leurs fonctions.

[73] En substance, le procureur général du Canada propose à ce sujet une analyse textuelle étroite. L’article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que, « [s]ous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives [. . .] au Sénat ». Ni l’art. 41 ni l’art. 42 ne s’appliquent expressément aux modifications relatives au mandat des sénateurs⁷. Il s’ensuit, selon lui, que les changements proposés à la durée du mandat des sénateurs sont assujettis au pouvoir par ailleurs illimité, prévu à l’art. 44, d’apporter des modifications relatives au Sénat.

[74] Nous convenons que le texte de l’art. 42 ne mentionne pas les changements à la durée du mandat des sénateurs. Cela ne veut pas dire pour autant que la procédure de modification unilatérale par le Parlement prévue à l’art. 44 s’applique à tous les changements relatifs au Sénat qui ne sont pas visés par l’art. 42 : voir Whyte, p. 102-103.

6 La première question du renvoi envisage les durées de mandat suivantes, en plus du mandat de neuf ans non renouvelable prévu par le projet de loi C-7 : un mandat non renouvelable de dix ans ou plus; un mandat non renouvelable de huit ans ou moins; un mandat non renouvelable d’une durée de deux ou trois législatures; et le mandat renouvelable de huit ans prévu par le projet de loi S-4.

7 L’article 42 fait mention du Sénat en ces termes :
42. (1) Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait conformément au paragraphe 38(1) :

- (b) les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs;
- (c) le nombre de sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu’ils doivent remplir;

[75] We are unable to agree with the Attorney General of Canada's interpretation of the scope of s. 44. As discussed, the unilateral federal amendment procedure is limited. It is not a broad procedure that encompasses all constitutional changes to the Senate which are not expressly included within another procedure in Part V. The history, language, and structure of Part V indicate that s. 38, rather than s. 44, is the general procedure for constitutional amendment. Changes that engage the interests of the provinces in the Senate as an institution forming an integral part of the federal system can only be achieved under the general amending procedure. Section 44, as an exception to the general procedure, encompasses measures that maintain or change the Senate without altering its fundamental nature and role.

[76] When discussing the scope of the unilateral federal procedure in the federal government's 1980 proposal for an amending formula, the then-Minister of Justice Jean Chrétien made statements to the effect that it would allow Parliament to make constitutional amendments for the Senate's continued maintenance and proper functioning, such as, for example, a modification of the Senate's quorum requirement at s. 35 of the *Constitution Act, 1867: Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 53, February 4, 1981, at p. 50. He made clear, however, that significant Senate reform which engages the interests of the provinces could only be achieved with their consent: *ibid.*, at pp. 67-68.

[77] In our view, this understanding of the unilateral federal procedure applies to Part V. The Senate is a core component of the Canadian federal structure of government. As such, changes that affect its fundamental nature and role engage the interests of the stakeholders in our constitutional

[75] Nous ne pouvons souscrire à l'interprétation que propose le procureur général du Canada de la portée de l'art. 44. Nous avons déjà indiqué que la procédure de modification unilatérale par le Parlement a une portée restreinte. Il ne s'agit pas d'une procédure dont le champ d'application est vaste et qui vise les changements constitutionnels à tous les aspects du Sénat que ne vise pas expressément une autre procédure de modification décrite à la partie V. L'historique, les termes et la structure de la partie V indiquent que la procédure normale de modification de la Constitution est prévue à l'art. 38 plutôt qu'à l'art. 44. Les changements qui mettent en cause les intérêts des provinces relatifs au Sénat en tant qu'institution faisant partie intégrante du système fédéral ne peuvent être apportés qu'en application de la procédure normale de modification. L'article 44, qui constitue une exception à la procédure normale, envisage des mesures prises en vue du maintien et du changement du Sénat, sans pour autant modifier ses nature et rôle fondamentaux.

[76] Alors qu'il traitait de la portée de la procédure de modification unilatérale par le Parlement proposée dans le projet de formule de modification présenté par le gouvernement fédéral en 1980, Jean Chrétien, le ministre de la Justice à l'époque, a fait des déclarations laissant entendre que le projet permettrait au Parlement d'apporter des modifications constitutionnelles en vue d'assurer le maintien et le bon fonctionnement du Sénat, par exemple en modifiant les exigences de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au quorum du Sénat : *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 53, 4 février 1981, p. 50. Il a toutefois précisé qu'une réforme importante du Sénat mettant en cause les intérêts des provinces ne pourrait se réaliser qu'avec leur consentement : *ibid.*, p. 67-68.

[77] À notre avis, cette conception de la procédure de modification unilatérale par le Parlement s'applique à la partie V. Le Sénat constitue un élément essentiel de la structure fédérale canadienne de gouvernement. En conséquence, les changements qui touchent ses nature et rôle fondamentaux

design — i.e. the federal government and the provinces — and cannot be achieved by Parliament acting alone.

[78] The question is thus whether the imposition of fixed terms for Senators engages the interests of the provinces by changing the fundamental nature or role of the Senate. If so, the imposition of fixed terms can only be achieved under the general amending procedure. In our view, this question must be answered in the affirmative.

[79] As discussed above, the Senate's fundamental nature and role is that of a complementary legislative body of sober second thought. The current duration of senatorial terms is directly linked to this conception of the Senate. Senators are appointed roughly for the duration of their active professional lives.⁸ This security of tenure is intended to allow Senators to function with independence in conducting legislative review. This Court stated in the *Upper House Reference* that, “[a]t some point, a reduction of the term of office might impair the functioning of the Senate in providing what Sir John A. Macdonald described as ‘the sober second thought in legislation’”: p. 76. A significant change to senatorial tenure would thus affect the Senate's fundamental nature and role. It could only be achieved under the general amending procedure and falls outside the scope of the unilateral federal amending procedure.

[80] The imposition of fixed senatorial terms is a significant change to senatorial tenure. We are not persuaded by the argument that the fixed

mettent en cause les intérêts des parties prenantes dans notre structure constitutionnelle — c.-à-d. le gouvernement fédéral et les provinces — et le Parlement ne peut, à lui seul, réaliser ces changements.

[78] Il s'agit donc de déterminer si l'imposition aux sénateurs d'un mandat d'une durée fixe met en cause les intérêts des provinces en transformant les nature et rôle fondamentaux du Sénat. Si tel est le cas, l'imposition d'un mandat fixe ne peut se réaliser qu'en conformité avec la procédure normale de modification. À notre avis, cette question appelle une réponse affirmative.

[79] Nous avons déjà vu que les nature et rôle fondamentaux du Sénat sont ceux d'un corps législatif complémentaire qui donne aux mesures législatives un second regard attentif. Actuellement, la durée du mandat des sénateurs est directement liée à cette conception du Sénat. En effet, ces derniers sont nommés à toutes fins utiles pour la durée de leur vie professionnelle active⁸. Cette inamovibilité vise à permettre aux sénateurs de prendre leurs décisions en toute indépendance lorsqu'ils procèdent à l'examen des projets de loi. Dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, la Cour a indiqué que, « [à] un certain point, la réduction de la durée des fonctions pourrait nuire au bon fonctionnement du Sénat qui assure, pour reprendre les paroles de Sir John A. Macdonald, [TRADUCTION] “un deuxième coup d'œil attentif à la loi” » : p. 76. Ainsi, un changement important de la durée du mandat des sénateurs modifierait les nature et rôle fondamentaux du Sénat et ne pourrait donc être apporté qu'en application de la procédure normale de modification et non de la procédure de modification unilatérale fédérale.

[80] La nomination des sénateurs pour une période d'une durée fixe constituerait un changement important à leur mandat. On a soutenu que le

⁸ Under s. 29 of the *Constitution Act, 1867* as it stood when originally enacted, Senators were appointed for life (see s. 29(1)). The duration of their tenure was reduced to the attainment of 75 years of age by the *Constitution Act, 1965*, S.C. 1965, c. 4, s. 1. In the *Upper House Reference*, this Court found that “[t]he imposition of compulsory retirement at age seventy-five did not change the essential character of the Senate”: pp. 76-77.

⁸ Aux termes de l'art. 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans sa version originale, les sénateurs étaient nommés à vie (voir l'art. 29(1)). La *Loi constitutionnelle de 1965*, S.C. 1965, ch. 4, art. 1, a réduit la durée de leur mandat et ils occupent désormais leur place jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de 75 ans. Dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, la Cour a statué que « [l']imposition de la retraite obligatoire à l'âge de soixante-quinze ans n'a pas modifié le caractère essentiel du Sénat » : p. 77.

terms contemplated in the Reference are a minor change because they are equivalent in duration to the average term historically served by Senators. Rather, we agree with the submission of the *amici curiae* that there is an important “qualitative difference” between tenure for the rough duration of a Senator’s active professional life and tenure for a fixed term: factum, at para. 88. Fixed terms provide a weaker security of tenure. They imply a finite time in office and necessarily offer a lesser degree of protection from the potential consequences of freely speaking one’s mind on the legislative proposals of the House of Commons.

[81] It may be possible, as the Attorney General of Canada suggests, to devise a fixed term so lengthy that it provides a security of tenure which is functionally equivalent to that provided by life tenure. However, it is difficult to objectively identify the precise term duration that guarantees an equivalent degree of security of tenure. As Professor Desserud writes:

A one-year term would certainly not provide sufficient opportunity for the Senate to fulfill its duty to be a chamber of sober second thought. . . . The question becomes one of degree. If not one year, what about two? What about three? And so on. . . . Drawing an absolute line between when a term limit is too short and acceptably short is impossible.

(D. Desserud, “Whither 91.1? The Constitutionality of Bill C-19: An Act to Limit Senate Tenure”, in J. Smith, ed., *The Democratic Dilemma*, 63, at p. 78)

[82] The difficulty in determining how long senatorial terms should be in order to safeguard the Senate’s role as a body of sober second thought suggests that this is at heart a matter of policy. The very process of subjectively identifying a term long enough to leave intact the Senate’s independence

mandat d’une durée fixe qu’envisage le renvoi représente un changement mineur parce que sa durée équivaut à la période moyenne durant laquelle, historiquement, les sénateurs exercent leurs fonctions. Cet argument ne nous convainc pas. Nous sommes plutôt d’accord avec les *amici curiae* d’après lesquels il existe une importante « différence qualitative » entre le mandat d’une durée correspondant approximativement à la durée de la vie professionnelle active d’un sénateur et le mandat d’une durée fixe : mémoire, par. 88. Ce dernier type de mandat établit une inamovibilité plus fragile. Il suppose que les sénateurs restent en fonction pour une période limitée et offre nécessairement un degré moindre de protection à l’égard des conséquences que pourraient entraîner des opinions qu’ils exprimeraient librement au sujet des projets législatifs de la Chambre des communes.

[81] Il est possible, comme le laisse entendre le procureur général du Canada, de concevoir un mandat fixe assez long pour offrir une inamovibilité fonctionnellement équivalente à celle qu’accorde le mandat à vie. Il n’est toutefois pas facile de fixer objectivement une durée précise garantissant un degré d’inamovibilité équivalent. Pour reprendre les propos du professeur Desserud :

[TRADUCTION] Un mandat d’un an n’offrirait certainement pas au Sénat une possibilité suffisante d’exercer sa fonction de corps législatif qui donne aux mesures législatives un second regard attentif. [. . .] Une question de degré se pose alors. Si ce n’est pas un an, que dire de deux ans? Ou trois ans? Et ainsi de suite. [. . .] Il est impossible de distinguer de façon absolue entre un mandat trop court et un mandat court qui serait acceptable.

(D. Desserud, « Whither 91.1? The Constitutionality of Bill C-19 : An Act to Limit Senate Tenure », dans J. Smith, dir., *The Democratic Dilemma*, 63, p. 78)

[82] La difficulté à établir une durée du mandat des sénateurs qui sauvegarderait le rôle du Sénat en tant qu’organisme qui porte aux mesures législatives un second regard attentif suggère que l’on se trouve essentiellement devant une question de politique publique. La tentative même d’établir

engages the interests of the provinces and requires their input. The imposition of fixed terms, even lengthy ones, constitutes a change that engages the interests of the provinces as stakeholders in Canada's constitutional design and falls within the rule of general application for constitutional change — the 7/50 procedure in s. 38.

[83] We note that although s. 42 does not apply to the imposition of fixed terms, no province would be able to exercise a right to “opt out” of a reform of tenure that garnered the requisite level of provincial consent. Such a change would constitute an institutional reform that affects the independence of the Senate and the senatorial office. It does not affect the legislative powers, property rights, or any other rights or privileges of the legislature or government of a province. Consequently, it does not trigger the right to “opt out” provided in s. 38(2) of the *Constitution Act, 1982*.

C. *Property Qualifications*

[84] The fourth Reference question contemplates the repeal of the provisions setting out the property qualifications for Senators. Sections 23(3) to 23(6) of the *Constitution Act, 1867* provide:

23. The Qualifications of a Senator shall be as follows:

. . . .

3. He shall be legally or equitably seised as of Freehold for his own Use and Benefit of Lands or Tenements held in Free and Common Socage, or seised or possessed for his own Use and Benefit of Lands or Tenements held in Franc-alieu or in Roture, within the Province for which he is appointed, of the Value of Four thousand Dollars, over and above all Rents, Dues, Debts, Charges, Mortgages, and Incumbrances due or payable out of or charged on or affecting the same;

subjectivement une durée du mandat suffisamment longue pour maintenir l'indépendance du Sénat met en cause l'intérêt des provinces et exige leur participation. L'imposition d'un mandat fixe, si long soit-il, constitue un changement qui engage les intérêts des provinces en tant que parties prenantes dans l'ordre constitutionnel canadien et exige l'application de la procédure normale — celle du 7/50 énoncée à l'art. 38 — pour que se réalise cette modification constitutionnelle.

[83] Fait à noter, bien que l'art. 42 ne s'applique pas à l'imposition d'un mandat d'une durée fixe, aucune province ne pourrait « se soustraire » à une réforme du mandat qui recueillerait le consentement requis des provinces. Un tel changement constituerait une réforme institutionnelle qui modifierait l'indépendance du Sénat et le poste de sénateur. Cependant, il ne toucherait pas la compétence législative, les droits de propriété ou tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un gouvernement provincial. En conséquence, il ne ferait pas intervenir le droit de « se soustraire » prévu au par. 38(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

C. *Qualifications en matière de propriété*

[84] La quatrième question du renvoi vise l'abrogation des dispositions établissant les qualifications que doivent posséder les sénateurs en matière de propriété. Les paragraphes 23(3) à 23(6) de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoient :

23. Les qualifications d'un sénateur seront comme suit :

. . . .

3. Il devra posséder, pour son propre usage et bénéfice, comme propriétaire en droit ou en équité, des terres ou tenements tenus en franc et commun socage, — ou être en bonne saisine ou possession, pour son propre usage et bénéfice, de terres ou tenements tenus en franc-alieu ou en roture dans la province pour laquelle il est nommé, de la valeur de quatre mille piastres en sus de toutes rentes, dettes, charges, hypothèques et redevances qui peuvent être attachées, dues et payables sur ces immeubles ou auxquelles ils peuvent être affectés;

4. His Real and Personal Property shall be together worth Four thousand Dollars over and above his Debts and Liabilities;

5. He shall be resident in the Province for which he is appointed;

6. In the Case of Quebec he shall have his Real Property Qualification in the Electoral Division for which he is appointed, or shall be resident in that Division.

4. Ses propriétés mobilières et immobilières devront valoir, somme toute, quatre mille piastres, en sus de toutes ses dettes et obligations;

5. Il devra être domicilié dans la province pour laquelle il est nommé;

6. En ce qui concerne la province de Québec, il devra être domicilié ou posséder sa qualification foncière dans le collège électoral dont la représentation lui est assignée.

[85] The *Constitution Act, 1867* established two property qualifications for Senators: a real property qualification requiring them to own land worth at least \$4,000 in the province for which they are appointed (s. 23(3)), and a requirement that they have a personal net worth of at least \$4,000 (s. 23(4)). The Attorney General of Canada argues that Parliament can repeal the provisions setting out these requirements through the unilateral federal amendment procedure. The Attorney General of Quebec contends that the repeal of the real property qualification in s. 23(3) would affect the operation of s. 23(6), which allows Quebec Senators to either reside in the electoral division for which they are appointed *or* to fulfill their real property qualification in that division. It follows, in his view, that Quebec's consent is required to repeal the provision.

[85] La *Loi constitutionnelle de 1867* a établi deux qualifications auxquelles doivent satisfaire les sénateurs en matière de propriété : une qualification foncière les obligeant à posséder des terres valant au moins 4 000 \$ dans la province pour laquelle ils sont nommés (par. 23(3)), et l'obligation de posséder un avoir net personnel d'au moins 4 000 \$ (par. 23(4)). Le procureur général du Canada plaide que le Parlement peut abroger les dispositions établissant ces exigences en utilisant la procédure de modification unilatérale fédérale. Pour sa part, le procureur général du Québec soutient que l'abrogation de la qualification prévue au par. 23(3) en matière de propriété immobilière aurait une incidence sur l'application du par. 23(6), qui permet aux sénateurs du Québec de résider dans le collège électoral pour lequel ils sont nommés *ou* d'y posséder leur qualification foncière. Il s'ensuit, selon lui, que le consentement du Québec est nécessaire pour abroger la disposition visée.

[86] We conclude that the net worth requirement (s. 23(4)) can be repealed by Parliament under the unilateral federal amending procedure. However, a full repeal of the real property requirement (s. 23(3)) requires the consent of Quebec's legislative assembly, under the special arrangements procedure. Indeed, a full repeal of that provision would also constitute an amendment in relation to s. 23(6), which contains a special arrangement applicable only to the province of Quebec.

[86] Nous concluons que le Parlement peut agir seul, en vertu de la procédure de modification unilatérale fédérale, pour abroger la condition relative à l'avoir net (par. 23(4)). L'abrogation complète du par. 23(3) requiert toutefois le consentement de l'assemblée législative du Québec, suivant la procédure sur les arrangements spéciaux. En effet, l'abrogation complète de la condition relative à l'avoir foncier (par. 23(3)) constituerait également une modification du par. 23(6), qui prévoit un arrangement spécial applicable uniquement à la province de Québec.

(1) The Net Worth Requirement

(1) La condition relative à l'avoir net

[87] As discussed above, the unilateral federal procedure to amend the Constitution is limited

[87] Comme nous l'avons vu, la procédure unilatérale fédérale de modification de la Constitution a

in scope. It does not permit amendments that engage the interests of the provinces by modifying the Senate's fundamental nature or role. The question is thus whether the removal of the net worth requirement would modify the Senate's fundamental nature or role.

[88] There is nothing in the material before us to suggest that removing the net worth requirement would affect the independence of Senators or otherwise affect the Senate's role as a complementary legislative chamber of sober second thought. This change is qualitatively different than implementing consultative elections for Senators or changing their security of tenure, which affect the fundamental nature and role of the Senate.

[89] Therefore, removing the net worth requirement does not engage the interests of the provinces. This is supported by the fact that none of the intervening provinces opposed the repeal of the requirement or argued that their interests were engaged by the amendment.

[90] We conclude that the repeal of s. 23(4) is precisely the type of amendment that the framers of the *Constitution Act, 1982* intended to capture under s. 44. It updates the constitutional framework relating to the Senate without affecting the institution's fundamental nature and role.

(2) The Real Property Requirement

[91] Similarly, the removal of the real property requirement (s. 23(3), *Constitution Act, 1867*) would not alter the fundamental nature and role of the Senate. However, the removal of the real property requirement for Quebec's Senators would constitute an amendment in relation to a special arrangement. It would thus attract the special arrangements procedure and require the consent of Quebec's National Assembly (s. 43, *Constitution Act, 1982*).

une portée restreinte. Elle ne permet pas les modifications mettant en cause les intérêts des provinces en modifiant les nature et rôle fondamentaux du Sénat. La question consiste donc à déterminer si l'élimination de la condition relative à l'avoir net modifierait la nature fondamentale ou le rôle du Sénat.

[88] Rien dans le présent dossier ne suggère que la suppression de la condition relative à l'avoir net influencerait sur l'indépendance des sénateurs ou aurait quelque incidence que ce soit sur le rôle du Sénat en tant qu'organisme législatif complémentaire chargé de porter un second regard attentif aux projets de loi. Ce changement diffère, du point de vue qualitatif, de la mise en place d'élections consultatives des sénateurs ou d'un changement portant sur l'inamovibilité de ceux-ci qui, eux, ont une incidence sur les nature et rôle fondamentaux du Sénat.

[89] En conséquence, la suppression de la condition relative à l'avoir net ne met pas en cause les intérêts des provinces. Cette conclusion est étayée par le fait qu'aucune des provinces intervenantes ne s'est opposée à l'abrogation de cette condition ou n'a soutenu qu'une telle modification mettait en cause ses intérêts.

[90] À notre avis, l'abrogation du par. 23(4) constitue précisément le type de modification que les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* entendaient inclure dans le champ d'application de l'art. 44. Elle met à jour le cadre constitutionnel régissant le Sénat sans toucher à ses nature et rôle fondamentaux.

(2) La condition relative à l'avoir foncier

[91] De même, la suppression de la condition relative à l'avoir foncier (par. 23(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*) ne modifierait pas les nature et rôle fondamentaux du Sénat. Cependant, la suppression de cette condition pour les sénateurs du Québec constituerait une modification relative à un arrangement spécial. Elle entraînerait donc l'application de la procédure relative à de tels arrangements et exigerait le consentement de l'Assemblée nationale du Québec (*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 43).

[92] Section 22 of the *Constitution Act, 1867* provides that each Senator from Quebec is appointed to represent one of the province's 24 electoral divisions. Historically, this was intended to ensure that Quebec's Anglophone minorities would be represented in the Senate, by making it mandatory to appoint Senators specifically for divisions in which the majority of the population was Anglophone: J. Woehrling, "Le recours à la procédure de modification de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec", in P. Thibault, B. Pelletier and L. Perret, eds., *Essays in Honour of Gerald-A. Beaudoin: The Challenges of Constitutionalism* (2002), 449, at pp. 489-90. Section 23(6) is linked to the implementation of this special arrangement: it provides a degree of flexibility to Senators from Quebec by allowing them to either reside in the electoral division for which they are appointed *or* to simply fulfill their real property qualification in that division.

[93] A full repeal of s. 23(3) would render inoperative the option in s. 23(6) for Quebec Senators to fulfill their real property qualification in their respective electoral divisions, effectively making it mandatory for them to reside in the electoral divisions for which they are appointed. It would constitute an amendment in relation to s. 23(6), which contains a special arrangement applicable to a single province, and consequently would fall within the scope of the special arrangement procedure. The consent of Quebec's National Assembly is required.

[94] However, the real property qualification in s. 23(3) could be partially removed by making the provision inapplicable to Senators from all provinces except those from Quebec. This would not engage the interests of the provinces and can be achieved under the unilateral federal amending procedure.

VI. Senate Abolition: How Can It Be Achieved?

[95] Finally, the Reference asks which of two possible procedures applies to abolition of the Senate: the general amending procedure or the unanimous consent procedure?

[92] Suivant l'art. 22 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, chaque sénateur du Québec est nommé pour représenter un des 24 collèges électoraux de cette province. Historiquement, il s'agissait de s'assurer que la minorité anglophone du Québec soit représentée au Sénat en rendant obligatoire la nomination de sénateurs spécifiquement pour des collèges à majorité anglophones : J. Woehrling, « Le recours à la procédure de modification de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec », dans P. Thibault, B. Pelletier et L. Perret, dir., *Les mélanges Gerald-A. Beaudoin : Les défis du constitutionnalisme* (2002), 449, p. 489-490. Le paragraphe 23(6) se rattache à la mise en œuvre de cet arrangement spécial : il offre une certaine latitude aux sénateurs du Québec en leur permettant soit de résider dans le collège électoral pour lequel ils sont nommés, *soit* d'y posséder simplement leur qualification foncière.

[93] L'abrogation complète du par. 23(3) rendrait inopérante la possibilité offerte aux sénateurs du Québec par le par. 23(6) de posséder leur qualification foncière dans leur collège électoral respectif, ce qui les obligerait effectivement à résider dans le collège électoral qu'ils représentent. Cette mesure constituerait une modification au par. 23(6), qui prévoit un arrangement spécial applicable à une seule province, et entrerait donc dans le champ d'application de la procédure relative aux arrangements spéciaux. Une telle modification requiert donc le consentement de l'Assemblée nationale du Québec.

[94] Par contre, le Parlement pourrait supprimer en partie la qualification foncière établie au par. 23(3) en rendant la disposition inapplicable aux sénateurs de toutes les provinces sauf du Québec. Cette modification ne mettrait pas en cause les intérêts des provinces et pourrait se faire suivant la procédure unilatérale fédérale.

VI. Abolition du Sénat : comment peut-elle se faire?

[95] Enfin, le renvoi demande s'il faut, pour abolir le Sénat, recourir à la procédure normale de modification ou à celle du consentement unanime.

[96] The Attorney General of Canada argues that the general amending procedure applies because abolition of the Senate falls under matters which Part V expressly says attract that procedure — amendments in relation to “the powers of the Senate” and “the number of members by which a province is entitled to be represented in the Senate” (s. 42(1)(b) and (c)). Abolition, it is argued, is simply a matter of “powers” and “members”: it literally takes away all of the Senate’s powers and all of its members. Alternatively, the Attorney General of Canada argues that since abolition of the Senate is not expressly mentioned anywhere in Part V, it falls residually under the general amending procedure.

[97] We cannot accept the Attorney General’s arguments. Abolition of the Senate is not merely a matter of “powers” or “members” under s. 42(1)(b) and (c) of the *Constitution Act, 1982*. Rather, abolition of the Senate would fundamentally alter our constitutional architecture — by removing the bicameral form of government that gives shape to the *Constitution Act, 1867* — and would amend Part V, which requires the unanimous consent of Parliament and the provinces (s. 41(e), *Constitution Act, 1982*).

A. *Abolishing the Senate Does Not Fall Within Section 42(1)(b) and (c)*

[98] It is argued that s. 42(1)(b) and (c), which expressly make the general amending procedure applicable to changes to the “powers” of the Senate and to the “number” of Senators allotted to each province, brings abolition of the Senate within the scope of the general amending procedure.

[99] We cannot accept this argument. It misunderstands the purpose of the express mention of the Senate in s. 42(1)(b) and (c). This provision captures Senate *reform*, which implies the continued existence of the Senate: Pelletier, *La modification*

[96] Le procureur général du Canada prétend qu’il faut recourir à la procédure normale de modification parce que l’abolition du Sénat fait partie des questions auxquelles s’applique cette procédure suivant les termes exprès de la partie V, soit les modifications relatives aux « pouvoirs du Sénat » et au « nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée » (al. 42(1)b) et c)). Selon le procureur général du Canada, l’abolition de l’institution ne concerne que les « pouvoirs » et les « sénateurs » dans la mesure où elle enlève littéralement au Sénat tous ses pouvoirs et tous ses sénateurs. Il soutient subsidiairement que l’abolition du Sénat relève par défaut de la procédure normale de modification, parce qu’elle n’est mentionnée nulle part dans la partie V.

[97] Nous ne pouvons retenir les arguments du procureur général. En effet, l’abolition du Sénat ne concerne pas uniquement les « pouvoirs » ou les « sénateurs » au sens où il faut entendre ces termes pour l’application des al. 42(1)b) et c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle changerait plutôt fondamentalement notre architecture constitutionnelle — en supprimant la structure bicamérale de gouvernement qui sous-tend l’architecture de la *Loi constitutionnelle de 1867* — et modifierait la partie V, ce qui exige le consentement unanime du Parlement et des provinces (*Loi constitutionnelle de 1982*, al. 41e)).

A. *L’abolition du Sénat ne relève ni de l’al. 42(1)b) ni de l’al. 42(1)c)*

[98] On prétend que les al. 42(1)b) et c) — qui prévoient expressément l’application de la procédure normale de modification aux changements apportés aux « pouvoirs » du Sénat et au « nombre » de sénateurs accordé à chaque province — assujettissent l’abolition du Sénat à la procédure normale de modification.

[99] Nous ne pouvons retenir cet argument qui repose sur une interprétation erronée du motif pour lequel le Sénat est expressément mentionné aux al. 42(1)b) et c). Ces dispositions visent la *réforme* du Sénat, qui suppose le maintien de son

constitutionnelle au Canada, at pp. 221-24. Outright abolition falls beyond its scope.

[100] As discussed above, the references to the Senate in s. 42 were made in anticipation of future Senate reform. The Quebec Court of Appeal aptly captured this historical context and its relevance in interpreting s. 42:

The interpretation of section 42 must also take account, in particular, that because of the inability of the federal government and the provinces to agree in 1982 on a total reform of the Constitution, including the Senate, amongst other institutions, the framers decided to postpone further discussion of the matters it contains, while specifying the applicable amending procedure to incorporate an eventual consensus in the Constitution.

(*Quebec Senate Reference*, at para. 40)

[101] Abolition of the Senate was not on the minds of the framers of the *Constitution Act, 1982*. Rather, they turned their minds to the main aspects of Senate reform that were discussed in the years prior to patriation: the distribution of seats in the Senate, the powers of the Senate, and the manner of selecting Senators. They expected ongoing discussion of these aspects of Senate reform and made it clear, through their choice of words in s. 42, that these reforms would require a substantial degree of federal-provincial consensus. However, they assumed that the evolution of Canada's system of government would be characterized by a degree of continuity — that constitutional change would be incremental and that some core institutions would remain firmly anchored in our constitutional order.

[102] To interpret s. 42 as embracing Senate abolition would depart from the ordinary meaning of its language and is not supported by the historical record. The mention of amendments in relation to the powers of the Senate and the number of

existence : Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, p. 221-224. Ainsi, l'abolition pure et simple du Sénat échappe à l'application de ces alinéas.

[100] Comme nous l'avons expliqué plus tôt, on a mentionné plusieurs fois le Sénat à l'art. 42 en prévision de sa réforme future. La Cour d'appel du Québec a bien exposé ce contexte historique et la pertinence qu'il a pour ce qui est d'interpréter l'art. 42 :

L'interprétation de l'article 42 doit aussi tenir compte, notamment, du fait que devant l'incapacité du gouvernement fédéral et des provinces de convenir, en 1982, d'une réforme complète de la Constitution, incluant certaines institutions dont le Sénat, le constituant a convenu de reporter à plus tard le débat sur les questions prévues à cet article, tout en précisant la procédure de modification qui sera alors applicable pour l'incorporation d'un éventuel consensus dans la Constitution.

(*Renvoi québécois relatif au Sénat*, par. 40)

[101] Les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne songeaient pas à l'abolition du Sénat. Ils se sont plutôt penchés sur les aspects principaux de la réforme du Sénat dont il avait été question au cours des années précédant le rapatriement : la répartition des sièges au Sénat, les pouvoirs de celui-ci et le mode de sélection des sénateurs. Ils s'attendaient à un débat soutenu sur ces aspects de la réforme du Sénat et ont bien précisé, par les termes qu'ils ont employés à l'art. 42, que ces réformes exigeraient un fort consensus du fédéral et des provinces. Ils ont cependant tenu pour acquis que l'évolution du régime de gouvernement canadien s'inscrirait dans une certaine continuité, c.-à-d. que les modifications constitutionnelles se feraient graduellement et que quelques institutions fondamentales resteraient fermement ancrées dans notre ordre constitutionnel.

[102] Interpréter l'art. 42 comme envisageant l'abolition du Sénat irait à l'encontre du sens ordinaire de son libellé, et pareille interprétation ne trouve aucun appui dans le dossier historique. La mention des modifications portant sur les pouvoirs du Sénat et le

Senators for each province presupposes the continuing existence of a Senate and makes no room for an indirect abolition of the Senate. Within the scope of s. 42, it is possible to make significant changes to the powers of the Senate and the number of Senators. But it is outside the scope of s. 42 to altogether strip the Senate of its powers and reduce the number of Senators to zero.

B. *Abolishing the Senate Would Alter the Part V Amending Formula*

[103] The Attorney General of Canada argues that Senate abolition can be accomplished without amending Part V and that it therefore does not fall within the scope of s. 41(e), which requires unanimous federal-provincial consent for amendments to Part V. He argues that the Senate can be abolished without textually modifying the provisions of Part V. The references to the Senate in Part V would simply be viewed as “spent” and as devoid of legal effect.

[104] The Attorney General further submits that the Part V amending procedures would remain functional despite the presence of these “spent” provisions, since the Senate’s failure to adopt a resolution authorizing a constitutional amendment can be overridden after the expiration of a 180-day period: s. 47(1), *Constitution Act, 1982*. Moreover, he submits that the Senate’s role in the unilateral federal amending procedure (s. 44) can be eliminated under the general amending procedure, by changing the definition of Parliament in s. 17 of the *Constitution Act, 1867* so as to remove the upper house.

[105] The Attorney General supplements these submissions with the argument that the effects of Senate abolition on Part V would be merely incidental and that they should not trigger the application of the unanimous consent procedure. In his view, Senate abolition would not be, “in pith and substance”, an amendment in relation to Part V.

nombre de sénateurs pour chaque province présuppose le maintien de l’existence d’un Sénat et interdit toute abolition indirecte de l’institution. La portée de l’art. 42 permet de modifier considérablement les pouvoirs du Sénat et le nombre de sénateurs. Dépouiller totalement le Sénat de ses pouvoirs et réduire à zéro le nombre de sénateurs outrepasserait toutefois la portée de cette disposition.

B. *L’abolition du Sénat modifierait la formule de modification établie à la partie V*

[103] Le procureur général du Canada plaide que l’abolition du Sénat peut se faire sans modifier la partie V, et qu’elle ne relève donc pas de l’al. 41e), qui exige le consentement unanime du fédéral et des provinces dans le cas des modifications de la partie V. En outre, il fait valoir qu’il est possible d’abolir le Sénat sans modifier le texte de la partie V. Les mentions du Sénat dans la partie V seraient simplement perçues comme étant devenues « caduque[s] » et dépourvues d’effet juridique.

[104] De plus, le procureur général du Canada soutient que les procédures de modification prévues à la partie V resteraient fonctionnelles malgré la présence de ces dispositions « caduque[s] », parce que l’omission du Sénat d’autoriser par résolution une modification constitutionnelle peut être écartée à l’expiration d’un délai de 180 jours : *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 47(1). Par ailleurs, toujours selon le procureur général, on peut éliminer le rôle joué par le Sénat dans la procédure unilatérale fédérale (art. 44) — en appliquant la procédure normale de modification — en modifiant la définition du Parlement qui figure à l’art. 17 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour en supprimer la chambre haute.

[105] Le procureur général du Canada étoffe ces arguments en soutenant que l’abolition du Sénat n’aurait que des effets accessoires sur la partie V et que ces effets ne devraient pas entraîner l’application de la procédure de consentement unanime. À son avis, l’abolition du Sénat ne constituerait pas, de par « son caractère véritable », une modification touchant la partie V.

[106] We disagree with these submissions. Once more, the Attorney General privileges form over substance. Part V is replete with references to the Senate and gives the Senate a role in all of the amending procedures, except for the unilateral provincial procedure: Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, at pp. 220-21. Part V was drafted on the assumption that the federal Parliament would remain bicameral in nature, i.e. that there would continue to be both a lower legislative chamber and a complementary upper chamber. Removal of the upper chamber from our Constitution would alter the structure and functioning of Part V. Consequently, it requires the unanimous consent of Parliament and of all the provinces (s. 41(e)).

[107] The Attorney General of Canada's argument that the upper chamber could be removed without amending Part V fails to persuade us. As discussed, the notion of an amendment to the Constitution of Canada is not limited to textual modifications — it also embraces significant structural modifications of the Constitution. The abolition of the upper chamber would entail a significant structural modification of Part V. Amendments to the Constitution of Canada are subject to review by the Senate. The Senate can veto amendments brought under s. 44 and can delay the adoption of amendments made pursuant to ss. 38, 41, 42, and 43 by up to 180 days: s. 47, *Constitution Act, 1982*. The elimination of bicameralism would render this mechanism of review inoperative and effectively change the dynamics of the constitutional amendment process. The constitutional structure of Part V as a whole would be fundamentally altered.

[108] The argument that Senate abolition would only have “incidental” or secondary effects on Part V also fails to persuade us. The effects of Senate abolition on Part V are direct and substantial. While it is true that the Senate's role in constitutional amendment is not as central as that of the House of Commons or the provincial legislatures, its ability

[106] Nous sommes en désaccord avec ces arguments. Une fois de plus, le procureur général privilégie une thèse trop formaliste. La partie V contient un grand nombre de mentions du Sénat et lui confie un rôle dans toutes les procédures de modification, sauf la procédure unilatérale provinciale : Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, p. 220-221. En outre, elle a été rédigée en tenant pour acquis que le Parlement fédéral conserverait son caractère bicaméral, c.-à-d. qu'il aurait encore à la fois une chambre législative basse et une chambre haute complémentaire. La suppression de la chambre haute de notre Constitution transformerait la structure et l'application de la partie V. Elle requiert donc le consentement unanime du Parlement et de toutes les provinces (al. 41e)).

[107] L'argument du procureur général du Canada voulant qu'on puisse supprimer la chambre haute sans modifier la partie V ne nous convainc pas. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la notion de modification de la Constitution du Canada ne vise pas seulement les modifications de forme; elle englobe aussi les modifications structurelles importantes de la Constitution. L'abolition de la chambre haute impliquerait une modification structurelle importante de la partie V. Les modifications de la Constitution du Canada sont soumises au contrôle du Sénat, qui peut opposer un veto aux modifications introduites en application de l'art. 44 et retarder l'adoption de modifications apportées au titre des art. 38, 41, 42 et 43 pendant au plus 180 jours : *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 47. L'élimination du bicaméralisme rendrait inopérant ce mécanisme de contrôle et transformerait dans les faits la dynamique du processus de modification constitutionnelle. La structure constitutionnelle de la partie V serait fondamentalement modifiée dans son ensemble.

[108] L'argument selon lequel l'abolition du Sénat n'entraînerait que des effets « accessoires » ou secondaires sur la partie V ne nous convainc pas non plus. Les effets de l'abolition du Sénat sur la partie V seraient directs et substantiels. Certes, le Sénat ne joue pas dans le processus de modification constitutionnelle un rôle aussi crucial que la

to delay the adoption of constitutional amendments nevertheless provides an additional mechanism to ensure that they are carefully considered. Indeed, the Senate's refusal to authorize an amendment can give the House of Commons pause and draw public attention to amendments: Smith, at p. 152.

[109] Since the effects of Senate abolition on Part V cannot be characterized as incidental, it is not necessary to decide whether there exists a doctrine — analogous to the “pith and substance” doctrine, discussed above — that justifies applying the general amending procedure to a constitutional amendment that has incidental effects on a matter coming within the unanimous consent procedure.

C. *Conclusion on Abolition of the Senate*

[110] The review of constitutional amendments by an upper house is an essential component of the Part V amending procedures. The Senate has a role to play in all of the Part V amending procedures, except for the unilateral provincial procedure. The process of constitutional amendment in a unicameral system would be qualitatively different from the current process. There would be one less player in the process, one less mechanism of review. It would be necessary to decide whether the amending procedure can function as currently drafted in a unicameral system, or whether it should be modified to provide for a new mechanism of review that occupies the role formerly played by the upper chamber. These issues relate to the functioning of the constitutional amendment formula and, as such, unanimous consent of Parliament and of all the provinces is required under s. 41(e) of the *Constitution Act, 1982*.

VII. Conclusion

[111] The majority of the changes to the Senate which are contemplated in the Reference can only be achieved through amendments to the Constitution,

Chambre des communes ou les législatures provinciales, mais sa faculté de retarder l'adoption de modifications constitutionnelles constitue néanmoins un mécanisme supplémentaire assurant leur examen attentif. En effet, le refus du Sénat d'autoriser une modification peut donner à la Chambre des communes un moment de réflexion et attirer l'attention du public sur la modification en question : Smith, p. 152.

[109] Puisque les effets de l'abolition du Sénat sur la partie V ne sauraient être qualifiés d'accessoires, il n'est pas nécessaire de décider s'il existe une doctrine — analogue à celle du « caractère véritable » évoquée précédemment — qui justifie l'application de la procédure normale de modification à une modification constitutionnelle ayant des effets accessoires sur une question relevant de la procédure de consentement unanime.

C. *Conclusion sur l'abolition du Sénat*

[110] La révision des modifications constitutionnelles par une chambre haute est un élément essentiel des procédures de modification prévues à la partie V. Le Sénat joue un rôle dans toutes ces procédures, exception faite de la procédure unilatérale provinciale. Le processus de modification constitutionnelle dans un régime unicaméral différerait, au plan qualitatif, du processus actuel. Il y aurait un acteur de moins dans le processus, et un mécanisme de contrôle disparaîtrait. Il faudrait décider si la procédure de modification peut être suivie en sa forme actuelle dans le cadre d'un régime unicaméral, ou si elle devrait être modifiée pour prévoir un nouveau mécanisme de contrôle exerçant la fonction autrefois assumée par la chambre haute. Ces questions se rapportent au fonctionnement de la formule de modification constitutionnelle et, à ce titre, selon l'al. 41e) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le consentement unanime du Parlement et des provinces est requis.

VII. Conclusion

[111] La majorité des changements au Sénat envisagés dans le renvoi ne peuvent être apportés qu'au moyen de modifications de la Constitution,

with substantial federal-provincial consensus. The implementation of consultative elections and senatorial term limits requires consent of the Senate, the House of Commons, and the legislative assemblies of at least seven provinces representing, in the aggregate, half of the population of all the provinces: s. 38 and s. 42(1)(b), *Constitution Act, 1982*. A full repeal of the property qualifications requires the consent of the legislative assembly of Quebec: s. 43, *Constitution Act, 1982*. As for Senate abolition, it requires the unanimous consent of the Senate, the House of Commons, and the legislative assemblies of all Canadian provinces: s. 41(e), *Constitution Act, 1982*.

[112] We answer the Reference questions as follows:

1. In relation to each of the following proposed limits to the tenure of Senators, is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to make amendments to section 29 of the *Constitution Act, 1867* providing for

- (a) a fixed term of nine years for Senators, as set out in clause 5 of Bill C-7, the *Senate Reform Act*;
- (b) a fixed term of ten years or more for Senators;
- (c) a fixed term of eight years or less for Senators;
- (d) a fixed term of the life of two or three Parliaments for Senators;
- (e) a renewable term for Senators, as set out in clause 2 of Bill S-4, *Constitution Act, 2006 (Senate tenure)*;
- (f) limits to the terms for Senators appointed after October 14, 2008 as set out in subclause 4(1) of Bill C-7, the *Senate Reform Act*; and
- (g) retrospective limits to the terms for Senators appointed before October 14, 2008?

adoptées avec un consensus fédéral-provincial considérable. La mise en place d'élections consultatives et de mandats sénatoriaux d'une durée limitée requiert le consentement du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative d'au moins sept provinces dont la population confondue représente au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces : *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 38 et al. 42(1)b). La suppression complète des qualifications en matière de propriété nécessite le consentement de l'assemblée législative du Québec : *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 43. L'abolition du Sénat, quant à elle, requiert le consentement unanime du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province canadienne : *Loi constitutionnelle de 1982*, al. 41e).

[112] Voici nos réponses aux questions du renvoi :

1. Pour chacune des limites ci-après proposées pour la durée du mandat des sénateurs, le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour apporter les modifications à l'article 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867* afin de prévoir :

- a) un mandat d'une durée fixe de neuf ans, tel que le propose l'article 5 du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat*;
- b) un mandat d'une durée fixe de dix ans ou plus;
- c) un mandat d'une durée fixe de huit ans ou moins;
- d) un mandat d'une durée fixe de deux ou trois législatures;
- e) le renouvellement du mandat des sénateurs, tel que le propose l'article 2 du projet de loi S-4, *Loi constitutionnelle de 2006 (durée du mandat des sénateurs)*;
- f) une limite à la durée du mandat des sénateurs nommés après le 14 octobre 2008, tel que le propose le paragraphe 4(1) du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat*;
- g) une limite rétrospective à la durée du mandat des sénateurs nommés avant le 14 octobre 2008?

No.

2. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 91 of the *Constitution Act, 1867*, or section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to enact legislation that provides a means of consulting the population of each province and territory as to its preferences for potential nominees for appointment to the Senate pursuant to a national process as was set out in Bill C-20, the *Senate Appointment Consultations Act*?

No.

3. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 91 of the *Constitution Act, 1867*, or section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to establish a framework setting out a basis for provincial and territorial legislatures to enact legislation to consult their population as to their preferences for potential nominees for appointment to the Senate as set out in the schedule to Bill C-7, the *Senate Reform Act*?

No.

4. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to repeal subsections 23(3) and (4) of the *Constitution Act, 1867* regarding property qualifications for Senators?

Yes, with respect to s. 23(4). A full repeal of s. 23(3) requires a resolution of the legislative assembly of Quebec, pursuant to s. 43 of the *Constitution Act, 1982*.

5. Can an amendment to the Constitution of Canada to abolish the Senate be accomplished by the general amending procedure set out in section 38 of the *Constitution Act, 1982*, by one of the following methods:

(a) by inserting a separate provision stating that the Senate is to be abolished as of a certain date, as an amendment to the *Constitution Act, 1867* or as a separate provision that is outside of the *Constitution Acts, 1867 to 1982* but that is still part of the Constitution of Canada;

Non.

2. Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour édicter des lois qui permettraient de consulter, dans le cadre d'un processus national, la population de chaque province et territoire afin de faire connaître ses préférences quant à la nomination de candidats sénatoriaux, conformément au projet de loi C-20, *Loi sur les consultations concernant la nomination des sénateurs*?

Non.

3. Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour prévoir un cadre qui viserait l'édiction de lois par les législatures provinciales et territoriales —conformes à l'annexe du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat* —, pour consulter leurs populations afin de faire connaître leurs préférences quant à la nomination de candidats sénatoriaux?

Non.

4. Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour abroger les paragraphes 23(3) et (4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* concernant la qualification des sénateurs en matière de propriété?

Oui, en ce qui concerne le par. 23(4). L'abrogation complète du par. 23(3) requiert une résolution de l'assemblée législative du Québec, en application de l'art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

5. Pourrait-on, par l'un des moyens ci-après, avoir recours à la procédure normale de modification prévue à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour abolir le Sénat :

a) ajouter une disposition distincte prévoyant que le Sénat serait aboli à une date précise, à titre de modification de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou de disposition distincte des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* s'inscrivant néanmoins dans la Constitution du Canada;

(b) by amending or repealing some or all of the references to the Senate in the Constitution of Canada; or

(c) by abolishing the powers of the Senate and eliminating the representation of provinces pursuant to paragraphs 42(1)(b) and (c) of the *Constitution Act, 1982*?

No.

6. If the general amending procedure set out in section 38 of the *Constitution Act, 1982* is not sufficient to abolish the Senate, does the unanimous consent procedure set out in section 41 of the *Constitution Act, 1982* apply?

Yes.

APPENDIX

Constitution Act, 1982

PART V

PROCEDURE FOR AMENDING CONSTITUTION OF CANADA

38. (1) [General procedure for amending Constitution of Canada] An amendment to the Constitution of Canada may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada where so authorized by

(a) resolutions of the Senate and House of Commons; and

(b) resolutions of the legislative assemblies of at least two-thirds of the provinces that have, in the aggregate, according to the then latest general census, at least fifty per cent of the population of all the provinces.

(2) [Majority of members] An amendment made under subsection (1) that derogates from the legislative powers, the proprietary rights or any other rights or privileges of the legislature or government of a province shall require a resolution supported by a majority of the members of each of the Senate, the House of Commons and the legislative assemblies required under subsection (1).

b) modifier ou abroger en tout ou en partie les renvois au Sénat dans la Constitution du Canada;

c) abroger les pouvoirs du Sénat et éliminer la représentation des provinces en vertu des alinéas 42(1)(b) et c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Non.

6. Si la procédure normale de modification prévue à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne permet pas d'abolir le Sénat, faudrait-il recourir à la procédure de consentement unanime prévue à l'article 41 de cette loi?

Oui.

ANNEXE

Loi constitutionnelle de 1982

PARTIE V

PROCÉDURE DE MODIFICATION DE LA CONSTITUTION DU CANADA

38. (1) [Procédure normale de modification] La Constitution du Canada peut être modifiée par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée à la fois :

a) par des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes;

b) par des résolutions des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente, selon le recensement général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces.

(2) [Majorité simple] Une modification faite conformément au paragraphe (1) mais dérogoire à la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un gouvernement provincial exige une résolution adoptée à la majorité des sénateurs, des députés fédéraux et des députés de chacune des assemblées législatives du nombre requis de provinces.

(3) [Expression of dissent] An amendment referred to in subsection (2) shall not have effect in a province the legislative assembly of which has expressed its dissent thereto by resolution supported by a majority of its members prior to the issue of the proclamation to which the amendment relates unless that legislative assembly, subsequently, by resolution supported by a majority of its members, revokes its dissent and authorizes the amendment.

(4) [Revocation of dissent] A resolution of dissent made for the purposes of subsection (3) may be revoked at any time before or after the issue of the proclamation to which it relates.

39. (1) [Restriction on proclamation] A proclamation shall not be issued under subsection 38(1) before the expiration of one year from the adoption of the resolution initiating the amendment procedure thereunder, unless the legislative assembly of each province has previously adopted a resolution of assent or dissent.

(2) [Idem] A proclamation shall not be issued under subsection 38(1) after the expiration of three years from the adoption of the resolution initiating the amendment procedure thereunder.

40. [Compensation] Where an amendment is made under subsection 38(1) that transfers provincial legislative powers relating to education or other cultural matters from provincial legislatures to Parliament, Canada shall provide reasonable compensation to any province to which the amendment does not apply.

41. [Amendment by unanimous consent] An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada only where authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province:

(a) the office of the Queen, the Governor General and the Lieutenant Governor of a province;

(b) the right of a province to a number of members in the House of Commons not less than the number of Senators by which the province is entitled to be represented at the time this Part comes into force;

(c) subject to section 43, the use of the English or the French language;

(3) [Désaccord] La modification visée au paragraphe (2) est sans effet dans une province dont l'assemblée législative a, avant la prise de la proclamation, exprimé son désaccord par une résolution adoptée à la majorité des députés, sauf si cette assemblée, par résolution également adoptée à la majorité, revient sur son désaccord et autorise la modification.

(4) [Levée du désaccord] La résolution de désaccord visée au paragraphe (3) peut être révoquée à tout moment, indépendamment de la date de la proclamation à laquelle elle se rapporte.

39. (1) [Restriction] La proclamation visée au paragraphe 38(1) ne peut être prise dans l'année suivant l'adoption de la résolution à l'origine de la procédure de modification que si l'assemblée législative de chaque province a préalablement adopté une résolution d'assentiment ou de désaccord.

(2) [Idem] La proclamation visée au paragraphe 38(1) ne peut être prise que dans les trois ans suivant l'adoption de la résolution à l'origine de la procédure de modification.

40. [Compensation] Le Canada fournit une juste compensation aux provinces auxquelles ne s'applique pas une modification faite conformément au paragraphe 38(1) et relative, en matière d'éducation ou dans d'autres domaines culturels, à un transfert de compétences législatives provinciales au Parlement.

41. [Consentement unanime] Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province :

a) la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur;

b) le droit d'une province d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle est habilitée à être représentée lors de l'entrée en vigueur de la présente partie;

c) sous réserve de l'article 43, l'usage du français ou de l'anglais;

(d) the composition of the Supreme Court of Canada;
and

(e) an amendment to this Part.

42. (1) [Amendment by general procedure] An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made only in accordance with subsection 38(1):

(a) the principle of proportionate representation of the provinces in the House of Commons prescribed by the Constitution of Canada;

(b) the powers of the Senate and the method of selecting Senators;

(c) the number of members by which a province is entitled to be represented in the Senate and the residence qualifications of Senators;

(d) subject to paragraph 41(d), the Supreme Court of Canada;

(e) the extension of existing provinces into the territories; and

(f) notwithstanding any other law or practice, the establishment of new provinces.

(2) [Exception] Subsections 38(2) to (4) do not apply in respect of amendments in relation to matters referred to in subsection (1).

43. [Amendment of provisions relating to some but not all provinces] An amendment to the Constitution of Canada in relation to any provision that applies to one or more, but not all, provinces, including

(a) any alteration to boundaries between provinces,
and

(b) any amendment to any provision that relates to the use of the English or the French language within a province,

may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada only where so authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province to which the amendment applies.

d) la composition de la Cour suprême du Canada;

e) la modification de la présente partie.

42. (1) [Procédure normale de modification] Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait conformément au paragraphe 38(1) :

a) le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes prévu par la Constitution du Canada;

b) les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs;

c) le nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu'ils doivent remplir;

d) sous réserve de l'alinéa 41d), la Cour suprême du Canada;

e) le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires;

f) par dérogation à toute autre loi ou usage, la création de provinces.

(2) [Exception] Les paragraphes 38(2) à (4) ne s'appliquent pas aux questions mentionnées au paragraphe (1).

43. [Modification à l'égard de certaines provinces] Les dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement ne peuvent être modifiées que par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province concernée. Le présent article s'applique notamment :

a) aux changements du tracé des frontières interprovinciales;

b) aux modifications des dispositions relatives à l'usage du français ou de l'anglais dans une province.

44. [Amendments by Parliament] Subject to sections 41 and 42, Parliament may exclusively make laws amending the Constitution of Canada in relation to the executive government of Canada or the Senate and House of Commons.

45. [Amendments by provincial legislatures] Subject to section 41, the legislature of each province may exclusively make laws amending the constitution of the province.

46. (1) [Initiation of amendment procedures] The procedures for amendment under sections 38, 41, 42 and 43 may be initiated either by the Senate or the House of Commons or by the legislative assembly of a province.

(2) [Revocation of authorization] A resolution of assent made for the purposes of this Part may be revoked at any time before the issue of a proclamation authorized by it.

47. (1) [Amendments without Senate resolution] An amendment to the Constitution of Canada made by proclamation under section 38, 41, 42 or 43 may be made without a resolution of the Senate authorizing the issue of the proclamation if, within one hundred and eighty days after the adoption by the House of Commons of a resolution authorizing its issue, the Senate has not adopted such a resolution and if, at any time after the expiration of that period, the House of Commons again adopts the resolution.

(2) [Computation of period] Any period when Parliament is prorogued or dissolved shall not be counted in computing the one hundred and eighty day period referred to in subsection (1).

48. [Advice to issue proclamation] The Queen's Privy Council for Canada shall advise the Governor General to issue a proclamation under this Part forthwith on the adoption of the resolutions required for an amendment made by proclamation under this Part.

49. [Constitutional conference] A constitutional conference composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces shall be convened by the Prime Minister of Canada within fifteen years after this Part comes into force to review the provisions of this Part.

Judgment accordingly.

44. [Modification par le Parlement] Sous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes.

45. [Modification par les législatures] Sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province.

46. (1) [Initiative des procédures] L'initiative des procédures de modification visées aux articles 38, 41, 42 et 43 appartient au Sénat, à la Chambre des communes ou à une assemblée législative.

(2) [Possibilité de révocation] Une résolution d'agrément adoptée dans le cadre de la présente partie peut être révoquée à tout moment avant la date de la proclamation qu'elle autorise.

47. (1) [Modification sans résolution du Sénat] Dans les cas visés à l'article 38, 41, 42 ou 43, il peut être passé outre au défaut d'autorisation du Sénat si celui-ci n'a pas adopté de résolution dans un délai de cent quatre-vingts jours suivant l'adoption de celle de la Chambre des communes et si cette dernière, après l'expiration du délai, adopte une nouvelle résolution dans le même sens.

(2) [Computation du délai] Dans la computation du délai visé au paragraphe (1), ne sont pas comptées les périodes pendant lesquelles le Parlement est prorogé ou dissous.

48. [Demande de proclamation] Le Conseil privé de la Reine pour le Canada demande au gouverneur général de prendre, conformément à la présente partie, une proclamation dès l'adoption des résolutions prévues par cette partie pour une modification par proclamation.

49. [Conférence constitutionnelle] Dans les quinze ans suivant l'entrée en vigueur de la présente partie, le premier ministre du Canada convoque une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même, en vue du réexamen des dispositions de cette partie.

Jugement en conséquence.

Solicitor for the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Procureur du procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Stewart McKelvey, Charlottetown.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard : Stewart McKelvey, Charlottetown.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Solicitor for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories: Attorney General of the Northwest Territories, Yellowknife.

Procureur de l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest : Procureur général des Territoires du Nord-Ouest, Yellowknife.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nunavut: Attorney General of Nunavut, Iqaluit.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nunavut : Procureur général du Nunavut, Iqaluit.

The Honourable Serge Joyal, P.C., on his own behalf.

Solicitors for the intervener the Honourable Anne C. Cools: Stikeman Elliott, Ottawa.

Solicitors for the intervener Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada: University of Ottawa, Ottawa; Power Law, Ottawa.

Solicitor for the intervener Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick Inc.: Université de Moncton, Moncton.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: McGill University, Montréal; Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

L'honorable Serge Joyal, c.p., pour son propre compte.

Procureurs de l'intervenante l'honorable Anne C. Cools : Stikeman Elliott, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada : Université d'Ottawa, Ottawa; Juristes Power, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick Inc. : Université de Moncton, Moncton.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Université McGill, Montréal; Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

THIS PAGE INTENTIONALLY BLANK