

IN THE SUPREME COURT OF CANADA
(ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ALBERTA)

BETWEEN:

JESSICA ERNST

Appellant

- and -

ALBERTA ENERGY REGULATOR

Respondent

BOOK OF AUTHORITIES
CANADIAN CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION
(Rules 37 and 42 of the Rules of the Supreme Court of Canada)

Volume I of II

CHERNOS FLAHERTY SVONKIN LLP

40 University Avenue
Suite 710
Toronto, ON M5J 1T1
Fax: 647-725-5440

Stuart Svonkin

Tel: 416-855-0404
Email: ssvonkin@cfscounsel.com

Brendan Brammall

Tel: 416-855-0415
Email: bbrammall@cfscounsel.com

Michael Bookman

Tel: 416-855-0414
Email: mbookman@cfscounsel.com

Counsel for the Proposed Intervener,
the Canadian Civil Liberties Association

BORDEN LADNER GERVAIS LLP

World Exchange Plaza
100 Queen St, Suite 1300
Ottawa, ON K1P 1J9

Nadia Effendi

Tel: 613.787.3562
Email: neffendi@blg.com

Agent for the Proposed Intervener,
the Canadian Civil Liberties Association

ORIGINAL TO:

ROGER BILODEAU, Q.C.
Registrar of the Supreme Court of Canada
Supreme Court of Canada
301 Wellington Street
Ottawa, ON K1A 0J1

COPIES TO:

KLIPPENSTEINS
160 John Street
Suite 300
Toronto, ON M5V 2E5
Tel: 416-598-0288
Fax: 416-598-9520

Murray Klippenstein
Email: murray.klippenstein@klippensteins.ca

W. Cory Wanless
Email: cory.wanless@klippensteins.ca

Counsel for the Applicant (Appellant),
Jessica Ernst

**JENSEN SHAWA SOLOMON DUGUID
HAWKES LLP**
800, 304 8TH Avenue SW
Suite 800
Calgary, AB T2P 1C2
Tel: 403-571-1507
Fax: 403-571-1528

Glenn Solomon, Q.C.
Email: gsolomon@jssbarristers.ca

Laura Warner
Email: warnerl@jssbarristers.ca

Counsel for the Respondent,
Alberta Energy Regulator

NELLIGAN O'BRIEN PAYNE LLP
50 O'Connor Street, Suite 1500
Ottawa, ON K1P 6L2
Tel: (613) 231-8311
Fax: (613) 788-3667

Christopher Rootham
Email: Christopher.Rootham@nelligan.ca

Ottawa agent for the Appellant Jessica
Ernst

**GOWLING LAFLEUR HENDERSON
LLP**
160 Elgin Street
Suite 2600
Ottawa, ON K1P 1C3

Jeffrey W. Beedell
Tel: 613-786-1071
Fax: 613-788-3587
Email: jeff.beedell@gowlings.com

Ottawa Agent for the Respondent,
Alberta Energy Regulator

Procureur général du Québec

1200, route de l'Église
2e étage
Québec, QC G1V 4M1

Robert Desroches

Carole Soucy

Tel : 418-643-1477
Fax : 418-644-7030
Email : Robert.desroches@justice.gouv.gc.ca

Counsel for Procureur général du Québec

Bull, Housser & Tupper LLP

1800 – 510 West Georgis Street
Vancouver, B.C. V6B 0M3

Ryan D.W. Dalziel

Emily C. Lapper

Tel: 604-641-4881
Fax: 604-646-2671
Email: rdd@bht.com

Counsel for the Intervener
B.C. Civil Liberties Association

WeirFoulds LLP

1600 – 130 King St. West
Toronto, ON M5X 1J5

Raj Anand

Cheryl Milne

Tel: 416-947-5091
Fax: 416-365-1876
Email: ranand@weirfoulds.com

Counsel for the Intervener
David Asper Centre for Constitutional Rights,
University of Toronto Faculty of Law

Noël & Associés

111, rue Champlain
Gatineau, QC J8X 3R1

Pierre Landry

Tel : 819-771-7393
Fax : 819-771-5397
Email : p.landry@noelassocies.com

Agent for Procureur général du Québec

Power Law

1103 – 130 Albert Street
Ottawa, ON K1P 5G4

David Taylor

Tel: 613-702-5563
Fax: 613-702-5563
Email: dtaylor@powerlaw.ca

Agent for B.C. Civil Liberties Association

Norton Rose Fulbright LLP

1500 – 45 O'Connor Street
Ottawa, ON K1P 1A4

Sally Gomery

Tel: 613-780-8604
Fax: 613-230-5459
Email: sally.gomery@nortonrose.com

Agent for the Intervener
David Asper Centre for Constitutional
Rights, University of Toronto Faculty of
Law

INDEX

Tab	Authority
VOLUME I	
1.	<i>Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)</i> , 2003 SCC 62
2.	<i>Ernst v. EnCana Corporation</i> , 2013 ABQB 537
3.	<i>Ernst v. Energy Resources Conservation Board</i> , 2014 ABCA 285
4.	<i>Henry v. B.C. (A.G.)</i> , [2015] 2 S.C.R. 214
5.	<i>Hunter v. Southam</i> , [1984] 2 S.C.R. 145
VOLUME II	
6.	<i>Mills v. The Queen</i> , [1986] 1 S.C.R. 863
7.	<i>Nelles v. Ontario</i> , [1989] 2 S.C.R. 170
8.	<i>Prete v. Ontario</i> , 16 O.R. (3d) 161 (C.A.)
9.	<i>R. v. 974649 Ontario Ltd. c.o.b. as Dunedin Construction</i> , 2001 SCC 81
10.	<i>Vancouver (City) v. Ward</i> , 2010 SCC 27

Glenda Doucet-Boudreau, Alice Boudreau, Jocelyn Bourbeau, Bernadette Cormier-Marchand, Yolande Levert and Cyrille Leblanc, in their name and in the name of all Nova Scotia parents who are entitled to the right, under Section 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to have their children educated in the language of the minority, namely the French language, in publicly funded French-language school facilities, and Fédération des parents acadiens de la Nouvelle-Écosse Inc. *Appellants*

v.

Attorney General of Nova Scotia *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Commissioner of Official Languages for Canada, Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones, Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc. (FAJEFCL) and Conseil scolaire acadien provincial (CSAP) *Interveners*

INDEXED AS: DOUCET-BOUDREAU v. NOVA SCOTIA (MINISTER OF EDUCATION)

Neutral citation: 2003 SCC 62.

File No.: 28807.

2002: October 4; 2003: November 6.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Glenda Doucet-Boudreau, Alice Boudreau, Jocelyn Bourbeau, Bernadette Cormier-Marchand, Yolande Levert et Cyrille Leblanc, en leur propre nom et en celui de tous les parents de la Nouvelle-Écosse qui, en vertu de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ont le droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité, à savoir le français, dans des écoles francophones financées sur les fonds publics, et la Fédération des parents acadiens de la Nouvelle-Écosse Inc. *Appellants*

c.

Procureur général de la Nouvelle-Écosse *Intimé*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Commissaire aux langues officielles du Canada, Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones, Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc. (FAJEFCL) et Conseil scolaire acadien provincial (CSAP) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : DOUCET-BOUDREAU c. NOUVELLE-ÉCOSSE (MINISTRE DE L'ÉDUCATION)

Référence neutre : 2003 CSC 62.

Nº du greffe : 28807.

2002 : 4 octobre; 2003 : 6 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Remedy available for realization of minority language education rights — Trial judge ordering province to make best efforts to provide homogeneous French-language facilities and programs by particular dates — Order further requiring parties to appear before same judge periodically to report on status of those efforts — Whether trial judge had authority to retain jurisdiction to hear reports from Province on the status of those efforts as part of his remedy under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether reporting order was “appropriate and just in the circumstances” — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 23, 24(1).

Appeals — Mootness — Appropriate and just remedy — Minority language education rights — Appeal raising important question about jurisdiction of superior courts to order what may be an effective remedy in some classes of cases — Moot appeal should be heard to provide guidance in similar cases.

The appellants are Francophone parents living in five school districts in Nova Scotia. They applied for an order directing the Province and the Conseil scolaire acadien provincial to provide, out of public funds, homogeneous French-language facilities and programs at the secondary school level. The trial judge noted that the government did not deny the existence or content of the parents' rights under s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but rather failed to prioritize those rights and delayed fulfilling its obligations, despite clear reports showing that assimilation was “reaching critical levels”. He found a s. 23 violation and ordered the Province and the Conseil to use their “best efforts” to provide school facilities and programs by particular dates. He retained jurisdiction to hear reports on the status of the efforts. The Province appealed the part of the order in which the trial judge retained his jurisdiction to hear reports. The majority of the Court of Appeal allowed the appeal and struck down the impugned portion of the order. On the basis of the common law principle of *functus officio*, the majority held that the trial judge, having decided the issue between the parties, had no further jurisdiction to remain seized of the case. They also held that, while

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Réparation pouvant être accordée pour assurer le respect des droits à l’instruction dans la langue de la minorité — Juge de première instance ordonnant à la province de faire de son mieux pour fournir des établissements et des programmes d’enseignement homogènes de langue française dans des délais déterminés — Ordonnance enjoignant également aux parties de se présenter périodiquement devant le même juge pour rendre compte des efforts déployés en ce sens — Le juge de première instance avait-il le pouvoir de se déclarer compétent pour entendre les comptes rendus de la province sur les efforts déployés pour mettre à exécution la réparation fondée sur l’art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — L’ordonnance enjoignant de rendre compte était-elle « convenable et juste eu égard aux circonstances »? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23, 24(1).

Appels — Caractère théorique — Réparation convenable et juste — Droits à l’instruction dans la langue de la minorité — Pourvoi soulevant une question importante au sujet du pouvoir des cours supérieures d’ordonner des mesures susceptibles de constituer une réparation efficace dans certaines catégories de cas — Appel théorique devant être entendu afin de fournir des repères dans des affaires similaires.

Les appelants sont des parents francophones provenant de cinq districts scolaires de la Nouvelle-Écosse. Ils ont sollicité une ordonnance enjoignant à la province et au Conseil scolaire acadien provincial de fournir, sur les fonds publics, des programmes et des écoles homogènes de langue française au niveau secondaire. Le juge de première instance a souligné que le gouvernement n’avait pas nié l’existence ou le contenu des droits garantis aux parents par l’art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais qu’il avait plutôt omis de leur donner la priorité et tardé à remplir ses obligations, en dépit de l’existence de rapports démontrant que le taux d’assimilation « atteignait un seuil critique ». Il a conclu à l’existence d’une violation de l’art. 23 et a ordonné à la province et au Conseil de « faire de leur mieux » pour fournir des établissements et des programmes d’enseignement homogènes de langue française dans des délais déterminés. Il s’est déclaré compétent pour entendre des comptes rendus sur les efforts déployés en ce sens. La province a interjeté appel contre la partie de l’ordonnance dans laquelle le juge de première instance se déclarait compétent pour entendre des comptes rendus. Dans un arrêt majoritaire, la Cour d’appel a accueilli l’appel et

courts have broad ranging powers under s. 24(1) of the *Charter* to fashion remedies, the *Charter* does not extend a court's jurisdiction to permit it to enforce its remedies.

Held (Major, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the trial judge's order restored.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Bastarache and Arbour JJ.: This appeal involves the nature of remedies available under s. 24(1) of the *Charter* for the realization of the minority language education rights protected by s. 23. A purposive approach to remedies in a *Charter* context requires that both the purpose of the right being protected and the purpose of the remedies provision be promoted. To do so, courts must issue effective, responsive remedies that guarantee full and meaningful protection of *Charter* rights and freedoms.

Section 23 of the *Charter* is designed to correct past injustices not only by halting the progressive erosion of minority official language cultures across Canada, but also by actively promoting their flourishing. While the rights are granted to individuals, they apply only if the "numbers warrant". For every school year that governments do not meet their obligations under s. 23, there is an increased likelihood of assimilation which carries the risk that numbers might cease to "warrant". If delay is tolerated, governments could potentially avoid the duties imposed upon them by s. 23. The affirmative promise contained in s. 23 and the critical need for timely compliance will sometimes require courts to order affirmative remedies to guarantee that language rights are meaningfully, and therefore necessarily promptly, protected.

Under s. 24(1) of the *Charter*, a superior court may craft any remedy that it considers appropriate and just in the circumstances. In doing so, it must exercise a discretion based on its careful perception of the nature of the right and of the infringement, the facts of the case, and the application of the relevant legal principles. The court must also be sensitive to its role as judicial arbiter and not fashion remedies which usurp the role of the other

invalidé la partie contestée de l'ordonnance rendue. Se fondant sur la règle de common law du *functus officio*, les juges majoritaires ont conclu que le juge de première instance ne pouvait pas rester saisi de l'affaire après avoir tranché la question en litige entre les parties. Ils ont également statué que, même s'il est vrai que les tribunaux disposent, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, d'un vaste éventail de pouvoirs en matière de réparations, la *Charte* n'élargit pas leur compétence de manière à leur permettre de mettre à exécution les réparations qu'ils accordent.

Arrêt (les juges Major, Binnie, LeBel et Deschamps sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge de première instance est rétablie.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache et Arbour : Le pourvoi porte sur la nature des réparations qui, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, peuvent être accordés afin d'assurer le respect des droits à l'instruction dans la langue de la minorité garantis par l'art. 23. L'interprétation téléologique des réparations dans le contexte de la *Charte* exige de favoriser la réalisation de l'objet du droit garanti et de l'objet des dispositions réparatrices. À cette fin, les tribunaux doivent accorder des réparations efficaces et adaptées qui protègent pleinement et utilement les droits et libertés garantis par la *Charte*.

L'article 23 de la *Charte* vise à réparer des injustices passées non seulement en mettant fin à l'érosion progressive des cultures des minorités de langue officielle au pays, mais aussi en favorisant activement leur épanouissement. Bien que les droits soient conférés aux individus, ils ne peuvent être exercés que si « le nombre le justifie ». Le risque d'assimilation et, par conséquent, le risque que le nombre cesse de « justifier » la prestation des services augmentent avec les années scolaires qui s'écoulent sans que les gouvernements exécutent les obligations que leur impose l'art. 23. Si les atermoiements sont tolérés, les gouvernements pourront éventuellement se soustraire aux obligations que leur impose l'art. 23. La promesse concrète contenue à l'art. 23 et la nécessité cruciale qu'elle soit tenue à temps obligent parfois les tribunaux à ordonner des mesures réparatrices concrètes destinées à garantir aux droits linguistiques une protection réelle et donc nécessairement diligente.

Aux termes du par. 24(1) de la *Charte*, une cour supérieure peut accorder toute réparation qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Ce faisant, elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur son appréciation prudente de la nature du droit et de la violation en cause, sur les faits et sur l'application des principes juridiques pertinents. La cour doit également être consciente de son rôle d'arbitre

branches of governance. The boundaries of the courts' proper role will vary according to the right at issue and the context of each case.

The nature and extent of remedies available under s. 24(1) remain limited by the words of the section itself and must be read in harmony with the rest of our Constitution. While it would be unwise at this point to attempt to define the expression "appropriate and just", there are some broad considerations that judges should bear in mind in evaluating the appropriateness and justice of a potential remedy. An appropriate and just remedy in the circumstances of a *Charter* claim is one that meaningfully vindicates the rights and freedoms of the claimants and employs means that are legitimate within the framework of our constitutional democracy. It is a judicial one which vindicates the right while invoking the function and powers of a court. An appropriate and just remedy is also fair to the party against whom the order is made. Since s. 24 is part of a constitutional scheme for the vindication of fundamental rights and freedoms enshrined in the *Charter*, the judicial approach to remedies must remain flexible and responsive to the needs of a given case. The meaningful protection of *Charter* rights, and in particular the enforcement of s. 23 rights, may thus in some cases require the introduction of novel remedies. Lastly, the remedial power in s. 24(1) cannot be strictly limited by statutes or rules of the common law. However, insofar as the statutory provisions or common law rules express principles that are relevant to determining what is "appropriate and just in the circumstances", they may be helpful to a court choosing a remedy under s. 24(1).

Here, the remedy ordered by the trial judge was appropriate and just in the circumstances. He exercised his discretion to select an effective remedy that meaningfully vindicated the s. 23 rights of the appellants in the context of serious rates of assimilation and a history of delay in the provision of French-language education. The order is a creative blending of remedies and processes already known to the courts in order to give life to the rights in s. 23. Given the critical rate of assimilation found by the trial judge, it was appropriate for him to grant a remedy that would in his view lead to prompt compliance. The remedy took into account, and did not depart unduly or unnecessarily from, the role of the courts in our constitutional democracy. The remedy vindicated the rights of the parents while leaving the detailed choices of means largely to the executive. The reporting order was judicial in the sense that it called on the functions and powers

judiciaire et s'abstenir d'usurper les fonctions des autres branches du gouvernement. Le rôle des tribunaux varie en fonction du droit en cause et du contexte de chaque affaire.

C'est le texte même du par. 24(1) qui limite la nature et la portée des réparations pouvant être accordées, et ce texte doit recevoir une interprétation qui s'accorde avec le reste de notre Constitution. Bien qu'il ne soit pas sage, à ce stade, de tenter de définir l'expression « convenable et juste », il existe néanmoins des facteurs généraux dont les juges devraient tenir compte en évaluant le caractère convenable et juste d'une réparation potentielle. La réparation convenable et juste eu égard aux circonstances d'une demande fondée sur la *Charte* est celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur et qui fait appel à des moyens légitimes dans le cadre de notre démocratie constitutionnelle. C'est une réparation judiciaire qui défend le droit en cause tout en mettant à contribution le rôle et les pouvoirs d'un tribunal. La réparation convenable et juste est également équitable pour la partie visée par l'ordonnance. Étant donné que l'art. 24 fait partie d'un régime constitutionnel de défense des droits et libertés fondamentaux consacrés dans la *Charte*, l'approche judiciaire en matière de réparation doit être souple et tenir compte des besoins en cause. Il peut donc parfois arriver que la protection utile des droits garantis par la *Charte* et, en particulier l'application de l'art. 23, commandent des réparations d'un genre nouveau. Enfin, le pouvoir que le par. 24(1) confère en matière de réparation ne peut pas être strictement limité par des dispositions législatives ou des règles de common law. Cependant, les lois ou les règles de common law peuvent aider les tribunaux à choisir les réparations à accorder sous le régime du par. 24(1) dans la mesure où elles énoncent des principes utiles pour déterminer ce qui est « convenable et juste eu égard aux circonstances ».

En l'espèce, la réparation accordée par le juge de première instance était convenable et juste eu égard aux circonstances. Le juge a exercé son pouvoir discrétionnaire de choisir une réparation efficace qui permettrait de défendre utilement les droits garantis aux appelants par l'art. 23, dans le contexte d'un taux d'assimilation élevé et du fait qu'on tarde depuis des années à offrir l'enseignement en français. L'ordonnance accordée est un mélange créatif de réparations et de procédures déjà connues des tribunaux, destiné à donner vie aux droits garantis par l'art. 23. En raison du taux élevé d'assimilation qu'il a constaté, il convenait que le juge de première instance accorde une réparation qui, selon lui, pourrait être mise à exécution promptement. En accordant la mesure réparatrice en question, le juge a tenu compte du rôle des tribunaux dans notre démocratie constitutionnelle et ne s'en est pas écarté indûment ou inutilement.

known to courts. The range of remedial orders available to courts in civil proceedings demonstrates that constitutional remedies involving some degree of ongoing supervision do not represent a radical break with the past practices of courts. Further, although the common law doctrine of *functus officio* cannot strictly pre-empt the remedial discretion in s. 24(1), an examination of the *functus* question indicates that the trial judge issued an order that is appropriately judicial. The retention of jurisdiction did not include any power to alter the disposition of the case and did nothing to undermine the provision of a stable basis for launching an appeal. Finally, in the context, the reporting order was not unfair to the government. While, in retrospect, it would certainly have been advisable for the trial judge to provide more guidance to the parties as to what they could expect from the reporting sessions, his order was not incomprehensible or impossible to follow. It was not vaguely worded so as to render it invalid.

Per Major, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. (dissenting): While superior courts' powers to craft *Charter* remedies may not be constrained by statutory or common law limits, they are nonetheless bound by rules of fundamental justice and by constitutional boundaries. Such remedies should be designed keeping in mind the canons of good legal drafting, the fundamental importance of procedural fairness, and a proper awareness of the nature of the role of courts in our democratic political regime. In the context of constitutional remedies, courts fulfill their proper function by issuing orders precise enough for the parties to know what is expected of them, and by permitting the parties to execute those orders. Such orders are final. A court purporting to retain jurisdiction to oversee the implementation of a remedy, after a final order has been issued, will likely be acting inappropriately on two levels: (1) by attempting to extend the court's jurisdiction beyond its proper role, it will breach the separation of powers principle; (2) by acting after exhausting its jurisdiction, it will breach the *functus officio* doctrine.

La réparation permettait de défendre les droits des parents tout en laissant largement au pouvoir exécutif le soin de choisir les moyens précis d'y parvenir. L'ordonnance enjoignant de rendre compte est judiciaire en ce sens qu'elle fait appel à des fonctions et à des pouvoirs connus des tribunaux. L'éventail des réparations que les tribunaux peuvent accorder en matière civile démontre que les réparations fondées sur la Constitution qui nécessitent l'exercice d'une certaine surveillance ne représentent pas une rupture radicale avec la pratique judiciaire antérieure. De plus, bien que la règle de common law du *functus officio* ne puisse, à strictement parler, court-circuiter le pouvoir discrétionnaire que le par. 24(1) confère en matière de réparation, l'examen de la question du *functus officio* indique que le juge de première instance a rendu une ordonnance judiciaire comme il se doit. La déclaration de compétence n'incluait aucun pouvoir de modifier le dispositif de l'affaire et n'empêchait pas de disposer d'une assise stable pour interjeter appel. Enfin, dans les circonstances, l'ordonnance enjoignant de rendre compte n'était pas inéquitable pour le gouvernement. L'ordonnance du juge de première instance n'était ni incompréhensible ni impossible à respecter, même si l'on constate, avec le recul, qu'il aurait sûrement été souhaitable que le juge éclaire davantage les parties sur ce qu'elles pouvaient attendre des auditions de comptes rendus. Le libellé de l'ordonnance n'était pas vague au point de la rendre invalide.

Les juges Major, Binnie, LeBel et Deschamps (dissidents) : Bien qu'il ne puisse pas être limité par une disposition législative ou une règle de common law, l'exercice par les cours supérieures de leur pouvoir d'accorder des réparations fondées sur la *Charte* doit respecter les règles de justice fondamentale et certaines limites imposées par la Constitution. L'ordonnance qui accorde ce type de réparation doit respecter les règles élémentaires de rédaction juridique et tenir compte de l'importance fondamentale de l'équité procédurale et du rôle des tribunaux dans notre régime politique démocratique. En matière de réparations fondées sur la Constitution, les tribunaux ne remplissent correctement leur fonction que s'ils rendent des ordonnances assez précises pour que les parties sachent ce qu'on attend d'elles et soient ainsi en mesure d'exécuter ces ordonnances. Ces ordonnances sont définitives. Un tribunal qui, après avoir rendu une ordonnance définitive, prétend se déclarer compétent pour surveiller la mise en œuvre de la réparation ordonnée est susceptible d'errer sur deux plans. Premièrement, en essayant d'élargir son champ de compétence au-delà du rôle qu'il doit jouer, il contrevient au principe de la séparation des pouvoirs. Deuxièmement, en continuant d'agir après avoir épuisé sa compétence, il enfreint la règle du *functus officio*.

Here, the drafting of the reporting order was anything but clear. The order gave the parties no clear notice of their obligations, the nature of the reports or even the purpose of the reporting hearings. The uncertainty engendered by the order amounted to a breach of procedural fairness. For this reason alone, the order can be found to be inappropriate under s. 24(1) and therefore void. In addition, the reporting order assumed that the judge could retain jurisdiction at will, after he had finally disposed of the matter of which he had been seized. As a general rule, courts should avoid interfering in the management of public administration. Once they have rendered judgment, they should resist the temptation to directly oversee or supervise the administration of their orders and operate under a presumption that judgments of courts will be executed with reasonable diligence and good faith. In this case, the trial judge assumed jurisdiction over a sphere traditionally outside the province of the judiciary, and also acted beyond the jurisdiction with which he was legitimately charged as a trial judge, thereby breaching the constitutional principle of separation of powers and the *functus officio* doctrine. His remedy undermined the proper role of the judiciary within our constitutional order and unnecessarily upset the balance between the three branches of government. Since no part of the Constitution can conflict with another, the trial judge's order for reporting hearings cannot be interpreted as appropriate and just under s. 24(1).

The proper development of the law of constitutional remedies requires that courts reconcile their duty to act within proper jurisdictional limits with the need to give full effect to the rights of a claimant. The intrusiveness of the trial judge's order was in no way necessary to secure the appellants' s. 23 *Charter* interests. In the present case, refusing superior courts the power to order reporting hearings clearly would not deny claimants' access to a recognized *Charter* remedy and, more importantly, to that which they are guaranteed by s. 23 — namely, the timely provision of minority language instruction facilities. If, as suggested by the appellants, the reporting hearings were an incentive for the government to comply with the best efforts order, it is difficult to see how they could have been more effective than the construction deadline coupled with the possibility of a contempt order. Moreover, at the level of constitutional principles, because this incentive is legal in nature, it would not have led to the improper politicization of the relationship between the judiciary and the executive. While a trial judge's decisions with respect to remedies are owed deference, this must be tempered when, as here, fundamental

En l'espèce, l'ordonnance enjoignant de rendre compte est loin d'être claire. Elle n'indique pas clairement aux parties la nature de leurs obligations, la nature des comptes rendus à présenter ni même l'objet des auditions de comptes rendus. L'incertitude créée par l'ordonnance constituait une atteinte à l'équité procédurale. Il est possible, pour cette seule raison, de considérer que l'ordonnance n'est pas convenable au sens du par. 24(1) et qu'elle est donc nulle et sans effet. En outre, elle tient pour acquis que le juge pouvait à loisir se déclarer compétent pour agir, après avoir tranché définitivement l'affaire dont il était saisi. En général, les tribunaux judiciaires doivent éviter de s'immiscer dans la gestion de l'administration publique. Les tribunaux qui ont rendu jugement doivent résister à la tentation de superviser ou surveiller directement l'exécution de leurs ordonnances et présumer que leurs jugements seront exécutés avec diligence raisonnable et de bonne foi. Dans la présente affaire, le juge de première instance s'est déclaré compétent dans un domaine qui, traditionnellement, ne relève pas des tribunaux et a aussi outrepassé la compétence légitime dont il est investi en tant que juge de première instance, violant par le fait même le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs et la règle du *functus officio*. La réparation qu'il a accordée mine le rôle que les tribunaux doivent jouer dans notre ordre constitutionnel et perturbe inutilement l'équilibre entre les trois branches du gouvernement. Puisqu'il ne peut y avoir incompatibilité entre les différents principes constitutionnels, l'ordonnance dans laquelle le juge de première instance enjoint de rendre compte ne peut pas être qualifiée de convenable et juste au sens du par. 24(1).

L'évolution harmonieuse du droit en matière de réparation fondée sur la Constitution exige que les tribunaux concilient leur obligation d'agir conformément à leur compétence juridictionnelle avec la nécessité d'assurer complètement le respect des droits du demandeur. Le juge de première instance n'avait pas à rendre une telle ordonnance attentatoire pour faire respecter les droits garantis aux appelants par l'art. 23 de la *Charte*. En l'espèce, le refus de reconnaître aux cours supérieures le pouvoir d'ordonner la tenue d'auditions de comptes rendus n'empêcherait sûrement pas les demandeurs d'obtenir une réparation reconnue fondée sur la *Charte* ni de se prévaloir de ce que leur garantit l'art. 23, à savoir la fourniture en temps utile d'établissements d'enseignement dans la langue de la minorité. Si, comme le laissent entendre les appelants, les auditions de comptes rendus avaient pour effet d'inciter le gouvernement à se conformer à l'ordonnance l'enjoignant de faire de son mieux, on voit difficilement comment ces auditions auraient pu être plus efficaces qu'un délai de construction assorti de la possibilité d'une ordonnance pour outrage au tribunal. En outre, sur le plan des

legal principles are threatened. Proper consideration of the principles of procedural fairness and the separation of powers is required to establish the requisite legitimacy and certainty essential to an appropriate and just remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

principes constitutionnels, cette mesure incitative n'aurait pas, en raison de sa nature légale, politisé indûment les rapports entre les pouvoirs judiciaire et exécutif. Quoiqu'il soit nécessaire de faire montre de déférence à l'égard des décisions que les juges de première instance rendent en matière de réparation, l'application de cette règle doit être tempérée lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, des principes de droit fondamentaux sont menacés. Pour respecter les exigences de légitimité et de certitude auxquelles est assujettie une réparation convenable et juste au sens du par. 24(1) de la *Charte*, il faut dûment prendre en considération les principes d'équité procédurale et de la séparation des pouvoirs.

Cases Cited

By Iacobucci and Arbour JJ.

Referred to: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *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; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Marchand v. Simcoe County Board of Education* (1986), 29 D.L.R. (4th) 596; *Marchand v. Simcoe County Board of Education* (No. 2) (1987), 44 D.L.R. (4th) 171; *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney-General)* (1988), 47 D.L.R. (4th) 586; *Conseil des Écoles Séparées Catholiques Romaines de Dufferin et Peel v. Ontario (Ministre de l'Éducation et de la Formation)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 704, aff'd (1996), 30 O.R. (3d) 681; *Conseil Scolaire Fransaskois de Zenon Park v. Saskatchewan*, [1999] 3 W.W.R. 743, aff'd [1999] 12 W.W.R. 742; *Assoc. Française des Conseils Scolaires de l'Ontario v. Ontario* (1988), 66 O.R. (2d) 599; *Assn. des parents francophones de la Colombie-Britannique v. British Columbia* (1998), 167 D.L.R. (4th) 534; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House*

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Arbour

Arrêts mentionnés : *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 c. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *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; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Marchand c. Simcoe County Board of Education* (1986), 29 D.L.R. (4th) 596; *Marchand c. Simcoe County Board of Education* (No. 2) (1987), 44 D.L.R. (4th) 171; *Lavoie c. Nova Scotia (Attorney-General)* (1988), 47 D.L.R. (4th) 586; *Conseil des Écoles Séparées Catholiques Romaines de Dufferin et Peel c. Ontario (Ministre de l'Éducation et de la Formation)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 704, conf. par (1996), 30 O.R. (3d) 681; *Conseil Scolaire Fransaskois de Zenon Park c. Saskatchewan*, [1999] 3 W.W.R. 743, conf. par [1999] 12 W.W.R. 742; *Assoc. Française des Conseils Scolaires de l'Ontario c. Ontario* (1988), 66 O.R. (2d) 599; *Assn. des parents francophones de la Colombie-Britannique c. British Columbia* (1998), 167 D.L.R. (4th) 534; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Fraser c. Commission des relations*

of Assembly), [1993] 1 S.C.R. 319; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509; *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Re Manitoba Language Rights Order*, [1985] 2 S.C.R. 347; *Re Manitoba Language Rights Order*, [1990] 3 S.C.R. 1417; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1992] 1 S.C.R. 212; *British Columbia (Association des parents francophones) v. British Columbia* (1996), 139 D.L.R. (4th) 356; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Minority Language School Board No. 50* (1983), 48 N.B.R. (2d) 361; *Attorney-General v. Birmingham, Tame, and Rea District Drainage Board*, [1910] 1 Ch. 48, aff'd [1912] A.C. 788; *Kennard v. Cory Brothers and Co.*, [1922] 1 Ch. 265, aff'd [1922] 2 Ch. 1; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; *Reekie v. Messervey*, [1990] 1 S.C.R. 219.

By LeBel and Deschamps JJ. (dissenting)

Sonoco Ltd. v. Local 433 (1970), 13 D.L.R. (3d) 617; *Sporting Club du Sanctuaire Inc. v. 2320-4365 Québec Inc.*, [1989] R.D.J. 596; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, [2003] 1 S.C.R. 884, 2003 SCC 36; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88; *In re Swire* (1885), 30 Ch. D. 239; *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] S.C.R. 186; *Chandler v. Alberta Association of*

de travail dans la Fonction publique, [1985] 2 R.C.S. 455; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; *Mareva Compania Naviera S.A. c. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509; *Anton Piller KG c. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 2 R.C.S. 347; *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 1417; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212; *British Columbia (Association des parents francophones) c. British Columbia* (1996), 139 D.L.R. (4th) 356; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Minority Language School Board No. 50* (1983), 48 R.N.-B. (2^e) 361; *Attorney-General c. Birmingham, Tame, and Rea District Drainage Board*, [1910] 1 Ch. 48, conf. par [1912] A.C. 788; *Kennard c. Cory Brothers and Co.*, [1922] 1 Ch. 265, conf. par [1922] 2 Ch. 1; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Reekie c. Messervey*, [1990] 1 R.C.S. 219.

Citée par les juges LeBel et Deschamps (dissidents)

Sonoco Ltd. c. Local 433 (1970), 13 D.L.R. (3d) 617; *Sporting Club du Sanctuaire Inc. c. 2320-4365 Québec Inc.*, [1989] R.D.J. 596; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884, 2003 CSC 36; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88; *In re Swire* (1885), 30 Ch. D. 239; *Paper Machinery Ltd. c. J. O. Ross Engineering Corp.*,

Architects, [1989] 2 S.C.R. 848; *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577; *R. v. H. (E.F.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 89; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Dixon v. British Columbia (Attorney-General)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 247; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, r. 390(1).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 23, 24(1).
Civil Procedure Rules (Nova Scotia), rr. 15.07, 15.08(d), (e).
Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.
Constitution Act, 1982.
Education Act, S.N.S. 1995-96, c. 1, ss. 11-16, 88(1).
Judicature Act, R.S.N.S. 1989, c. 240, ss. 33, 34(d), 38.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 59.06(2)(c), (d).

Authors Cited

Bennett, Frank. *Bennett on Receiverships*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
 Bogart, W. A. “‘Appropriate and Just’: Section 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Question of Judicial Legitimacy” (1986), 10 *Dalhousie L.J.* 81.
 Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.
 de Smith, Stanley A., Harry Woolf and Jeffrey L. Jowell. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. and First Cum. Supp. London: Sweet & Maxwell, 1995, 1998.
 Dussault, René, and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed., vol. 4. Toronto: Carswell, 1990.
 Gillespie, Nora. “Charter Remedies: The Structural Injunction” (1989-90), 11 *Advocates’ Q.* 190.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell (updated 2002, release 1).
 Jacob, Jack I. H. *The Fabric of English Civil Justice*. London: Stevens & Sons, 1987.
 Manfredi, Christopher Philip. *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*. Toronto: M&S, 1993.

[1934] R.C.S. 186; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Grillas c. Ministre de la Main-d’Œuvre et de l’Immigration*, [1972] R.C.S. 577; *R. c. H. (E.F.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 89; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Dixon c. British Columbia (Attorney-General)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 247; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

Lois et règlements cités

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, art. 390(1).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 23, 24(1).
Civil Procedure Rules (Nova Scotia), art. 15.07, 15.08(d), e).
Education Act, S.N.S. 1995-96, ch. 1, art. 11 à 16, 88(1).
Judicature Act, R.S.N.S. 1989, ch. 240, art. 33, 34(d), 38.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.
Loi constitutionnelle de 1982.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 59.06(2)(c), d).

Doctrine citée

Bennett, Frank. *Bennett on Receiverships*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
 Bogart, W. A. « ‘Appropriate and Just’: Section 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Question of Judicial Legitimacy » (1986), 10 *Dalhousie L.J.* 81.
 Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.
 de Smith, Stanley A., Harry Woolf and Jeffrey L. Jowell. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. and First Cum. Supp. London: Sweet & Maxwell, 1995, 1998.
 Dussault, René, et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, 2^e éd., t. III. Québec: Presses de l’Université Laval, 1989.
 Gillespie, Nora. « Charter Remedies: The Structural Injunction » (1989-90), 11 *Advocates’ Q.* 190.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell (updated 2002, release 1).
 Jacob, Jack I. H. *The Fabric of English Civil Justice*. London: Stevens & Sons, 1987.
 Manfredi, Christopher Philip. *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*. Toronto: M&S, 1993.

McLachlin, Beverley M. "The Charter: A New Role for the Judiciary?" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 540.

Morton, F. L., and Rainer Knopff. *The Charter Revolution and the Court Party*. Peterborough, Ont.: Broadview Press, 2000.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Oosterhoff, A. H. *Oosterhoff on Wills and Succession*, 5th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.

Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1982.

Petter, Andrew. "The Politics of the Charter" (1986), 8 *Supreme Court L.R.* 473.

Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2001, "functus officio".

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated October 2002, release 9).

Roach, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 2002, release 10).

Walker, David M. *Oxford Companion to Law*. Oxford: Oxford University Press, 1980, "functus officio".

Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (2001), 203 D.L.R. (4th) 128, 194 N.S.R. (2d) 323, 85 C.R.R. (2d) 189, [2001] N.S.J. No. 240 (QL), 2001 NSCA 104, setting aside a decision of the Nova Scotia Supreme Court (2000), 185 N.S.R. (2d) 246, 575 A.P.R. 246, [2000] N.S.J. No. 191 (QL). Appeal allowed, Major, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.

Joel E. Fichaud, Q.C., and Melanie S. Comstock, for the appellants.

Alexander M. Cameron, for the respondent.

Bernard Laprade and Christopher Rupar, for the interveners the Attorney General of Canada.

Janet E. Minor and Vanessa Yolles, for the interveners the Attorney General of Ontario.

McLachlin, Beverley M. « The Charter : A New Role for the Judiciary? » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 540.

Morton, F. L., and Rainer Knopff. *The Charter Revolution and the Court Party*. Peterborough, Ont. : Broadview Press, 2000.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Oosterhoff, A. H. *Oosterhoff on Wills and Succession*, 5th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.

Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1982.

Petter, Andrew. « The Politics of the Charter » (1986), 8 *Supreme Court L.R.* 473.

Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2001, « functus officio ».

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated October 2002, release 9).

Roach, Kent. *The Supreme Court on Trial : Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 2002, release 10).

Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (2001), 203 D.L.R. (4th) 128, 194 N.S.R. (2d) 323, 85 C.R.R. (2d) 189, [2001] N.S.J. No. 240 (QL), 2001 NSCA 104, qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (2000), 185 N.S.R. (2d) 246, 575 A.P.R. 246, [2000] N.S.J. No. 191 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Major, Binnie, LeBel et Deschamps sont dissidents.

Joel E. Fichaud, c.r., et Melanie S. Comstock, pour les appelants.

Alexander M. Cameron, pour l'intimé.

Bernard Laprade et Christopher Rupar, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Janet E. Minor et Vanessa Yolles, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Gabriel Bourgeois, Q.C., for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Written submissions only by *Deborah Paquette*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Laura C. Snowball and *Subrata Bhattacharjee*, for the intervener the Commissioner of Official Languages for Canada.

Michel Doucet and *Christian E. Michaud*, for the intervener Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones.

Roger J. F. Lepage and *Peter T. Bergbusch*, for the intervener Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc.

Noella Martin and *Janet M. Stevenson*, for the intervener Conseil scolaire acadien provincial.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Bastarache and Arbour JJ. was delivered by

IACOBUCCI AND ARBOUR JJ. — This appeal involves the nature of remedies available under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for the realization of the minority language education rights protected by s. 23 of the *Charter*. The specific issue is whether a trial judge may, after ordering that a provincial government use its best efforts to build French-language school facilities by given dates, retain jurisdiction to hear reports on the progress of those efforts. The issue of broader and ongoing judicial involvement in the administration of public institutions is not before the Court in this case.

I. Background and Judicial History

The appellants are Francophone parents living in five school districts in Nova Scotia (Kingston/Greenwood, Chéticamp, Île Madame-Arichat (Petit-de-Grat), Argyle, and Clare) and Fédération des parents acadiens de la Nouvelle-Écosse Inc., a non-

Gabriel Bourgeois, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Argumentation écrite seulement par *Deborah Paquette*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Laura C. Snowball et *Subrata Bhattacharjee*, pour l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada.

Michel Doucet et *Christian E. Michaud*, pour l'intervenante la Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones.

Roger J. F. Lepage et *Peter T. Bergbusch*, pour l'intervenante la Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc.

Noella Martin et *Janet M. Stevenson*, pour l'intervenant le Conseil scolaire acadien provincial.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache et Arbour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET ARBOUR — Le pourvoi porte sur la nature des réparations qui, en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, peuvent être accordés afin d'assurer le respect des droits à l'instruction dans la langue de la minorité garantis par l'art. 23 de la *Charte*. Il s'agit plus précisément de savoir si, après avoir ordonné à un gouvernement provincial de faire de son mieux pour construire des écoles francophones dans des délais déterminés, le juge de première instance peut se déclarer compétent pour entendre des comptes rendus sur les efforts déployés à cet égard. La Cour n'est pas saisie de la question de la participation élargie et continue des tribunaux à l'administration d'institutions publiques.

I. Les faits et les jugements antérieurs

Les appelants sont des parents francophones provenant de cinq districts scolaires de la Nouvelle-Écosse (Kingston/Greenwood, Chéticamp, Île Madame-Arichat (Petit-de-Grat), Argyle et Clare), ainsi que la Fédération des parents acadiens de

profit organization that monitors the advancement of educational rights of the Acadian and Francophone minority in Nova Scotia. The Attorney General of Nova Scotia is the respondent, acting on behalf of the Department of Education of Nova Scotia.

3

Apart from the specific facts of the case, it is most important to note the historical context on which this dispute is centred. As we will discuss below, French-language education in Nova Scotia has not had an enviable record of success. While the situation improved over the rather dismal record of the previous centuries, the twentieth century left much to be achieved. Section 23 of the *Charter* has been the hope of the French-speaking minority of Nova Scotia to redress the linguistic failings and inequality of history.

4

It is conceded in this appeal that s. 23 of the *Charter* entitles the appellant parents to publicly funded French-language educational facilities for their children. For some time, Francophone parents in these five school districts of Nova Scotia had been urging their provincial government to provide homogeneous French-language schools at the secondary level in addition to the existing primary level facilities. The government of Nova Scotia, for its part, agreed: it did not dispute that the number of students warranted the facilities demanded. The government amended the *Education Act*, S.N.S. 1995-96, c. 1, ss. 11-16, in 1996 to create the Conseil scolaire acadien provincial (the “Conseil”), a province-wide French-language school board, with a view to realizing the *Charter*’s minority language education rights. However, while s. 11(1) empowered the Conseil to deliver and administer all French-language programs, only the Minister, with the approval of the Governor in Council, could construct, furnish and equip schools (see s. 88(1)). Although the government eventually announced the construction of the new French-language school facilities, construction of the promised schools never began. So in 1998, 16 years after the right was entrenched in the Constitution, the appellant parents applied to the Supreme Court of Nova Scotia for an order directing the Province and the Conseil to provide, out of public funds, homogeneous

la Nouvelle-Écosse Inc., un organisme sans but lucratif voué à la défense des droits à l’instruction que possède la minorité acadienne et francophone de la province. L’intimé est le procureur général de la province, qui représente le ministère de l’Éducation.

Indépendamment des faits particuliers de la présente affaire, le contexte historique du litige revêt une grande importance. Comme nous le verrons plus loin, l’instruction en français en Nouvelle-Écosse n’a pas connu un succès enviable. Bien que la situation, lamentable aux siècles précédents, se soit améliorée, il restait encore beaucoup à accomplir au XX^e siècle. La minorité francophone de la province espérait que l’art. 23 de la *Charte* permettrait de corriger les lacunes et les inégalités historiques en matière de langue.

On reconnaît, en l’espèce, que l’art. 23 de la *Charte* donne aux parents appelants le droit de faire instruire leurs enfants dans des établissements d’enseignement francophones financés sur les fonds publics. Depuis un certain temps, les parents francophones de ces cinq districts scolaires réclamaient au gouvernement provincial des écoles secondaires francophones homogènes en plus des écoles primaires existantes. Le gouvernement a acquiescé à leurs demandes : il n’a pas contesté que le nombre d’élèves justifiait ce service. Afin de respecter les droits à l’instruction dans la langue de la minorité garantis par la *Charte*, il a modifié les art. 11 à 16 de l’*Education Act*, S.N.S. 1995-96, ch. 1, de manière à instituer le Conseil scolaire acadien provincial (le « Conseil »), conseil scolaire francophone ayant compétence dans toute la province. Toutefois, même si le par. 11(1) habilite le Conseil à fournir et à administrer tous les programmes de langue française, seul le ministre peut, avec l’agrément du gouverneur en conseil, construire et aménager des écoles (voir le par. 88(1)). Malgré l’annonce faite en ce sens par le gouvernement, la mise en chantier des nouvelles écoles francophones promises n’a jamais eu lieu. C’est pourquoi, en 1998, soit 16 ans après la constitutionnalisation de ces droits, les parents appelants ont demandé à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse de délivrer une ordonnance enjoignant à la province et au Conseil de fournir,

French-language facilities and programs at the secondary school level.

The application was heard before LeBlanc J. in October 1999. LeBlanc J. declared that the applicants were entitled parents under s. 23 of the *Charter* and that the number of students warranted the provision of French homogeneous secondary school facilities in Chéticamp, Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), Argyle, and Clare: (2000), 185 N.S.R. (2d) 246. He noted, however, that the real issue was not the existence and content of the applicants' s. 23 rights, but the date on which the programs and facilities would finally be made available.

LeBlanc J. found that the respondents had not given sufficient attention to the serious rate of assimilation among Acadians and Francophones in Nova Scotia. The Province treated s. 23 rights as if they were but one more demand for educational programs and facilities, and failed to accord them due priority as constitutional rights. Meanwhile, assimilation continued. LeBlanc J. stated that "[i]t is beyond any doubt that it is time that homogeneous programs and facilities be provided to s. 23 students" (para. 206).

LeBlanc J. considered the state of school programs and facilities, including the progress that had already been made toward complying with s. 23 of the *Charter*, in each of the five school districts at issue. He directed the Province, which, through the Department of Education, is responsible for providing school facilities, and the Conseil, which is responsible for program provision, to build schools and provide programs by more and less specific deadlines. LeBlanc J. required that the respondents use their "best efforts" to comply with his order. Finally, he retained jurisdiction to hear reports from the respondents on their

sur les fonds publics, des programmes et des écoles homogènes de langue française au niveau secondaire.

Après avoir entendu la demande des parents en octobre 1999, le juge LeBlanc rend un jugement déclarant que les parents jouissent des droits garantis à l'art. 23 de la *Charte* et que le nombre d'élèves justifie la fourniture d'établissements d'enseignement secondaire francophones homogènes à Chéticamp, Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), Argyle et Clare : (2000), 185 N.S.R. (2d) 246. Il indique toutefois que ce qui est véritablement en cause est non pas l'existence et le contenu des droits que l'art. 23 garantit aux appelants, mais plutôt la date à laquelle ils pourront finalement bénéficier des programmes et des écoles.

Le juge LeBlanc estime que les défendeurs n'ont pas attaché assez d'importance à l'inquiétant taux d'assimilation des Acadiens et des francophones de la Nouvelle-Écosse. Selon lui, la province a considéré que les droits garantis par l'art. 23 n'étaient rien de plus qu'une autre demande de programmes éducatifs et d'établissements d'enseignement, et elle ne leur a pas accordé la priorité qui leur est due en tant que droits conférés par la Constitution. Pendant ce temps, l'assimilation se poursuivait. Le juge LeBlanc affirme [TRADUCTION] « [qu']il ne fait pas l'ombre d'un doute qu'il est temps de fournir aux élèves visés par l'art. 23 des programmes et établissements homogènes » (par. 206).

Le juge LeBlanc examine la situation des programmes éducatifs et des établissements d'enseignement dans les cinq districts scolaires en cause, notamment les progrès accomplis en ce qui concerne le respect de l'art. 23 de la *Charte*. Il ordonne à la province — qui, par l'intermédiaire du ministère de l'Éducation, a la responsabilité de fournir les écoles — et au Conseil — à qui il incombe d'établir les programmes éducatifs — de construire des écoles et d'offrir des programmes dans des délais plus ou moins précis. Il enjoint aux défendeurs de faire [TRADUCTION] « de leur mieux » pour se conformer à son

5

6

7

compliance. The precise wording of the order was as follows:

1. In Kingston/Greenwood, the entitled parents under Section 23 have a right to a homogeneous French program from grades Primary to 12 and the entitled parents have a right to a homogeneous French facility for grades Primary to 12 by September 2000.
2. In Cheticamp, the entitled parents under Section 23 have a right to a homogeneous French secondary program in a homogeneous French facility by September 2000.
3. In Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), the Respondent CSAP shall use its best efforts to provide a homogeneous French program for grades 9 through 12 by September 2000 and the Respondent Department of Education shall use its best efforts (a) to provide a homogeneous French facility (on an interim basis) for grades 9 through 12 by September 2000 and (b) to provide a permanent homogeneous French facility by January 2001.
4. In Argyle, the Respondent CSAP shall use its best efforts to provide a homogeneous French program for grades Primary through 12 by September 2000 and the Respondent Department of Education shall provide a homogeneous French facility for grades Primary through 12 by September 2001.
5. In Clare, the Respondent CSAP shall provide a homogeneous French program for grades Primary through 12 by September 2000 and the Respondent Department of Education shall take immediate steps to provide homogeneous French facilities for grades Primary through 12 by September 2001.
6. The Respondents shall use their best efforts to comply with this Order.
7. The Court shall retain jurisdiction to hear reports from the Respondents respecting the Respondents' compliance with this Order. The Respondents shall report to this Court on March 23, 2001 at 9:30 a.m., or on such other date as the Court may determine.

ordonnance. Enfin, il se déclare compétent pour entendre les comptes rendus des défendeurs sur leur respect de l'ordonnance. Voici le texte précis de l'ordonnance :

[TRANSLATION]

1. À Kingston/Greenwood, les parents visés à l'art. 23 ont droit à un programme homogène en français pour les élèves de première à douzième année et à une école francophone homogène pour les élèves de première à douzième année, d'ici septembre 2000.
2. À Chéticamp, les parents visés à l'art. 23 ont droit à un programme secondaire homogène en français dans une école francophone homogène, d'ici septembre 2000.
3. À Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), le défendeur le Conseil scolaire acadien provincial (le « Conseil ») devra faire de son mieux pour offrir un programme homogène en français destiné aux élèves de neuvième à douzième année, d'ici septembre 2000, et le défendeur le ministère de l'Éducation devra faire de son mieux pour (a) fournir (provisoirement) une école francophone homogène destinée aux élèves de neuvième à douzième année, d'ici septembre 2000, et (b) fournir une école francophone homogène permanente, d'ici janvier 2001.
4. À Argyle, le défendeur le Conseil devra faire de son mieux pour offrir un programme homogène en français destiné aux élèves de première à douzième année, d'ici septembre 2000, et le défendeur le ministère de l'Éducation devra faire de son mieux pour fournir une école francophone homogène destinée aux élèves de première à douzième année, d'ici septembre 2001.
5. À Clare, le défendeur le Conseil doit offrir un programme homogène en français destiné aux élèves de première à douzième année, d'ici septembre 2000, et le défendeur le ministère de l'Éducation doit prendre des mesures immédiates pour fournir des écoles francophones homogènes destinées aux élèves de première à douzième année, d'ici septembre 2001.
6. Les défendeurs devront faire de leur mieux pour se conformer à la présente ordonnance.
7. La cour se déclare compétente pour entendre les comptes rendus des défendeurs sur leur respect de la présente ordonnance. Les défendeurs devront rendre compte à la cour, le 23 mars 2001 à 9 h 30, ou à toute autre date fixée par cette dernière.

The reference to “the Court” in the final paragraph was interpreted by LeBlanc J., and the parties, as a reference to himself sitting as a judge of the provincial supreme court, rather than to the Supreme Court of Nova Scotia generally, which, as a court of first instance, would be competent to hear applications relating to any failure by the respondents to comply with LeBlanc J.’s order and would require no express retention of jurisdiction. LeBlanc J. presided over several of these “reporting hearings” between July 27, 2000, and March 23, 2001. Prior to each reporting session the trial judge directed the Province to file an affidavit from the appropriate official at the Department of Education, setting out the Department’s progress in complying with the trial judge’s decision. The trial judge permitted the respondent and Conseil to adduce evidence, including rebuttal evidence on various matters relating to compliance with the best efforts order. The Attorney General of Nova Scotia, on behalf of the Department of Education, appealed the part of the order in which LeBlanc J. retained his jurisdiction to hear reports.

The majority at the Nova Scotia Court of Appeal allowed the appeal before the final scheduled reporting hearing took place ((2001), 194 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSCA 104). Flinn J.A., writing for the majority, emphasized that the declaration of the parents’ rights and the order to provide programs and facilities were not in issue in the appeal (para. 6). Only the trial judge’s retention of jurisdiction to hear reports was challenged. Flinn J.A. held that the trial judge, having decided the issue between the parties, had no further jurisdiction to remain seized of the case. This opinion was based on the common law principle of *functus officio* and Flinn J.A.’s view that the *Judicature Act*, R.S.N.S. 1989, c. 240, not only fails explicitly to authorize the retention of jurisdiction by a trial court after it has decided the issues before it and provided a remedy, but also precludes a trial judge from retaining jurisdiction to determine whether there is compliance with the order. He cited this

Les parties partagent l’avis du juge LeBlanc selon lequel le terme « cour » utilisé au dernier paragraphe le désigne lui-même en sa qualité de juge de la Cour suprême de la province, et ne désigne pas la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse en général qui, en tant que tribunal de première instance, aurait compétence pour entendre les demandes relatives à toute omission de la part des défendeurs de se conformer à l’ordonnance du juge LeBlanc, sans qu’elle ait à se déclarer expressément compétente à cet égard. Le juge LeBlanc préside plusieurs de ces « auditions de comptes rendus » entre le 27 juillet 2000 et le 23 mars 2001. Avant chacune de ces auditions, il exige le dépôt par la province d’un affidavit dans lequel le fonctionnaire compétent du ministère de l’Éducation expose les progrès réalisés en matière de respect de la décision du tribunal. Le juge permet à l’intimé et au Conseil de présenter des éléments de preuve et de contre-preuve sur diverses questions concernant le respect de l’ordonnance « de faire de son mieux ». Au nom du ministère de l’Éducation, le procureur général de la Nouvelle-Écosse interjette appel contre la partie de l’ordonnance dans laquelle le juge LeBlanc se déclare compétent pour entendre des comptes rendus.

Dans un arrêt majoritaire, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse accueille l’appel avant la dernière audience prévue pour la présentation de comptes rendus ((2001), 194 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSCA 104). Le juge Flinn souligne, au nom des juges majoritaires, que l’appel ne porte ni sur le jugement déclaratoire concernant les droits des parents ni sur l’ordonnance enjoignant de fournir des programmes et des établissements (par. 6). Il porte uniquement sur la déclaration par le juge de première instance qu’il a compétence pour entendre des comptes rendus. Le juge Flinn statue que le juge de première instance ne peut pas rester saisi de l’affaire après avoir tranché la question en litige entre les parties. Cette opinion du juge Flinn repose sur la règle de common law du *functus officio* et sur l’interprétation qu’il donne de la *Judicature Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 240, selon laquelle non seulement cette loi n’autorise pas expressément le tribunal de première instance

Court's decision in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 952-53, for the principle that it is for Parliament, and not judges, to fix the jurisdiction of courts and that the *Charter* was intended to fit in, rather than to alter, the existing scheme of Canadian legal procedure. After reviewing the language rights jurisprudence, Flinn J.A. concluded that there was no authority or precedent supporting the trial judge's decision to order and conduct the reporting sessions. He concluded that, while it is true that courts have broad ranging powers under s. 24(1) to fashion remedies, and are encouraged to be creative in so doing, the *Charter* does not extend a court's jurisdiction to permit it to enforce its remedies. Finally, Flinn J.A. expressed a reluctance to open the door to American jurisprudence on the enforcement of mandatory injunctions and a fear that post-trial intervention by trial judges in the enforcement of remedies would undermine the tradition of co-operation between the judiciary and the other branches of government.

à se déclarer compétent après avoir tranché les questions dont il est saisi et avoir accordé une réparation, mais encore elle empêche le juge de première instance de se déclarer compétent pour déterminer si l'ordonnance rendue a été respectée. Il a cité l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 952-953, à l'appui du principe voulant qu'il appartienne au législateur, et non aux juges, de définir la compétence des tribunaux, et qu'on ait voulu que la *Charte* s'inscrive dans le régime procédural canadien et non qu'elle le modifie. Après avoir passé en revue la jurisprudence relative aux droits linguistiques, le juge Flinn conclut que ni la doctrine ni la jurisprudence n'étaient la décision du juge de première instance d'ordonner et de tenir des auditions de comptes rendus. Il a conclu que, même s'il est vrai que les tribunaux disposent, en vertu du par. 24(1), d'un vaste éventail de pouvoirs en matière de réparations et qu'ils sont encouragés à se montrer créatifs à cet égard, la *Charte* n'élargit pas leur compétence de manière à leur permettre de mettre à exécution les réparations qu'ils accordent. Enfin, le juge Flinn se montre hésitant à ouvrir la porte à la jurisprudence américaine sur l'exécution des injonctions, disant craindre que l'intervention du juge de première instance dans l'exécution d'une réparation, après le procès, porte atteinte à la tradition de coopération entre le pouvoir judiciaire et les autres branches du gouvernement.

10

Freeman J.A. dissented. In his view, LeBlanc J.'s order was not final and the judge was not *functus officio* until the continuing supervision was completed; the trial judge was able to keep his decision from being final simply by declaring that he was doing so. Freeman J.A. referred to the order as a "creative blending of declaratory and injunctive relief with a means of mediation" and found it to be "of the very essence of the kind of remedy courts are encouraged to seek pursuant to s. 24(1) to give life to *Charter* rights" (para. 70). He noted that requiring fresh applications by the parties each time the Province or the Conseil appeared not to be using its best efforts could have dragged matters out interminably, and would have left the matter to a judge with less familiarity with the issues and legal principles involved.

Dans son opinion dissidente, le juge Freeman affirme que le juge LeBlanc n'a pas rendu une ordonnance définitive et que sa compétence n'a donc pris fin qu'une fois la surveillance terminée; pour empêcher que sa décision soit définitive, il suffisait que le juge le dise expressément. Le juge Freeman qualifie l'ordonnance de [TRADUCTION] « mélange créatif de jugement déclaratoire et d'injonction axée sur la médiation » et considère qu'elle participe de [TRADUCTION] « l'essence même des réparations que les tribunaux sont encouragés à appliquer sous le régime du par. 24(1) afin de donner vie aux droits garantis par la *Charte* » (par. 70). Selon lui, si les parties avaient été tenues de présenter de nouvelles demandes chaque fois que la province ou le Conseil semblait ne pas faire de son mieux, l'affaire aurait pu traîner indéfiniment et

Freeman J.A. concluded that the order, meant to “head off the potential for an enforcement nightmare”, “got the job done, virtually on time, with a minimum of inconvenience or unnecessary cost” (para. 84).

II. Issues

A preliminary issue raised by the respondent is whether the Court should decline to hear this appeal because it is moot.

The main issue in the appeal is simply this: having found a violation of s. 23 of the *Charter* and having ordered that the Province make its best efforts to provide homogeneous French-language facilities and programs by particular dates, did the Nova Scotia Supreme Court have the authority to retain jurisdiction to hear reports from the Province on the status of those efforts as part of its remedy under s. 24(1) of the *Charter*?

Strictly speaking, only the retention of jurisdiction to hear reports, and not the “best efforts” order itself, is at issue in the present appeal. Nonetheless, the best efforts order and the retention of jurisdiction were conceived by the trial judge as two complementary parts of a whole. A full appreciation of the balance and moderation of the trial judge’s approach to crafting this remedy requires that the reports respecting the respondents’ compliance with the order be viewed and evaluated in the context of the remedy as a whole.

III. Charter Provisions

LeBlanc J.’s order was designed to remedy a breach of s. 23 of the *Charter* which provides:

23. (1) Citizens of Canada

(a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or

être soumise à un juge moins au fait du dossier et des principes juridiques en cause. Le juge Freeman conclut que l’ordonnance, destinée à [TRADUCTION] « empêcher l’exécution de tourner au cauchemar », « a donné le résultat recherché, pratiquement en temps voulu, avec un minimum d’inconvénients et de dépenses inutiles » (par. 84).

II. Les questions en litige

L’intimé s’est demandé, à titre préliminaire, si la Cour ne devrait pas refuser d’entendre le pourvoi pour le motif qu’il est devenu théorique.

En l’espèce, la question principale est simplement de savoir si, après avoir conclu à la violation de l’art. 23 de la *Charte* et après avoir ordonné à la province de faire de son mieux pour fournir des établissements et des programmes d’enseignement homogènes de langue française dans des délais déterminés, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a le pouvoir de se déclarer compétente pour entendre les comptes rendus de la province sur les efforts qu’elle a déployés pour mettre à exécution la réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*.

À proprement parler, le pourvoi ne porte que sur la déclaration de compétence pour entendre des comptes rendus et non sur l’ordonnance même « de faire de son mieux ». Toutefois, le juge de première instance considère que ces déclarations et ordonnance sont des éléments complémentaires d’un tout. Pour bien évaluer le caractère mesuré et modéré de l’approche que le juge a adoptée en accordant la réparation dont il est question en l’espèce, il faut interpréter et évaluer à la lumière de l’ensemble de cette réparation les comptes rendus concernant le respect de l’ordonnance par les intimés.

III. Les dispositions de la Charte

L’ordonnance du juge LeBlanc vise à réparer une violation de l’art. 23 de la *Charte*, lequel prévoit :

23. (1) Les citoyens canadiens :

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

11

12

13

14

(b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,

have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province

(a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and

(b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.

15 LeBlanc J. ordered the remedy challenged in this case pursuant to s. 24(1) of the *Charter* which provides:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

IV. Analysis

A. *Mootness*

16 Before considering the main issue in this case, it is necessary to consider the respondent's argument that this appeal should not be heard because it is moot.

17 The doctrine of mootness reflects the principle that courts will only hear cases that will have the effect of resolving a live controversy which will or may actually affect the rights of the parties to the

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :

a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

Le juge LeBlanc a accordé la réparation — contestée en l'espèce — conformément au par. 24(1) de la *Charte*, dont voici le texte :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

IV. Analyse

A. *Le caractère théorique*

Avant d'aborder la principale question soulevée en l'espèce, il faut examiner l'argument de l'intimé que la Cour ne devrait pas entendre ce pourvoi pour le motif qu'il est théorique.

La règle du caractère théorique procède du principe voulant que les tribunaux n'instruisent que des affaires présentant un litige actuel à résoudre, où leur décision aura ou pourra avoir des conséquences

litigation except when the courts decide, in the exercise of their discretion, that it is nevertheless in the interest of justice that the appeal be heard (see *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at p. 353). In our view, the instant appeal is moot. The parties attended several reporting hearings, presented evidence and allowed the deponents of affidavits to be cross-examined. The desired effect has been achieved: the schools at issue have been built. Restoring the validity of the trial judge's order would have no practical effect for the litigants in this case and no further reporting sessions are necessary.

Although this appeal is moot, the considerations in *Borowski*, *supra*, suggest that it should be heard. Writing for the Court, Sopinka J. outlined the following criteria for courts to consider in exercising discretion to hear a moot case (at pp. 358-63):

- (1) the presence of an adversarial context;
- (2) the concern for judicial economy; and
- (3) the need for the Court to be sensitive to its role as the adjudicative branch in our political framework.

In this case, the appropriate adversarial context persists. The litigants have continued to argue their respective sides vigorously.

As to the concern for conserving scarce judicial resources, this Court has many times noted that such an expenditure is warranted in cases that raise important issues but are evasive of review (*Borowski*, *supra*, at p. 360; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46). The present appeal raises an important question about the jurisdiction of superior courts to order what may be an effective remedy in some classes of cases. To the extent that the reporting order is

sur les droits des parties, sauf s'ils décident, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, qu'il est néanmoins dans l'intérêt de la justice d'entendre un appel (voir *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 353). Nous sommes d'avis que le présent pourvoi est devenu théorique. Les parties ont comparu à plusieurs auditions de comptes rendus, fourni des éléments de preuve et permis le contre-interrogatoire des auteurs des affidavits. L'effet recherché a été obtenu : les écoles demandées ont été construites. Le rétablissement de la validité de l'ordonnance du juge de première instance n'entraînerait en l'espèce aucun effet pratique pour les parties, et aucune autre audition de comptes rendus ne s'impose.

Les remarques dans *Borowski*, précité, nous incitent cependant à entendre le pourvoi malgré son caractère théorique. Le juge Sopinka a énuméré, au nom de la Cour, les critères régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'entendre des affaires théoriques (aux p. 358-363) :

- (1) l'existence d'un débat contradictoire;
- (2) le souci d'économie des ressources judiciaires;
- (3) la nécessité pour les tribunaux d'être conscients de leur fonction juridictionnelle dans notre structure politique.

Le nécessaire débat contradictoire existe toujours en l'espèce. Les parties ont en effet continué de défendre avec vigueur leurs points de vue respectifs.

Quant au souci d'économiser des ressources judiciaires limitées, la Cour a maintes fois signalé que les affaires soulevant des questions importantes qui risquent d'échapper à l'examen judiciaire justifient de mettre ces ressources à contribution (*Borowski*, précité, p. 360; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 c. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46). Le présent pourvoi soulève une question importante au sujet du pouvoir des cours supérieures d'ordonner des mesures susceptibles de constituer

18

19

20

effective, it will tend to evade review since parties may rapidly comply with orders before an appeal is heard.

21 Moreover, in deciding whether to hear a moot case, courts must weigh the expenditure of scarce judicial resources against “the social cost of continued uncertainty in the law” (*Borowski, supra*, at p. 361). The social cost of uncertainty as to the available *Charter* remedies is high. The *Charter* is designed to protect those who are most vulnerable to the dangers of majority rule; this aspect of the *Charter*’s purpose is evident in the provisions protecting official minority language education rights. If the Court leaves this matter undecided and courts are left under a misapprehension as to the tools available to ensure that government behaviour conforms with the *Charter*, the obvious danger is less than full protection of *Charter* rights. Thus, the expenditure of judicial resources is warranted in the present case despite the fact that the appeal may be moot. The decision of this Court will provide guidance on the important question of the nature and extent of remedies under s. 24 of the *Charter* in similar cases.

22 Finally, the Court is neither departing from its traditional role as an adjudicator nor intruding upon the legislative or executive sphere by deciding to hear this case (*Borowski, supra*, at p. 362). The question of what remedies are available under the *Charter* falls squarely within the expertise of the Court and is not susceptible to legislative or executive pronouncement. Furthermore, unlike in *Borowski, supra*, at p. 365, the appellants are not seeking an answer to an abstract question on the interpretation of the *Charter*; they are not “turn[ing] this appeal into a private reference”. The Attorney General of Nova Scotia appealed successfully against an order made against it by a superior court. Although the immediate grievances of the appellants have now been addressed, deciding in this case will assist the

une réparation efficace dans certaines catégories de cas. Dans la mesure où elles s’avèrent efficaces, les ordonnances enjoignant de rendre compte tendent à échapper à l’examen judiciaire puisque les parties peuvent s’y conformer rapidement avant l’audition de l’appel.

De plus, pour décider s’il convient d’entendre une affaire théorique, les tribunaux doivent soupeser les ressources judiciaires limitées en fonction du « coût social de l’incertitude du droit » (*Borowski, précité*, p. 361). Or, l’incertitude quant aux réparations permises par la *Charte* entraîne un coût social élevé. La *Charte* vise à protéger ceux qui sont le plus exposés aux dangers de la règle de la majorité; cet aspect des objectifs de la *Charte* ressort clairement des dispositions protégeant les droits à l’instruction dans la langue officielle parlée par la minorité. Si la Cour ne tranche pas cette question et que, de ce fait, les tribunaux ne comprennent pas bien les moyens dont ils disposent pour garantir que le comportement du gouvernement respecte la *Charte*, il est évident que la protection des droits garantis par la *Charte* risque d’être incomplète. C’est pourquoi il est justifié d’affecter des ressources judiciaires à l’examen de la présente affaire malgré la possibilité qu’elle soit devenue théorique. La décision de la Cour fournira des repères pour l’analyse de l’importante question de la nature et de l’étendue des réparations fondées sur l’art. 24 de la *Charte* qui doivent être accordées dans des affaires similaires.

Enfin, en décidant d’entendre le présent pourvoi, la Cour ne s’écarte pas de sa fonction juridictionnelle traditionnelle pas plus qu’elle n’empiète sur les fonctions législative ou exécutive (*Borowski, précité*, p. 362). La question des réparations pouvant être accordées en vertu de la *Charte* relève tout à fait du champ d’expertise de la Cour et ne peut pas faire l’objet d’une décision du législateur ou du pouvoir exécutif. En outre, contrairement à la situation dans l’affaire *Borowski*, les appelants en l’espèce ne demandent pas de répondre à une question abstraite d’interprétation de la *Charte*; ils ne « transforme[nt] [pas] le pourvoi en renvoi d’initiative privée » (*Borowski, précité*, p. 365). Le procureur général de la Nouvelle-Écosse a obtenu l’annulation en appel d’une ordonnance rendue contre lui par une cour

parties to this action, and others in similar circumstances, in their ongoing relationships.

B. *The Retention of Jurisdiction*

(1) The Importance of Context: Sections 23 and 24 of the Charter

It is well accepted that the *Charter* should be given a generous and expansive interpretation and not a narrow, technical, or legalistic one (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493). The need for a generous interpretation flows from the principle that the *Charter* ought to be interpreted purposively. While courts must be careful not to overshoot the actual purposes of the *Charter*'s guarantees, they must avoid a narrow, technical approach to *Charter* interpretation which could subvert the goal of ensuring that right holders enjoy the full benefit and protection of the *Charter*. In our view, the approach taken by our colleagues LeBel and Deschamps JJ. which appears to contemplate that special remedies might be available in some circumstances, but not in this case, severely undervalues the importance and the urgency of the language rights in the context facing LeBlanc J.

The requirement of a generous and expansive interpretive approach holds equally true for *Charter* remedies as for *Charter* rights (*R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81 ("*Dunedin*"). In *Dunedin*, McLachlin C.J., writing for the Court, explained why this is so. She stated, at para. 18:

[Section] 24(1), like all *Charter* provisions, commands a broad and purposive interpretation. This section forms a vital part of the *Charter*, and must be construed generously, in a manner that best ensures

supérieure. Même s'il est maintenant satisfait aux revendications immédiates des appelants, une décision en l'espèce contribuera à faciliter les rapports entre les parties à la présente affaire et ceux d'autres parties se trouvant dans une situation similaire.

B. *La déclaration de compétence*

(1) L'importance du contexte : les art. 23 et 24 de la Charte

Il est bien reconnu qu'il faut donner à la *Charte* une interprétation large et libérale et non étroite ou formaliste (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493). La nécessité de l'interprétation libérale découle du principe d'interprétation téléologique de la *Charte*. Bien qu'ils doivent prendre soin de ne pas outrepasser les objets véritables des garanties qu'elle accorde, les tribunaux n'en doivent pas moins éviter de donner à la *Charte* une interprétation étroite et formaliste susceptible de contrecarrer l'objectif qui est d'assurer aux titulaires de droits l'entier bénéfice et la pleine protection de la *Charte*. À notre avis, l'approche adoptée par nos collègues les juges LeBel et Deschamps, qui paraît reconnaître la possibilité d'obtenir des réparations particulières dans certaines circonstances, mais non en l'espèce, sous-estime grandement l'importance des droits linguistiques et la nécessité pressante d'en assurer le respect dans le contexte de l'affaire dont le juge LeBlanc était saisi.

L'exigence d'une interprétation large et libérale vaut autant pour les réparations fondées sur la *Charte* que pour les droits qui y sont garantis (*R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81 ("*Dunedin*"). Dans l'arrêt *Dunedin*, précité, par. 18, la juge en chef McLachlin en explique la raison, au nom de la Cour :

... comme toutes les autres dispositions de la *Charte*, le par. 24(1) commande une interprétation large et téléologique. Il constitue une partie essentielle de la *Charte* et doit être interprété de la manière la plus généreuse qui

23

24

the attainment of its objects Moreover, it is remedial, and hence benefits from the general rule of statutory interpretation that accords remedial statutes a “large and liberal” interpretation Finally, and most importantly, the language of this provision appears to confer the widest possible discretion on a court to craft remedies for violations of *Charter* rights. In *Mills*, McIntyre J. observed at p. 965 that “[i]t is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion”. This broad remedial mandate for s. 24(1) should not be frustrated by a “(n)arrow and technical” reading of the provision [Reference omitted.]

soit compatible avec la réalisation de son objet [. . .] Il s’agit en outre d’une disposition réparatrice qui, de ce fait, bénéficie de la règle générale d’interprétation législative selon laquelle les lois réparatrices reçoivent une interprétation « large et libérale » [. . .] Dernière considération et élément le plus important : le texte de cette disposition paraît accorder au tribunal le plus vaste pouvoir discrétionnaire possible aux fins d’élaboration des réparations applicables en cas de violations des droits garantis par la *Charte*. Dans l’arrêt *Mills*, précité, le juge McIntyre a fait remarquer qu’« [i]l est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu » (p. 965). Il ne faut pas que ce large mandat réparateur du par. 24(1) soit mis en échec par une interprétation « étroite et formaliste » de la disposition . . . [Renvoi omis.]

25

Purposive interpretation means that remedies provisions must be interpreted in a way that provides “a full, effective and meaningful remedy for *Charter* violations” since “a right, no matter how expansive in theory, is only as meaningful as the remedy provided for its breach” (*Dunedin, supra*, at paras. 19-20). A purposive approach to remedies in a *Charter* context gives modern vitality to the ancient maxim *ubi jus, ibi remedium*: where there is a right, there must be a remedy. More specifically, a purposive approach to remedies requires at least two things. First, the purpose of the right being protected must be promoted: courts must craft responsive remedies. Second, the purpose of the remedies provision must be promoted: courts must craft effective remedies.

Selon le principe de l’interprétation téléologique, les dispositions réparatrices doivent être interprétées de manière à assurer « une réparation complète, efficace et utile à l’égard des violations de la *Charte* », « puisqu’un droit, aussi étendu soit-il en théorie, est aussi efficace que la réparation prévue en cas de violation, sans plus » (*Dunedin*, précité, par. 19-20). L’interprétation téléologique des réparations dans le contexte de la *Charte* actualise l’ancienne maxime *ubi jus, ibi remedium*, là où il y a un droit, il y a un recours. Plus particulièrement, cette interprétation comporte au moins deux exigences, à savoir, premièrement, favoriser la réalisation de l’objet du droit garanti (les tribunaux sont tenus d’accorder des réparations adaptées à la situation), et deuxièmement, favoriser la réalisation de l’objet des dispositions réparatrices (les tribunaux sont tenus d’accorder des réparations efficaces).

26

The purpose of s. 23 of the *Charter* is “to preserve and promote the two official languages of Canada, and their respective cultures, by ensuring that each language flourishes, as far as possible, in provinces where it is not spoken by the majority of the population” (*Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at p. 362). Minority language education rights are the means by which the goals of linguistic and cultural preservation are achieved (see *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839, at p. 849-50 (“*Schools Reference*”). This Court has, on a number of occasions, observed the close link between

L’article 23 de la *Charte* a pour objet de « maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu’elles représentent et [de] favoriser l’épanouissement de chacune de ces langues, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n’est pas parlée par la majorité » (*Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 362). Les droits à l’instruction dans la langue de la minorité permettent d’atteindre les objectifs de préservation de la langue et de la culture (voir *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, p. 849-850 (« *Renvoi sur les écoles* »)). La Cour a affirmé, à maintes

language and culture. In *Mahe*, at p. 362, Dickson C.J. stated:

... any broad guarantee of language rights, especially in the context of education, cannot be separated from a concern for the culture associated with the language. Language is more than a mere means of communication, it is part and parcel of the identity and culture of the people speaking it. It is the means by which individuals understand themselves and the world around them.

A further aspect of s. 23 of the *Charter* is its remedial nature (see, for example, *Mahe*, *supra*, at p. 363; *Schools Reference*, *supra*, at p. 850; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1, at para. 26). The section is designed to correct past injustices not only by halting the progressive erosion of minority official language cultures across Canada, but also by actively promoting their flourishing (*Mahe*, *supra*, at p. 363; *Schools Reference*, *supra*, at p. 850). Section 23 must therefore be construed “in recognition of previous injustices that have gone unredressed and which have required the entrenchment of protection of minority language rights” (*Schools Reference*, at p. 850; see also *Arsenault-Cameron*, *supra*, at para. 27). This Court has made it clear that the fact that language rights arose from political compromise does not alter their nature and importance; consequently, s. 23 must be given the same large and liberal interpretation as all *Charter* rights (*R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 25; *Arsenault-Cameron*, *supra*, at para. 27).

The minority language education rights protected under s. 23 of the *Charter* are unique. They are distinctively Canadian, representing “a linchpin in this nation’s commitment to the values of bilingualism and biculturalism” (*Mahe*, *supra*, at p. 350). Section 23 places positive obligations on governments to mobilize resources and enact legislation for the development of major institutional structures (*Mahe*, at p. 389). While the rights are granted to individuals (*Schools Reference*, at p. 865), they apply only if the “numbers warrant”, and the specific programs or facilities that the government is

reprises, qu’il existait un lien étroit entre la langue et la culture. Dans l’arrêt *Mahe*, précité, p. 362, le juge en chef Dickson écrit :

... toute garantie générale de droits linguistiques, surtout dans le domaine de l’éducation, est indissociable d’une préoccupation à l’égard de la culture véhiculée par la langue en question. Une langue est plus qu’un simple moyen de communication; elle fait partie intégrante de l’identité et de la culture du peuple qui la parle. C’est le moyen par lequel les individus se comprennent eux-mêmes et comprennent le milieu dans lequel ils vivent.

L’article 23 de la *Charte* a également un caractère réparateur (voir, par exemple, *Mahe*, précité, p. 363; *Renvoi sur les écoles*, précité, p. 850; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1, par. 26). Il vise à réparer des injustices passées non seulement en mettant fin à l’érosion progressive des cultures des minorités de langue officielle au pays, mais aussi en favorisant activement leur épanouissement (*Mahe*, précité, p. 363; *Renvoi sur les écoles*, précité, p. 850). C’est pourquoi il faut l’interpréter « compte tenu des injustices passées qui n’ont pas été redressées et qui ont nécessité l’enchâssement de la protection des droits linguistiques de la minorité » (*Renvoi sur les écoles*, p. 850-851; voir aussi *Arsenault-Cameron*, précité, par. 27). La Cour a mentionné clairement que le fait que les droits linguistiques découlent d’un compromis politique n’a aucune incidence sur leur nature ou leur importance; l’art. 23 doit donc recevoir la même interprétation large et libérale que les autres droits garantis par la *Charte* (*R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 25; *Arsenault-Cameron*, précité, par. 27).

Les droits à l’instruction dans la langue de la minorité, que garantit l’art. 23, ont un caractère unique. Ils sont typiquement canadiens en ce qu’ils constituent « la clef de voûte de l’engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme » (*Mahe*, précité, p. 350). L’article 23 impose aux gouvernements l’obligation absolue de mobiliser des ressources et d’édicter des lois pour l’établissement de structures institutionnelles capitales (*Mahe*, p. 389). Bien que les droits soient conférés aux individus (*Renvoi sur les écoles*, p. 865), ils ne peuvent être exercés que si « le nombre le justifie », et la

27

28

required to provide varies depending on the number of students who can potentially be expected to participate (*Mahe, supra*, at p. 366; *Schools Reference, supra*, at p. 850; *Arsenault-Cameron, supra*, at para. 38). This requirement gives the exercise of minority language education rights a unique collective aspect even though the rights are granted to individuals.

nature de l'obligation des gouvernements de fournir des établissements et des programmes varie en fonction du nombre d'élèves susceptibles de se prévaloir des services (*Mahe, précité*, p. 366; *Renvoi sur les écoles, précité*, p. 850; *Arsenault-Cameron, précité*, par. 38). Cette exigence donne à l'exercice de ces droits individuels une dimension collective particulière.

29

Another distinctive feature of the right in s. 23 is that the “numbers warrant” requirement leaves minority language education rights particularly vulnerable to government delay or inaction. For every school year that governments do not meet their obligations under s. 23, there is an increased likelihood of assimilation which carries the risk that numbers might cease to “warrant”. Thus, particular entitlements afforded under s. 23 can be suspended, for so long as the numbers cease to warrant, by the very cultural erosion against which s. 23 was designed to guard. In practical, though not legal, terms, such suspensions may well be permanent. If delay is tolerated, governments could potentially avoid the duties imposed upon them by s. 23 through their own failure to implement the rights vigilantly. The affirmative promise contained in s. 23 of the *Charter* and the critical need for timely compliance will sometimes require courts to order affirmative remedies to guarantee that language rights are meaningfully, and therefore necessarily promptly, protected (see, for example, *Marchand v. Simcoe County Board of Education* (1986), 29 D.L.R. (4th) 596 (Ont. H.C.); *Marchand v. Simcoe County Board of Education (No. 2)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 171 (Ont. H.C.); *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney-General)* (1988), 47 D.L.R. (4th) 586 (N.S.S.C.T.D.); *Conseil des Écoles Séparées Catholiques Romaines de Dufferin et Peel v. Ontario (Ministre de l'Éducation et de la Formation)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 704 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), aff'd (1996), 30 O.R. (3d) 681 (C.A.); *Conseil Scolaire Fransaskois de Zenon Park v. Saskatchewan*, [1999] 3 W.W.R. 743 (Sask. Q.B.), aff'd [1999] 12 W.W.R. 742 (Sask. C.A.); *Assoc. Française des Conseils Scolaires de l'Ontario v. Ontario* (1988), 66 O.R. (2d) 599 (C.A.); *Assn. des parents francophones de*

Les droits garantis par l'art. 23 présentent une autre caractéristique : en raison de l'exigence du « nombre justificatif », ils sont particulièrement vulnérables à l'inaction ou aux attermolements des gouvernements. Le risque d'assimilation et, par conséquent, le risque que le nombre cesse de « justifier » la prestation des services augmentent avec les années scolaires qui s'écoulent sans que les gouvernements exécutent les obligations que leur impose l'art. 23. Ainsi, l'érosion culturelle que l'art. 23 visait justement à enrayer peut provoquer la suspension des services fournis en application de cette disposition tant que le nombre cessera de justifier la prestation de ces services. De telles suspensions peuvent fort bien devenir permanentes en pratique, mais non du point de vue juridique. Si les attermolements sont tolérés, l'omission des gouvernements d'appliquer avec vigilance les droits garantis par l'art. 23 leur permettra éventuellement de se soustraire aux obligations que leur impose cet article. La promesse concrète contenue à l'art. 23 de la *Charte* et la nécessité cruciale qu'elle soit tenue à temps obligent parfois les tribunaux à ordonner des mesures réparatrices concrètes destinées à garantir aux droits linguistiques une protection réelle et donc nécessairement diligente (voir, par exemple, *Marchand c. Simcoe County Board of Education* (1986), 29 D.L.R. (4th) 596 (H.C. Ont.); *Marchand c. Simcoe County Board of Education (No. 2)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 171 (H.C. Ont.); *Lavoie c. Nova Scotia (Attorney-General)* (1988), 47 D.L.R. (4th) 586 (C.S.N.-É. 1^{re} inst.); *Conseil des Écoles Séparées Catholiques Romaines de Dufferin et Peel c. Ontario (Ministre de l'Éducation et de la Formation)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 704 (C. Ont. (Div. gén.)), conf. par (1996), 30 O.R. (3d) 681 (C.A.); *Conseil Scolaire Fransaskois de Zenon Park c. Saskatchewan*, [1999] 3 W.W.R. 743 (B.R. Sask.), conf. par [1999] 12 W.W.R. 742 (C.A. Sask.); *Assoc.*

la Colombie-Britannique v. British Columbia (1998), 167 D.L.R. (4th) 534 (B.C.S.C.)).

To put the matter of judicial remedies in greater context, it is useful to reflect briefly on the role of courts in the enforcement of our laws.

Canada has evolved into a country that is noted and admired for its adherence to the rule of law as a major feature of its democracy. But the rule of law can be shallow without proper mechanisms for its enforcement. In this respect, courts play an essential role since they are the central institutions to deal with legal disputes through the rendering of judgments and decisions. But courts have no physical or economic means to enforce their judgments. Ultimately, courts depend on both the executive and the citizenry to recognize and abide by their judgments.

Fortunately, Canada has had a remarkable history of compliance with court decisions by private parties and by all institutions of government. That history of compliance has become a fundamentally cherished value of our constitutional democracy; we must never take it for granted but always be careful to respect and protect its importance, otherwise the seeds of tyranny can take root.

This tradition of compliance takes on a particular significance in the constitutional law context, where courts must ensure that government behaviour conforms with constitutional norms but in doing so must also be sensitive to the separation of function among the legislative, judicial and executive branches. While our Constitution does not expressly provide for the separation of powers (see *Re Residential Tenancies Act*, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 728; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at p. 601; *Reference re Secession of Quebec*, [1998]

Française des Conseils Scolaires de l'Ontario c. Ontario (1988), 66 O.R. (2d) 599 (C.A.); *Assn. des parents francophones de la Colombie-Britannique c. British Columbia* (1998), 167 D.L.R. (4th) 534 (C.S.C.-B.)).

Afin de situer la question des réparations judiciaires dans un contexte plus général, il est utile d'examiner brièvement le rôle que les tribunaux jouent en matière d'application des lois.

Le Canada s'est gagné reconnaissance et admiration en faisant de la primauté du droit une caractéristique majeure de sa démocratie. Toutefois, la primauté du droit non assortie des mécanismes propres à en assurer le respect risque de demeurer un principe superficiel. Les tribunaux jouent un rôle essentiel à cet égard puisque c'est à eux, en tant qu'institutions centrales, qu'il revient de résoudre les différends juridiques en rendant des jugements et des décisions. Cependant, ils ne disposent pas des ressources matérielles ou financières requises pour assurer l'exécution de leurs jugements. En fin de compte, ils s'en remettent à l'exécutif et aux citoyens pour ce qui est de reconnaître et de respecter leurs jugements.

Heureusement, au Canada, il existe une tradition de respect remarquable des décisions judiciaires de la part des parties privées et des institutions gouvernementales. Cette tradition s'est transformée en une précieuse valeur fondamentale de notre démocratie constitutionnelle. Il faut se garder de la tenir pour acquise, et toujours prendre soin d'en honorer et d'en protéger l'importance, afin d'éviter que les germes de la tyrannie s'enracinent.

Cette tradition de respect prend une dimension particulière dans le contexte du droit constitutionnel, où les tribunaux doivent veiller à ce que l'action du gouvernement soit conforme aux normes constitutionnelles tout en ne perdant pas de vue la séparation des fonctions entre les pouvoirs législatif, judiciaire et exécutif. Bien que la Constitution ne prévoie pas expressément la séparation des pouvoirs (voir *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, p. 728; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, p. 601; *Renvoi relatif à la sécession du*

30

31

32

33

2 S.C.R. 217, at para. 15), the functional separation among the executive, legislative and judicial branches of governance has frequently been noted. (See, for example, *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 469-70.) In *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, McLachlin J. (as she then was) stated, at p. 389:

Our democratic government consists of several branches: the Crown, as represented by the Governor General and the provincial counterparts of that office; the legislative body; the executive; and the courts. It is fundamental to the working of government as a whole that all these parts play their proper role. It is equally fundamental that no one of them overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other.

34

In other words, in the context of constitutional remedies, courts must be sensitive to their role as judicial arbiters and not fashion remedies which usurp the role of the other branches of governance by taking on tasks to which other persons or bodies are better suited. Concern for the limits of the judicial role is interwoven throughout the law. The development of the doctrines of justiciability, and to a great extent mootness, standing, and ripeness resulted from concerns about the courts overstepping the bounds of the judicial function and their role *vis-à-vis* other branches of government.

35

In addition, it is unsurprising, given how the *Charter* changed the nature of our constitutional structure by requiring that all laws and government action conform to the *Charter*, that concerns about the limits of the judicial role have animated much of the *Charter* jurisprudence and commentary surrounding it (see, for example, K. Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue* (2001); C. P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism* (1993); F. L. Morton and R. Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party* (2000); A. Petter, "The Politics of

Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 15), les tribunaux ont fréquemment signalé l'existence d'une séparation fonctionnelle entre les branches exécutive, législative et judiciaire de l'État. (Voir, par exemple, *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 469-470.) Dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) affirme à la p. 389 :

Notre gouvernement démocratique comporte plusieurs branches : la Couronne représentée par le gouverneur général et ses homologues provinciaux, l'organisme législatif, l'exécutif et les tribunaux. Pour assurer le fonctionnement de l'ensemble du gouvernement, il est essentiel que toutes ces composantes jouent le rôle qui leur est propre. Il est également essentiel qu'aucune de ces branches n'outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre.

Autrement dit, lorsqu'ils accordent des réparations constitutionnelles, les tribunaux doivent être conscients de leur rôle d'arbitre judiciaire et s'abstenir d'usurper les fonctions des autres branches du gouvernement en s'arrogeant des tâches pour lesquelles d'autres personnes ou organismes sont mieux qualifiés. Le souci des limites du rôle judiciaire est omniprésent en droit. L'établissement de la règle de la justiciabilité et, dans une large mesure, de celles du caractère théorique, de la qualité pour agir et de la question mûre pour décision découle de la crainte que les tribunaux outrepassent leur fonction judiciaire et empiètent sur le rôle des autres branches du gouvernement.

En outre, compte tenu des changements que la *Charte* a apportés à la nature de notre structure constitutionnelle en exigeant la conformité de toute loi et de toute action gouvernementale à ses dispositions, il n'est pas étonnant que la jurisprudence relative à la *Charte* et les commentaires des auteurs à son sujet aient fait tant de cas de la question des limites du rôle judiciaire (voir, par exemple, K. Roach, *The Supreme Court on Trial : Judicial Activism or Democratic Dialogue* (2001); C. P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter : Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism* (1993); F. L. Morton et R. Knopff, *The Charter Revolution and*

the Charter” (1986), 8 *Supreme Court L.R.* 473). Thus, in *Vriend*, *supra*, this Court stated, at para. 136:

In carrying out their duties, courts are not to second-guess legislatures and the executives; they are not to make value judgments on what they regard as the proper policy choice; this is for the other branches. Rather, the courts are to uphold the Constitution and have been expressly invited to perform that role by the Constitution itself. But respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the other branches respect each others’ role and the role of the courts.

Deference ends, however, where the constitutional rights that the courts are charged with protecting begin. As McLachlin J. stated in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 136:

Parliament has its role: to choose the appropriate response to social problems within the limiting framework of the Constitution. But the courts also have a role: to determine, objectively and impartially, whether Parliament’s choice falls within the limiting framework of the Constitution. The courts are no more permitted to abdicate their responsibility than is Parliament.

Determining the boundaries of the courts’ proper role, however, cannot be reduced to a simple test or formula; it will vary according to the right at issue and the context of each case.

Returning to this appeal, we believe that LeBlanc J. was duly guided by historical and contextual factors in crafting a remedy that would meaningfully protect, indeed implement, the applicants’ rights to minority official language education for their children while maintaining appropriate respect for the proper roles of the executive and legislative branches.

As indicated earlier, the history of French-language education in Nova Scotia has been disappointing, resulting in high rates of assimilation

the Court Party (2000); A. Petter, « The Politics of the Charter » (1986), 8 *Supreme Court L.R.* 473). Ainsi, la Cour a statué dans *Vriend*, précité, par. 136 :

Les tribunaux n’ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu’ils considèrent comme les politiques à adopter; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c’est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l’exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux.

Cependant, la déférence s’arrête là où commencent les droits constitutionnels que les tribunaux sont chargés de protéger. Comme le déclare la juge McLachlin dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 136 :

Le Parlement a son rôle : choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle : déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s’inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n’ont pas plus le droit que le Parlement d’abdiquer leur responsabilité.

La délimitation du rôle que les tribunaux ont à jouer ne saurait toutefois se réduire à un simple critère ou une simple formule; leur rôle varie en fonction du droit en cause et du contexte de chaque affaire.

En ce qui concerne le présent pourvoi, nous croyons que le juge LeBlanc s’est à bon droit appuyé sur des facteurs historiques et contextuels pour concevoir une réparation qui protégerait utilement et, en fait, mettrait en application les droits des appelants de faire instruire leurs enfants dans la langue officielle parlée par la minorité, tout en respectant comme il se doit les rôles respectifs de l’exécutif et du législatif.

Là encore, l’histoire de l’instruction en français en Nouvelle-Écosse est décevante; on a abouti à un taux d’assimilation élevé qui se poursuivait toujours

36

37

38

that have continued well into the period when this litigation began. While the situation is not what it was in the eighteenth and nineteenth centuries when French-language education in Acadia was for the most part either expressly prohibited or unavailable, the promise of s. 23 had yet to be fulfilled in the five school districts at issue in this appeal when the appellants brought their application demanding homogeneous French-language facilities before the Supreme Court of Nova Scotia in 1998. Through the mid-1990s, s. 23 parents had pressured the government to provide homogeneous French-language facilities in presentations to Legislative Committees and in written and oral submissions to Ministers of Education. They had submitted petitions, letters, and expert analyses on assimilation to the Province. In 1996, amendments to the *Education Act* provided for a French-language school board, the Conseil scolaire acadien provincial, geared toward the fulfilment of the Province's s. 23 obligations. The school board then decided to provide the facilities at issue in this appeal. From 1997 to 1999, the provincial government announced the construction of homogeneous French-language schools in Petit-de-Grat, Clare, and Argyle. The schools were never built, and the construction projects were officially put on hold in September 1999.

au moment où a commencé le présent litige. La situation n'est certes plus ce qu'elle était aux XVIII^e et XIX^e siècles, alors que l'instruction en français en Acadie était le plus souvent inexistante ou expressément interdite, mais dans les cinq districts scolaires en cause, la promesse contenue à l'art. 23 n'était toujours pas réalisée, en 1998, au moment où les appelants ont présenté à la Cour suprême de la province une demande visant à obtenir des établissements d'enseignement francophones homogènes. Jusqu'au milieu des années 90, les parents visés par l'art. 23 avaient exercé des pressions sur le gouvernement pour qu'il fournisse des établissements francophones homogènes, en comparaissant devant des comités législatifs et en présentant des mémoires ou des observations orales au ministre de l'Éducation. Ils avaient soumis des pétitions, envoyé des lettres et présenté des analyses d'experts sur l'assimilation dans la province. En 1996, l'*Education Act* a été modifiée de manière à créer un conseil scolaire francophone, le Conseil scolaire acadien provincial, qui serait chargé de remplir les obligations imposées à la province par l'art. 23. Le Conseil a alors décidé de fournir les établissements en cause dans le présent pourvoi. De 1997 à 1999, le gouvernement provincial a annoncé la construction d'écoles francophones homogènes à Petit-de-Grat, Clare et Argyle. La mise en chantier des écoles n'a jamais eu lieu et les projets de construction ont été officiellement suspendus en septembre 1999.

39

The reason for the delay, broadly speaking, was the government's failure to give due priority to s. 23 rights in educational policy setting. Indeed, LeBlanc J. observed that the real issue between the parties by the time of trial was the date on which the programs ought to be implemented, rather than any question as to whether they were required in the first place. The government cited a lack of consensus in the community, a consequent fear that enrollment would drop, and lack of funds as reasons for its decision to place the previously announced school construction projects on hold pending cost-benefit reviews. LeBlanc J. rightly concluded that none of these reasons justified the government's failure to fulfill its obligations under s. 23. He found that the government had been treating the provision of s. 23 schools no differently from programs or facilities

De façon générale, ces attermoissements s'expliquent par le défaut du gouvernement d'accorder aux droits protégés par l'art. 23 la priorité qui leur revient en matière de politique d'enseignement. En fait, le juge LeBlanc a souligné qu'au moment de l'instruction de l'affaire la véritable question en litige entre les parties était la date de mise en œuvre des programmes plutôt que leur nécessité au départ. Pour justifier sa décision de suspendre les projets de construction déjà annoncés en attendant les conclusions d'analyses coûts-avantages, le gouvernement a mentionné l'absence de consensus dans la collectivité — d'où la crainte d'une baisse des inscriptions — et le manque de fonds. Le juge LeBlanc a eu raison de conclure qu'aucun de ces motifs ne justifiait le défaut du gouvernement de s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 23. Selon lui,

generally, without attention to purposes of s. 23 of the *Charter* and the role that homogeneous schools play in French linguistic and cultural preservation and flourishing (para. 205). Meanwhile, assimilation continued (para. 210) and enrollment in the Conseil's schools was dropping. Programs were in jeopardy (paras. 229-30).

It is in this urgent context of ongoing cultural erosion that LeBlanc J. crafted his remedy. He was sensitive to the need for timely execution, the limits of the judicial role, and the desirability of allowing the government flexibility in the manner of fulfilling its constitutional obligations when he ordered the government to make best efforts to provide facilities by particular dates and retained jurisdiction to hear progress reports. However, the urgency of the context does not by itself create jurisdiction in a superior court to issue a remedy of unlimited scope under s. 24(1) of the *Charter*. We now turn to the question of whether LeBlanc J.'s order was within the jurisdiction of a superior court.

(2) The Jurisdiction of a Superior Court to Issue a Remedy Under Section 24(1) of the *Charter*

Section 24(1) entrenches in the Constitution a remedial jurisdiction for infringements or denials of *Charter* rights and freedoms. The respondent makes various arguments suggesting that LeBlanc J. exceeded his jurisdiction by violating constitutional norms, statutory provisions, and common law rules. We will first deal with the extent of the remedial jurisdiction in s. 24(1) and the constitutional limits to that jurisdiction proposed by the respondent. Later we will discuss how statutes and common law rules might be relevant to the choice of remedy under s. 24(1).

le gouvernement avait traité les écoles requises en vertu de l'art. 23 de la *Charte* de la même manière que les autres établissements ou programmes en général, sans s'attarder à l'objet de cet article et au rôle des écoles homogènes en ce qui concerne la préservation et l'épanouissement de la langue et de la culture françaises (par. 205). Pendant ce temps, l'assimilation se poursuivait (par. 210) et les inscriptions aux écoles du Conseil chutaient. Les programmes étaient en péril (par. 229-230).

C'est dans ce contexte urgent d'érosion culturelle que le juge LeBlanc a conçu la réparation en cause. En ordonnant au gouvernement de faire de son mieux pour fournir des établissements dans des délais déterminés et en se déclarant compétent pour entendre les comptes rendus sur les efforts déployés à cet égard, le juge a tenu compte de la nécessité d'une exécution diligente, des limites du rôle des tribunaux et de l'opportunité de laisser au gouvernement une certaine latitude dans la façon de remplir les obligations que lui impose la Constitution. Toutefois l'urgence du contexte n'habilite pas en soi une cour supérieure à accorder une réparation d'une portée illimitée sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*. Nous abordons maintenant la question de savoir si l'ordonnance du juge LeBlanc ressortissait à la compétence d'une cour supérieure.

(2) La compétence des cours supérieures en matière de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*

Le paragraphe 24(1) constitutionnalise le pouvoir des tribunaux de réparer des négations ou violations de droits et libertés garantis par la *Charte*. L'intimé avance divers arguments selon lesquels le juge LeBlanc aurait outrepassé sa compétence en contrevenant à des normes constitutionnelles, à des dispositions législatives et à des règles de common law. Nous examinerons d'abord la portée de la compétence que le par. 24(1) confère en matière de réparation, ainsi que les limites auxquelles la Constitution assujettit cette compétence selon l'intimé. Nous analyserons ensuite l'utilité des textes de loi et des règles de common law dans le choix des réparations visées au par. 24(1).

42

Clearly, if there is some constitutional limit to the remedial power either in s. 24(1) or in some other part of the Constitution, the judge ordering a remedy must respect this boundary. As a basic rule, no part of the Constitution can abrogate or diminish another part of the Constitution (*New Brunswick Broadcasting*, *supra*, at p. 373, McLachlin J. citing *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148). For example, a court could not compel a provincial government to do something pursuant to s. 24(1) which would exceed the jurisdiction of the province under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*.

43

A remedy under s. 24(1) is available where there is some government action, beyond the enactment of an unconstitutional statute or provision, that infringes a person's *Charter* rights (see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 719-20). In the present appeal, the difficulty does not lie with the legislation: no provision or omission in the *Education Act* prevented the government from providing minority language education as required by the *Constitution Act, 1982*. On the contrary, the *Education Act*, as amended in 1996, establishes a French-language school board to provide homogeneous French-language education to children of s. 23 entitled parents. Neither is the problem rooted in any particular government action; rather, the problem was inaction on the part of the provincial government, particularly its failure to mobilize resources to provide school facilities in a timely fashion, as required by s. 23 of the *Charter*. Section 24(1) is available to remedy this failure.

44

To repeat its text, s. 24(1) of the *Charter* provides:

Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Il est incontestable que, si le pouvoir de réparation comporte certaines limites en vertu du par. 24(1) ou d'autres parties de la Constitution, le juge doit agir en conséquence au moment d'accorder une réparation. Selon une règle fondamentale, une partie de la Constitution ne peut être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution (*New Brunswick Broadcasting*, précité, p. 373, la juge McLachlin, citant le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148). Par exemple, un tribunal ne saurait forcer un gouvernement provincial à prendre, en vertu du par. 24(1), une mesure qui excéderait la compétence conférée à la province par l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Il peut y avoir lieu à réparation sous le régime du par. 24(1) lorsqu'une action du gouvernement, autre que l'adoption d'une loi ou d'une disposition législative inconstitutionnelle, porte atteinte aux droits que la *Charte* garantit à une personne (voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 719-720). En l'espèce, ce n'est pas la loi qui fait problème : l'*Education Act* ne comporte ni disposition ni omission empêchant le gouvernement de dispenser l'instruction dans la langue de la minorité conformément à la *Loi constitutionnelle de 1982*. Au contraire, cette loi, dans sa version modifiée de 1996, établit un conseil scolaire francophone chargé d'offrir un enseignement homogène en français aux enfants des parents visés à l'art. 23. De même, le problème découle non pas d'une action gouvernementale quelconque, mais plutôt de l'inaction du gouvernement provincial et, en particulier, de son défaut de mobiliser des ressources pour fournir sans délai des établissements d'enseignement, conformément à l'art. 23 de la *Charte*. On peut se prévaloir du par. 24(1) pour remédier à ce défaut.

Voici, encore une fois, le texte du par. 24(1) de la *Charte* :

Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

The purposive reading of s. 24(1) and also the ordinary meaning of the drafter's language make it clear that s. 24(1) guarantees that there must always be a court of competent jurisdiction to hear anyone whose rights or freedoms have been infringed or denied (see *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at p. 196, and *Mills*, *supra*, at p. 881). The default court of competent jurisdiction is a superior court established under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. It is also plainly contemplated in s. 24(1) that a court of competent jurisdiction will have the authority to grant a remedy that it considers appropriate and just in the circumstances.

The respondent Attorney General of Nova Scotia suggested that *Re Residential Tenancies Act, 1979*, *supra*, and other cases which describe the functions of courts in the context of s. 96 should be read as setting limits on superior courts' remedial power. With respect, that submission must fail. It is true that in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, at pp. 734-35, Dickson J. (as he then was) discussed the nature of the "judicial function" of s. 96 courts. But this discussion occurred in the context of a s. 96 challenge to the validity of a statute conferring jurisdiction on an administrative tribunal. Section 96 protects a "core" of superior courts' jurisdiction from being transferred exclusively to provincial inferior courts or administrative tribunals (*MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at para. 15, *per* Lamer C.J.). These cases safeguarding a core do not trace the limits of superior courts' jurisdiction. There is nothing in s. 96 to limit the inherent jurisdiction of the superior courts or the jurisdiction that can be conferred on them by statute (*Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252, at p. 274) and, *a fortiori*, nothing to limit the jurisdiction of a superior court under s. 24(1) of the *Charter*.

In a similar vein, the respondent Attorney General suggests that this Court's decisions in *Mills* and *Dunedin*, both *supra*, which set out a

L'interprétation téléologique de ce texte et le sens ordinaire des mots utilisés par son rédacteur montrent clairement qu'il garantit qu'il y aura toujours un tribunal compétent pour entendre les personnes victimes de violation ou de négation de leurs droits ou libertés (voir *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, p. 196, et *Mills*, précité, p. 881). Les tribunaux compétents sont *ipso facto* les cours supérieures établies en vertu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le paragraphe 24(1) prévoit, en outre, clairement que les tribunaux compétents peuvent accorder la réparation qu'ils estiment convenable et juste eu égard aux circonstances.

L'intimé, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, laisse entendre que le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, et d'autres décisions décrivant les fonctions judiciaires dans le contexte de l'art. 96 doivent être interprétés comme fixant des limites au pouvoir de réparation des cours supérieures. Cet argument ne peut être retenu. Certes, dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a examiné la nature de la « fonction judiciaire » des tribunaux visés à l'art. 96 (p. 734-735). Cependant, il l'a fait dans le cadre d'une contestation, fondée sur l'art. 96, de la validité d'une loi attribuant compétence à un tribunal administratif. L'article 96 empêche qu'un « élément fondamental » de la compétence des cours supérieures soit transféré exclusivement à des tribunaux de juridiction inférieure ou à des tribunaux administratifs provinciaux (*MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 15, le juge en chef Lamer). Cette jurisprudence qui préserve un élément fondamental de la compétence des cours supérieures ne fixe pas les limites de cette compétence. Rien dans l'art. 96 n'a pour effet de limiter la compétence inhérente des cours supérieures ou les pouvoirs qui peuvent leur être conférés par voie législative (*Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252, p. 274) et, encore moins, la compétence dont le par. 24(1) de la *Charte* investit les cours supérieures.

Dans la même veine, l'intimé le procureur général laisse entendre que les arrêts *Mills* et *Dunedin*, précités, de la Cour, qui établissent un système

45

46

47

framework for determining when a court or tribunal is competent to grant remedies under s. 24(1) of the *Charter*, deny the availability of the remedy ordered in this case. In our opinion, this submission rests on a mistaken view of the source of superior courts' power to grant *Charter* remedies.

permettant de déterminer quand un tribunal judiciaire ou administratif a compétence pour accorder une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, empêchent d'accorder le type de réparation en cause dans la présente affaire. À notre avis, cet argument procède d'une conception erronée de la source du pouvoir des cours supérieures d'accorder des réparations fondées sur la *Charte*.

48

In *Mills*, the Court considered whether a preliminary hearing magistrate given jurisdiction by particular provisions of the *Criminal Code* was a court of competent jurisdiction for the purposes of entering a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Charter*. The unanimous conclusion of the Court was that a magistrate sitting at preliminary hearing was not competent to provide that remedy. McIntyre J., speaking for the majority on this point, emphasized the limited function of a court sitting in preliminary inquiry, which is to commit the accused to trial where there is sufficient evidence, or discharge the accused where there is not. The role does not include entering acquittals or convictions, imposing penalties, or giving remedies. As such, remedies under s. 24(1) could not be granted by that tribunal. Subsequent cases applying *Mills*, including *Dunedin*, *supra*, *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75, and *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, considered whether administrative tribunals or judges acting under statutory authority had the power to issue particular *Charter* remedies under s. 24(1). In each case, the analysis was directed at discerning what kinds of powers the legislator intended the tribunal to exercise in light of the purposes of the *Charter* as well as the tribunal's function and the practical limits imposed by its structure. This analysis has no application to s. 96 courts which are, of course, not creatures of statute but courts of general inherent jurisdiction.

Dans l'arrêt *Mills*, la Cour s'est demandé si le magistrat habilité par des dispositions du *Code criminel* à présider une enquête préliminaire était un tribunal compétent pour ordonner la suspension de procédures au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Elle a conclu à l'unanimité que le magistrat n'avait pas cette compétence. S'exprimant au nom des juges majoritaires sur ce point, le juge McIntyre a insisté sur la fonction limitée du magistrat à l'enquête préliminaire, qui consiste à renvoyer l'accusé à procès lorsque la preuve est suffisante ou à le libérer si elle ne l'est pas. Il n'entre pas dans ses attributions de prononcer un verdict d'acquiescement ou de culpabilité, d'imposer une peine ou encore d'accorder une réparation. Cela explique pourquoi il ne peut donc accorder une réparation fondée sur le par. 24(1). Dans la jurisprudence subséquente où elle a appliqué l'arrêt *Mills*, notamment *Dunedin*, précité, *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75, et *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, la Cour s'est demandé si les tribunaux administratifs ou les juges habilités par la loi avaient le pouvoir d'accorder certaines réparations fondées sur le par. 24(1) de la *Charte*. Dans chaque cas, l'analyse avait pour but de déterminer le genre de pouvoirs que le législateur avait voulu que le tribunal en cause exerce à la lumière des objets de la *Charte*, ainsi que la fonction du tribunal et les limites pratiques imposées par sa structure. Cette analyse ne s'applique pas aux tribunaux visés par l'art. 96, qui, bien sûr, ne doivent pas leur existence à une loi et qui possèdent une compétence générale inhérente.

49

Thus, when McIntyre J. wrote in *Mills*, *supra*, at p. 953, that "the *Charter* was not intended to turn the Canadian legal system upside down", he meant that s. 24(1) did not confer new jurisdiction on statutory and inferior tribunals beyond that which

Ainsi, lorsqu'il écrit, dans l'arrêt *Mills*, précité, p. 953, que la *Charte* « n'était pas censée provoquer le bouleversement du système judiciaire canadien », le juge McIntyre veut dire que le par. 24(1) ne confère pas aux tribunaux d'origine législative et

was intended by the legislator as reflected in the tribunal's function and the practical limits imposed by its structure. The test set out in *Mills* does not apply to superior courts since, as McIntyre J. pointed out, a superior court will always be a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter* (*Mills*, *supra*, at p. 956). Superior courts retain "constant, complete and concurrent jurisdiction" to issue remedies under s. 24(1) (see *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at pp. 603-4, citing *Mills*, *supra*, at p. 892, and *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120, at pp. 1129-30).

The foregoing analysis does not preclude review on appeal of a superior court's choice of remedy under s. 24(1). Rather, it simply forecloses the argument that a given remedy under s. 24 is unavailable in a superior court because of the constitutional limitations on its jurisdiction as proposed by the respondent. The nature and extent of remedies available under s. 24(1) remain limited by the words of the section itself and must be read in harmony with the rest of our Constitution. As McIntyre J. wrote in *Mills*, *supra*, at p. 965:

What remedies are available when an application under s. 24(1) of the *Charter* succeeds? Section 24(1) again is silent on the question. It merely provides that the appellant may obtain such remedy as the court considers "appropriate and just in the circumstances". It is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion. It is impossible to reduce this wide discretion to some sort of binding formula for general application in all cases, and it is not for appellate courts to pre-empt or cut down this wide discretion.

McLachlin C.J. recently endorsed this passage in *Dunedin*, *supra*, at para. 18. Consequently, a party seeking to challenge a *Charter* remedy ordered by a s. 96 court must show that the order is not "appropriate and just in the circumstances".

aux tribunaux inférieurs une nouvelle compétence s'ajoutant à celle que le législateur a voulu leur conférer, comme en témoignent leur fonction et les limites pratiques imposées par leur structure. Le critère de l'arrêt *Mills* ne s'applique pas aux cours supérieures, puisqu'elles sont toujours des tribunaux compétents au sens du par. 24(1) de la *Charte*, comme l'a fait remarquer le juge McIntyre (*Mills*, précité, p. 956). Les cours supérieures possèdent une « compétence concurrente, permanente et complète » pour accorder des réparations fondées sur le par. 24(1) (voir *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, p. 603-604, citant *Mills*, précité, p. 892, et voir aussi *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120, p. 1129-1130).

L'analyse qui précède n'interdit pas l'examen en appel de la réparation qu'une cour supérieure a choisi d'accorder en vertu du par. 24(1). Elle empêche simplement de prétendre, comme le fait l'intimé, qu'une cour supérieure ne peut pas accorder une certaine mesure réparatrice fondée sur l'art. 24 en raison des limites que la Constitution impose à sa compétence. C'est le texte même du par. 24(1) qui limite la nature et la portée des réparations pouvant être accordées, et ce texte doit recevoir une interprétation qui s'accorde avec le reste de notre Constitution. Comme le juge McIntyre l'a écrit dans *Mills*, précité, p. 965-966 :

Quelle réparation peut-on obtenir lorsqu'il est fait droit à une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*? Là encore le par. 24(1) n'apporte pas de réponse. Il ne fait que prévoir que l'appelant peut obtenir la réparation que le tribunal estime « convenable et juste eu égard aux circonstances ». Il est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu. Ce large pouvoir discrétionnaire n'est tout simplement pas réductible à une espèce de formule obligatoire d'application générale à tous les cas, et les tribunaux d'appel ne sont nullement autorisés à s'approprier ce large pouvoir discrétionnaire ni à en restreindre la portée.

La juge en chef McLachlin a récemment souscrit à ce passage dans l'arrêt *Dunedin*, précité, par. 18. Par conséquent, la partie qui veut contester une réparation accordée en vertu de la *Charte* par un tribunal visé à l'art. 96 doit démontrer que cette réparation n'est pas « convenable et juste eu égard aux circonstances ».

51

The power of the superior courts under s. 24(1) to make appropriate and just orders to remedy infringements or denials of *Charter* rights is part of the supreme law of Canada. It follows that this remedial power cannot be strictly limited by statutes or rules of the common law. We note, however, that statutes and common law rules may be helpful to a court choosing a remedy under s. 24(1) insofar as the statutory provisions or common law rules express principles that are relevant to determining what is “appropriate and just in the circumstances”.

(3) The Meaning of “Appropriate and Just in the Circumstances”

52

What, then, is meant in s. 24(1) by the words “appropriate and just in the circumstances”? Clearly, the task of giving these words meaning in particular cases will fall to the courts ordering the remedies since s. 24(1) specifies that the remedy should be such as the court considers appropriate and just. Deciding on an appropriate and just remedy in particular circumstances calls on the judge to exercise a discretion based on his or her careful perception of the nature of the right and of the infringement, the facts of the case, and the application of the relevant legal principles. Once again, we emphasize McIntyre J.’s words in *Mills*, *supra*, at p. 965:

It is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion. It is impossible to reduce this wide discretion to some sort of binding formula for general application in all cases, and it is not for appellate courts to pre-empt or cut down this wide discretion.

53

With respect, the approach to s. 24 reflected in the reasons of LeBel and Deschamps JJ. would tend to pre-empt and reduce this wide discretion. Their approach would also, in this case, pre-empt and devalue the constitutional promise respecting language rights in s. 23. In our view, judicial restraint and metaphors such as “dialogue” must not be elevated to the level of strict constitutional rules to which the words of s. 24 can be subordinated. The

Le pouvoir que le par. 24(1) confère aux cours supérieures de rendre des ordonnances convenables et justes afin de remédier à des violations ou négations de droits garantis par la *Charte* fait partie de la loi suprême du Canada. Il s’ensuit qu’il ne peut être strictement limité par des dispositions législatives ou des règles de common law. Toutefois, nous constatons que les lois ou les règles de common law peuvent aider les tribunaux à choisir les réparations à accorder sous le régime du par. 24(1) dans la mesure où elles énoncent des principes utiles pour déterminer ce qui est « convenable et juste eu égard aux circonstances ».

(3) La signification de « convenable et juste eu égard aux circonstances »

Que signifie alors l’expression « convenable et juste eu égard aux circonstances » utilisée au par. 24(1)? Dans certains cas, il appartient nettement au tribunal qui accorde la réparation de donner un sens à cette expression, étant donné que le par. 24(1) précise que la réparation accordée doit être celle que le tribunal estime convenable et juste. Pour décider quelle réparation est convenable et juste dans une situation donnée, le juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur son appréciation prudente de la nature du droit et de la violation en cause, sur les faits et sur l’application des principes juridiques pertinents. Il y a lieu de répéter le passage suivant des motifs du juge McIntyre dans *Mills*, précité, p. 965-966 :

Il est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu. Ce large pouvoir discrétionnaire n’est tout simplement pas réductible à une espèce de formule obligatoire d’application générale à tous les cas, et les tribunaux d’appel ne sont nullement autorisés à s’approprier ce large pouvoir discrétionnaire ni à en restreindre la portée.

En toute déférence, l’interprétation de l’art. 24 qui se dégage des motifs des juges LeBel et Deschamps tendrait à court-circuiter et à réduire ce large pouvoir discrétionnaire. Elle tendrait également, en l’espèce, à court-circuiter et à dévaloriser la promesse constitutionnelle relative aux droits linguistiques contenue à l’art. 23. À notre avis, la retenue judiciaire et les métaphores comme celle du « dialogue » ne doivent pas être érigées en règles constitutionnelles strictes

same may be said of common law procedural principles such as *functus officio* which may to some extent be incorporated in statutes. Rather, as LeBel and Deschamps JJ. appear to recognize at paras. 135 and following, there are situations in which our Constitution requires special remedies to secure the very order it envisages.

While it would be unwise at this point to attempt to define, in detail, the words “appropriate and just” or to draw a rigid distinction between the two terms, there are some broad considerations that judges should bear in mind when evaluating the appropriateness and justice of a potential remedy. These general principles may be informed by jurisprudence relating to remedies outside the *Charter* context, such as cases discussing the doctrine of *functus* and overly vague remedies, although, as we have said, that jurisprudence does not apply strictly to orders made under s. 24(1).

First, an appropriate and just remedy in the circumstances of a *Charter* claim is one that meaningfully vindicates the rights and freedoms of the claimants. Naturally, this will take account of the nature of the right that has been violated and the situation of the claimant. A meaningful remedy must be relevant to the experience of the claimant and must address the circumstances in which the right was infringed or denied. An ineffective remedy, or one which was “smothered in procedural delays and difficulties”, is not a meaningful vindication of the right and therefore not appropriate and just (see *Dunedin*, *supra*, at para. 20, McLachlin C.J. citing *Mills*, *supra*, at p. 882, *per* Lamer J. (as he then was)).

Second, an appropriate and just remedy must employ means that are legitimate within the framework of our constitutional democracy. As discussed above, a court ordering a *Charter* remedy must strive to respect the relationships with and separation of functions among the legislature, the

auxquelles peuvent être assujettis les termes de l’art. 24. Le même raisonnement s’applique aux règles procédurales de common law, comme celle du *functus officio*, qui, dans une certaine mesure, peuvent être incorporées dans des lois. Comme les juges LeBel et Deschamps semblent le reconnaître aux par. 135 et suivants, il faut plutôt considérer qu’il existe des situations où notre Constitution requiert des réparations particulières afin d’assurer le maintien de l’ordre qu’elle vise à établir.

Bien qu’il ne soit pas sage, à ce stade, de tenter de donner une définition détaillée de l’expression « convenable et juste » ou d’établir une distinction rigoureuse entre les deux mots, il existe néanmoins des facteurs généraux dont les juges devraient tenir compte en évaluant le caractère convenable et juste d’une réparation potentielle. Ces principes généraux peuvent s’inspirer de la jurisprudence relative aux réparations accordées hors du contexte de la *Charte*, notamment celle où la règle du *functus officio* et les réparations trop vagues sont analysées, même si, comme nous l’avons dit, cette jurisprudence est strictement inapplicable aux ordonnances fondées sur le par. 24(1).

Premièrement, la réparation convenable et juste eu égard aux circonstances d’une demande fondée sur la *Charte* est celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur. Il va sans dire qu’elle tient compte de la nature du droit violé et de la situation du demandeur. Une réparation utile doit être adaptée à l’expérience vécue par le demandeur et tenir compte des circonstances de la violation ou de la négation du droit en cause. Une réparation inefficace ou « étouffé[e] dans les délais et les difficultés de procédure » ne permet pas de défendre utilement le droit violé, et ne saurait donc être convenable et juste (voir *Dunedin*, précité, par. 20, la juge en chef McLachlin, citant *Mills*, précité, p. 882, le juge Lamer (plus tard Juge en chef)).

Deuxièmement, la réparation convenable et juste fait appel à des moyens légitimes dans le cadre de notre démocratie constitutionnelle. Comme nous l’avons vu, le tribunal qui accorde une réparation fondée sur la *Charte* doit s’efforcer de respecter la séparation des fonctions entre le législatif, l’exécutif

54

55

56

executive and the judiciary. This is not to say that there is a bright line separating these functions in all cases. A remedy may be appropriate and just notwithstanding that it might touch on functions that are principally assigned to the executive. The essential point is that the courts must not, in making orders under s. 24(1), depart unduly or unnecessarily from their role of adjudicating disputes and granting remedies that address the matter of those disputes.

et le judiciaire et les rapports qui existent entre ces trois pouvoirs. Cela ne signifie pas que la ligne de démarcation entre ces fonctions est très nette dans tous les cas. Une réparation peut être convenable et juste même si elle peut toucher à des fonctions ressortissant principalement au pouvoir exécutif. L'essentiel est que, lorsqu'ils rendent des ordonnances fondées sur le par. 24(1), les tribunaux ne s'écartent pas indûment ou inutilement de leur rôle consistant à trancher des différends et à accorder des réparations qui règlent la question sur laquelle portent ces différends.

57 Third, an appropriate and just remedy is a judicial one which vindicates the right while invoking the function and powers of a court. It will not be appropriate for a court to leap into the kinds of decisions and functions for which its design and expertise are manifestly unsuited. The capacities and competence of courts can be inferred, in part, from the tasks with which they are normally charged and for which they have developed procedures and precedent.

Troisièmement, la réparation convenable et juste est une réparation judiciaire qui défend le droit en cause tout en mettant à contribution le rôle et les pouvoirs d'un tribunal. Il ne convient pas qu'un tribunal se lance dans des types de décision ou de fonction pour lesquels il n'est manifestement pas conçu ou n'a pas l'expertise requise. Les capacités et la compétence des tribunaux peuvent s'inférer, en partie, de leurs tâches normales pour lesquelles ils ont établi des règles de procédure et des précédents.

58 Fourth, an appropriate and just remedy is one that, after ensuring that the right of the claimant is fully vindicated, is also fair to the party against whom the order is made. The remedy should not impose substantial hardships that are unrelated to securing the right.

Quatrièmement, la réparation convenable et juste est celle qui, en plus d'assurer pleinement la défense du droit du demandeur, est équitable pour la partie visée par l'ordonnance. La réparation ne doit pas causer de grandes difficultés sans rapport avec la défense du droit.

59 Finally, it must be remembered that s. 24 is part of a constitutional scheme for the vindication of fundamental rights and freedoms enshrined in the *Charter*. As such, s. 24, because of its broad language and the myriad of roles it may play in cases, should be allowed to evolve to meet the challenges and circumstances of those cases. That evolution may require novel and creative features when compared to traditional and historical remedial practice because tradition and history cannot be barriers to what reasoned and compelling notions of appropriate and just remedies demand. In short, the judicial approach to remedies must remain flexible and responsive to the needs of a given case.

Enfin, il faut se rappeler que l'art. 24 fait partie d'un régime constitutionnel de défense des droits et libertés fondamentaux consacrés dans la *Charte*. C'est ce qui explique pourquoi, en raison de son libellé large et de la multitude de rôles qu'il peut jouer dans différentes affaires, l'art. 24 doit pouvoir évoluer de manière à relever les défis et à tenir compte des circonstances de chaque cas. Cette évolution peut forcer à innover et à créer au lieu de s'en tenir à la pratique traditionnelle et historique en matière de réparation, étant donné que la tradition et l'histoire ne peuvent faire obstacle aux exigences d'une notion réfléchie et péremptoire de réparation convenable et juste. Bref, l'approche judiciaire en matière de réparation doit être souple et tenir compte des besoins en cause.

(4) Application to this Case: the Remedy Ordered by the Trial Judge Was Appropriate and Just in the Circumstances

(a) *The Reporting Order Effectively Vindicated the Rights of the Parents*

LeBlanc J. exercised his discretion to select an effective remedy that meaningfully vindicated the s. 23 rights of the appellants in the context of serious rates of assimilation and a history of delay in the provision of French-language education in Kingston (Greenwood, Chéticamp, Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), Argyle, and Clare). The facts as found by LeBlanc J. disclosed that continued delay could imperil the already vulnerable s. 23 rights, their exercise depending as it does on the numbers of potential students. As Freeman J.A. noted in dissent in the Court of Appeal, the reporting hearings were aimed at identifying difficulties with the timely implementation of the trial judge's order as they arose, instead of requiring fresh applications by the appellants every time it appeared that a party was not using its best efforts to comply with the judge's order.

In the absence of reporting hearings, the appellant parents would have been forced to respond to any new delay by amassing a factual record by traditional means disclosing whether the parties were nonetheless using their best efforts. A new proceeding would be required and this might be heard by another judge less familiar with the case than LeBlanc J. All of this would have taken significant time and resources from parents who had already waited too long and dedicated much energy to the cause of realizing their s. 23 rights. The order of reporting hearings was, as Freeman J.A. wrote "a pragmatic approach to getting the job done expeditiously" (para. 74). LeBlanc J.'s order is a creative blending of remedies and processes already known

(4) Application à la présente affaire : la réparation accordée par le juge de première instance était convenable et juste eu égard aux circonstances

a) *L'ordonnance enjoignant de rendre compte assurait efficacement la défense des droits des parents*

Le juge LeBlanc a exercé son pouvoir discrétionnaire de choisir une réparation efficace qui permettrait de défendre utilement les droits garantis aux appelants par l'art. 23, dans le contexte d'un taux d'assimilation élevé et du fait qu'on tarde depuis des années à offrir l'enseignement en français à Kingston/Greenwood, à Chéticamp, à Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), à Argyle et à Clare. Selon le juge, les faits révélaient que le retard mis à agir risquait de compromettre des droits déjà fragiles garantis par l'art. 23, dont l'exercice est tributaire du nombre d'élèves potentiels. Comme le juge Freeman, de la Cour d'appel, l'a fait remarquer dans son opinion dissidente, les auditions de comptes rendus visaient à déceler, dès qu'elles surgiraient, les difficultés qui empêcheraient l'exécution, en temps utile, de l'ordonnance du juge de première instance, évitant ainsi aux appelants d'avoir à présenter une nouvelle demande chaque fois qu'une partie ne semblerait pas faire de son mieux pour se conformer à cette ordonnance.

Sans les auditions de comptes rendus, les parents appelants auraient été forcés, à chaque nouveau retard, de s'en remettre aux modes traditionnels de constitution d'un dossier factuel permettant de constater si, malgré tout, les parties faisaient de leur mieux pour se conformer à l'ordonnance. Il aurait fallu entamer de nouvelles procédures susceptibles d'être instruites par un juge ayant une moins bonne connaissance de l'affaire que le juge LeBlanc. Tout cela aurait demandé énormément de temps et de ressources aux parents qui, déjà, attendaient depuis trop longtemps et avaient consacré beaucoup d'énergie à la réalisation de leurs droits garantis par l'art. 23. Comme l'a écrit le juge Freeman, l'ordonnance enjoignant de rendre compte était [TRADUCTION] « une façon

to the courts in order to give life to the right in s. 23.

62

In assessing the extent to which LeBlanc J.'s remedy was appropriate and just in the circumstances, it is useful to examine the options before the trial judge. In doing so we are not intending to usurp the role and discretion of the trial judge but only to gain a fuller understanding of the situation he faced. LeBlanc J. could have limited the remedy to a declaration of the rights of the parties, as the Court considered prudent in *Mahe*, *supra*, at pp. 392-93. In *Mahe*, however, the primary issues before the Court concerned the scope and content of s. 23 of the *Charter*, including the degree of management of control of schools to be accorded to s. 23 parents, and the determination of when the numbers are sufficient to warrant given programs and facilities. After clarifying the content and scope of the s. 23 rights at issue, the Court chose the remedy of ordering a declaration of those rights. It did so to allow the government the greatest flexibility to fashion a response suited to the circumstances (p. 393). The assumption underlying this choice of remedy is that governments will comply with the declaration promptly and fully.

63

After *Mahe*, litigation to vindicate minority language education rights has entered a new phase. The general content of s. 23 in many cases is now largely settled (*Mahe*, *Schools Reference*, *Arsenault-Cameron*, all *supra*). In the present case, for example, it was clear to and accepted by the parties from the start that the government was required to provide the homogeneous French-language facilities at issue. The entitled parents sought the assistance of the court in enforcing the full and prompt vindication of their rights after a lengthy history of government inaction.

pragmatique d'obtenir rapidement le résultat recherché » (par. 74). Il s'agit d'un mélange créatif de réparations et de procédures déjà connues des tribunaux, destiné à donner vie aux droits garantis par l'art. 23.

Pour déterminer si la réparation accordée par le juge LeBlanc était convenable et juste eu égard aux circonstances, il est utile d'examiner quelles étaient ses options. Nous examinerons cette question non pas dans le but de nous approprier le rôle et le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, mais uniquement afin de mieux comprendre la situation à laquelle il devait faire face. Le juge LeBlanc aurait pu se contenter de rendre un jugement déclaratoire concernant les droits des parties, mesure que la Cour a jugée prudente dans l'arrêt *Mahe*, précité, p. 392-393. Toutefois, les principales questions en cause dans l'affaire *Mahe* concernaient la portée et le contenu de l'art. 23 de la *Charte*, notamment le niveau de gestion et de contrôle des écoles qui doit être accordé aux parents visés par l'art. 23, et la question du nombre d'élèves suffisant pour justifier certains programmes et établissements. Après avoir précisé le contenu et la portée des droits en cause qui étaient garantis par l'art. 23, la Cour a choisi, comme mesure réparatrice, de rendre un jugement déclaratoire relatif à ces droits. Elle voulait par là donner au gouvernement le plus de souplesse possible pour trouver une solution adaptée aux circonstances (p. 393). En choisissant ce type de réparation, on tient pour acquis que le gouvernement en question se conformera rapidement et entièrement au jugement rendu.

Après l'arrêt *Mahe*, les litiges visant à défendre les droits à l'instruction dans la langue de la minorité sont entrés dans une nouvelle phase. Dans bien des cas, le contenu général de l'art. 23 est désormais établi en grande partie (*Mahe*, *Renvoi sur les écoles* et *Arsenault-Cameron*, précités). En l'espèce, par exemple, les parties ont reconnu, au départ, que le gouvernement avait clairement l'obligation de fournir les établissements francophones homogènes en cause. Les parents visés ont demandé aux tribunaux d'assurer rapidement et pleinement la défense de leurs droits après de longues années d'inertie gouvernementale.

Our colleagues LeBel and Deschamps JJ. state at para. 140 of their reasons that the trial judge was not faced with a government which had understood its obligations but refused to comply with them. Our colleagues suggest that there was some issue as to what s. 23 demanded in the situation. With respect, this portrayal is directly at odds with the findings of fact made by the trial judge. At para. 198 of his reasons, the trial judge wrote:

It is apparent that the real issue between the parties is the date on which these programs and facilities are to be implemented. The Department, in its submissions, does not challenge the applicants' right and entitlement to these programs and facilities but point [*sic*] to a number of factors which ought to satisfy the applicants. The Conseil opposes the applicants' claim for an earlier implementation of the transition plan but supports the applicants in its [*sic*] demand for declaration that the Department ought to be directed to provide homogeneous facilities.

LeBlanc J. further noted that the Department of Education did not provide either statistical or financial evidence with respect to the "numbers warrant" test and that, in any case, the number of children of s. 23 parents were greater than the number in the case of *Mahe*, *supra*, decided by this Court (paras. 200-201). Instead, the government argued at trial that it should be allowed to delay its obligations because of a lack of consensus in the Acadian and Francophone communities (para. 202) and because the political compromise in s. 23 required a "go-slowly approach" (para. 214). According to the trial judge, the government did not deny the existence or content of the s. 23 rights of the parents but rather failed to prioritize those rights and delayed fulfilling its obligations. The government "did not give sufficient priority to the serious rate of assimilation occurring among Acadians and Francophones in Nova Scotia and the fact that rights established in s. 23 are individual rights" (para. 204) despite clear reports showing that assimilation was "reaching critical levels" (para. 215). These are the findings of fact which can only be made by a judge who has heard all the evidence at trial. These findings are not on appeal and it is not open for appellate judges to reverse these findings without proper justification. LeBlanc J. properly took account of the factual

Au paragraphe 140, les juges LeBel et Deschamps écrivent que le juge de première instance n'avait pas affaire à un gouvernement qui avait compris ses obligations, mais qui refusait de s'en acquitter. Selon eux, il était permis de s'interroger sur ce que l'art. 23 commandait dans les circonstances. En toute déférence, nous estimons que cette description entre directement en conflit avec les conclusions de fait du juge de première instance, qui a indiqué, au par. 198 de ses motifs :

[TRADUCTION] Il est manifeste que le véritable litige entre les parties porte sur la date de mise en place des programmes et des écoles. Dans son argumentation, le ministère ne conteste pas le droit des demandeurs d'obtenir ces programmes et ces écoles, mais il signale certains facteurs qui devraient satisfaire les demandeurs. Le Conseil s'oppose au devancement, réclamé par les demandeurs, de la mise en œuvre du plan de transition, mais il appuie ces derniers dans leur demande de jugement déclarant qu'il y a lieu d'ordonner au ministère de fournir des écoles homogènes.

Le juge LeBlanc a ajouté que le ministère de l'Éducation n'avait fourni aucun élément de preuve statistique ou financier relativement au critère du « nombre justificatif » et que, de toute manière, le nombre d'enfants de parents visés par l'art. 23 était supérieur à celui dont il était question dans l'arrêt *Mahe*, précité, de notre Cour (par. 200-201). Le gouvernement avait plutôt fait valoir, au procès, qu'il devait être autorisé à retarder l'exécution de son obligation en raison de l'absence de consensus au sein des collectivités acadiennes et francophones (par. 202), et parce que le compromis politique reflété à l'art. 23 exigeait [TRADUCTION] « d'aller doucement » (par. 214). Selon le juge de première instance, le gouvernement n'a pas nié l'existence ou le contenu des droits garantis aux parents par l'art. 23, mais il a plutôt omis de leur donner la priorité et a tardé à remplir ses obligations. En dépit de l'existence de rapports démontrant clairement que le taux d'assimilation [TRADUCTION] « atteignait un seuil critique » (par. 215), le gouvernement « n'a pas attaché assez d'importance à l'inquiétant taux d'assimilation des Acadiens et des francophones de la Nouvelle-Écosse et au fait que les droits établis à l'art. 23 sont des droits individuels » (par. 204). Ce sont là des conclusions de fait qui ne peuvent être tirées que par un juge ayant entendu la totalité

circumstances within which he exercised his discretion to select a remedy which was appropriate and just.

66

LeBlanc J. obviously considered that, given the Province's failure to give due priority to the s. 23 rights of its minority Francophone populations in the five districts despite being well aware of them, there was a significant risk that such a declaration would be an ineffective remedy. Parents such as the appellants should not be forced continually to seek declarations that are essentially restatements of the declaration in *Mahe*. Where governments have failed to comply with their well-understood constitutional obligations to take positive action in support of the right in s. 23, the assumption underlying a preference for declarations may be undermined. In *Mahe, supra*, at p. 393, Dickson C.J. recognized this possibility:

As the Attorney General for Ontario submits, the government should have the widest possible discretion in selecting the institutional means by which its s. 23 obligations are to be met; the courts should be loath to interfere and impose what will be necessarily procrustean standards, unless that discretion is not exercised at all, or is exercised in such a way as to deny a constitutional right. Once the Court has declared what is required in Edmonton, then the government can and must do whatever is necessary to ensure that these appellants, and other parents in their situation, receive what they are due under s. 23. [Emphasis added.]

This Court's judgment in *Mahe* speaks to all provincial and territorial governments. LeBlanc J. was entitled to conclude that he was not limited to declaring the appellant parents' rights and could take into consideration that the case before him was different from those in which declarations had been considered appropriate and just.

de la preuve au procès. Ces conclusions ne font pas l'objet d'un appel et il n'appartient pas à des juges de tribunal d'appel de les infirmer sans raison valable. Le juge LeBlanc a dûment tenu compte des faits en exerçant son pouvoir discrétionnaire de choisir une réparation convenable et juste.

Il est évident que le juge LeBlanc a considéré qu'un jugement déclaratoire risquait énormément d'être inefficace du fait que la province n'avait pas donné la priorité voulue aux droits que l'art. 23 garantissait à sa minorité francophone des cinq districts en question, alors qu'elle était parfaitement consciente de l'existence de ces droits. Des parents comme les appelants ne devraient pas avoir à solliciter continuellement des jugements déclaratoires réitérant, pour l'essentiel, celui rendu dans l'arrêt *Mahe*. La présomption qui favorise le choix du jugement déclaratoire peut être minée lorsque les gouvernements ne s'acquittent pas des obligations — qui leur incombent en vertu de la Constitution et qu'ils saisissent bien — de prendre des mesures concrètes pour assurer le respect des droits garantis par l'art. 23. Le juge en chef Dickson a reconnu cette possibilité dans l'arrêt *Mahe*, précité, p. 393 :

Comme l'a observé le procureur général de l'Ontario, le gouvernement devrait disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont il usera pour remplir ses obligations en vertu de l'art. 23. Les tribunaux devraient se garder d'intervenir et d'imposer des normes qui seraient au mieux dignes de Procuste, sauf dans les cas où le pouvoir discrétionnaire n'est pas exercé du tout, ou l'est de façon à nier un droit constitutionnel. Dès lors que la Cour s'est prononcée sur ce qui est requis à Edmonton, le gouvernement peut et doit prendre les mesures nécessaires pour assurer aux appelants et aux autres parents dans leur situation ce qui leur est dû en vertu de l'art. 23. [Nous soulignons.]

L'arrêt *Mahe* s'adresse à tous les gouvernements provinciaux et territoriaux. Le juge LeBlanc pouvait, d'une part, conclure que son rôle ne se limitait pas à rendre un jugement déclaratoire sur les droits des parents appelants et, d'autre part, tenir compte du fait que l'affaire dont il était saisi différait de celles où l'on avait estimé que le jugement déclaratoire était convenable et juste.

Our colleagues LeBel and Deschamps JJ. suggest that the reporting order in this case was not called for since any violation of a simple declaratory remedy could be dealt with in contempt proceedings against the Crown. We do not doubt that contempt proceedings may be available in appropriate cases. The threat of contempt proceedings is not, in our view, inherently more respectful of the executive than simple reporting hearings in which a linguistic minority could discover in a timely way what progress was being made towards the fulfilment of their s. 23 rights. More importantly, given the critical rate of assimilation found by the trial judge, it was appropriate for him to grant a remedy that would in his view lead to prompt compliance. Viewed in this light, LeBlanc J. selected a remedy that reduced the risk that the minority language education rights would be smothered in additional procedural delay.

(b) *The Reporting Order Respected the Framework of our Constitutional Democracy*

The remedy granted by LeBlanc J. took into account, and did not depart unduly or unnecessarily from, the role of the courts in our constitutional democracy. LeBlanc J. considered the government's progress toward providing the required schools and services (see, e.g., paras. 233-34). Some flexibility was built into the "best efforts" order to allow for unforeseen difficulties. It was appropriate for LeBlanc J. to preserve and reinforce the Department of Education's role in providing school facilities as mandated by s. 88 of the *Education Act*, as this could be done without compromising the entitled parents' rights to the prompt provision of school facilities.

To some extent, the legitimate role of the court *vis-à-vis* various institutions of government will depend on the circumstances. In these circumstances, it was appropriate for LeBlanc J. to craft the remedy so that it vindicated the rights of the parents

Nos collègues, les juges LeBel et Deschamps, sont d'avis qu'une ordonnance enjoignant de rendre compte n'était pas nécessaire puisque toute violation d'un simple jugement déclaratoire par l'État pouvait donner lieu à des poursuites pour outrage. Nous ne doutons pas que des poursuites pour outrage peuvent convenir dans certains cas. Toutefois, nous estimons que la menace de poursuites pour outrage ne témoigne pas en soi de plus de respect à l'égard du pouvoir exécutif que de simples auditions de comptes rendus qui permettent à une minorité linguistique de prendre rapidement connaissance des progrès réalisés en vue de respecter les droits que leur garantit l'art. 23. Qui plus est, en raison du taux élevé d'assimilation qu'il a constaté, il convenait que le juge accorde une réparation qui, selon lui, pourrait être mise à exécution promptement. Dans cette optique, le juge LeBlanc a choisi une réparation qui réduisait le risque que des délais procéduraux supplémentaires viennent étouffer les droits à l'instruction dans la langue de la minorité.

b) *L'ordonnance enjoignant de rendre compte respectait le cadre de notre démocratie constitutionnelle*

En accordant la mesure réparatrice en question, le juge LeBlanc a tenu compte du rôle des tribunaux dans notre démocratie constitutionnelle et ne s'en est pas écarté indûment ou inutilement. Il a pris en considération les progrès réalisés par le gouvernement en vue de fournir les écoles et services requis (voir, par exemple, les par. 233-234). L'ordonnance « de faire de son mieux » accordait une certaine souplesse destinée à parer aux difficultés imprévues. Il convenait que le juge LeBlanc préserve et renforce le rôle du ministère de l'Éducation consistant à fournir les écoles, dont l'investit l'art. 88 de l'*Education Act*, étant donné qu'il était possible de le faire sans compromettre le droit des parents visés à ce qu'elles soient fournies promptement.

Le rôle légitime que les tribunaux jouent par rapport à diverses institutions gouvernementales dépend, jusqu'à un certain point, des circonstances. En l'espèce, le juge LeBlanc a eu raison d'accorder une réparation permettant de défendre les droits des

while leaving the detailed choices of means largely to the executive.

70

Our colleagues LeBel and Deschamps JJ. appear to consider that the issuance of an injunction against the government under s. 24(1) is constitutionally suspect and represents a departure from a consensus about *Charter* remedies (see para. 134 of the dissent). With respect, it is clear that a court may issue an injunction under s. 24(1) of the *Charter*. The power of courts to issue injunctions against the executive is central to s. 24(1) of the *Charter* which envisions more than declarations of rights. Courts do take actions to ensure that rights are enforced, and not merely declared. Contempt proceedings in the face of defiance of court orders, as well as coercive measures such as garnishments, writs of seizure and sale and the like are all known to courts. In this case, it was open to the trial judge in all the circumstances to choose the injunctive remedy on the terms and conditions that he prescribed.

(c) *The Reporting Order Called on the Function and Powers of a Court*

71

Although it may not be common in the context of *Charter* remedies, the reporting order issued by LeBlanc J. was judicial in the sense that it called on the functions and powers known to courts. In several different contexts, courts order remedies that involve their continuing involvement in the relations between the parties (see R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2nd ed. (loose-leaf)), at paras. 1.260-1.490). Superior courts, which under the Judicature Acts possess the powers of common law courts and courts of equity, have “assumed active and even managerial roles in the exercise of their traditional equitable powers” (K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (loose-leaf), at para. 13.60). A panoply of equitable remedies are now available to courts in support of the litigation process and the final adjudication of disputes. For example, prejudgment remedies

parents tout en laissant largement au pouvoir exécutif le soin de choisir les moyens précis d’y parvenir.

Nos collègues, les juges LeBel et Deschamps, semblent douter de la constitutionnalité d’une injonction accordée contre le gouvernement en vertu du par. 24(1), et considérer qu’une telle mesure déroge au consensus qui existe au sujet des réparations fondées sur la *Charte* (voir le par. 134 de l’opinion dissidente). En toute déférence, il est clair qu’un tribunal peut accorder une injonction en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Le pouvoir des tribunaux d’accorder des injonctions contre le pouvoir exécutif est au cœur de ce paragraphe qui envisage plus que de simples déclarations de droits. Les tribunaux prennent des mesures pour que les droits soient respectés et non simplement déclarés. Les poursuites pour outrage auxquelles s’expose la personne ou l’entité qui passe outre à une ordonnance judiciaire, de même que les mesures coercitives telles la saisie-arrêt, la saisie-exécution et ainsi de suite sont autant de mesures connues des tribunaux. En l’espèce, le juge de première instance pouvait, eu égard aux circonstances, prescrire les modalités de l’injonction accordée.

c) *L’ordonnance enjoignant de rendre compte faisait appel à la fonction et aux pouvoirs des tribunaux*

Bien qu’elle ne soit peut-être pas courante en matière de réparation fondée sur la *Charte*, l’ordonnance enjoignant de rendre compte rendue par le juge LeBlanc est judiciaire en ce sens qu’elle fait appel à des fonctions et à des pouvoirs connus des tribunaux. Dans plusieurs contextes différents, les tribunaux accordent des réparations nécessitant leur intervention continue dans les relations entre les parties (voir R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2^e éd. (feuilles mobiles)), par. 1.260-1.490). Les cours supérieures qui, en vertu des lois sur l’organisation judiciaire, possèdent les pouvoirs des tribunaux de common law et d’equity [TRADUCTION] « jouent un rôle actif et même un rôle de gestion dans l’exercice de leurs pouvoirs d’equity traditionnels » (K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (feuilles mobiles), par. 13.60). Les tribunaux disposent maintenant d’une panoplie

developed in such cases as *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509 (C.A.), and *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55 (C.A.), involve the court in the preservation of evidence and the management of parties' assets prior to trial. In bankruptcy and receivership matters, courts may be called on to supervise fairly complex and ongoing commercial transactions relating to debtors' assets. Court-appointed receivers may report to and seek guidance from the courts and in some cases must seek the permission of the courts before disposing of property (see *Bennett on Receiverships* (2nd ed. 1999), at pp. 21-37, 443-45). Similarly, the courts' jurisdiction in respect of trusts and estates may sometimes entail detailed and continuing supervision and support of their administration (see D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at pp. 904-9; *Oosterhoff on Wills and Succession* (5th ed. 2001), at pp. 27-28). Courts may also retain an ongoing jurisdiction in family law cases to order alterations in maintenance payments or parenting arrangements as circumstances change. Finally, this Court has in the past remained seized of a matter so as to facilitate the implementation of constitutional language rights: see *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Re Manitoba Language Rights Order*, [1985] 2 S.C.R. 347; *Re Manitoba Language Rights Order*, [1990] 3 S.C.R. 1417; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1992] 1 S.C.R. 212. Lower courts have also retained jurisdiction in s. 23 cases: *British Columbia (Association des parents francophones) v. British Columbia* (1996), 139 D.L.R. (4th) 356 (B.C.S.C.), at p. 380; *Lavoie, supra*, at pp. 593-95; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Minority Language School Board No. 50* (1983), 48 N.B.R. (2d) 361 (Q.B.), at para. 109.

de redressements fondés sur l'équité qu'ils peuvent accorder en cours d'instance et lors du règlement final des différends. Par exemple, dans les redressements accordés avant le jugement dans des affaires comme *Mareva Compania Naviera S.A. c. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509 (C.A.), et *Anton Piller KG c. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55 (C.A.), les tribunaux sont appelés à jouer un rôle dans la conservation de la preuve et la gestion de l'actif des parties avant la tenue du procès. En matière de faillite et de séquestre, les tribunaux peuvent être appelés à superviser des opérations commerciales assez complexes portant sur les éléments d'actif des débiteurs. Les séquestres nommés par un tribunal peuvent lui rendre compte et lui demander conseil et sont tenus, dans certains cas, de lui demander l'autorisation d'aliéner des biens (voir *Bennett on Receiverships* (2^e éd. 1999), p. 21-37 et 443-445). De la même façon, la compétence que les tribunaux possèdent en matière de fiducie et de succession peut parfois les obliger à surveiller de près et à appuyer l'administration d'une fiducie ou d'une succession (voir D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), p. 904-909; *Oosterhoff on Wills and Succession* (5^e éd. 2001), p. 27-28). Dans le domaine du droit de la famille, les tribunaux peuvent également se déclarer compétents pour rendre des ordonnances modifiant les pensions alimentaires ou les conventions de garde au fur et à mesure que la situation évolue. Enfin, il est déjà arrivé que la Cour demeure saisie d'une affaire afin de favoriser le respect de droits linguistiques garantis par la Constitution (voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 2 R.C.S. 347; *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 1417; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212). Des tribunaux inférieurs ont également conservé compétence dans des affaires relatives à l'art. 23 : *British Columbia (Association des parents francophones) c. British Columbia* (1996), 139 D.L.R. (4th) 356 (C.S.C.-B.), p. 380; *Lavoie*, précité, p. 593-595; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Minority Language School Board No. 50* (1983), 48 R.N.-B. (2^e) 361 (B.R.), par. 109.

- 72 The difficulties of ongoing supervision of parties by the courts have sometimes been advanced as a reason that orders for specific performance and mandatory injunctions should not be awarded. Nonetheless, courts of equity have long accepted and overcome this difficulty of supervision where the situations demanded such remedies (see Sharpe, *supra*, at paras. 1.260-1.380; *Attorney-General v. Birmingham, Tame, and Rea District Drainage Board*, [1910] 1 Ch. 48 (C.A.), *aff'd* [1912] A.C. 788 (H.L.); *Kennard v. Cory Brothers and Co.*, [1922] 1 Ch. 265, *aff'd* [1922] 2 Ch. 1 (C.A.)).
- 73 As academic commentators have pointed out, the range of remedial orders available to courts in civil proceedings demonstrates that constitutional remedies involving some degree of ongoing supervision do not represent a radical break with the past practices of courts (see W. A. Bogart, “‘Appropriate and Just’: Section 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Question of Judicial Legitimacy” (1986), 10 *Dalhousie L.J.* 81, at pp. 92-94; N. Gillespie, “Charter Remedies: The Structural Injunction” (1989-90), 11 *Advocates’ Q.* 190, at pp. 217-18; Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, *supra*, at paras. 13.50-13.80; Sharpe, *supra*, at paras. 1.260-1.490). The change announced by s. 24 of the *Charter* is that the flexibility inherent in an equitable remedial jurisdiction may be applied to orders addressed to government to vindicate constitutionally entrenched rights.
- 74 The order in this case was in no way inconsistent with the judicial function. There was never any suggestion in this case that the court would, for example, improperly take over the detailed management and co-ordination of the construction projects. Hearing evidence and supervising cross-examinations on progress reports about the construction of schools are not beyond the normal capacities of courts.
- 75 The respondent argues that the reporting order issued by LeBlanc J. violated the common law
- On a parfois affirmé que les difficultés liées à la surveillance continue des parties par les tribunaux justifient le refus d’accorder des ordonnances d’exécution en nature et des injonctions de faire. Toutefois, les tribunaux d’équité reconnaissent et surmontent depuis longtemps ces difficultés lorsque la situation commande une telle réparation (voir Sharpe, *op. cit.*, par. 1.260-1.380; *Attorney-General c. Birmingham, Tame, and Rea District Drainage Board*, [1910] 1 Ch. 48 (C.A.), *conf. par* [1912] A.C. 788 (H.L.); *Kennard c. Cory Brothers and Co.*, [1922] 1 Ch. 265, *conf. par* [1922] 2 Ch. 1 (C.A.)).
- Comme les auteurs l’ont souligné, l’éventail des réparations que les tribunaux peuvent accorder en matière civile démontre que les réparations fondées sur la Constitution qui nécessitent l’exercice d’une certaine surveillance ne représentent pas une rupture radicale avec la pratique judiciaire antérieure (voir W. A. Bogart, « “Appropriate and Just” : Section 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Question of Judicial Legitimacy » (1986), 10 *Dalhousie L.J.* 81, p. 92-94; N. Gillespie, « Charter Remedies : The Structural Injunction » (1989-90), 11 *Advocates’ Q.* 190, p. 217-218; Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, *op. cit.*, par. 13.50-13.80; Sharpe, *op. cit.*, par. 1.260-1.490). Le changement annoncé par l’art. 24 de la *Charte* est la possibilité d’appliquer la souplesse inhérente de la compétence d’équité en matière de réparation aux ordonnances enjoignant à un gouvernement de défendre des droits consacrés dans la Constitution.
- L’ordonnance rendue dans la présente affaire n’est nullement incompatible avec la fonction judiciaire. On n’a jamais laissé entendre en l’espèce que, par exemple, le tribunal s’approprierait irrégulièrement la gestion et la coordination complètes des projets de construction. L’audition d’éléments de preuve et la surveillance des contre-interrogatoires sur les comptes rendus concernant l’avancement des travaux de construction d’écoles n’excèdent pas les attributions normales des tribunaux.
- L’intimé prétend que l’ordonnance enjoignant de rendre compte, rendue par le juge LeBlanc,

doctrine of *functus officio*. As we have said, statutes or common law rules cannot strictly pre-empt the remedial discretion in s. 24(1). Nonetheless, the doctrine of *functus officio* properly speaks to the functions and powers of courts. Therefore, an examination of the *functus* question is useful in deciding whether LeBlanc J. issued an order that is appropriately judicial.

Flinn J.A. for the majority in the Court of Appeal decided that the trial judge, having issued the best efforts order, had no further jurisdiction with respect to the parties and was therefore precluded from retaining jurisdiction to hear reports on its implementation (para. 21). This view is based on a mis-characterization of the reporting portion of the order as somehow separate from and additional to the best efforts injunctions. On the contrary, in our view, the reporting sessions formed an integral part of the remedy fashioned by LeBlanc J. Moreover, the *functus* doctrine has no application where the trial judge does not purport to alter a final judgment. There was no indication that the retention of jurisdiction included any power to alter the disposition of the case.

A closer examination of the doctrine is helpful. The *Oxford Companion to Law* (1980), at p. 508, provides the following definition:

Functus officio (having performed his function). Used of an agent who has performed his task and exhausted his authority and of an arbitrator or judge to whom further resort is incompetent, his function being exhausted.

But how can we know when a judge's function is exhausted? Sopinka J., writing for the majority in *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, at p. 860, described the purpose and origin of the doctrine in the following words:

enfreint la règle de common law du *functus officio*. Comme nous l'avons vu, ni les dispositions législatives ni les règles de common law ne peuvent, à strictement parler, court-circuiter le pouvoir discrétionnaire que le par. 24(1) confère en matière de réparation. Toutefois, la règle du *functus officio* témoigne des fonctions et des pouvoirs des tribunaux. L'examen de la question du *functus officio* est donc utile pour décider si le juge LeBlanc a rendu une ordonnance judiciaire comme il se doit.

Le juge Flinn a décidé, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, qu'après avoir rendu l'ordonnance « de faire de son mieux » le juge de première instance n'avait plus compétence à l'égard des parties et ne pouvait donc pas se déclarer compétent pour entendre les comptes rendus sur l'exécution de l'ordonnance (par. 21). Cette opinion repose sur le point de vue erroné selon lequel la partie de l'ordonnance qui enjoint de rendre compte est, d'une façon ou d'une autre, distincte des injonctions « de faire de son mieux » et s'ajoute à celles-ci. Au contraire, nous sommes d'avis que les auditions de comptes rendus font partie intégrante de la réparation accordée par le juge LeBlanc. De plus la règle du *functus officio* ne s'applique pas lorsque le juge de première instance n'entend pas modifier un jugement définitif. Rien n'indiquait que la déclaration de compétence incluait un pouvoir de modifier le dispositif de l'affaire.

Il est utile d'examiner plus attentivement cette règle. Le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2001), p. 253, donne la définition suivante :

Functus officio Locution latine signifiant « s'étant acquitté de sa fonction ». Se dit d'un tribunal, d'un organisme public ou d'un fonctionnaire qui est dessaisi d'une affaire parce qu'il a cessé l'exercice de sa fonction. Ex. Le juge qui a prononcé un jugement final est *functus officio*.

Comment peut-on savoir si un juge a épuisé sa fonction? S'exprimant au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, p. 860, le juge Sopinka décrit ainsi l'objet et l'origine de la règle :

76

77

78

The general rule that a final decision of a court cannot be reopened derives from the decision of the English Court of Appeal in *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88. The basis for it was that the power to rehear was transferred by the *Judicature Acts* to the appellate division.

La règle générale portant qu'on ne saurait revenir sur une décision judiciaire définitive découle de la décision de la Cour d'appel d'Angleterre dans *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88. La cour y avait conclu que le pouvoir d'entendre à nouveau une affaire avait été transféré à la division d'appel en vertu des *Judicature Acts*.

79

It is clear that the principle of *functus officio* exists to allow finality of judgments from courts which are subject to appeal (see also *Reekie v. Messervey*, [1990] 1 S.C.R. 219, at pp. 222-23). This makes sense: if a court could continually hear applications to vary its decisions, it would assume the function of an appellate court and deny litigants a stable base from which to launch an appeal. Applying that aspect of the *functus* doctrine to s. 23(1), we face the question of whether the ordering of progress reports denied the respondents a stable basis from which to appeal.

Il est clair que la règle du *functus officio* a pour but d'assurer le caractère définitif des jugements des tribunaux visés par un appel (voir aussi *Reekie c. Messervey*, [1990] 1 R.C.S. 219, p. 222-223). Cela est logique : s'il pouvait continuellement entendre des demandes de modification de ses décisions, un tribunal jouerait le rôle d'une cour d'appel et priverait les parties d'une assise stable pour interjeter appel. L'application de cet aspect de la règle du *functus officio* au par. 23(1) oblige à se demander si l'ordre de rendre compte des efforts déployés a eu pour effet de priver les intimés d'une assise stable pour interjeter appel.

80

In our view, LeBlanc J.'s retention of jurisdiction to hear reports did nothing to undermine the provision of a stable basis for launching an appeal. He did not purport to retain a power to change the decision as to the scope of the s. 23 rights in question, to alter the finding as to their violation, or to modify the original injunctions. The decision, including the best efforts order and the order to appear at reporting sessions, was final and appealable.

À notre avis, le fait que le juge LeBlanc se soit déclaré compétent pour entendre des comptes rendus n'empêchait pas de disposer d'une assise stable pour interjeter appel. Il n'était pas censé se déclarer compétent pour modifier sa décision sur la portée des droits en cause qui sont garantis par l'art. 23, pour modifier sa conclusion quant à leur violation ou pour modifier les injonctions initiales. Sa décision, y compris l'ordonnance enjoignant de faire de son mieux et de comparaître à des auditions de comptes rendus, était définitive et susceptible d'appel.

81

In any case, the rules of practice in Nova Scotia and other provinces allow courts to vary or add to their orders so as to carry them into operation or even to provide other or further relief than originally granted (Nova Scotia *Civil Procedure Rules*, Rule 15.08(d) and (e); Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 59.06(2)(c) and (d); Alberta *Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, Rule 390(1)). This shows that the practice of providing further direction on remedies in support of a decision is known to our courts, and does not undermine the availability of appeal. Moreover, the possibility of such proceedings may facilitate the process of putting

De toute manière, les règles de pratique en vigueur en Nouvelle-Écosse et dans d'autres provinces autorisent les tribunaux à modifier leurs ordonnances ou à y faire des ajouts en vue d'en assurer l'exécution, ou même à modifier la réparation accordée au départ ou à en ajouter une autre (*Civil Procedure Rules* de la Nouvelle-Écosse, al. 15.08d) et e); *Règles de procédure civile de l'Ontario*, R.R.O. 1990, Règl. 194, al. 59.06(2)c) et d); Alberta *Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, par. 390(1)). Cela démontre que nos tribunaux connaissent la pratique consistant à donner d'autres directives sur les réparations accordées à l'appui d'une décision, et que cette pratique ne

orders into operation without requiring resort to contempt proceedings.

The respondent relies on the Nova Scotia's *Judicature Act* to support its argument that the ordered reporting hearings were improper. However, even if that Act could have the effect of limiting the jurisdiction granted by s. 24(1) of the *Charter*, nothing in the *Judicature Act* appears to remove from a trial judge the power to hear reports on the implementation of his or her order. Section 33 of the *Judicature Act* provides that proceedings in the Supreme Court of Nova Scotia shall be "heard, determined and disposed of" by a single judge, but this does not limit the powers of the court to order reporting hearings. Section 34(d) of the *Judicature Act* allows a presiding judge to reserve judgment for a maximum of six months, but in our view, judgment was not reserved in this case since LeBlanc J. delivered his judgment within the six-month period. Section 38 of the *Judicature Act* provides that "an appeal lies to the Court of Appeal from any decision, verdict, judgment or order" of a judge of the Supreme Court of Nova Scotia. LeBlanc J. did nothing that would preclude the appeal of his decision or choice of remedy.

(d) *The Reporting Order Vindicated the Right by Means that Were Fair*

In the context, the reporting order was one which, after vindicating the entitled parents' rights, was not unfair to the respondent government. The respondent argues that it was subject to an overly vague remedy. In our opinion, the reporting order was not vaguely worded so as to render it invalid. While, in retrospect, it would certainly have been advisable for LeBlanc J. to provide more guidance to the parties as to what

compromet pas la possibilité d'interjeter appel. De plus, la possibilité de procéder ainsi peut faciliter l'exécution des ordonnances sans qu'il soit nécessaire de recourir à des poursuites pour outrage.

L'intimé invoque la *Judicature Act* de la Nouvelle-Écosse à l'appui de son argument de l'irrégularité des auditions de comptes rendus ordonnées. Toutefois, même si la *Judicature Act* avait pour effet de limiter la compétence conférée par le par. 24(1) de la *Charte*, aucune de ses dispositions ne semble retirer au juge de première instance le pouvoir d'entendre des comptes rendus sur l'exécution de son ordonnance. L'article 33 de la *Judicature Act* prévoit que les instances devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse sont [TRADUCTION] « instruites et tranchées » par un juge seul, mais cela n'a pas pour effet de limiter le pouvoir de la cour d'ordonner la tenue d'auditions de comptes rendus. Quoique l'al. 34d) de cette même loi autorise le juge qui préside une instance à mettre son jugement en délibéré pour une période maximale de six mois, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas eu de mise en délibéré en l'espèce puisque le juge LeBlanc a rendu jugement dans le délai de six mois. L'article 38 de la *Judicature Act* prévoit [TRADUCTION] « [qu']il peut être interjeté appel devant la Cour d'appel contre toute décision, tout verdict, tout jugement ou toute ordonnance » d'un juge de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse. Le juge LeBlanc n'a rien fait qui puisse empêcher d'interjeter appel contre sa décision ou la réparation qu'il a choisi d'accorder.

d) *L'ordonnance enjoignant de rendre compte faisait appel à des moyens équitables pour assurer la défense des droits en cause*

Dans les circonstances, l'ordonnance enjoignant de rendre compte assurait la défense des droits des parents visés sans être inéquitable pour le gouvernement intimé. L'intimé prétend qu'il a été assujéti à une réparation trop vague. Nous sommes d'avis que le libellé de l'ordonnance enjoignant de rendre compte n'était pas vague au point de la rendre invalide. L'ordonnance du juge LeBlanc n'était ni incompréhensible ni impossible

they could expect from the reporting sessions, his order was not incomprehensible or impossible to follow. In our view, the “reporting” element of LeBlanc J. remedy was not unclear in a way that would render it invalid.

84 Doubtless, as LeBel and Deschamps JJ. point out, the initial retention of jurisdiction by LeBlanc J. could have been more specific in its terms so as to give parties a precise understanding of the procedure at reporting sessions. Nonetheless, the respondent knew it was required to present itself to the court to report on the status of its efforts to provide the facilities as ordered by LeBlanc J. LeBlanc J.’s written order is satisfactory and clearly communicates that the obligation on government was simply to report. The fact that this was the subject of questions later in the process suggests that future orders of this type could be more explicit and detailed with respect to the jurisdiction retained and the procedure at reporting hearings.

85 It should be remembered that LeBlanc J. was crafting a fairly original remedy in order to provide flexibility to the executive while vindicating the s. 23 right. It may be expected that in future cases judges will be in a better position to ensure that the contents of their orders are clearer. In addition, the reporting order chosen by LeBlanc J. is not the only tool of its kind. It may be more helpful in some cases for the trial judge to seek submissions on whether to specify a timetable with a right of the government to seek variation where just and appropriate to do so.

86 Once again, we emphasize that s. 24(1) gives a court the discretion to fashion the remedy that it considers just and appropriate in the circumstances. The trial judge is not required to identify the single best remedy, even if that were possible. In our view,

à respecter, même si l’on constate, avec le recul, qu’il aurait sûrement été souhaitable que le juge éclaire davantage les parties sur ce qu’elles pouvaient attendre des auditions de comptes rendus. Selon nous, l’ordonnance enjoignant de rendre compte, contenue dans la réparation accordée par le juge LeBlanc, n’était pas obscure au point d’invalider cette réparation.

Comme le font remarquer les juges LeBel et Deschamps, il n’y a pas de doute que le juge LeBlanc aurait pu être plus précis dans sa déclaration initiale de compétence, afin de permettre aux parties de bien saisir la procédure applicable aux auditions de comptes rendus. Néanmoins, l’intimé savait qu’il devait se présenter devant le tribunal pour rendre compte des efforts déployés pour fournir les établissements ordonnés par le juge LeBlanc. L’ordonnance écrite du juge LeBlanc est satisfaisante et indique clairement que le gouvernement était simplement tenu de rendre compte. Le fait qu’elle ait, par la suite, donné lieu à des questions indique qu’à l’avenir les ordonnances de cette nature pourraient être plus précises et détaillées en ce qui concerne la déclaration de compétence et la procédure applicable aux auditions de comptes rendus.

Il faut se rappeler que la réparation conçue par le juge LeBlanc était assez inédite et visait à laisser une certaine latitude au pouvoir exécutif tout en défendant les droits garantis par l’art. 23. On peut s’attendre à ce qu’à l’avenir les juges soient mieux placés pour veiller à ce que le contenu de leurs ordonnances soit plus clair. En outre, l’ordonnance enjoignant de rendre compte retenue par le juge LeBlanc n’est pas le seul outil du genre. Il peut parfois se révéler plus utile que le juge demande des observations sur l’opportunité d’établir un échéancier assorti du droit pour le gouvernement de demander des modifications, lorsqu’il est juste et convenable de le faire.

Encore une fois, nous tenons à souligner que le par. 24(1) confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire d’accorder la réparation qu’il estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Le juge de première instance n’est pas tenu de trouver la

the trial judge's remedy was clearly appropriate and just in the circumstances.

(5) Conclusion

Section 24(1) of the *Charter* requires that courts issue effective, responsive remedies that guarantee full and meaningful protection of *Charter* rights and freedoms. The meaningful protection of *Charter* rights, and in particular the enforcement of s. 23 rights, may in some cases require the introduction of novel remedies. A superior court may craft any remedy that it considers appropriate and just in the circumstances. In doing so, courts should be mindful of their roles as constitutional arbiters and the limits of their institutional capacities. Reviewing courts, for their part, must show considerable deference to trial judges' choice of remedy, and should refrain from using hindsight to perfect a remedy. A reviewing court should only interfere where the trial judge has committed an error of law or principle.

The remedy crafted by LeBlanc J. meaningfully vindicated the rights of the appellant parents by encouraging the Province's prompt construction of school facilities, without drawing the court outside its proper role. The Court of Appeal erred in wrongly interfering with and striking down the portion of LeBlanc J.'s order in which he retained jurisdiction to hear progress reports on the status of the Province's efforts in providing school facilities by the required dates.

V. Disposition

In the result, we would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the order of the trial judge.

We would award full costs to the appellants on a solicitor-client basis throughout, including the costs for the reporting hearings. The appellants are parents who have, despite their numerous efforts, been

meilleure réparation, même dans le cas où il serait possible de le faire. À notre avis, la réparation accordée par le juge de première instance était nettement convenable et juste eu égard aux circonstances.

(5) Conclusion

Le paragraphe 24(1) de la *Charte* exige que les tribunaux accordent des réparations efficaces et adaptées qui protègent pleinement et utilement les droits et libertés garantis par la *Charte*. Il peut parfois arriver que la protection utile des droits garantis par la *Charte* et, en particulier l'application de l'art. 23, commandent des réparations d'un genre nouveau. Une cour supérieure peut accorder toute réparation qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Ce faisant, elle doit être consciente de son rôle d'arbitre de la Constitution et des limites de ses capacités institutionnelles. Les tribunaux qui procèdent à un contrôle doivent, pour leur part, faire montre d'une grande déférence à l'égard de la réparation choisie par un juge de première instance et se garder de les parfaire après coup; ils ne doivent intervenir qu'en cas d'erreur commise sur le plan du droit ou des principes par le juge de première instance.

La réparation conçue par le juge LeBlanc défendait utilement les droits des parents appelants en encourageant la province à construire promptement des écoles, sans faire dévier la cour du rôle qui lui revient. La Cour d'appel a eu tort d'intervenir et d'annuler la partie de l'ordonnance du juge LeBlanc dans laquelle il se déclarait compétent pour entendre des comptes rendus sur les efforts déployés par la province en vue de fournir des écoles dans les délais impartis.

V. Dispositif

En définitive, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance.

Les appelants ont droit à leurs dépens devant toutes les cours, sur la base procureur-client, y compris les dépens relatifs aux auditions de comptes rendus. Les appelants sont des parents qui, malgré

87

88

89

90

consistently denied their *Charter* rights. The Province failed to meet its corresponding obligations to the appellant parents despite its clear awareness of the appellants' rights. Accordingly, in looking at all the circumstances, our view is that solicitor-client costs should be awarded.

The reasons of Major, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

LEBEL AND DESCHAMPS JJ. (dissenting) —

I. Introduction

91

The devil is in the details. Awareness of the critical importance of effectively enforcing constitutional rights should not lead to forgetfulness about the need to draft pleadings, orders and judgments in a sound manner, consonant with the basic rules of legal writing, and with an understanding of the proper role of courts and of the organizing principles of the legal and political order of our country. Court orders should be written in such a way that parties are put on notice of what is expected of them. Courts should not unduly encroach on areas which should remain the responsibility of public administration and should avoid turning themselves into managers of the public service. Judicial interventions should end when and where the case of which a judge is seized is brought to a close.

92

In our respectful view, without putting in any doubt the desire of the trial judge to fashion an effective remedy to address the consequences of a long history of neglect of the rights of the Francophone minority in Nova Scotia, the drafting of his so-called reporting order was seriously flawed. It gave the parties no clear notice of their obligations, the nature of the reports or even the purpose of the reporting hearings. In addition, the reporting order assumed that the judge could retain jurisdiction at will, after he had finally disposed of the matter of which he had been seized, thereby breaching the constitutional principle of separation of powers. The order did so

leurs nombreux efforts, ont constamment été victimes d'une négation des droits que leur garantit la *Charte*. La province n'a pas respecté les obligations correspondantes qu'elle avait envers des parents appelants, même si elle était nettement au courant de leurs droits. Nous estimons donc, compte tenu de toutes les circonstances, qu'il y a lieu d'accorder des dépens sur la base procureur-client.

Version française des motifs des juges Major, Binnie, LeBel et Deschamps rendus par

LES JUGES LEBEL ET DESCHAMPS (dissidents) —

I. Introduction

Tout est dans les détails. L'importance cruciale de prendre des mesures efficaces visant à assurer le respect des droits garantis par la Constitution ne doit pas éclipser la nécessité que les actes de procédure, ordonnances et jugements respectent les règles élémentaires de rédaction juridique et reflètent une bonne compréhension du rôle que doivent jouer les tribunaux et les principes qui sous-tendent l'ordre juridique et politique de notre pays. Les ordonnances judiciaires doivent indiquer clairement aux parties ce qu'on attend d'elles. Les tribunaux doivent s'abstenir d'empiéter indûment sur des domaines qui doivent continuer de relever de l'administration publique, et éviter de se transformer en gestionnaires de la fonction publique. L'intervention judiciaire doit cesser dès que le juge rend un jugement final dans l'affaire dont il est saisi.

Bien qu'il ne soit pas question de mettre en doute la volonté du juge de première instance de remédier efficacement à de longues années d'inertie en matière de protection des droits de la minorité francophone de la Nouvelle-Écosse, nous considérons que de graves vices de rédaction entachent l'ordonnance enjoignant de rendre compte qu'il a prononcée. Celle-ci n'indique pas clairement aux parties la nature de leurs obligations, la nature des comptes rendus à présenter ni même l'objet des auditions de comptes rendus. En outre, contrairement au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, elle tient pour acquis que le juge pouvait à loisir se

by reason of the way it was framed and the manner in which it was implemented. In our opinion, the reporting order was void, as the Court of Appeal of Nova Scotia found, and the appeal should be dismissed.

II. The Nature of the Issues

This appeal raises the sole question of the validity of the reporting order made by LeBlanc J. ((2000), 185 N.S.R. (2d) 246). In this context, we do not intend to engage in a full review of the factual background and of the judicial history of this case. For the purposes of our reasons, we are content to rely on their extensive review in the reasons of our colleagues. We will only add such details about the reporting order and its implementation as might be of assistance to our analysis of the legal questions at stake in this appeal.

At the outset, we wish to emphasize that we fully agree with our colleagues in their analysis of the nature and fundamental importance of language rights in the Canadian Constitution, as well as on the need for efficacy and imagination in the development of constitutional remedies. Indeed, we dissent because we believe that constitutional remedies should be designed keeping in mind the canons of good legal drafting, the fundamental importance of procedural fairness, and a proper awareness of the nature of the role of courts in our democratic political regime, a key principle of which remains the separation of powers. This principle protects the independence of courts. It also flexibly delineates the domain of court action, particularly in the relationship of courts not only with legislatures but also with the executive branch of government or public administration.

As to the other issues such as mootness, immunities and mandatory injunctions, we are in broad agreement with our colleagues and do not intend to comment any further on them. We turn now to an

déclarer compétent pour agir, après avoir tranché définitivement l'affaire dont il était saisi. Elle contrevient à ce principe en raison de sa formulation et de la façon dont elle a été exécutée. Nous estimons que cette ordonnance est nulle et sans effet, comme l'a décidé la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, et que le pourvoi devrait être rejeté.

II. La nature des questions

La seule question soulevée en l'espèce est celle de la validité de l'ordonnance enjoignant de rendre compte prononcée par le juge LeBlanc ((2000), 185 N.S.R. (2d) 246). Pour cette raison, nous n'entendons pas nous livrer à un examen complet des faits et de l'historique judiciaire de l'affaire. Pour les besoins des présents motifs, nous nous en tiendrons à l'examen approfondi qu'en font nos collègues dans leurs propres motifs, en nous contentant d'ajouter, à propos de l'ordonnance et de son exécution, les détails susceptibles d'éclairer notre analyse des questions de droit qui se posent en l'espèce.

Au départ, nous tenons à préciser que nous souscrivons entièrement à l'analyse que nos collègues font de la nature et de l'importance fondamentale des droits linguistiques consacrés dans notre Constitution, de même qu'à leur avis que l'efficacité et la créativité sont des attributs nécessaires en matière de réparation fondée sur la Constitution. En réalité, nous sommes en désaccord avec nos collègues parce que nous croyons que l'ordonnance qui accorde ce type de réparation doit aussi respecter les règles élémentaires de rédaction juridique et tenir compte de l'importance fondamentale de l'équité procédurale et du rôle des tribunaux dans notre régime politique démocratique, qui repose notamment sur le principe de la séparation des pouvoirs. Ce principe protège l'indépendance judiciaire. Il délimite également avec souplesse le champ d'action judiciaire, en particulier les rapports des tribunaux non seulement avec le législateur, mais également avec la branche exécutive du gouvernement, c'est-à-dire l'administration publique.

En ce qui concerne les autres questions, tels le caractère théorique, l'immunité et l'injonction de faire, nous partageons généralement l'opinion de nos collègues et n'avons rien à ajouter à ce sujet.

93

94

95

analysis of the issues which lie at the root of our disagreement with the majority as to the final disposition of this appeal.

96

In this analysis, we will first review the nature of the reporting order and we will determine whether it can be considered consistent with the principle of procedural fairness. We will then discuss the principles of separation of powers and *functus officio*; we will demonstrate that the question of whether the trial judge had jurisdiction to issue the order is germane to the determination of whether the trial judge breached the separation of powers. In both discussions, the appropriateness of the remedy will be called into question. In the former, we will assess the appropriateness of the order for reporting hearings from the perspective of the parties subject to it, while in the latter, we will analyse the appropriateness of the order, by taking into consideration the proper role of courts within our constitutional order.

III. The Drafting of the Order and the Principle of Procedural Fairness

97

The drafting of applications asking for injunctive relief, or of orders granting such remedies, can be a serious challenge for counsel and judges. The exercise of the court power to grant injunctions may lead, from time to time, to situations of non-compliance where it may be necessary to call upon the drastic exercise of courts' powers to impose civil or criminal penalties, including imprisonment (R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 6-7). Therefore, proper notice to the parties of the obligations imposed upon them and clarity in defining the standard of compliance expected of them must be essential requirements of a court's intervention. Vague or ambiguous language should be strictly avoided (*Sonoco Ltd. v. Local 433* (1970), 13 D.L.R. (3d) 617 (B.C.C.A.), at p. 621; *Sporting Club du Sanctuaire Inc. v. 2320-4365 Québec Inc.*, [1989] R.D.J. 596 (Que. C.A.)).

98

Unfortunately, the drafting of the present reporting order was anything but clear. Its brevity and

Nous passons donc à l'analyse des points à l'origine de notre désaccord avec la façon dont les juges majoritaires tranchent le pourvoi.

Nous allons d'abord examiner la nature de l'ordonnance enjoignant de rendre compte, afin de déterminer si elle est conforme au principe de l'équité procédurale. Nous analyserons ensuite le principe de la séparation des pouvoirs et la règle du *functus officio*, et démontrerons que la question de savoir si le juge avait compétence pour rendre l'ordonnance en cause se rattache à celle de savoir s'il a contrevenu au principe de la séparation des pouvoirs. Dans les deux cas, nous nous interrogerons sur le caractère convenable de la réparation accordée. Dans le premier cas, nous évaluerons, du point de vue des parties visées, le caractère convenable de l'ordonnance enjoignant de rendre compte, alors que, dans le deuxième cas, nous analyserons ce caractère convenable à la lumière du rôle que les tribunaux doivent jouer dans notre ordre constitutionnel.

III. La rédaction de l'ordonnance et le principe de l'équité procédurale

La rédaction d'une demande de réparation par voie d'injonction ou d'une ordonnance de cette nature peut constituer un grand défi pour les avocats et les juges. Il peut parfois arriver que les tribunaux aient à prendre des mesures draconiennes, tel l'exercice du pouvoir d'infliger des sanctions civiles ou criminelles, y compris une peine d'emprisonnement, pour contraindre les parties à respecter une injonction qu'ils ont accordée (R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 6-7). En conséquence, pour que les tribunaux puissent intervenir, il est indispensable de bien informer les parties des obligations qui leur sont imposées et de définir clairement la norme de conformité qu'ils devront respecter. Les expressions vagues ou ambiguës n'ont pas leur place (*Sonoco Ltd. c. Local 433* (1970), 13 D.L.R. (3d) 617 (C.A.C.-B.), p. 621; *Sporting Club du Sanctuaire Inc. c. 2320-4365 Québec Inc.*, [1989] R.D.J. 596 (C.A. Qué.)).

Malheureusement, l'ordonnance enjoignant de rendre compte est loin d'être claire. Sa concision

apparent simplicity belie its actual complexity and the state of confusion and uncertainty in which it left not only all of the parties, but the trial judge himself at times. This order was final, not interim, and it was tied to the “best efforts order”, which was not couched in terms liable to shed much light on the nature of the obligations of the respondents. Given that this part of the order was not challenged on appeal, we will not discuss it at length, but instead, will focus exclusively on the reporting order which is the object of this appeal.

At first, when judgment was rendered, the reporting order read, at para. 245:

The applicants have requested that I should maintain jurisdiction. I agree to do so. I am scheduling a further appearance for Thursday, July 27, 2000 at 1:30 p.m., and at that time the respondents will report on the status of their efforts. I am requesting the respondents to utilize their best efforts to comply with this decision.

This drafting was slightly modified in the final order, dated December 14, 2000:

The Court shall retain jurisdiction to hear reports from the respondents respecting the respondents’ compliance with this Order. The respondents shall report to this Court on March 23, 2001 at 9:30 a.m., or on such other date as the Court may determine.

As Flinn J.A. observed in his reasons in the Court of Appeal ((2001), 194 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSCA 104), nobody knew the exact nature of these reports. Their form and content were undefined. There was no indication as to whether they should be delivered orally or in writing or both nor as to how detailed they should be and what kind of supporting documents, if any, would be needed. The order also provided for hearings, but again, it left the parties in the dark as to the procedure, purpose or nature of these sessions of the court. The parties learned only shortly before these hearings that affidavits needed to be filed and deponents made available for cross-examination. Further, there seemed to be little direction, if any at all, as to what sort of evidence was required to be included for the purpose of the hearings. The nature of these hearings, as the process

et sa simplicité apparente témoignent mal de sa véritable complexité ainsi que de la confusion et de l’incertitude qu’elle a engendré non seulement dans l’esprit de toutes les parties, mais parfois également dans celui du juge lui-même. Cette ordonnance a un caractère définitif et non provisoire, et se trouve liée à l’ordonnance « de faire de son mieux » qui ne renseigne pas beaucoup sur la nature des obligations de l’intimé. Nous n’examinerons pas en détail cette partie de l’ordonnance étant donné qu’elle n’a pas été portée en appel. Nous nous concentrerons plutôt exclusivement sur l’ordonnance enjoignant de rendre compte qui fait l’objet du présent pourvoi.

L’ordonnance enjoignant de rendre compte était ainsi libellée lors du jugement (au par. 245) :

[TRADUCTION] Les demandeurs ont sollicité une déclaration de compétence de ma part. J’acquiesce à leur demande. Les défendeurs devront comparaître de nouveau le jeudi 27 juillet 2000, à 13 h 30, afin de rendre compte des efforts qu’ils auront déployés. Je leur demande de faire de leur mieux pour se conformer à la présente décision.

Le texte de l’ordonnance définitive du 14 décembre 2000 diffère légèrement :

[TRADUCTION] La cour se déclare compétente pour entendre les comptes rendus des défendeurs sur leur respect de la présente ordonnance. Les défendeurs devront rendre compte à la cour, le 23 mars 2001 à 9 h 30, ou à toute autre date fixée par cette dernière.

Comme le juge Flinn de la Cour d’appel l’a fait observer dans ses motifs ((2001), 194 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSCA 104), personne ne connaissait exactement la nature de ces comptes rendus. Leur forme et leur contenu n’étaient pas précisés. Rien n’indiquait s’ils devraient être présentés de vive voix ou par écrit ou encore des deux manières, ni à quel point ils devraient être détaillés ou encore quelles pièces justificatives devaient être fournies. L’ordonnance prévoyait aussi la tenue d’auditions, mais là encore, sans préciser leur objet, leur nature ou encore la procédure qui leur serait applicable. Ce n’est que peu avant ces auditions que les parties ont appris qu’il serait nécessaire de déposer des affidavits et que leurs auteurs pourraient subir un contre-interrogatoire. De plus, il ne semblait guère y avoir de directives quant au genre de preuve requise pour

developed, appeared to become a cross between a mini-trial, an informal meeting with the judge and some kind of mediation session, for the purpose of monitoring the execution of the school-building program for Francophone students.

101 The trial judge himself seemed unsure about the nature of the hearings he had ordered and of the process he had initiated. At first, he appeared to lean towards the view that those hearings were regular sessions of the court, that he had not issued a final order and that additional relief could be requested. For example, in the July 27, 2000 hearing, the trial judge stated that in the hearings, he “would have the opportunity to determine if the Respondents were indeed making every or best efforts to comply” (appellants’ record, at p. 762). This was a reiteration of a claim made earlier in that hearing (appellants’ record, at p. 720). Similarly, in the August 9, 2000 hearing, the trial judge stated: “the amount of room I have with respect to a decision or direction or comment is very limited” (appellants’ record, at pp. 997-98); this statement implies that the trial judge had the power, albeit limited, to make orders. However, after the setting down of his formal order, at the last hearing in March 2001, he commented that he could not grant further relief, that he had fully disposed of the matter in his order and accompanying reasons, which were released the previous summer. He added that the sessions had a solely informational purpose.

102 In the meantime, schools were built or renovated and made available to Francophone students. It is difficult to determine whether those sessions accomplished anything in this respect. What these sessions certainly did was sow confusion, doubt and uncertainty about the obligations of the respondents and about the nature of a process that went on over several months. The trial judge appeared to view this process as open ended and indeterminate, with more sessions

les besoins de ces auditions. Au fur et à mesure qu’elles se déroulaient, les auditions ont paru tenir à la fois du mini-procès, de la rencontre informelle avec le juge et d’une sorte de séance de médiation, dont le but était de surveiller l’exécution du programme de construction d’écoles destinées aux élèves francophones.

Le juge de première instance lui-même semblait incertain de la nature des auditions qu’il avait ordonnées et du processus qu’il avait enclenché. Il a d’abord paru enclin à considérer qu’elles constituaient des audiences régulières de la cour, qu’il n’avait pas rendu une ordonnance définitive et qu’il serait possible de demander une réparation supplémentaire. Il a notamment déclaré, lors de l’audition du 27 juillet 2000, que ces auditions lui permettraient [TRADUCTION] « de déterminer si les intimés faisaient vraiment de leur mieux pour se conformer à l’ordonnance » (dossier des appelants, p. 762). Il ne faisait alors que réitérer une affirmation déjà faite au cours de cette audition (dossier des appelants, p. 720). De même, pendant l’audition du 9 août 2000, il a déclaré : [TRADUCTION] « je ne dispose que d’une latitude très mince en matière de décisions, de directives ou de commentaires » (dossier des appelants, p. 997-998); cette déclaration laisse entendre que le juge de première instance était habilité, quoique de façon limitée, à rendre des ordonnances. Toutefois, après avoir énoncé son ordonnance formelle lors de la dernière audition, en mars 2001, il a expliqué qu’il ne pouvait pas accorder une réparation supplémentaire, qu’il avait complètement tranché l’affaire dans son ordonnance et les motifs connexes déposés l’été précédent. Il a ajouté que les auditions avaient seulement pour but d’informer.

Pendant ce temps, des écoles étaient construites ou rénovées et mises à la disposition des élèves francophones. Il est difficile de savoir si ces auditions y étaient pour quelque chose. Toutefois, il est certain qu’elles ont semé la confusion, le doute et l’incertitude au sujet des obligations des intimés et de la nature d’un processus qui s’est étalé sur plusieurs mois. Le juge de première instance a paru considérer qu’il s’agissait d’un processus souple dont la durée était indéterminée, et qu’il pourrait à

being scheduled as he wished. Nobody really knew when it all would come to an end.

The uncertainty engendered by the reporting order was not merely inconvenient for the parties. In our view it amounted to a breach of the parties' interest in procedural fairness. One essential feature of a fair procedural rule is that its contents are clearly defined, and known in advance by the parties subject to it (*Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219, at pp. 233-36; see also: D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at p. 233; R. Dussault and L. Borgeat, *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1990), vol. 4, at pp. 279-82; S. A. de Smith, H. Woolf and J. L. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995 & Cum. Supp. 1998), at pp. 432-36).

Moreover, as we noted above, the trial judge in his initial characterization of the order seemed to believe, and certainly gave the impression, that he had the power to make further orders based on what was presented to him at the reporting sessions. In other words, he purported to have available the coercive power of the state to compel the parties to act, and suggested that he could do so based on conclusions that he would draw from the evidence placed before him. In the result, the parties found themselves before a trial judge who purported to exercise judicial functions and powers, and who provided almost nothing by way of procedural guidelines. The parties were denied notice which, as L'Heureux-Dubé J. has noted, is a rule "so fundamental in our legal system that I do not think there is any necessity to discuss it at length" (*Supermarchés Jean Labrecque*, *supra*, at p. 233). For this reason alone, the trial judge's order can be found to be inappropriate under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore void. Nonetheless, we turn now to a discussion of the principles of separation of powers and *functus officio*. Consideration of these principles will aid in assessing the appropriateness of the remedy, in light of the judiciary's proper role within our constitutional order.

loisir fixer d'autres dates d'audition. Personne ne savait exactement quand tout cela se terminerait.

L'incertitude créée par l'ordonnance enjoignant de rendre compte n'était pas une simple source d'ennui pour les parties. Nous estimons qu'elle constituait également une atteinte à leur droit à l'équité procédurale. Une règle de procédure ne peut être considérée comme juste et équitable que si son contenu est clairement défini et connu des parties auxquelles elle s'applique (*Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219, p. 233-236; voir également D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 233; R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1989), t. III, p. 393-398; S. A. de Smith, H. Woolf et J. L. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5^e éd. 1995 & suppl. 1998), p. 432-436).

En outre, comme nous l'avons vu, lorsqu'il a caractérisé l'ordonnance au départ, le juge de première instance a semblé croire et a sûrement donné l'impression qu'il avait le pouvoir de rendre des ordonnances supplémentaires en fonction de ce qui lui serait présenté lors des auditions. En d'autres termes, il se prétendait habilité à exercer le pouvoir de l'État de contraindre les parties à agir, et laissait entendre qu'il pourrait le faire selon les conclusions qu'il tirerait de la preuve qui lui serait soumise. En définitive, les parties se sont trouvées devant un juge qui prétendait exercer des fonctions et pouvoirs judiciaires, et qui ne leur a fourni presque aucune directive en matière de procédure. Il n'a pas donné aux parties un avis suffisant, contrevenant ainsi à ce que la juge L'Heureux-Dubé a qualifié de règle « si fondamentale dans notre droit que je ne crois pas nécessaire d'en faire une longue démonstration » (*Supermarchés Jean Labrecque*, précité, p. 233). Il est possible, pour cette seule raison, de considérer que l'ordonnance du juge de première instance n'est pas convenable au sens du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elle est donc nulle et sans effet. Nous allons néanmoins analyser le principe de la séparation des pouvoirs et la règle du *functus officio*, ce qui nous aidera à déterminer si la réparation est convenable compte tenu du rôle que les tribunaux doivent jouer dans notre ordre constitutionnel.

103

104

IV. The Appropriate Role of the Judiciary

105

While superior courts' powers to craft *Charter* remedies may not be constrained by statutory or common law limits, they are nonetheless bound by rules of fundamental justice, as we have shown above, and by constitutional boundaries, as we shall see below. In the context of constitutional remedies, courts fulfill their proper function by issuing orders precise enough for the parties to know what is expected of them, and by permitting the parties to execute those orders. Such orders are final. A court purporting to retain jurisdiction to oversee the implementation of a remedy, after a final order has been issued, will likely be acting inappropriately on two levels. First, by attempting to extend the court's jurisdiction beyond its proper role, it will breach the separation of powers principle. Second, by acting after exhausting its jurisdiction, it will breach the *functus officio* doctrine. We will look at each of these breaches in turn.

1. *The Separation of Powers*

106

Courts are called upon to play a fundamental role in the Canadian constitutional regime. When needed, they must be assertive in enforcing constitutional rights. At times, they have to grant such relief as will be required to safeguard basic constitutional rights and the rule of law, despite the sensitivity of certain issues or circumstances and the reverberations of their decisions in their societal environment. Despite — or, perhaps, because of — the critical importance of their functions, courts should be wary of going beyond the proper scope of the role assigned to them in the public law of Canada. In essence, this role is to declare what the law is, contribute to its development and to give claimants such relief in the form of declarations, interpretation and orders as will be needed to remedy infringements of constitutional and legal rights by public authorities.

IV. Le rôle que doivent jouer les tribunaux

Bien qu'il ne puisse pas être limité par une disposition législative ou une règle de common law, l'exercice par les cours supérieures de leur pouvoir d'accorder des réparations fondées sur la *Charte* doit respecter, comme nous l'avons vu, les règles de justice fondamentale et, comme nous le verrons plus loin, certaines limites imposées par la Constitution. En matière de réparations fondées sur la Constitution, les tribunaux ne remplissent correctement leur fonction que s'ils rendent des ordonnances assez précises pour que les parties sachent ce qu'on attend d'elles et soient ainsi en mesure d'exécuter ces ordonnances. Ces ordonnances sont définitives. Un tribunal qui, après avoir rendu une ordonnance définitive, prétend se déclarer compétent pour surveiller la mise en œuvre de la réparation ordonnée est susceptible d'errer sur deux plans. Premièrement, en essayant d'élargir son champ de compétence au-delà du rôle qu'il doit jouer, il contrevient au principe de la séparation des pouvoirs. Deuxièmement, en continuant d'agir après avoir épuisé sa compétence, il enfreint la règle du *functus officio*. Nous allons examiner successivement ces deux violations.

1. *La séparation des pouvoirs*

Les tribunaux sont appelés à jouer un rôle fondamental dans le régime constitutionnel canadien. Ils doivent, au besoin, assurer avec fermeté le respect des droits constitutionnels. Malgré la nature délicate de certaines questions ou circonstances et les répercussions sociales de leurs décisions, les tribunaux doivent parfois accorder la réparation nécessaire pour préserver des droits fondamentaux garantis par la Constitution et pour maintenir la primauté du droit. En dépit — ou peut-être à cause — de l'importance cruciale de leurs fonctions, les tribunaux doivent prendre garde de ne pas outrepasser le rôle qui leur est assigné en droit public canadien. Ce rôle consiste essentiellement à dire le droit, à contribuer à son évolution et à accorder à des demandeurs les réparations sous forme de jugement déclaratoire, d'interprétation ou d'ordonnance qui sont

Beyond these functions, an attitude of restraint remains all the more justified, given that, as the majority reasons acknowledge, Canada has maintained a tradition of compliance by governments and public servants with judicial interpretations of the law and court orders.

Given the nature of the Canadian parliamentary system, the existence of a true doctrine of separation of powers in Canada was sometimes put in doubt (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), at p. 7-24; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at para. 52). It is true that Canadians have never adopted a watertight system of separation of judicial, legislative and executive functions. In the discharge of their functions, courts have had to strike down laws, regulations or administrative decisions. They have imposed liability on the Crown or public bodies and have awarded damages against them. Forms of administrative justice or adjudication have grown out of the development of executive functions (*Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, [2003] 1 S.C.R. 884, 2003 SCC 36). Such developments may be said to have blurred theoretical distinctions between government functions. Nevertheless, in a broad sense, a separation of powers is now entrenched as a cornerstone of our constitutional regime.

More particularly, the distinction clearly stands out in respect of the relationship of courts on one side and of the legislatures and executive or public administration on the other (H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4th ed. 2002), at pp. 756-57). Our Court has acknowledged the fundamental nature of the separation

nécessaires pour remédier aux atteintes à des droits conférés par la Constitution ou par la loi, dont sont responsables les autorités publiques. Au-delà de ces fonctions, une attitude de retenue est d'autant plus justifiée qu'il existe au Canada — comme le reconnaissent les juges majoritaires en l'espèce — une tradition de respect des interprétations et des ordonnances judiciaires de la part des gouvernements et des fonctionnaires.

La nature du régime parlementaire canadien a parfois eu pour effet de jeter le doute sur l'existence d'un véritable principe de séparation des pouvoirs au Canada (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), p. 7-24; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 52). Il est vrai que les Canadiens n'ont jamais adopté un système étanche de séparation des fonctions judiciaire, législative et exécutive. Dans l'exercice de leurs fonctions, les tribunaux ont parfois été appelés à invalider des lois, des règlements ou encore des décisions administratives. Il leur est arrivé de conclure à la responsabilité de l'État ou d'organismes publics et de leur ordonner de verser des dommages-intérêts. L'évolution de la fonction exécutive a engendré de nouveaux types de justice administrative et de fonctions juridictionnelles (*Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884, 2003 CSC 36). On peut dire que les distinctions théoriques entre les fonctions gouvernementales s'en sont trouvées estompées. Malgré tout, il reste que, généralement parlant, la séparation des pouvoirs est maintenant consacrée en tant que pierre d'assise de notre régime constitutionnel.

En particulier, la distinction ressort clairement en ce qui a trait à la relation qui existe entre les tribunaux, d'une part, et le législateur et l'exécutif ou encore l'administration publique, d'autre part (H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4^e éd. 2002), p. 756-757). La Cour a reconnu le caractère fondamental de la séparation

of powers, although some of its pronouncements emphasize its functional nature (*New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319). Indeed, our Court has recently characterized this principle as a defining feature of the Canadian Constitution (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*Provincial Court Judges Reference*”); see also *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 469-70).

des pouvoirs même si, dans certains arrêts, elle met l’accent sur la nature fonctionnelle de cette séparation (*New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319). D’ailleurs, elle qualifiait récemment ce principe de caractéristique fondamentale de la Constitution canadienne (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi sur les juges de la Cour provinciale* »); voir aussi *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 469-470).

109 Our Court has strongly emphasized and vigorously applied the principle of separation of powers in order to uphold the independence of the judiciary (see for example: *Provincial Court Judges Reference*, *supra*; see also *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13). In that context, the principle was viewed as a shield designed to protect the judiciary in order to allow it to discharge its duties under the Constitution with complete independence and impartiality. Nothing less was required to maintain the normative ordering of the Canadian legal system.

La Cour a fait une large place au principe de la séparation des pouvoirs qu’elle s’est employée vigoureusement à appliquer pour préserver l’indépendance des tribunaux (voir notamment le *Renvoi sur les juges de la Cour provinciale*, précité; voir aussi l’arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13). Dans ce contexte, le principe était perçu comme un rempart destiné à permettre aux tribunaux de s’acquitter, d’une manière complètement indépendante et impartiale, des obligations que leur impose la Constitution. Le maintien de l’ordre normatif du système juridique canadien ne commandait rien de moins.

110 However, the principle of separation of powers has an obverse side as well, which equally reflects the appropriate position of the judiciary within the Canadian legal system. Aside from their duties to supervise administrative tribunals created by the executive and to act as vigilant guardians of constitutional rights and the rule of law, courts should, as a general rule, avoid interfering in the management of public administration.

Dans son application, le principe de la séparation des pouvoirs comporte toutefois un autre aspect, lequel reflète également la place qui revient au pouvoir judiciaire à l’intérieur du système juridique canadien. En plus d’être tenus d’exercer les fonctions de surveillance des tribunaux administratifs que leur confie l’exécutif et de veiller attentivement au respect des droits garantis par la Constitution et au maintien de la primauté du droit, les tribunaux judiciaires doivent, en général, éviter de s’immiscer dans la gestion de l’administration publique.

111 More specifically, once they have rendered judgment, courts should resist the temptation to directly oversee or supervise the administration of their orders. They should generally operate under

Plus particulièrement, les tribunaux qui ont rendu jugement doivent résister à la tentation de superviser ou surveiller directement l’exécution de leurs ordonnances. Ils doivent généralement présumer que leurs

a presumption that judgments of courts will be executed with reasonable diligence and good faith. Once they have declared what the law is, issued their orders and granted such relief as they think is warranted by circumstances and relevant legal rules, courts should take care not to unnecessarily invade the province of public administration. To do otherwise could upset the balance that has been struck between our three branches of government.

This is what occurred in the present case. When the trial judge attempted to oversee the implementation of his order, he not only assumed jurisdiction over a sphere traditionally outside the province of the judiciary, but also acted beyond the jurisdiction with which he was legitimately charged as a trial judge. In other words, he was *functus officio* and breached an important principle which reflects the nature and function of the judiciary in the Canadian constitutional order, as we shall see now.

2. *Functus Officio*

Canadian doctrinal and judicial writing on *functus officio* is sparse, even though the rule itself derives from an old case of the English Court of Appeal (*In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88). Essentially, the rule is that the court has no jurisdiction to reopen or amend a final decision, except in two cases: (1) where there has been a slip in drawing up the judgment, or (2) where there has been error in expressing the manifest intention of the court (see *In re Swire* (1885), 30 Ch. D. 239 (C.A.); *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] S.C.R. 186). More recently, this Court affirmed that this rule need not always be rigidly applied to tribunals in the administrative law context when the policy reasons for it are not present (*Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848).

The existence and scope of a right of appeal has often been made the focus of analytical attention in applying the *functus* doctrine. Such was the case when the power of the Court of Chancery to

jugements seront exécutés avec diligence raisonnable et de bonne foi. Après avoir dit le droit, rendu leurs ordonnances et accordé les réparations qu'ils estiment justifiées compte tenu des circonstances et des règles de droit applicables, les tribunaux doivent prendre soin de ne pas s'immiscer inutilement dans l'administration publique, sinon l'équilibre entre les trois branches du gouvernement risque d'être perturbé.

C'est ce qui s'est produit en l'espèce. Lorsqu'il a tenté de superviser l'exécution de son ordonnance, le juge de première instance s'est non seulement déclaré compétent dans un domaine qui, traditionnellement, ne relève pas des tribunaux, mais il a également outrepassé la compétence légitime dont il est investi en tant que juge de première instance. Autrement dit, il était dessaisi de l'affaire et, comme nous allons le voir, a, de ce fait, contrevenu à un principe important qui reflète la nature et la fonction des tribunaux dans l'ordre constitutionnel canadien.

2. *Le functus officio*

Au Canada, la jurisprudence et la doctrine relatives au *functus officio* est peu abondante, bien que cette règle émane d'un arrêt ancien de la Cour d'appel d'Angleterre (*In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88). La règle du *functus officio* veut essentiellement que les tribunaux n'aient pas compétence pour rouvrir ou modifier une décision définitive, sauf dans deux cas : (1) en cas d'emploi involontaire d'un mot pour un autre dans le texte du jugement, ou (2) en cas d'erreur dans l'expression de l'intention manifeste de la cour (voir *In re Swire* (1885), 30 Ch. D. 239 (C.A.); *Paper Machinery Ltd. c. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] R.C.S. 186). Plus récemment, la Cour affirmait qu'il n'est pas toujours nécessaire d'appliquer rigoureusement cette règle aux tribunaux administratifs, lorsque les raisons de principe de l'appliquer ne sont pas réunies (*Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848).

L'existence et la portée d'un droit d'appel ont souvent été au centre de l'analyse visant à déterminer s'il y avait lieu d'appliquer la règle du *functus officio*. Il en était ainsi au moment où, en 1873,

112

113

114

rehear cases was extinguished by the *Judicature Acts* in 1873 by fusing common law and equity jurisdictions into one court and providing for a single appeal to a newly created Court of Appeal (*In re St. Nazaire, supra*). Originally, this was also the focus of the *functus* analysis for administrative tribunals that had rights of appeal tightly constrained by statute (see *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577). However, the underlying rationale for the doctrine is clearly more fundamental: that for the due and proper administration of justice, there must be finality to a proceeding to ensure procedural fairness and the integrity of the judicial system. The point is plainly made by Sopinka J. in *Chandler, supra*, at pp. 861-62:

As a general rule, once . . . a tribunal has reached a final decision in respect to the matter that is before it in accordance with its enabling statute, that decision cannot be revisited because the tribunal has changed its mind, made an error within jurisdiction or because there has been a change of circumstances. . . .

To this extent, the principle of *functus officio* applies. It is based, however, on the policy ground which favours finality of proceedings rather than the rule which was developed with respect to formal judgments of a court whose decision was subject to a full appeal.

115

If a court is permitted to continually revisit or reconsider final orders simply because it has changed its mind or wishes to continue exercising jurisdiction over a matter, there would never be finality to a proceeding, or, as G. Pépin and Y. Ouellette have perceptively termed it, the providing of [TRANSLATION] “legal security” for the parties (*Principes de contentieux administratif* (2nd ed. 1982), at p. 221). This concern for finality is evident in the definition of *functus officio*:

[TRANSLATION] Qualifies a court or tribunal, a public body or an official that is no longer seized of a matter

les *Judicature Acts* ont mis fin au pouvoir de la Cour de Chancellerie de réentendre une affaire, par le regroupement des juridictions de common law et d’équité en une seule cour et par la création d’un droit d’appel unique devant une nouvelle cour d’appel (*In re St. Nazaire, précité*). À l’origine, ces questions étaient également au centre de l’analyse visant à déterminer si la règle du *functus officio* s’appliquait aux tribunaux administratifs où le droit d’appel était rigoureusement limité par la loi (voir *Grillas c. Ministre de la Main-d’Œuvre et de l’Immigration*, [1972] R.C.S. 577). Toutefois, ce principe repose manifestement sur un raisonnement plus fondamental, à savoir que la bonne administration de la justice exige que les procédures aient un caractère définitif de façon à maintenir l’équité procédurale et l’intégrité du système judiciaire. Le juge Sopinka s’est clairement exprimé sur ce point dans *Chandler, précité*, p. 861-862 :

En règle générale, lorsqu’un [. . .] tribunal a statué définitivement sur une question dont il était saisi conformément à sa loi habilitante, il ne peut revenir sur sa décision simplement parce qu’il a changé d’avis, parce qu’il a commis une erreur dans le cadre de sa compétence, ou parce que les circonstances ont changé . . .

Le principe du *functus officio* s’applique dans cette mesure. Cependant, il se fonde sur un motif de principe qui favorise le caractère définitif des procédures plutôt que sur la règle énoncée relativement aux jugements officiels d’une cour de justice dont la décision peut faire l’objet d’un appel en bonne et due forme.

Si les tribunaux pouvaient continuellement revoir ou réexaminer des ordonnances définitives simplement parce qu’ils changent d’idée ou qu’ils souhaitent continuer d’exercer leur compétence à l’égard d’une affaire, les procédures n’auraient jamais de caractère définitif ou, comme l’ont affirmé avec perspicacité G. Pépin et Y. Ouellette, il n’y aurait aucune « sécurité juridique » pour les parties (*Principes de contentieux administratif* (2^e éd. 1982), p. 221). Ce souci du caractère définitif ressort clairement de la définition de l’expression *functus officio* :

Se dit d’un tribunal, d’un organisme public ou d’un fonctionnaire qui est dessaisi d’une affaire parce qu’il a cessé

because it or he or she has discharged the office. E.g. A judge who has pronounced a final judgment is *functus officio*.

(H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2001), at p. 253)

The principle ensures that subject to an appeal, parties are secure in their reliance on the finality of superior court decisions.

This common law rule is further reflected in modern rules of civil procedure (see, e.g., Nova Scotia *Civil Procedure Rules*, Rule 15.07) and the interpretation of criminal appeal provisions (see *R. v. H. (E.F.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 89 (Ont. C.A.), considering s. 675 of the *Criminal Code*). Whether in its common law or statutory form, the doctrine of *functus officio* provides that only in strictly limited circumstances can a court revisit an order or judgment (see Nova Scotia *Civil Procedure Rules*, Rule 15.08). If it were otherwise, there would be, to paraphrase Charron J.A. in *H. (E.F.)*, *supra*, at p. 101, the recurring danger of the trial process becoming or appearing to become a “never closing revolving door” through which litigants could come and go as they pleased.

In addition to this concern with finality, the question of whether a court is clothed with the requisite authority to act raises concerns related to the separation of powers, a principle that transcends procedural and common law rules. In our view, if a court intervenes, as here, in matters of administration properly entrusted to the executive, it exceeds its proper sphere and thereby breaches the separation of powers. By crossing the boundary between judicial acts and administrative oversight, it acts illegitimately and without jurisdiction. Such a crossing of the boundary cannot be characterized as relief that is “appropriate and just in the circumstances” within the meaning of s. 24(1) of the *Charter*.

l'exercice de sa fonction. Ex. Le juge qui a prononcé un jugement final est *functus officio*.

(H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2001), p. 253)

Ce principe garantit que, sous réserve d'un appel, les parties peuvent compter sur le caractère définitif des décisions des cours supérieures.

Cette règle de common law se reflète également dans les règles de procédure civile contemporaines (voir, par exemple, les *Civil Procedure Rules* de la Nouvelle-Écosse, art. 15.07), ainsi que dans l'interprétation des dispositions relatives aux appels en matière criminelle (voir l'arrêt *R. c. H. (E.F.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 89 (C.A. Ont.), qui porte sur l'art. 675 du *Code criminel*). Que ce soit sous forme de règle de common law ou de disposition législative, la règle du *functus officio* veut qu'un tribunal ne puisse revenir sur une ordonnance ou un jugement que dans des circonstances très limitées (voir les *Civil Procedure Rules* de la Nouvelle-Écosse, art. 15.08). S'il en était autrement, il y aurait, pour paraphraser le juge Charron dans l'arrêt *H. (E.F.)*, précité, p. 101, un risque constant que le procès devienne ou paraisse devenir un exercice interminable auquel les justiciables peuvent décider, à leur gré, de se prêter ou de ne plus se prêter.

116

Outre ce souci du caractère définitif, la question de savoir si un tribunal a la compétence voulue pour agir suscite des inquiétudes liées à l'application du principe de la séparation des pouvoirs qui transcende les règles de procédure et de common law. Nous sommes d'avis que, lorsque, comme cela a été fait en l'espèce, un tribunal intervient dans des questions d'administration relevant à juste titre de l'exécutif, ce tribunal sort de son propre champ de compétence et contrevient, de ce fait, au principe de la séparation des pouvoirs. En franchissant la ligne qui sépare les mesures judiciaires et les mesures de surveillance administrative, le tribunal agit de manière illégitime et sans posséder la compétence voulue. Un tel geste ne saurait être qualifié de réparation « convenable et juste eu égard aux circonstances », au sens du par. 24(1) de la *Charte*.

117

V. Application of the Relevant Principles to the Present Case

118 When the above principles are applied to the present facts, it is evident that McIntyre J.'s admonition in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, that s. 24(1) "was not intended to turn the Canadian legal system upside down" is apropos (p. 953). In our view, the trial judge's remedy undermined the proper role of the judiciary within our constitutional order, and unnecessarily upset the balance between the three branches of government. As a result, the trial judge in the present circumstances acted inappropriately, and contrary to s. 24(1).

119 As we noted above, the trial judge equivocated on the question of whether his purported retention of jurisdiction empowered him to make further orders. Regardless of which position is taken, the separation of powers was still breached. On the one hand, if he did purport to be able to make further orders, based on the evidence presented at the reporting hearings, he was *functus officio*. We find it difficult to imagine how any subsequent order would not have resulted in a change to the original final order. This necessarily falls outside the narrow exceptions provided by *functus officio*, and breaches that rule.

120 Such a breach would also have resulted in a violation of the separation of powers principle. By purporting to be able to make subsequent orders, the trial judge would have assumed a supervisory role which included administrative functions that properly lie in the sphere of the executive. These functions are beyond the capacities of courts. The judiciary is ill equipped to make polycentric choices or to evaluate the wide-ranging consequences that flow from policy implementation. This Court has recognized that courts possess neither the expertise nor the resources to undertake public administration. In

V. L'application des principes pertinents à la présente affaire

L'application des principes susmentionnés aux faits de la présente affaire permet de constater la pertinence de la mise en garde du juge McIntyre dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 953, selon laquelle le par. 24(1) « n'était pas cens[é] provoquer le bouleversement du système judiciaire canadien ». À notre avis, la réparation accordée par le juge de première instance mine le rôle que les tribunaux doivent jouer dans notre ordre constitutionnel et perturbe inutilement l'équilibre entre les trois branches du gouvernement. Par conséquent, eu égard aux circonstances de la présente affaire, le juge de première instance a agi d'une façon inappropriée et contraire au par. 24(1).

Comme nous l'avons vu, il n'a pas expliqué clairement si la déclaration de compétence qu'il prétendait faire l'habilitait à rendre des ordonnances supplémentaires. Quel que soit le point de vue choisi, il reste que le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas respecté. À supposer qu'il a effectivement prétendu qu'il aurait compétence pour rendre des ordonnances supplémentaires en se fondant sur la preuve qui serait soumise aux auditions de comptes rendus, le juge de première instance a eu tort car il était dessaisi de l'affaire. Nous voyons mal comment une ordonnance subséquente n'aurait pas opéré de modification à l'ordonnance initiale définitive. Une telle mesure outrepasserait nécessairement le champ des exceptions bien précises que prévoit la règle du *functus officio* et contrevient donc à cette règle.

Cette mesure aura également entraîné une violation du principe de la séparation des pouvoirs. En prétendant être en mesure de rendre des ordonnances subséquentes, le juge de première instance s'attribuait un rôle de surveillance comportant des fonctions administratives qui relèvent, à juste titre, de l'exécutif. Ces fonctions excèdent la compétence des tribunaux. Les tribunaux ne sont pas en mesure de faire des choix polycentriques ou d'évaluer toute la gamme des conséquences de la mise en œuvre d'une politique générale. Notre Cour a reconnu que les tribunaux judiciaires ne possèdent ni l'expertise

Eldridge v. British Columbia (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 96, it was held that in light of the “myriad options” available to the government to rectify the unconstitutionality of the impugned system, it was “not this Court’s role to dictate how this is to be accomplished”.

In addition, if he purported to adopt a managerial role, the trial judge undermined the norm of co-operation and mutual respect that not only describes the relationship between the various actors in the constitutional order, but defines its particularly Canadian nature, and invests each branch with legitimacy. In *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, Iacobucci J. noted that “respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the other branches respect each others’ role and the role of the courts” (para. 136). He discussed the wording of provisions of the *Charter* that expressed this norm of mutual respect (para. 137), and remarked that this norm has “the effect of enhancing the democratic process” (para. 139).

Similarly, McLachlin J. (as she then was) in the 1990 Weir Memorial Lecture reviewed the elements of our legal culture — including our political climate, our tradition of judicial restraint, and the system of references — that have contributed to a spirit of co-operation, rather than confrontation among the branches of government (B. M. McLachlin, “The Charter: A New Role for the Judiciary?” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 540, at pp. 554-56). Moreover, referring to her reasons in *Dixon v. British Columbia (Attorney-General)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 247 (B.C.S.C.), she spoke to the importance of considerations of institutional legitimacy for a court crafting a remedy (at p. 557):

It was not for me, I felt, to dictate to the Legislature what sort of law they should enact; that was the responsibility of the elected representatives. But, again following a time-honoured judicial tradition, I offered advice

ni les ressources nécessaires pour prendre en charge l’administration publique. Dans l’arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 96, elle a conclu que, devant la « myriade de solutions » dont disposait le gouvernement pour remédier à l’inconstitutionnalité du système en cause, il n’appartenait pas à la Cour « de lui dicter le moyen à prendre ».

En outre, s’il prétendait adopter un rôle de gestion, le juge de première instance remettait en question la norme de coopération et de respect mutuel qui, en plus de caractériser la relation entre les divers acteurs de l’ordre constitutionnel, en définit le contenu particulier dans le contexte canadien et contribue à la légitimité de chaque branche du gouvernement. Dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 136, le juge Iacobucci souligne qu’il « est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l’exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux ». Analysant le libellé des dispositions de la *Charte* qui établissent la norme de respect mutuel (par. 137), il fait remarquer que cette norme enrichit le processus démocratique (par. 139).

De même, dans son allocution Weir Memorial Lecture en 1990, la juge McLachlin (plus tard Juge en chef) a passé en revue les éléments de notre culture juridique — dont notre climat politique, notre tradition de déférence judiciaire et le système de renvoi — qui ont contribué à développer un esprit de coopération, plutôt que de confrontation, entre les branches du gouvernement (B. M. McLachlin, « The Charter : A New Role for the Judiciary? » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 540, p. 554-556). De plus, évoquant ses motifs dans l’affaire *Dixon c. British Columbia (Attorney-General)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 247 (C.S.C.-B.), elle a parlé de l’importance que les tribunaux tiennent compte de la légitimité institutionnelle en concevant une réparation (à la p. 557) :

[TRADUCTION] J’estimais qu’il appartenait aux représentants élus, et non pas à moi, de dicter à la législature la sorte de loi qu’elle devait adopter. Mais, là encore, conformément à une longue tradition judiciaire, j’ai

121

122

on what limits on the principle of one person-one vote, might be acceptable.

123

McLachlin J. expressed this concern for the principle of democratic legitimacy in respect of the relationship between the judiciary and the legislature, but the principle extends to that between the judiciary and the executive. This Court has recognized that in the Canadian parliamentary system, the executive is inextricably tied to the legislative branch. The Court in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312, at p. 320, observed that “[t]here is thus a considerable degree of integration between the Legislature and the Government”. In *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 53, the Court held: “On a practical level, it is recognized that the same individuals control both the executive and legislative branches of government.”

124

Therefore, just as the legislature should, after a judicial finding of a *Charter* breach retain independence in writing its legislative response, the executive should after a judicial finding of a breach, retain autonomy in administering government policy that conforms with the *Charter*. In our constitutional order, the legislature and the executive are intimately interrelated and are the principal *loci* of democratic will. Judicial respect for that will should extend to both branches.

125

Thus, if the trial judge’s initial suggestion that he could continue to make orders, and thereby effectively engage in administrative supervision and decision making accurately characterizes the nature of the reporting sessions, the order for reporting sessions breached the constitutional principle of separation of powers. Since no part of the Constitution can be interpreted to conflict with another, that order cannot be considered appropriate and just in the circumstances, under s. 24(1). The trial judge’s order for reporting sessions should also be considered inappropriate because it put into question the Canadian tradition of mutual respect between the judiciary and the institutions that are the repository of democratic will.

prodigué des conseils sur la limitation du principe « une personne-un vote » qui pourrait être acceptable.

La juge McLachlin défendait alors le principe de la légitimité démocratique dans son application à la relation entre les tribunaux et le législateur, mais ce principe s’applique également à la relation entre les tribunaux et le pouvoir exécutif. Notre Cour a reconnu que, dans le régime parlementaire canadien, l’exécutif est inextricablement lié à la branche législative. Dans l’arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312, p. 320, elle a fait observer qu’il existe « une [large mesure d’]intégration du gouvernement à la Législature ». Dans l’arrêt *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 53, la Cour a statué qu’« [e]n pratique, il est admis que les mêmes personnes contrôlent à la fois les organes exécutif et législatif du gouvernement ».

Par conséquent, tout comme le législateur doit faire preuve d’indépendance en légiférant à la suite de la conclusion d’un tribunal qu’il y a eu violation de la *Charte*, l’exécutif doit agir de manière autonome par rapport au judiciaire en appliquant une politique gouvernementale conforme à la *Charte*. Dans notre ordre constitutionnel, les pouvoirs législatif et exécutif sont étroitement liés et constituent les principaux sièges de la volonté démocratique. Les tribunaux doivent respecter cette volonté dans les deux cas.

Donc, si l’idée initiale du juge de première instance selon laquelle il pouvait continuer à rendre des ordonnances et exercer ainsi, en réalité, une surveillance et une fonction décisionnelle administratives témoigne exactement de la nature des auditions de comptes rendus, l’ordonnance qui prescrit ces auditions viole alors le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. En raison de l’impossibilité de considérer qu’il y a incompatibilité entre les différents principes constitutionnels, cette ordonnance ne saurait être qualifiée de convenable et juste eu égard aux circonstances, au sens du par. 24(1). De même, elle ne saurait être qualifiée de convenable étant donné qu’elle rompt avec la tradition de respect mutuel qui existe, au Canada, entre les tribunaux et les institutions dépositaires de la volonté démocratique.

If, however, the trial judge's statement in the last session that he could not make further orders correctly characterized his remedial order, then he breached the separation of powers in another way. When considered in light of this constitutional principle and applied to the present facts, McLachlin C.J.'s proposition that "s. 24 should not be read so broadly that it endows courts and tribunals with powers that they were never intended to exercise" (*R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81 ("*Dunedin*"), at para. 22) leads to the conclusion that the trial judge's remedy was not appropriate and just in the circumstances.

The appellants argued that the trial judge retained jurisdiction only to hear reports, and that these hearings had purely "suasive" value. They also argued that the hearings were designed to hold "the Province's feet to the fire" (SCC hearing transcripts). They further suggested that the threat of having to report to the trial judge functioned as an incentive for the government to comply with the best efforts order. In the words of the appellants:

Is it a coincidence that, after a nine month delay (October 1999 to July 2000) the Province called for tenders eight days before the reporting hearing and "fast tracked" the school? The Province knew that it would have to report on July 27. The Province ensured that a call for tenders and a construction schedule were in place for July 27.

If this characterization of the trial judge's activity is accurate, then the order for reporting sessions did not result in the exercise of adjudicative, or any other, functions that traditionally define the ambit of a court's proper sphere. Moreover, it resulted in activity that can be characterized as political. According to the appellants' characterization, a primary purpose of the hearings was to put public

Toutefois, si l'ordonnance réparatrice qu'il a accordée se définit plutôt par son affirmation, lors de la dernière audition, qu'il ne pouvait pas rendre des ordonnances supplémentaires, le juge de première instance a alors violé d'une autre façon le principe de la séparation des pouvoirs. Interprétée à la lumière de ce principe constitutionnel et appliquée aux faits de la présente affaire, la proposition de la juge en chef McLachlin, selon laquelle « l'art. 24 ne doit pas être interprété de façon si large qu'il aurait pour effet d'investir les tribunaux judiciaires et administratifs de pouvoirs qu'ils n'ont jamais été censés exercer » (*R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81 (« *Dunedin* »), par. 22), amène à conclure que la réparation accordée par le juge de première instance n'était pas convenable et juste eu égard aux circonstances.

Les appellants ont soutenu que le juge de première instance s'est déclaré compétent uniquement pour entendre des comptes rendus et que ces auditions n'avaient qu'une valeur « persuasive ». Ils ont également fait valoir que le but des auditions était [TRADUCTION] « [d']exercer une pression sur la province » (transcription de l'audience devant notre Cour). Ils ont ajouté que le fait d'être menacé de rendre compte au juge de première instance a incité le gouvernement à se conformer à l'ordonnance l'enjoignant de faire de son mieux. D'affirmer les appellants :

[TRADUCTION] Est-ce le fruit du hasard si, après neuf mois d'inertie (octobre 1999 à juillet 2000), la province a lancé des appels d'offres huit jours avant la tenue de l'audition de comptes rendus et a accéléré le projet des écoles? La province savait qu'elle devrait présenter un compte rendu le 27 juillet. Elle a veillé à ce que l'échéancier des travaux de construction soit établi et que l'appel d'offres soit déjà lancé à cette date.

Si cette description de l'action du juge de première instance est exacte, alors l'ordonnance enjoignant de rendre compte ne correspondait pas à l'exercice de la fonction juridictionnelle ou de toute autre fonction qui relève traditionnellement de la compétence des tribunaux. De plus, elle s'est soldée par une action susceptible d'être qualifiée de politique. Selon les appellants, les auditions avaient

126

127

128

pressure on the government to act. This kind of pressure is paradigmatically associated with political actors. Indeed, the practice of publicly questioning a government on its performance, without having any legal power to compel it to alter its behaviour, is precisely that undertaken by an opposition party in the legislature during question period.

129

In the above, we reasoned that the trial judge, by breaching the separation of powers, would have put in question the norm of co-operation that defines the relationship between the branches of government in Canada. We will presently demonstrate how the trial judge, by improperly altering the relationship between the judiciary and the executive, would have breached the separation of powers.

130

In *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, Lamer C.J. described the separation of powers as providing that “the relationships between the different branches of government should have a particular character” (para. 139 (emphasis in original)). In particular, according to him, the separation of powers doctrine requires that these relationships be depoliticized (para. 140 (emphasis in original)).

131

In that case, Lamer C.J. remarked that the legislature and the executive cannot exert, and cannot appear to exert political pressure on the judiciary (para. 140). The reciprocal proposition applies to the immediate case. With the reporting hearings, the trial judge may have sought to exert political or public pressure on the executive, and at least appeared to do so. In our view, such action would tend to politicize the relationship between the executive and the judiciary.

132

If the reporting hearings were intended to hold “the Province’s feet to the fire”, the character of the relationship between the judiciary and the executive was improperly altered and, as per the *Provincial Court Judges Reference*, the constitutional principle of separation of powers

principalement pour but de presser ouvertement le gouvernement d’agir. Ce genre de pression est traditionnellement associé à l’action des intervenants politiques. En fait, l’opposition agit exactement de cette manière lorsqu’elle interpelle publiquement le gouvernement sur son action, bien qu’elle ne puisse pas légalement le contraindre à modifier sa conduite.

Nous avons affirmé, plus haut, que la violation du principe de la séparation des pouvoirs par le juge de première instance aura remis en question la norme de coopération qui définit la relation entre les branches du gouvernement au Canada. Nous allons maintenant démontrer comment cette modification irrégulière de la relation entre les tribunaux et le pouvoir exécutif aura violé le principe de la séparation des pouvoirs.

Dans le *Renvoi sur les juges de la Cour provinciale*, précité, le juge en chef Lamer affirme que, selon le principe de la séparation des pouvoirs, « les rapports [que les trois branches du gouvernement] entretiennent devraient revêtir un caractère particulier » (par. 139 (souligné dans l’original)). Il estime, en particulier, que la séparation des pouvoirs exige que ces rapports soient dépolitisés (par. 140 (souligné dans l’original)).

Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer fait observer que les pouvoirs législatif et exécutif ne peuvent pas et ne doivent pas exercer des pressions politiques sur le pouvoir judiciaire, ni être perçus comme le faisant (par. 140). L’inverse s’applique en l’espèce. En ordonnant la tenue d’auditions de comptes rendus, le juge de première instance peut avoir voulu exercer des pressions politiques ou publiques sur l’exécutif, ou avoir tout au moins donné cette impression. Ce genre de méthode tend, selon nous, à politiser les rapports entre l’exécutif et le judiciaire.

En supposant que les auditions de comptes rendus avaient pour but d’« exercer une pression sur la province », il y a alors eu altération irrégulière de la nature des rapports entre le judiciaire et l’exécutif et, selon le *Renvoi sur les juges de la Cour provinciale*, il y a eu violation

was breached. Once again, since no part of the Constitution can conflict with another, the trial judge's order for reporting hearings cannot be interpreted as appropriate and just under s. 24(1).

We would reiterate, at this point, the importance of clarity and certainty in the provisions of a court order. If the trial judge had precisely defined the terms of the remedy, in advance, then the ensuing confusion surrounding his role may not have occurred. Moreover, by complying with this essential element of fair procedure, he may have been able to avoid the constitutional breach of the separation of powers that followed.

VI. Neither a Breach of Procedural Fairness nor of the Separation of Powers Was Appropriate

We noted above that this Court in *Eldridge* recognized the appropriateness of judicial restraint in issuing a remedy under s. 24(1), given the variety of choices open to the executive in administering policy. Implicit in the declaratory remedy ordered in that case was the presumption that the government will act in good faith in rectifying *Charter* wrongs and the recognition that legislatures and executives, not the courts, are in the best position to decide exactly how this should be done. Turning to the present case then, the trial judge's decision to provide injunctive relief already represented a departure from the cooperative norm that defines and shapes the relationships among the branches of the Canadian constitutional order. We do not deny that in the appropriate factual circumstances, injunctive relief may become necessary. However, the trial judge's order for reporting sessions then purported to go even further, and breached both a fundamental principle of procedural fairness and the constitutional principle of separation of powers.

One might argue that such a breach is appropriate where it is the only way that a claimant's rights

du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Là encore, puisqu'il ne peut y avoir incompatibilité entre les différents principes constitutionnels, l'ordonnance dans laquelle le juge de première instance enjoint de rendre compte ne peut pas être qualifiée de convenable et juste au sens du par. 24(1).

À ce stade, nous tenons à revenir sur l'importance de rendre des ordonnances claires et dénuées de toute ambiguïté. Si le juge de première instance avait précisé d'avance les modalités de la réparation, il n'y aurait peut-être pas eu de confusion au sujet de son rôle. De plus, le respect de cette condition essentielle de l'équité procédurale aurait pu lui permettre d'éviter la violation subséquente du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

VI. Aucun manquement à l'équité procédurale ni aucune violation du principe de la séparation des pouvoirs n'étaient convenables

Nous avons souligné plus haut que la Cour a reconnu, dans l'arrêt *Eldridge*, qu'en accordant une réparation fondée sur le par. 24(1) il convient de faire preuve de retenue en raison de l'éventail de choix dont l'exécutif dispose en matière d'application de politiques. Le jugement déclaratoire accordé en l'espèce reposait implicitement sur la présomption que le gouvernement agit de bonne foi lorsqu'il est appelé à corriger des entorses à la *Charte* et sur la reconnaissance que ce sont les pouvoirs législatif et exécutif, et non les tribunaux, qui sont davantage en mesure de choisir la façon de le faire. Dès qu'il a décidé, en l'espèce, d'accorder une réparation sous forme d'injonction, le juge de première instance s'est écarté de la norme de coopération qui définit et façonne les rapports entre les branches de l'ordre constitutionnel canadien. Nous ne nions pas que, lorsque les faits le justifient, la réparation sous forme d'injonction puisse être nécessaire. Toutefois, l'ordonnance dans laquelle le juge de première instance a enjoint de rendre compte paraissait aller encore plus loin et violait à la fois un principe fondamental d'équité procédurale et le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

On pourrait soutenir qu'une telle violation se justifie lorsque c'est le seul moyen de défendre

133

134

135

can be vindicated. Alternatively, one might suggest that if a government has ignored previous, less intrusive judicial measures, and thereby put into question their efficacy, a court might be justified in abandoning the presumption of governmental good will that we referred to above. In our view, the present case gave rise to neither of these arguments.

136 Turning to the first argument, if the hearings were aimed at ensuring the vindication of the claimants' rights by providing them with the opportunity to enforce or alter the remedy, there were alternatives available. If the claimants felt that the government was not complying with any part of the order, then they could have brought an application for contempt. The majority seems to suggest that contempt proceedings would have been less effective in this case in ensuring timely performance of the order, without being any more respectful of the separation of powers. However, we would note that expedited applications are possible in Nova Scotia and other jurisdictions to deal with cases quickly and efficiently. In addition, the reporting order at issue in this case precluded applying to any other judge for relief and was, in this way, even more limiting than a contempt proceeding. Most importantly, contempt proceedings are more consistent with our adversarial system, which is based on the common law norm of giving the parties primary control over the proceedings (see J. I. H. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice* (1987), at p. 13). In contrast, the present order for reporting sessions placed the trial judge in an inappropriate, ongoing supervisory and investigative role despite the availability of the equally effective, well-established, and minimally intrusive alternative of contempt relief.

137 Consequently, it is clear that the order for reporting hearings was not the only means of vindicating the claimants' rights, and that recourse to

les droits du demandeur. On pourrait également affirmer qu'un tribunal serait éventuellement justifié d'abandonner la présomption susmentionnée de bonne volonté de la part du gouvernement, dans le cas où un gouvernement n'aurait pas tenu compte de mesures judiciaires antérieures moins attentatoires et aurait, de ce fait, compromis leur efficacité. À notre avis, aucun de ces arguments ne pouvait être invoqué en l'espèce.

En ce qui concerne le premier argument, si les auditions avaient pour but de défendre les droits des demandeurs en donnant à ces derniers la possibilité de faire exécuter ou modifier la réparation, d'autres solutions existaient. Si les demandeurs avaient eu l'impression que le gouvernement ne se conformait pas à une partie quelconque de l'ordonnance, ils auraient pu déposer une requête pour outrage. Les juges majoritaires semblent affirmer qu'en l'espèce des poursuites pour outrage auraient encore moins permis d'assurer l'exécution diligente de l'ordonnance, sans pour autant respecter davantage le principe de la séparation des pouvoirs. Toutefois, nous tenons à souligner qu'il existe, en Nouvelle-Écosse et dans d'autres ressorts, des procédures accélérées qui permettent de régler rapidement et efficacement les litiges. De plus, l'ordonnance enjoignant de rendre compte, dont il est question en l'espèce, interdisait de s'adresser à un autre juge pour obtenir réparation et était donc encore plus restrictive que des poursuites pour outrage. Qui plus est, les poursuites pour outrage respectent davantage la nature de notre système accusatoire, qui repose sur la règle de common law voulant que la gestion des litiges relève d'abord et avant tout des parties (voir J. I. H. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice* (1987), p. 13). Par contre, la présente ordonnance enjoignant de rendre compte investit le juge de première instance d'un rôle continu et inapproprié de surveillance et d'enquête, et ce, malgré la possibilité de recourir à l'autre solution bien établie, aussi efficace et peu attentatoire que sont les poursuites pour outrage.

Il est donc clair que l'ordonnance enjoignant de rendre compte ne représentait pas le seul moyen de défendre les droits des demandeurs et que le

a readily available alternative would have been consistent with a defining feature of our legal system. Recourse to this alternative would not have resulted in an interpretation of the court's remedial powers that was so broad as to purport to endow the court with powers that it was "never intended to exercise" (*Dunedin, supra*, at para. 22). It is important to stress that in the present case, it is not clear that actual recourse to a contempt application would have been necessary. The point is simply that if judicial enforcement of the deadlines in question were necessary, recourse to this alternative would not have overextended the court's powers.

On a last note, we find it difficult to imagine circumstances where a breach of one party's fundamental right to notice would aid in the vindication of another's *Charter* rights. In any event, the present facts do not present such a case. The intrusiveness of the trial judge's order was in no way necessary to secure the claimants' s. 23 interests. Given the absence of any causal connection between the breach of the parties' right to notice and the effectiveness of the purported remedy, we would conclude that the breach cannot be considered appropriate for the purposes of s. 24(1).

The second argument is simply not applicable in this case. The facts here do not require us to decide whether previous government non-compliance can ever justify remedial orders that breach principles of procedural fairness and the separation of powers. The Government of Nova Scotia did not refuse to comply with either a prior remedial order or a declaration with respect to its particular obligations in the fact-situation at hand. No such order was made and it is impossible to determine whether the government would have responded in the present case to either a declaration of rights, or the injunction to meet the deadline as these measures were combined with the order purporting to retain jurisdiction to oversee

recours à une autre solution aisément accessible aurait été conforme à une caractéristique fondamentale de notre système juridique. Si cette autre solution avait été utilisée, la compétence que les tribunaux possèdent en matière de réparation n'aurait pas reçu une interprétation large au point d'investir les tribunaux judiciaires et administratifs de pouvoirs qu'ils n'ont « jamais été censés exercer » (*Dunedin*, précité, par. 22). D'ailleurs, il importe de souligner qu'il n'est pas clair que des poursuites pour outrage auraient été nécessaires en l'espèce. Nous voulons simplement indiquer que si une intervention judiciaire s'était révélée nécessaire pour assurer le respect des délais en cause, le recours à cette autre solution n'aurait pas eu pour effet d'élargir démesurément les pouvoirs du tribunal.

Enfin, il nous est difficile d'imaginer une situation où l'atteinte au droit fondamental d'une partie d'être informée serait utile pour défendre les droits que la *Charte* garantit à une autre partie. De toute façon, la question ne se pose pas en l'espèce. Le juge de première instance n'avait pas à rendre une telle ordonnance attentatoire pour faire respecter les droits garantis aux demandeurs par l'art. 23. Compte tenu de l'absence de lien causal entre l'atteinte au droit des parties d'être informées et l'efficacité de la réparation censée être accordée, nous sommes d'avis de conclure que cette atteinte ne peut pas être qualifiée de convenable au sens du par. 24(1).

Le second argument ne s'applique tout simplement pas en l'espèce. À la lumière des faits, nous n'avons pas à déterminer si l'omission antérieure du gouvernement de respecter les droits en cause peut vraiment justifier la délivrance d'ordonnances réparatrices qui violent les principes de l'équité procédurale et de la séparation des pouvoirs. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse n'a pas refusé de se conformer à une ordonnance réparatrice ou à un jugement déclaratoire antérieurs portant sur les obligations particulières qui lui incombent dans le cas qui nous occupe. En l'absence d'une ordonnance de cette nature, il est impossible de déterminer si, en l'espèce, le gouvernement aurait réagi à un simple jugement déclaratoire ou à une simple

138

139

the reporting sessions. Therefore, it cannot be asserted that the trial judge's order has succeeded where less intrusive remedial measures failed.

140 Moreover, what was required by the Government of Nova Scotia to comply with its obligations pursuant to s. 23 was not self-evident at trial. The trial judge was not faced with a government which was cognizant of how it should fulfill its obligations, but refused to do so. Indeed, at issue before the trial judge was precisely the question of what compliance with s. 23 involved. The present order, therefore, did not overcome governmental recalcitrance in the face of a clear understanding of what s. 23 required in the circumstances of the case. Remedies must be chosen in light of the nature and structure of the Canadian constitutional order, an important feature of which is the presumption of co-operation between the branches of government. Therefore, unless it is established that this constitutional balance has been upset by the executive's clear defiance of a directly applicable judicial order, increased judicial intervention in public administration will rarely be appropriate.

141 In choosing and reviewing s. 24(1) remedies, it is important to remember that the inquiry into the appropriateness of a remedy should be undertaken from an *ex ante* perspective. The simple fact that a desired result occurs after a remedial order is issued is not relevant to determining the question of the order's appropriateness. In our view, an adequate *ex ante* assessment must consider the risks that attend a given remedy. In the present case, as Freeman J.A. noted in dissent, if the trial judge "misread the degree of co-operation he could expect from the players, there was a risk of failure" (para. 84). That the present remedy's susceptibility to failure was tied to the capacities of a particular judge should in itself give pause. In our view, whether a remedy is appropriate should be assessed with

injonction de respecter des délais, étant donné que ces mesures sont incorporées à l'ordonnance dans laquelle le juge prétend se déclarer compétent pour superviser des auditions de comptes rendus. On ne peut donc pas affirmer que l'ordonnance du juge de première instance a réussi là où des mesures réparatrices moins attentatoires ont échoué.

En outre, ce que le gouvernement de la Nouvelle-Écosse devait faire pour s'acquitter de ses obligations conformément à l'art. 23 n'était pas clair au procès. Le juge de première instance n'avait pas devant lui un gouvernement qui savait comment remplir ses obligations, mais refusait de le faire. En réalité, la question à laquelle le juge devait répondre était justement de savoir ce qu'il fallait faire pour se conformer à l'art. 23. Par conséquent, l'ordonnance rendue en l'espèce n'était pas justifiée par le besoin de vaincre la réticence d'un gouvernement bien au fait de ce que l'art. 23 commandait dans les circonstances. Le choix d'une réparation doit tenir compte de la nature et de la structure de l'ordre constitutionnel canadien, dont l'une des caractéristiques importantes demeure la présomption de collaboration entre les branches du gouvernement. Par conséquent, à moins de démontrer que cet équilibre constitutionnel a été rompu en raison de la réticence manifeste de l'exécutif à se conformer à une ordonnance du tribunal qui le visait directement, une intervention accrue des tribunaux dans l'administration publique est rarement appropriée.

Lors du choix et de l'examen des réparations visées au par. 24(1), il importe de se rappeler que le caractère convenable d'une réparation doit faire l'objet d'une analyse *ex ante*. Le simple fait qu'une ordonnance réparatrice ait eu l'effet souhaité n'est pas pertinent pour en déterminer le caractère convenable. Nous estimons que l'évaluation *ex ante* doit tenir compte des risques inhérents à une réparation donnée. Comme le juge Freeman l'a fait remarquer dans ses motifs dissidents en l'espèce, si le juge de première instance [TRADUCTION] « se méprenait sur le degré de coopération qu'il pouvait attendre des parties, il risquait l'échec » (par. 84). Le fait que la réussite ou l'échec de la réparation ait été tributaire des capacités d'un juge donne à réfléchir en soi. Selon nous, pour décider si une réparation est

reference to the remedy itself and not the particular capacities of a given judge to manage that remedy. More importantly, where a thorough *ex ante* assessment of a remedy reveals that it will certainly be inconsistent with basic legal principles and constitutional doctrines, such a remedy should not be considered appropriate. Available remedies that do not result in such breaches should, *a contrario*, be considered to be more appropriate.

The question of the relevant time frame for the inquiry into a remedy's appropriateness is tied to the more general question of remedial effectiveness. It is important to remember the context in which this Court considered the issue of effectiveness in *Dunedin, supra*. The issue was whether a justice of the peace acting as a trial justice under the Ontario *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33, was a court of competent jurisdiction to direct an order for costs against the Crown for a *Charter* breach. The Court held that if provincial offences courts were deprived of this remedy, an accused may be denied access to a recognized means of remedying a *Charter* breach (para. 82).

In the present case, refusing superior courts the power to order reporting hearings clearly would not deny claimants' access to a recognized *Charter* remedy, as such an order is entirely idiosyncratic. More importantly, refusing superior courts this power would not deprive claimants of access to that which they are guaranteed by s. 23, namely, the timely provision of minority language instruction facilities. Indeed, if the appellants' characterization of the reporting hearings' purpose is correct, it is difficult to see how they could have been more effective than the construction deadline coupled with the possibility of a contempt order. In our view, the availability of this legal sanction for non-compliance with the order to meet the construction deadline would have provided at least as much incentive for the government to remedy the s. 23 breach as would have reporting hearings, in which the presiding judge was without the power to make further orders. Moreover, at the level of constitutional principle, because this incentive is legal in

convenable, il faut prendre en considération la réparation elle-même et non la capacité particulière d'un juge de la gérer. Qui plus est, une réparation ne doit pas être jugée convenable lorsqu'une évaluation *ex ante* approfondie permet de constater qu'elle violera sûrement des principes juridiques et constitutionnels fondamentaux. Par contre, les réparations possibles qui ne causent pas de telles violations doivent être jugées plus convenables.

Dans l'examen du caractère convenable d'une réparation, la question du délai requis pour la mise à exécution est liée à celle plus générale de l'efficacité de la mesure. Il importe de rappeler le contexte dans lequel notre Cour a examiné la question de l'efficacité dans l'arrêt *Dunedin*, précité. Il s'agissait de savoir si un juge de paix agissant en tant que juge du procès en vertu de la *Loi sur les infractions provinciales* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.33, était un tribunal compétent pour condamner la Couronne aux dépens en cas de violation de la *Charte*. La Cour a alors statué que, si le tribunal des infractions provinciales était privé de ce pouvoir, un accusé pourrait se voir refuser l'accès à un moyen reconnu de remédier à une violation de la *Charte* (par. 82).

En l'espèce, le refus de reconnaître aux cours supérieures le pouvoir d'ordonner la tenue d'auditions de comptes rendus n'empêcherait sûrement pas les demandeurs d'obtenir une réparation reconnue fondée sur la *Charte*, vu qu'une telle ordonnance est toujours taillée sur mesure. Qui plus est, nier ce pouvoir aux cours supérieures n'empêcherait pas pour autant les demandeurs de se prévaloir de ce que leur garantit l'art. 23, à savoir la fourniture en temps utile d'établissements d'enseignement dans la langue de la minorité. D'ailleurs, si la description que les appelants donnent de l'objet des auditions de comptes rendus est exacte, on voit difficilement comment ces auditions auraient pu être plus efficaces qu'un délai de construction assorti de la possibilité d'une ordonnance pour outrage au tribunal. À notre avis, la possibilité de se voir infliger cette sanction prévue par la loi en cas de non-respect de l'ordonnance enjoignant de respecter certains délais de construction aurait incité le gouvernement à remédier à la violation de l'art. 23 tout autant que des auditions de comptes

142

143

nature, it would not have led to the improper politicization of the relationship between the judiciary and the executive.

rendus dans le cadre desquelles le juge n'était pas habilité à rendre des ordonnances supplémentaires. En outre, sur le plan des principes constitutionnels, cette mesure incitative n'aurait pas, en raison de sa nature légale, politisé indûment les rapports entre les pouvoirs judiciaire et exécutif.

144

Also, it should be noted that the trial judge's order was not consistent with this Court's retention of jurisdiction in the *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721. Far from purporting to supervise compliance with a remedy, the Court in that case retained jurisdiction to ask for the government's assistance in fashioning it. The Court did not thereby exceed its constitutional role by purporting to oversee administrative action. The Court was ultimately respectful of the executive's capacity to make the policy choices necessary to comply with constitutional requirements.

Il y a également lieu de souligner que l'ordonnance du juge de première instance n'est pas compatible avec la déclaration de compétence de notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721. Dans cette affaire, loin de prétendre superviser l'exécution d'une réparation, la Cour s'est déclarée compétente pour demander au gouvernement de l'aider à concevoir la réparation à accorder. Elle n'a donc pas outrepassé son rôle constitutionnel en prétendant superviser une action administrative. En fin de compte, la Cour a respecté la capacité de l'exécutif de faire les choix nécessaires pour se conformer aux exigences de la Constitution.

VII. Conclusion

VII. Conclusion

145

In the result, the trial judge breached both a principle of procedural fairness and the constitutional principle of separation of powers, and it is not clear that alternative, less-intrusive remedial measures, would not have achieved the ends sought. While a trial judge's decisions with respect to remedies are owed deference, we believe that this must be tempered when fundamental legal principles are threatened. In light of these principles, and in the presence of untested alternative remedies, we would find that the present trial judge's retention of jurisdiction was not appropriate and just under s. 24(1). The Court of Appeal was correct in declaring that the order to retain jurisdiction for the purposes of reporting sessions was of no force and effect.

En définitive, le juge de première instance a violé à la fois un principe d'équité procédurale et le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, et il n'est pas évident que d'autres mesures réparatrices moins attentatoires auraient donné le résultat souhaité. Quoiqu'il soit nécessaire de faire montre de déférence à l'égard des décisions que les juges de première instance rendent en matière de réparation, nous croyons que l'application de cette règle doit être tempérée lorsque des principes de droit fondamentaux sont menacés. Compte tenu de ces principes et de l'existence d'autres réparations que le juge n'avait pas préalablement testées, nous estimons qu'en l'espèce la déclaration de compétence du juge de première instance n'était pas convenable et juste au sens du par. 24(1). La Cour d'appel a donc eu raison de juger inopérante l'ordonnance dans laquelle le juge de première instance s'est déclaré compétent pour procéder à des auditions de comptes rendus.

In closing, we recur to the underlying purpose of s. 24(1), by referring to a passage in *Mills, supra*, at pp. 952-53, in which McIntyre J. wrote:

To begin with, it must be recognized that the jurisdiction of the various courts of Canada is fixed by the Legislatures of the various provinces and by the Parliament of Canada. It is not for the judge to assign jurisdiction in respect of any matters to one court or another. This is wholly beyond the judicial reach. . . .

. . . The absence of jurisdictional provisions and directions in the *Charter* confirms the view that the *Charter* was not intended to turn the Canadian legal system upside down. What is required rather is that it be fitted into the existing scheme of Canadian legal procedure.

The proper development of the law of constitutional remedies requires that courts reconcile their duty to act within proper jurisdictional limits with the need to give full effect to the rights of a claimant. To read into s. 24(1) a judicial *carte blanche* would not only “turn the Canadian legal system upside down”, but would also be an injustice to the parties who come before the court to have their disputes resolved in accordance with basic legal principles. In our view, proper consideration of the principles of procedural fairness and the separation of powers is required to establish the requisite legitimacy and certainty essential to an appropriate and just remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

Appeal allowed with costs, MAJOR, BINNIE, LEBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Patterson Palmer, Halifax.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

En conclusion, nous revenons à l’objet sous-jacent du par. 24(1) en mentionnant un passage de l’arrêt *Mills*, précité, p. 952-953, où le juge McIntyre tient les propos suivants :

En premier lieu, on doit reconnaître que la compétence des différentes juridictions canadiennes est fixée par les législatures des provinces et par le Parlement du Canada. Il n’appartient nullement aux juges d’attribuer à tel ou tel tribunal compétence relativement à certaines questions. Cette fonction se trouve complètement en dehors du ressort des tribunaux . . .

. . . L’absence dans la *Charte* de dispositions et de directives touchant la compétence confirme le point de vue selon lequel celle-ci n’était pas censée provoquer le bouleversement du système judiciaire canadien. Au contraire, elle doit s’insérer dans le système actuel de la procédure judiciaire canadienne.

L’évolution harmonieuse du droit en matière de réparation fondée sur la Constitution exige que les tribunaux concilient leur obligation d’agir conformément à leur compétence juridictionnelle avec la nécessité d’assurer complètement le respect des droits du demandeur. Considérer que le par. 24(1) donne carte blanche aux tribunaux non seulement « provoquer[ait] le bouleversement du système judiciaire canadien », mais encore serait injuste pour les parties qui demandent aux tribunaux de régler leurs différends conformément à des principes de droit fondamentaux. À notre avis, pour respecter les exigences de légitimité et de certitude auxquelles est assujettie une réparation convenable et juste au sens du par. 24(1) de la *Charte*, il faut dûment prendre en considération les principes d’équité procédurale et de la séparation des pouvoirs.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges MAJOR, BINNIE, LEBEL et DESCHAMPS sont dissidents.

Procureurs des appelants : Patterson Palmer, Halifax.

Procureur de l’intimé : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages for Canada: Office of the Commissioner of Official Languages, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones: Patterson Palmer, Moncton.

Solicitors for the intervener Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc.: Balfour Moss, Regina.

Solicitors for the intervener Conseil scolaire acadien provincial: Merrick Holm, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureur de l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones : Patterson Palmer, Moncton.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc. : Balfour Moss, Regina.

Procureurs de l'intervenant le Conseil scolaire acadien provincial : Merrick Holm, Halifax.

Court of Queen's Bench of Alberta

Citation: Ernst v. EnCana Corporation, 2013 ABQB 537

Date: 20130919

Docket: 0702 00120

Registry: Hanna/Drumheller

Between:

Jessica Ernst

Plaintiff

- and -

**EnCana Corporation, Energy Resources Conservation Board
and Her Majesty the Queen In Right of Alberta**

Defendants

**Reasons for Judgment
of the
Honourable Chief Justice
Neil Wittmann**

I.	Introduction.	Page: 2
II.	Background.	Page: 3
III.	The ERCB Application.	Page: 4
A.	Striking the Fresh Claim.	Page: 5
1.	The Ernst Negligence Claim Against the ERCB.	Page: 6
a.	Overview.	Page: 6
b.	Duty of Care and Statutory Immunity.	Page: 10
c.	The Charter Argument.	Page: 15
2.	The Charter Claim and the Limitations Act.	Page: 20
	The Positions of the Parties.	Page: 21

a.	The Position of the ERCB.	Page: 21
b.	The Position of Ernst.	Page: 21
3.	Statutory Immunity and the Ernst Claims.	Page: 22
a.	Statutory Interpretation Argument.	Page: 22
b.	Constitutional Argument.	Page: 24
B.	Ordering Particulars.	Page: 31
C.	Costs.	Page: 31
1.	Position of the ERCB.	Page: 31
2.	Position of Ernst.	Page: 31
3.	Decision.	Page: 32
IV.	Alberta's Application.	Page: 33
A.	Overview.	Page: 33
B.	Grounds Asserted by Alberta.	Page: 36
C.	General Principles.	Page: 36
D.	Positions of the Parties.	Page: 37
1.	Alberta.	Page: 37
2.	Ernst.	Page: 39
3.	Analysis.	Page: 39
V.	Overall Conclusion.	Page: 40
A.	The ERCB Application.	Page: 40
B.	Costs of the April 2012 Applications.	Page: 41
C.	Alberta's Application.	Page: 41
D.	Costs.	Page: 41

I. Introduction

[1] Jessica Ernst ("Ernst") sued EnCana Corporation ("EnCana"), the Energy Resources Conservation Board (the "ERCB") and Her Majesty the Queen in Right of Alberta ("Alberta"). The claims against EnCana are for damaging the Ernst water well and the Rosebud aquifer, the source of fresh water supplied to the Ernst home near Rosebud, Alberta. It is alleged that, between 2001 and 2006, EnCana engaged in a program of shallow drilling to extract methane gas from coal beds and, in so doing, used a technique known as hydraulic fracturing, which included the use of hazardous and toxic chemicals in its hydraulic fracturing fluids, resulting in contamination of the Rosebud aquifer and the Ernst water well. The claim against EnCana is grounded in a number of different legal theories, including negligence, nuisance, the rule in *Rylands v Fletcher*, and trespass.

[2] The claim against the ERCB is that it was negligent in its administration of its statutory regulatory regime, that it failed to respond to Ernst concerns about water contamination from the EnCana drilling activity, that the ERCB knew that EnCana had perforated and fractured directly

into the Rosebud aquifer, and that it failed to respond. Further, it is alleged that the ERCB owed a duty to Ernst to take reasonable steps to protect her well water from foreseeable contamination. It is also alleged that, by its conduct, the ERCB breached section 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982 (UK)*, 1982 c 11 (the “*Charter*”), by barring Ernst from communicating with the ERCB through the usual public communication channels, and thereafter ignored her for a period of time until she agreed to communicate with the ERCB directly only, and not publically through the media or through communications with other citizens.

[3] The claim against Alberta is specifically against Alberta Environment and Sustainable Resource Development (“Alberta Environment”). Ernst alleges she relied on Alberta Environment to protect underground water supplies and to responsibly and reasonably respond to any of her complaints; that by October 2004, Alberta Environment knew that EnCana was diverting water from underground aquifers without the required permits from Alberta Environment; and that a number of land owners had made complaints regarding suspected contamination of the Rosebud aquifer by mid-2005. It is alleged that, in late 2005, Ernst contacted Alberta Environment to report her concerns about EnCana’s activities. Further, it is alleged that Alberta Environment failed to take any action until March 2006, when it tested the Ernst well and other water wells in the region. The tests allegedly indicated high concentrations of methane, hazardous chemicals and petroleum pollutants. Ernst claims that Alberta Environment’s investigation into the contamination of the Ernst water well was conducted negligently and in bad faith and prevented the Alberta Research Council from conducting an adequate review on the information provided by Alberta Environment. It is alleged that Alberta Environment owed a duty to Ernst to protect her water well from foreseeable contamination caused by drilling for shallow methane gas, that it failed to conduct a reasonable investigation and to take remedial steps to correct damage, and that Alberta Environment breached its duty to Ernst.

II. Background

[4] Ernst filed the original Statement of Claim on December 3, 2007 and an Amended Statement of Claim on April 21, 2011. A Second Amended Statement of Claim was filed February 7, 2012. Applications were made by EnCana, the ERCB and Alberta to strike paragraphs from the Second Amended Statement of Claim. In addition, the ERCB sought Summary Judgment against Ernst. The applications were returnable April 26 and 27, 2012 and were heard by the Case Management Justice, Madam Justice Veldhuis. At the hearing, Madam Justice Veldhuis suggested that Ernst consider redrafting the Statement of Claim in a manner that complied with the *Alberta Rules of Court*, Alta Reg 124/2010 (the “*ARC*”). Counsel agreed, with the result that a Fresh Statement of Claim (the “*Fresh Claim*”) was drafted. Thus, the applications returnable April 26 and 27, 2012 did not proceed, and are moot insofar as the Second Amended Statement of Claim is concerned. The Fresh Claim was filed June 25, 2012. The Fresh Claim is the subject of the present applications.

[5] The present applications were returnable before Madam Justice Veldhuis on January 18, 2013. The present applications are brought respectively by the ERCB and Alberta. EnCana has not made any application with respect to the Fresh Claim.

[6] In its application, the ERCB requests an Order striking certain paragraphs of the Fresh Claim; in the alternative, granting Summary Judgment in favour of the ERCB; in the further alternative, better particulars with respect to the same paragraphs in the Fresh Claim; costs of the April 2012 application on a full indemnity basis and costs of the present application on the same basis.

[7] Alberta's application seeks an Order from the Court striking certain paragraphs, or portions thereof, from the Fresh Claim; or in the alternative, particulars and costs.

[8] In accordance with the practice of the Court, written briefs were filed by the ERCB, Alberta and Ernst. Counsel argued the applications orally before Madam Justice Veldhuis on January 18, 2013. Madam Justice Veldhuis reserved her decision. On February 8, 2013, Madam Justice Veldhuis was appointed a Justice of the Court of Appeal of Alberta with her residence in Edmonton. Thereafter, I was advised by Madam Justice Veldhuis that she met with counsel for all of the parties, who agreed that I would become the Case Management Judge. Counsel was advised that I would be willing to rehear the applications. The parties appeared before me on a conference call on April 15, 2013 and agreed that I would decide the applications based on the written briefs and materials filed and on the basis of a transcript of the oral argument made January 18, 2013, with the caveat that should the Court require further oral argument from the parties, it would reconvene to hear it. The Court is able to decide the applications without reconvening.

[9] I note that, subsequent to argument and before the release of this decision, the *Energy Resources Conservation Act*, RSA 2000, c E-10 (the "*ERCA*") was repealed and replaced by the *Responsible Energy Development Act*, SA 2012, c R-17.3 upon Proclamation on June 17, 2013. This resulted in the creation of the Alberta Energy Regulator, which succeeded the ERCB. However, the *ERCA* remains the applicable statute in force at the time the allegations in Ernst's Fresh Claim arose. As a result, this decision references the *ERCA* and the ERCB.

III. The ERCB Application

[10] The specific paragraphs the ERCB seeks to have struck from the Fresh Claim are paragraphs 24-58, 81-84 and 87. Paragraphs 24-58 are all subsumed under the heading "B. Claims Against the Defendant ERCB". They are then divided into (i) "Negligent Administration of a Regulatory Regime" and (ii) "Breach of s.2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*." Paragraphs 81-84 of the Fresh Claim are under the heading "III. DAMAGES" alleging that Ernst suffered damages as the result of the ERCB's negligence and breach of Ernst's *Charter* rights, and that those damages include general and aggravated damages, punitive and

exemplary damages, interest and costs. In the alternative, the ERCB asks the Court to grant Summary Judgment in favour of the ERCB.

[11] In some cases, the nature of the remedy, if granted, may have consequences in the event of a successful application. But in this case, the *Limitations Act*, RSA 2000, c L-12 (the “*Limitations Act*”) would seemingly preclude a new Statement of Claim being issued in the event of success in striking out the claim. An order granting Summary Judgment would bar a future claim on the same subject matter, applying the doctrine of *res judicata*.

[12] The grounds asserted by the ERCB in support of both remedies is that no private duty of care is owed by the ERCB to Ernst, and that the ERCB is immune from liability for any acts done in the circumstances by reason of the statutory provisions of section 43 of the *ERCA*.

A. Striking the Fresh Claim

[13] The ERCB cites the following authorities pertaining to the applicable law in an application to strike a Statement of Claim: *ARC*, r 1.2 and 3.68; *Donaldson v Farrell*, 2011 ABQB 11 at para 30; *Roasting v Lee* (1998), 222 AR 234 at para 6, 63 Alta LR (3d) 260; *First Calgary Savings & Credit Union Ltd v Perera Shawnee Ltd*, 2011 ABQB 26; *Tottrup v Lund*, 2000 ABCA 121, 255 AR 204; *SA (Dependent Adult) v MS*, 2005 ABQB 549, 383 AR 264; *Hunt v Carey Canada Inc*, [1990] 2 SCR 959; *Hughes Estate v Hughes*, 2006 ABQB 159, 396 AR 250, varied 2007 ABCA 277, 417 AR 52; *Alberta Adolescent Recovery Centre v Canadian Broadcasting Corporation*, 2012 ABQB 48, 396 AR 250.

[14] There is no serious dispute between Ernst and the ERCB as to the proper legal test to strike a Statement of Claim or portions thereof. Rule 3.68 of the *ARC* states as follows:

3.68(1) If the circumstances warrant and a condition under subrule (2) applies, the Court may order one or more of the following:

- (a) that all or any part of a claim or defence be struck out;
- (b) that a commencement document or pleading be amended or set aside;
- (c) that judgment or an order be entered; ...

(2) The conditions for the order are one or more of the following: ...

- (b) a commencement document or pleading discloses no reasonable claim or defence to a claim;
- (c) a commencement document or pleading is frivolous, irrelevant or improper;
- (d) a commencement document or pleading constitutes an abuse of process;
- (e) an irregularity in a commencement document or pleading is so prejudicial to the claim that it is sufficient to defeat the claim.

(3) No evidence may be submitted on an application made on the basis of the condition set out in subrule (2)(b).

[15] The ERCB also cites *ARC*, Rule 1.2 which states as follows:

1.2(1) The purpose of these rules is to provide a means by which claims can be fairly and justly resolved in or by a court process in a timely and cost-effective way.

(2) In particular, these rules are intended to be used

(a) to identify the real issues in dispute,

(b) to facilitate the quickest means of resolving a claim at the least expense, ...

(c) to provide an effective, efficient and credible system of remedies and sanctions to enforce these rules and orders and judgments.

[16] The test articulated is that it must be “plain and obvious” that the pleading does not disclose a reasonable cause of action: *First Calgary Savings & Credit Union Ltd* at para 4. Or, as stated by Ernst, the Supreme Court of Canada has cast the “plain and obvious” test as being “beyond reasonable doubt”: *Hunt* at para 32. Neither novelty, complexity, nor length, prevents a plaintiff from proceeding with the case unless it is certain to fail: *Hunt* at para 33. I will proceed to deal with the argument presented by the ERCB and Ernst in three parts. Firstly, I address the negligence claim and the duty of care issue. Secondly, I discuss the *Charter* argument. And thirdly, I examine the impact of the *Limitations Act* and the statutory immunity argument on the claims.

1. The Ernst Negligence Claim Against the ERCB

a. Overview

[17] The claim in negligence against the ERCB is set forth in paragraphs 24-41 of the Fresh Claim:

24. The ERCB is the government agency responsible for overseeing and regulating the oil and gas industry, including all aspects of CBM development. In particular, the ERCB is exclusively tasked with licensing gas wells, and enforcing significant legislative and regulatory provisions that are intended to protect the quality and quantity of groundwater supply from interference or contamination due to oil and gas development, including CBM Activities.
25. These legislative and regulatory provisions are contained in, among other sources, *Oil and Gas Conservation Regulations*, Alta. Reg. 151/1971; *Guide 65: Resources Applications for Conventional Oil and Gas*

Reservoirs (2003); *Guide G-8: Surface Casing Depth - Minimum Requirements* (1997); *Guide 9: Casing Cement, Minimum Requirements*; *Guide 56: Energy Development Application Schedules* (2003); and *Informational Letter IL 91-11; Coalbed Methane Regulation* (1991).

26. In or before 1999, the ERCB used its statutory powers to establish a detailed Compliance Assurance Enforcement Scheme, which included set procedures for receiving and investigating public complaints, inspecting oil and gas operations to ensure that licenses were in compliance with all applicable rules, and taking appropriate enforcement and remedial action against oil and gas companies when non-compliance occurred. This scheme was operationalized through the Operations Division of the ERCB, and specifically both through the ERCB's Compliance, Environment and Operations Branch, and its Public Safety / Field Surveillance Branch. The ERCB's Operations Division operates numerous Field Offices located throughout Alberta.
27. The ERCB made numerous public representations regarding what individuals adversely impacted by oil and gas activities could expect from the ERCB's enforcement branches and field offices and from its published investigation and enforcement compliance mechanisms. In particular, the ERCB represented that:
 - a. the ERCB ensures that water and agricultural lands are protected from adverse impacts caused by oil and gas activities;
 - b. the ERCB specifically protects all freshwater aquifers from adverse impacts caused by oil and gas activities;
 - c. ERCB Field Offices are responsible for, and do in fact, inspect oil and gas operations to ensure compliance with all applicable standards, specifications and approval conditions;
 - d. ERCB field staff investigate and respond to all public complaints to ensure that appropriate action is taken; and
 - e. when non-compliance is identified, the ERCB triggers an established policy for ERCB enforcement action.
28. These representations had the effect of, and were limited to, encourage and foster reliance on the ERCB by Ms. Ernst and other landowners. In particular, Ms. Ernst relied on the ERCB to prevent negative impacts on groundwater caused by oil and gas development; to respond promptly and reasonably to her complaints regarding impacts on her well water potentially caused by CBM Activities; and to take prompt and reasonable

enforcement and remedial action when breaches of regulations or other requirements were identified.

29. Prior to engaging in CBM activities, EnCana submitted to the ERCB license applications for the EnCana Wells. The ERCB knew that EnCana intended to engage in new and untested CBM Activities at the EnCana Wells at shallow depths underground located at the same depths as in-use freshwater aquifers, including the Rosebud Aquifer. Despite this knowledge, the ERCB licensed the EnCana Wells without taking adequate steps to ensure that EnCana would take proper precautions to protect freshwater aquifers from contaminations caused by shallow CBM Activities.
30. Between 2001 and April 1, 2006, with the knowledge of the ERCB, EnCana conducted shallow CBM Activities at dozens of EnCana Wells in close proximity to the Rosebud Aquifer and the Ernst Water Well, as detailed above.
31. On or before January 2005, the ERCB knew that various landowners who rely and depend upon the Rosebud Aquifer had made several complaints regarding possible contamination of well water supplied by the Rosebud Aquifer. These complaints also raised concerns about possible connections between potential water contamination and local oil and gas activities.
32. In or around late 2005 and throughout 2006, Ms. Ernst attempted to engage in direct and personal interactions with the ERCB on the specific issue of water contamination at her property and to register her concerns regarding specific EnCana wells. During this period, Ms. Ernst attempted to use ERCB's publicized compliance and enforcement mechanisms. Ms. Ernst specifically interacted with various employees of the ERCB including, among others, Mr. Neil McCrank, the then-Chairman of the ERCB; Mr. Richard McKee, a senior lawyer at the ERCB; and Mr. Jim Reid, Manager of the ERCB's Compliance and Operations Branch.
33. As a result of Ms. Ernst's direct interaction with the ERCB, the ERCB knew that Ms. Ernst had serious and substantiated concerns regarding her water and oil and gas development including that:
 - a. the quality of her well water had suddenly radically worsened in 2005 and 2006;
 - b. there was good reason to believe that the radical change in her water was specifically linked to EnCana's CBM Activities at the EnCana Wells; and

- c. EnCana had breached ERCB requirements while conducting CBM activities at the nearby EnCana Wells.
- 34. On or before March 2006, the ERCB knew that EnCana had perforated and fractured directly into the Rosebud Aquifer.
 - 35. In or around 2006, the ERCB knew that Alberta Environment had conducted tests on Ms. Ernst's well water indicating that her water was contaminated with various chemical contaminants, and contained very high levels of methane.
 - 36. Despite clear knowledge of potentially serious industry-related water contamination and knowledge of potential breaches of ERCB requirements, the ERCB failed to respond reasonably or in accordance with its specific published investigation and enforcement process. Instead, the ERCB either completely ignored Ms. Ernst and her concerns, or directed her to the ERCB's legal counsel, Mr. McKee, who in turn refused to deal with her complaints.
 - 37. Despite serious water contamination necessitating truck deliveries of safe water to the Plaintiff's household and to other landowners who also depend upon the Rosebud Aquifer, the ERCB did not conduct any form of investigation into the causes of contamination of Ms. Ernst's well water or the Rosebud Aquifer.
 - 38. At all material times, the ERCB owed a duty to the Plaintiff to exercise a reasonable standard of care, skill and diligence in taking reasonable and adequate steps to protect her well water from foreseeable contamination caused by drilling for shallow methane gas; to conduct a reasonable investigation after contamination of her water was reported; and to take remedial steps to correct the damage caused.
 - 39. The ERCB breached this duty, and continues to breach this duty, by failing to implement the ERCB's own specific and published investigation and enforcement scheme; failing to conduct any form of investigation; and arbitrarily preventing the Plaintiff from participating in the usual regulatory scheme.
 - 40. Particulars of the ERCB's negligence include:
 - a. failing to take reasonable steps to ensure that the EnCana Wells licensed by the ERCB would not pose a serious risk of contamination to the Plaintiff's underground freshwater sources, including the Rosebud Aquifer;

- b. failing to adequately inspect and investigate known and/or credible allegations of water contamination of Plaintiff's underground freshwater sources, including the Rosebud Aquifer, and of the possible link between such contamination and the EnCana Wells license by the ERCB.
- c. failing to adequately inspect and investigate known and/or credible allegations of breaches of oil and gas requirements under the jurisdiction of the ERCB at the EnCana Wells;
- d. failing to use available enforcement powers to stop CBM Activities that were causing contamination of the Plaintiff's underground freshwater sources, including the Rosebud Aquifer and to remediate water contamination and other harms caused by oil and gas industry activity that had already occurred;
- e. failing to implement the ERCB's established and publicized enforcement and investigation scheme;
- f. failing to conduct adequate groundwater testing and monitoring;
- g. failing to investigate potential long-term impacts of CBM Activities on the Rosebud Aquifer; and
- h. failing to promptly inform the Plaintiff of potential contamination of the Rosebud Aquifer and of the potential risks posed by such contamination to the Plaintiff's health, safety and property.

41. The ERCB's various omissions as listed above were taken in bad faith.

b. Duty of Care and Statutory Immunity

[18] The essence of the ERCB argument is that the duty of care issue is separate and distinct from the statutory immunity argument and that the ERCB, as a statutory body, does not owe Ernst a private duty of care. The ERCB says that there can be no cause of action against the ERCB, for without a duty of care, there can be no action in negligence. The ERCB also relies on section 43 of the *ERCA* for its statutory immunity argument. Ernst joins issue on each of these points by alleging the ERCB can and does owe Ernst a duty of care and that the statutory immunity clause, properly interpreted, provides no immunity to the ERCB in the circumstances.

[19] The parties have cited the following authorities: *Cooper v Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 SCR 537; *Anns v Merton London Borough Council*, [1977] 2 All ER 118, [1977] UKHL 4, [1978] AC 728, (UK HL); *Edwards v Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 SCR 562; *Fullowka v Pinkerton's of Canada Limited*, 2010 SCC 5, [2010] 1 SCR 132; *R v Imperial Tobacco Canada Ltd*, 2011 SCC 42, [2011] 3 SCR 45; Peter W Hogg, Patrick J Monahan & Wade K Wright, *Liability of the Crown*, 4th ed (Toronto: Carswell, 2011); *Nette v*

Stiles, 2010 ABQB 14, 489 AR 347; *Burgess (Litigation Guardian of) v Canadian National Railway* (2005), 78 OR (3d) 209 (SCJ), aff'd (2006), 85 OR (3d) 798 (CA), leave to appeal to SCC refused, 31698 (February 8, 2007); *Smorag v Nadeau*, 2008 ABQB 714, 461 AR 156; *Swinamer v Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 SCR 445; *Condominium Corp No 9813678 v Statesman Corp*, 2009 ABQB 493, 472 AR 33; *Adams v Borrel*, 2008 NBCA 62, 297 DLR (4th) 400, leave to appeal to SCC refused, 32888 (February 19, 2009); *Just v British Columbia*, [1989] 2 SCR 1228; *Ingles v Tutkaluk Construction Ltd*, 2000 SCC 12, [2000] 1 SCR 298; *Rothfield v Manolakos*, [1989] 2 SCR 1259; *Heaslip Estate v Mansfield Ski Club Inc*, 2009 ONCA 594, 96 OR (3d) 401; *Hill v Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 SCR 129; *Sauer v Canada*, 2007 ONCA 454, 31 BLR (4th) 20; *Oil and Gas Conservation Act*, RSA 2000, c O-6, ss 4(b), 4(f); *Morguard Properties Ltd v Winnipeg (City)*, [1983] 2 SCR 493; *Tardif (Estate of) v Wong*, 2002 ABCA 121, 303 AR 103; *Alberta Utilities Commission Act*, SA 2007, c A-37.2, s 69; *Agrology Profession Act*, SA 2005, c A-13.5, s 98(1); *Alberta Human Rights Act*, RSA 2000, c A-25.5, s 41; *Child and Family Services Authorities Act*, RSA 2000, c C-11, s 19; *Court of Queen's Bench Act*, RSA 2000, c C-31, s 14; *Emergency Medical Aid Act*, RSA 2000, c E-7, s 2; *Farm Implement Act*, RSA 2000, c F-7, s 44; *Fisheries (Alberta) Act*, RSA 2000, c F-16, s 42; *Gaming and Liquor Act*, RSA 2000, c G-1, s 32; *Health Professions Act*, RSA 2000, c H-7, s 126(1); *Health Quality Council of Alberta Act*, SA 2011, c H-7.2, s 23; *Persons with Developmental Disabilities Community Governance Act*, RSA 2000, c P-8, s 20; *Regulated Forestry Profession Act*, RSA 2000, c R-13, s 95(1); *Safety Codes Act*, RSA 2000, c S-1, s 12(1); *Securities Act*, RSA 2000, c S-4, s 222(1); *Mercure v A Marquette & Fils Inc*, [1977] 1 SCR 547; *Encampment Creek Logging Ltd v Alberta*, 2005 ABQB 787, 402 AR 55; *Berardinelli v Ontario Housing Corp*, [1979] 1 SCR 275; *Tottrup*; *ERCA*, ss 2(e.1), 43; *Responsible Energy Development Act*.

[20] From these authorities, a number of principles arise. The approach for assessing whether to impose a duty of care on a public authority was set out in *Anns* and is the analysis to be undertaken in Canada. The two-step analysis was described in *Cooper* at paragraph 24 as follows:

In *Anns, supra*, at pp. 751-52, the House of Lords, per Lord Wilberforce, said that a duty of care required a finding of proximity sufficient to create a *prima facie* duty of care, followed by consideration of whether there were any factors negating that duty of care. This Court has repeatedly affirmed that approach as appropriate in the Canadian context.

[21] In *Fallowka*, the Supreme Court of Canada reiterated the test, including a consideration of foreseeability of harm in the determination of whether there is a *prima facie* duty of care, at paragraph 18:

This question must be resolved by an analysis of the applicable legal duties, following the approach set down by the Court in a number of cases, including *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; *Odhavji Estate v.*

Woodhouse, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; and *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129. The analysis turns on whether the relationship between the appellants and the defendants discloses sufficient foreseeability and proximity to establish a *prima facie* duty of care and, if so, whether there are any residual policy considerations which ought to negate or limit that duty of care: see, e.g., *Hill*, at para. 20. The analysis must focus specifically on the relationships in issue, as there are particular considerations relating to foreseeability, proximity and policy in each: see, e.g., *Hill*, at para. 27.

[22] The summary contained in *Liability of the Crown* at pages 242-243 sets out the following principles:

- 1) A public authority will not be open to liability for negligence unless the public authority was in a “close and direct” or proximate relationship with the plaintiff.
- 2) The relevant statutory scheme is not the exclusive, or even a necessary, source of proximity in cases involving public authorities: *Hill* and *Fullowka*, as well as *Cooper* and *Edwards*, on one reading, provide the support for this conclusion.
- 3) However, the statutory scheme will *preclude* a duty of care, where such a duty would conflict with the statute: *Hill* provides the support for this conclusion.
- 4) In addition, the statutory scheme *may* also play a positive role in *establishing* proximity: *Fullowka* provides the support for this conclusion. The cases do not explicitly foreclose the possibility of an exceptional case where the statutory scheme alone will establish proximity: that possibility was implicitly left open in *Cooper* and *Edwards*; explicitly left open in *Broome*, which was that statutory duties “do not *generally*, in and of themselves, give rise to private law duties of care”; and affirmed in *Elder Advocates*. However, the cases are clear that the statutory scheme will, by and large, not be sufficient to establish proximity, and that it will be necessary to point to other factors, arising from the actual relationship between the parties, to establish the required nexus or “closeness of connection”: all six decisions provide the support for this conclusion, either explicitly or by implication.
- 5) Factors suggesting proximity include physical and causal closeness, assumed or imposed obligations, and “expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved”. The courts are reluctant to find proximity between a public authority and members of the

public with whom the public authority has had no contact, even if the public authority has knowledge of a general risk of harm and legal authority to prevent or minimize that risk: *Cooper; Edwards*. The courts are less reluctant to find proximity where a public authority has contact with a member of the public, making it aware of a specific risk of harm: *Fullockka*. [footnotes omitted]

[23] The learned authors go on to state that it is clear that statutes alone are generally not sufficient to establish necessary proximity. Ernst relies heavily on the line of authority involving a statutory investigation and inspection regime.

[24] Counsel for the ERCB argues that one of the latest iterations of the distinguishing features of a private law duty of care owed by regulator is contained in *Fullockka*. In that case, unionized miners were on strike. Replacement workers were brought in. A striking miner circumvented security and set off an explosion that killed nine miners. The families claimed against a number of parties, including the security company and the Crown for negligently failing to prevent the explosion and deaths. The alleged private law duty of care was that the mine inspectors had a statutory duty to inspect the mine and to order the cessation of work if they considered it unsafe. The labour dispute had become violent before the explosion.

[25] Justice Cromwell, for the Court, distinguished *Cooper* and *Edwards* with respect to the proximity analysis. In *Cooper*, the Registrar of mortgage brokers regulated the mortgage broker in question. A client of the mortgage broker suffered damages. The allegation was that the Registrar owed a duty to the broker's client. Similarly in *Edwards*, it was alleged that the Law Society owed a duty to a claimant who was a client of a regulated lawyer.

[26] In *Fullockka*, Justice Cromwell stated at paragraphs 41-45:

41. In the case of the mining safety regulators and the miners, the closeness of the relationship is somewhere between that in *Hill*, on the one hand, and *Cooper* and *Edwards* on the other. Under the *MSA* [*Mining Safety Act*], the onus for maintaining mine safety is on the owner, management and employees of the mine. Section 2 of the *MSA* imposes on management the duty to take all reasonable measures to enforce the Act and on workers the duty to take all necessary and reasonable measures to carry out their duties according to the Act. Under s. 3, the owner is to ensure that the manager is provided with the necessary means to conduct the operation of the mine in full compliance with the *MSA* and under s. 5(3), the manager, or the competent person authorized by the manager, is to personally and continually supervise work involving unusual danger in an emergency situation. A worker has the right to refuse to do any work when he or she has reason to believe that there is an unusual danger to his or her health or safety (s. 8(1)(a)) and is to report the circumstances to the owner or supervisor (s. 8(2)). A worker acting in compliance with these provisions is protected against discharge or discipline for having done so (s. 8(9)). Thus, much as the regulatory

schemes at issue in *Cooper* and *Edwards* put the onus on lawyers and mortgage brokers to observe the rules, the scheme set out in the *MSA* puts the onus on mine owners, management and workers to observe safety regulations. The role of the mining inspectors is essentially to see that the persons who have the primary obligation to comply with the *MSA* -- mine owners, managers and workers -- are doing so. In that sense, their role is analogous to the roles of the Law Society and the Registrar of Mortgage Brokers discussed in *Edwards* and *Cooper*.

42. However, the relationship between the inspectors and the miners was considerably closer and more direct than the relationships in issue in *Edwards* or *Cooper*. While no single factor on its own is dispositive, there are three factors present here which, in combination, lead me to this conclusion.

43. The persons to whom mining inspectors are said to owe a duty -- those working in the mine -- is not only a much smaller but also a more clearly defined group than was the case in *Cooper* or *Edwards*. There, the alleged duties were owed, in effect, to the public at large because they extended to all clients of all lawyers and mortgage brokers.

44. In addition, the mining inspectors had much more direct and personal dealings with the deceased miners than the Law Society or the Registrar had with the clients of the lawyer or mortgage broker in *Edwards* and *Cooper*. As pointed out in *Hill*, in considering whether the relationship in question is close and direct, the existence, or absence, of personal contact is significant. The murdered miners were not in the sort of personal contact with the inspectors as the police in *Hill* were with Mr. Hill as a particularized suspect. However, the relationship between the miners and the inspectors was much more personal and direct than the relationship between the undifferentiated multitude of lawyers' clients and the Law Society as considered in *Edwards* or the undifferentiated customers of mortgage brokers as considered in *Cooper*. As the trial judge found in this case, visits by inspectors to the mine during the strike were "almost daily" occurrences, 11 official inspections were conducted and at any time a tour of the mine was required, the inspector would be accompanied by a member of the occupational health and safety committee (para. 256). There was therefore more direct and personal contact with miners than there was with the clients in either *Cooper* or *Edwards*.

45 Finally, the inspectors' statutory duties related directly to the conduct of the miners themselves. This is in contrast to the Law Society in *Edwards* or the Registrar in *Cooper* who had no direct regulatory authority over the claimants who were the clients of the regulated lawyers and mortgage brokers.

[27] Applying the contrasting authorities analysed by Cromwell J. in *Fullowka* and the principles articulated in the other authorities as summarized in *Liability of the Crown*, I am of the

view that the duties owed by the ERCB in the circumstances of this case are not private duties. They are public duties. The necessary relationship of proximity between Ernst and the ERCB is absent. The duties of the ERCB owed to the public are derived from the *ERCA*.

[28] None of the paragraphs in the Fresh Claim elevate the ERCB's public duties to a private duty owed to Ernst. She stands in her relationship to the ERCB much like the plaintiffs in *Edwards* and *Cooper* to the regulators in those cases, notwithstanding that she was in direct contact with the ERCB. In all three instances, a member of the public may communicate with the regulator (the Law Society of Upper Canada in *Edwards*, the Registrar under the *Mortgage Brokers Act*, RSBC 1996, c 313 in *Cooper*, and the ERCB in this matter), but the regulator has no direct regulatory authority over the member of the public. Whether a private duty arises does not turn on whether an individual does or does not communicate directly with the regulator; regardless, there is no sufficient proximity to ground a private duty. Nor was there a relationship established between Ernst and the ERCB outside the statutory regime which created a private duty.

[29] Having found no private duty owed and no sufficient proximity to ground a public duty, it is unnecessary to determine whether the harm to Ernst was foreseeable. It is also unnecessary to consider the second part of the *Anns* test, that is, whether there would be any policy reason, assuming proximity, to impose a private duty.

[30] In the result, there will be an Order striking the allegations of negligence against the ERCB contained in paragraphs 24-41 inclusive.

c. The Charter Argument

[31] In the Fresh Claim, Ernst alleges that the ERCB breached her section 2(b) rights that she holds under the *Charter*.

[32] This section states:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

...

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication

[33] The Fresh Claim contains allegations pertaining to the *Charter* breach in paragraphs 42-58 as follows:

42. In its role as the government agency responsible for regulating all aspects of the oil and gas industry, the ERCB has established a specific forum and process for communicating with the public and hearing public complaints and concerns regarding the oil and gas industry.

43. The ERCB, as a public body, invited and encouraged public participation and communication in the regulatory process, including through both its Compliance and Operations Branch, and its Field Surveillance Branch. In particular, in communications directly with landowners located adjacent to oil and gas developments, the ERCB emphasizes the importance of public involvement in the regulation of oil and gas development in Alberta and strongly encourages such public participation.
44. The ERCB further frequently represented to such landowners that it is responsible for responding to and addressing all public complaints, including by investigating all such complaints.
45. Throughout 2004 and 2005, Ms. Ernst frequently voiced her concerns regarding negative impacts caused by oil and gas development near her home both through contact with the ERCB's compliance, investigation and enforcement offices, and through other modes of public expression, including the press and through communication with institutions and fellow landowners and citizens.
46. Ms. Ernst was a vocal and effective critic of the ERCB. Her public criticisms brought public attention to the ERCB in a way that was unwanted by the ERCB and caused embarrassment with the organization.
47. Ms. Ernst pleads that as a result of, and in response to, her public criticisms, the ERCB seized on an offhand reference to Weibo Ludwig made by Ms. Ernst and used it as an excuse to restrict her speech by prohibiting her from communicating with the ERCB through the usual channels for public communication with the ERCB. These serious restrictions greatly limited her ability to lodge complaints, register concerns and to participate in the ERCB compliance and enforcement process. As a result, Ms. Ernst was unable to adequately register her serious and well-founded concerns that CBM Activities were adversely impacting the Rosebud Aquifer, and her groundwater supply.
48. In particular, in a letter dated November 24, 2005, Mr. Jim Reid, the Manager of the Compliance Branch of the ERCB, informed Ms. Ernst that he had instructed all staff at the Compliance Branch of the ERCB to avoid any further contact with her. Mr. Reid also notified Ms. Ernst that he had reported her to the Attorney General of Alberta, the RCMP and the ERCB Field Surveillance Branch.
49. On December 6, 2005, Ms. Ernst wrote to the ERCB to seek clarification of what was meant by Mr. Reid's comments, and what restrictions she

faced when attempting to communicate with at the ERCB. This letter was returned unopened.

50. On December 14, 2005, Ms. Ernst wrote to Mr. Neil McCrank, the then-Chairman of the ERCB, to seek further clarification. Ms. Ernst did not receive a response.
51. On January 11, 2006, Ms. Ernst again wrote to Mr. McCrank and again asked for clarification. Mr. McCrank failed to provide any further clarification or explanation regarding the restriction of communication. Instead, Mr. McCrank directed Ms. Ernst to Mr. Richard McKee of the ERCB's legal branch. Mr. McKee continued to ignore, deflect and dismiss Ms. Ernst's request for an explanation regarding her exclusion from effective participation in the ERCB public complaints process and her request for the reinstatement of her right to communicate with the ERCB through the usual channels.
52. In his communications with Ms. Ernst, Mr. McKee, on behalf of the ERCB, confirmed that the ERCB took a decision in 2005 to discontinue further discussion with Ms. Ernst, and that the ERCB would not re-open regular communication until Ms. Ernst agreed to raise her concerns only with the ERCB and not publicly through the media or through communications with other citizens.
53. On October 22, 2006, Ms. Ernst again wrote to Mr. McCrank to request that she be permitted to communicate unhindered with the ERCB like any other member of the public. Specifically, Ms. Ernst requested the right to be able to file a formal objection to oil and gas development under the usual ERCB regulatory process for receiving such objections. Mr. McCrank did not respond to this request.
54. On March 30, 2007, 16 months after the original letter restricting Ms. Ernst's participation in ERCB processes, Mr. McCrank informed Ms. Ernst that she was again free to communicate with any ERCB staff.
55. Ms. Ernst pleads that Mr. Reid's letter and the subsequent restriction of communication were a means to punish Ms. Ernst for past public criticisms of the ERCB, to prevent her from making future public criticisms of the ERCB, to marginalise her concerns and to deny her access to the ERCB compliance and enforcement process, including, most importantly, its complaints mechanism.

56. Ms. Ernst pleads that the decision to restrict her communication with the ERCB, and the decision to continue such restriction, was made arbitrarily, and without legal authority.
57. Throughout this time, Ms. Ernst was prevented from raising legitimate and credible concerns regarding oil and gas related water contamination with the very regulator mandated by the government to investigate and remediate such contamination and at the very time that the ERCB was most needed. Her exclusion from the ERCB's specific and publicized investigation and enforcement process prevented her from raising concerns with the ERCB regarding its failure to enforce requirements under its jurisdiction, including those aimed at protecting groundwater quantity and quality.
58. The ERCB's arbitrary decision to restrict Ms. Ernst's communication with the ERCB, specifically by prohibiting her from communicating with the enforcement arm of the ERCB, breached Ms. Ernst's rights contained in s.2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by:
- a. punitively excluding Ms. Ernst from the ERCB's own complaints, investigation and enforcement process in retaliation for her vocal criticism of the ERCB, thereby punishing her for exercising her right to free speech; and
 - b. arbitrarily removing Ms. Ernst from a public forum of communication with a government agency that had been established to accept public concerns and complaints about oil and gas industry activity, thereby blocking her and preventing her from speaking in a public forum that the ERCB itself had specifically established to facilitate free speech.

[34] The parties have cited the following authorities with respect to the *Charter* argument: *Irwin Toy Ltd v Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 SCR 927; *Baier v Alberta*, 2007 SCC 31 at para 20, [2007] 2 SCR 673; *Ontario (Attorney General) v Dieleman* (1994), 20 OR (3d) 229 (Gen Div); *R v Breeden*, 2009 BCCA 463, 277 BCAC 164, leave to appeal to SCC refused, 33488 (April 22, 2010); *Ross v New Brunswick School District No 15*, [1996] 1 SCR 825; *Public Service Alliance of Canada v Canada*, 2001 FCT 890, 209 FTR 306; *Pacific Press, A Division of Southam Inc v British Columbia (Attorney General)* (1998), 52 BCLR (3d) 197 (SC), aff'd 61 BCLR (3d) 377 (CA), leave to appeal to SCC refused, 27045 (May 21, 1999); *Committee for the Commonwealth of Canada v Canada*, [1991] 1 SCR 139; *Haydon v Canada*, [2001] 2 FC 82 (FCTD); *Pridgen v University of Calgary*, 2010 ABQB 644, 497 AR 219, aff'd 2012 ABCA 139, 524 AR 251; *R v Watson*, 2008 BCCA 340, 83 BCLR (4th) 243, leave to appeal to SCC refused, 33037 (June 18, 2009); *Cunningham v Alberta (Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2009 ABCA 239, 457 AR 297, reversed 2011 SCC 37, [2011] 2 SCR 670; *Greater Vancouver Transportation Authority v Canadian Federation of Students - British Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 SCR 295.

[35] The position of the ERCB with respect to the *Charter* argument is that whether a breach of section 2(b) has occurred involves a two-stage analysis. Relying on *Irwin Toy*, the two steps are, first, whether the activity in question is a protected form or method of expression. If it is, it then must be decided whether the purpose or effect of the government action infringes on the right to free expression.

[36] Both parties agree that section 2(b) is to be given a broad and purposive interpretation. However, the ERCB relies on *Baier* to assert that *Charter* protection of free expression would not extend to situations where there are threats or acts of violence.

[37] The ERCB goes on to cite *Dieleman* for the proposition that any *Charter* right to free expression does not include the right to an audience.

[38] The ERCB relies on paragraph 47 of the Fresh Claim where Ernst alleges her reference to Weibo Ludwig was “offhand”. Ernst alleges the ERCB used it as an excuse to restrict her speech by prohibiting her from communicating with the ERCB through the usual channels for public communication with the ERCB. The ERCB says the significance of this comment is the context of numerous violent acts of eco-terrorism against oil and gas development in Alberta which were undertaken by Weibo Ludwig. Further, the ERCB says it is required to take such threats seriously, and that it reported the threat to the RCMP. Moreover, the ERCB asserts that paragraphs 42-58 of the Fresh Claim demonstrate that Ernst continued to contact the ERCB after it ceased communications with her, and that the gist of her claim is not that the ERCB breached her right to free expression, but rather, that it did not respond to her communications or did not respond in a way that Ernst found satisfactory. This, it is said, leads to a proposition that the section 2(b) *Charter* right is not a right to be listened to, but rather, only a right to speak.

[39] Ernst argues the *Charter* issues by alleging two forms of breach: first, that the ERCB violated Ernst’s section 2(b) *Charter* right by punishing her for criticizing the ERCB in public and to the media, and second, that Ernst’s right to freedom of expression was infringed because she was prohibited and restrained in her communication with the ERCB. The first argument is based on paragraphs 55-57 of the Fresh Claim, where Ernst claims that in a letter dated November 24, 2005 from the ERCB, all staff at the Compliance Branch of the ERCB were instructed to avoid further contact with her, that she was reported to the RCMP, and that these restrictions “were a means to punish” Ernst for past public criticisms and were calculated to prevent her from making future public criticisms of the ERCB. The second breach alleged by Ernst is that, in November 2005, the ERCB took action against Ernst which was intended to, and did in fact, restrict and constrain Ernst’s ability to communicate with key officials of the ERCB. Further, Ernst asserts that her expression was not a “violent expression” and that there is no foundation for this argument by the ERCB because there is no evidence in front of the Court to establish that assertion.

[40] With respect to the ERCB’s assertion that section 2(b) of the *Charter* does not guarantee the right to an audience or a captive audience, Ernst denies that she is making that claim.

Reference is made to *Dieleman*, where it was held that enjoining a free safe zone around abortion clinics was not an infringement of the protestors' section 2(b) *Charter* right because women who sought to use the abortion clinics were, in effect, "a captive audience" and could not avoid listening to the protestors by their free choice. Ernst argues that this is an entirely different situation, as there is no "captive audience" as in *Dieleman*. Further, Ernst argues that the ERCB does not and cannot respond to the first *Charter* breach claim, that is, that the ERCB sought to punish Ernst for her speech by prohibiting her from communicating with the Compliance Branch of the ERCB.

[41] Citing *Baier*, Ernst argues that positive rights cases are those where a government has, through a statute, created a platform for expression that only some individuals are able to access, but says that Ernst does not make any claims for a positive right of expression requiring government support. Ernst says she invokes the circumstance that the ERCB has taken an action which limits, prohibits or restricts or otherwise constrains free expression. Ernst says that the restriction on her communication was arbitrary.

[42] Taking all of the arguments into consideration, it is to be remembered that because a cause of action may be novel, it is not necessarily "doomed to fail" by reason of novelty alone. One might question whether it is possible for a government entity, which admittedly the ERCB is, not to owe a private law duty to a plaintiff and thus cannot be held liable in negligence to her, but that, at the same time, may have breached her *Charter* rights, giving rise to a claim for damages. But the claim for a breach of a *Charter* right is not dependant on the proximity analysis originating in *Anns*, nor the distinction between a public law and a private law duty. To a certain extent, a claim for a *Charter* breach is based upon the establishment of a right and an infringement of it by the action of a government or government agency. That is what is alleged here and, however novel the claim might be, I cannot say that it is doomed to fail or that the claim does not disclose a cause of action. I agree with Ernst that the ERCB cannot rely on its argument on the Weibo eco-terrorism claim, in the total absence of evidence. There is none.

[43] Therefore, unless the *Limitations Act* is engaged so as to prohibit the Fresh Claim based on the *Charter* argument, or unless the statutory immunity clause bars the *Charter* claim, it will stand.

2. *The Charter Claim and the Limitations Act*

[44] Section 3(1) of the *Limitations Act* states as follows:

- 3 (1) Subject to section 11, if a claimant does not seek a remedial order within
 - (a) 2 years after the date on which the claimant first knew, or in the circumstances ought to have known,
 - (i) that the injury for which the claimant seeks a remedial order had occurred,
 - (ii) that the injury was attributable to conduct of the defendant, and

(iii) that the injury, assuming liability on the part of the defendant, warrants bringing a proceeding,
or
(b) 10 years after the claim arose,
whichever period expires first, the defendant, on pleading this Act as a defence, is entitled to immunity from liability in respect of the claim.

The Positions of the Parties

a. The Position of the ERCB

[45] The ERCB argues that summary judgment may be granted if a claim is filed outside the limitation period: *Borchers v Kulak*, 2009 ABQB 457, 479 AR 136 at para 36. The ERCB also argues that the *Limitations Act* applies to a constitutional cause of action where personal claims for a constitutional remedy are in issue: *Ravndahl v Saskatchewan*, 2009 SCC 7, [2009] 1 SCR 181 at paras 16-17.

[46] The ERCB acknowledges there is no affidavit evidence in support of its application for summary dismissal of the *Charter* claim on the basis of the *Limitations Act*, and asserts that it does not need to file any evidence because “on the plaintiff’s own facts, the purported decision to exclude her from the ERCB complaint process took place on or before November 24th, 2005, more than 2 years before the Plaintiff filed her Statement of Claim.” ERCB Written Brief, para. 149.

[47] The reference to November 24, 2005 is an allegation contained in paragraph 48 of the Fresh Claim. The ERCB also submits that the summary judgment rules contained in the *ARC* specifically reference that judgment may be given “at any time and in action” when admissions of fact are made in a pleading: *ARC*, r 7.2(a). The ERCB concedes that Rule 7.3(2) states that an application for summary judgment “must be supported by an affidavit swearing positively that one or more of the grounds described in sub-rule (1) have been met”, but points out that the sentence carries on to state an alternative, namely “or by other evidence to the effect that the grounds have been met”. It simply asserts that “other evidence” referenced in Rule 7.3(2) includes admissions of fact in the pleadings.

b. The Position of Ernst

[48] Ernst submits that because the original Statement of Claim was filed December 3, 2007, the ERCB’s Application for Summary Judgment, in order to be successful, must contain proof that Ernst knew before December 3, 2005 that a *Charter* breach had occurred, that the breach was attributable to the ERCB, and that the breach warranted bringing a proceeding. Further, Ernst says that the ERCB cannot prove, nor has it proven, any of these elements. As an example, Ernst states that the pleadings are entirely silent on the crucial issue as to when Ernst actually received and read the November 24, 2005 letter.

[49] I agree with the submissions of Ernst on the *Limitations Act* issue. Asserting in a pleading as a matter of fact that a letter dated November 24, 2005 crystallized a *Charter* claim, if any, in favour of Ernst is not the same as alleging that any event occurred with the knowledge of the plaintiff, so as to constitute an admission of fact. There is no admission of fact that Ernst received the letter prior to December 3, 2005, only that the letter is dated prior to then. That is not sufficient proof upon which to ground an order granting summary judgment, assuming that it is an admission of fact constituting a ground for dismissal. I do not decide whether the other elements asserted by Ernst have been proven or not, in terms of whether a *Charter* breach has occurred or, if so, whether the conduct of the ERCB warranted bringing an action prior to December 3, 2005.

3. *Statutory Immunity and the Ernst Claims*

[50] I must ascertain whether the statutory immunity clause, section 43 of the *ERCA*, serves to bar the Ernst claims for negligence and damages for a *Charter* breach in any event. That section states as follows:

43. No action or proceeding may be brought against the Board or a member of the Board or a person referred to in section 10 or 17(1) in respect of any act or thing done purportedly in pursuance of this Act, or any Act that the Board administers, the regulations under any of those Acts or a decision, order or direction of the Board.

[51] The ERCB argues that this section is an absolute bar to the Ernst claims against it. Ernst argues that section 43 cannot bar her claim. She advances a statutory interpretation argument and a constitutional argument in support of her position. I consider both arguments below.

a. *Statutory Interpretation Argument*

[52] Ernst elaborates on principles of statutory interpretation to argue that section 43 does not protect the ERCB in the circumstances. Ernst basically says that her claim against the ERCB is for the sin of omission, not commission. She asserts that the statutory protection afforded the ERCB by section 43 is in respect only of “any act or thing done or purported to be done” not any act or thing it omitted to do. In support of her argument, Ernst cites section 69 of the *Alberta Utilities Commission Act* which states as follows:

69. No action or proceeding in respect of any act or thing done or omitted to be done or purported to be done or omitted to be done in good faith under this or any other enactment or under a decision, order or direction of the Commission may be brought against the Commission, any member or any person referred to in section 68(1).

[53] In addition, Ernst cites the *Responsible Energy Development Act*, section 27 which states as follows:

27. No action or proceeding may be brought against the Regulator, a director, a hearing commissioner, an officer or an employee of the Regulator, or a person engaged by the Regulator, in respect of any act or thing done or omitted to be done in good faith under this Act or any other enactment.

[54] As noted, this statute came into force on June 17, 2013. It repeals the *ERCA* and establishes a single Alberta Energy Regulator, to, amongst other things, consider and decide applications pertaining to energy resource enactments including pipelines, wells, processing plants, mines and other operations for the recovery of energy resources.

[55] Given that statutes restricting action are to be strictly construed, Ernst says that section 43 of the *ERCA* affords no protection to the ERCB because her claim against the ERCB stems not from the ERCB's actions, but from its failure to act.

[56] The ERCB replies, emphasizing adjectives in the Fresh Claim against the ERCB, namely that it did not respond "reasonably" (paragraph 36 of the Fresh Claim), failed to conduct a "reasonable investigation" (paragraph 38 of the Fresh Claim), arbitrarily prevented "the Plaintiff from participating in the regulatory scheme" (paragraph 39 of the Fresh Claim), and so on. In short, the ERCB says that the claim against it is for what it did, and falls squarely within the provisions of section 43.

[57] I do not accept the argument that the lack of the words "or anything omitted to be done" in section 43, render its interpretation as providing statutory immunity to the ERCB only in situations where it has acted, as opposed to failing to act. A decision taken by a regulator to act in a certain way among alternatives inherently involves a decision not to act in another way. Picking one way over another does not render the ERCB immune from an action or proceeding, depending on its choice. This construction would result in an irrational distinction and lead to an absurdity. Moreover, to the extent that the other statutes providing statutory immunity to the regulator are relevant in that they contain the additional phrase "or anything omitted to be done", I regard those words as mere surplusage in the circumstances. Therefore, I hold that section 43 bars any actions or proceeding against the ERCB, in terms of both its decisions to act and the acts done pursuant to those decisions, and its decisions not to act.

[58] Therefore, even if I had found that the ERCB owed a duty of care to Ernst sufficient to establish a tort claim, her claim in negligence is barred in any event by section 43 of the *ERCA*.

b. Constitutional Argument

[59] That leads to the question as to whether there is a reason in principle not to apply the reasoning I have already given, in terms of the statutory immunity of the ERCB, to the personal claim for damages pursuant to the *Charter*, as well as the claim for negligence.

[60] During oral argument, counsel for Ernst argued that the government cannot legislate immunity to preclude legal action arising out of its own *Charter* breaches. Counsel for Ernst handed to the Court an excerpt from the case *Prete v Ontario* (1993), 16 OR (3d) 161 (CA), application for leave to appeal to SCC dismissed with costs, [1994] 1 SCR x. In that case, a claim for damages as a remedy was brought pursuant to section 24(1) of the *Charter*, alleging the Attorney General of Ontario arbitrarily, capriciously and without any reasonable grounds preferred a direct indictment on a charge of murder against the plaintiff. The issue before the Court was whether a six-month limitation period in section 11(1) of the *Public Authorities Protection Act*, RSO 1980, c 406, barred the proceedings. That section prohibited any action against any person in the intended execution of any statutory or other public duty, unless it was commenced within six months after the cause of action arose.

[61] The Court also considered the applicability of a statutory immunity clause in the *Proceedings Against the Crown Act*, RSO 1980, c 393. Sections 5(1) and 5(6) provide:

5(1) Except as otherwise provided in this Act and notwithstanding section 11 of the *Interpretation Act*, the Crown is subject to all liabilities in tort to which, if it were a person of full age and capacity, it would be subject,

- (a) in respect of a tort committed by any of its servants or agents;
- (b) in respect of a breach of duties that one owes to one's servants or agents by reason of being their employer;
- (c) in respect of any breach of the duties attaching to the ownership, occupation, possession or control of property; and
- (d) under any statute, or under any regulation or by-law made or passed under the authority of any statute.

...

5(6) No proceeding lies against the Crown under this section in respect of anything done or omitted to be done by a person while discharging or purporting to discharge responsibilities of a judicial nature vested in the person or responsibilities that the person has in connection with the execution of judicial process. [emphasis added]

[62] In *Prete*, the Court, relying on the judgment of Lamer J. in *Nelles v Ontario*, [1989] 2 SCR 170, stated that prosecutorial immunity, to the extent it may bar a remedy under the *Charter*, cannot stand alone. The Court said that these reasons were “strongly persuasive” that a statutory enactment cannot bar a *Charter* remedy, and pointed out that section 32(1)(b) of the *Charter* applies to the legislature of government in each province: para 8. Similarly, the Court in *Prete* found that there would be no immunity available under section 5(6) of the *Proceedings Against the Crown Act*, where a *Charter* remedy is claimed.

[63] One of the interesting propositions from *Prete* is that a claim for malicious prosecution without any *Charter* aspect may be subject to a statutory limitation or protection afforded to the Crown or the Attorney General, while the same claim brought under the *Charter*, would be subject to no such bar.

[64] The statutory immunity clause in section 43 of the *ERCA* applies to “any act or thing done” in pursuance of the *ERCA* or any Act administered by the ERCB. The statutory immunity clause in section 5(6) of the *Proceedings Against the Crown Act* in *Prete* applies to all liabilities in tort under section 5, which are set out in section 5(1). I am not bound by the Ontario Court of Appeal decision in *Prete*, and find it is distinguishable in any event on the basis of the wording of the statutory immunity clause.

[65] I must therefore determine whether a generally worded statutory immunity clause will apply when a claim is asserted for damages for a *Charter* breach. There is appellate and Supreme Court of Canada jurisprudence on the issue of whether a limitation period applies to a *Charter* claim. Distinctions are made as to whether the claim is personal (for example, seeking damages for breach of an individual’s *Charter* rights) or general (such as seeking the striking down of legislation), and whether the limitation period applies to everyone, or is specific in its application. The law relating to whether a limitation period applies to a *Charter* claim provides a helpful starting point in determining whether the statutory immunity clause in section 43 of the *ERCA* applies in this case.

[66] In *Alexis v Darnley*, 2009 ONCA 847, 100 OR (3d) 232, leave to appeal to the SCC refused, 33560 (April 29, 2010), the Ontario Court of Appeal found that a general *Limitations Act*, 2002 provision applied to a personal claim under section 24(1) of the *Charter*. At paragraphs 16 and 17, the Court reviewed a number of cases from provincial Courts of Appeal and found that limitation periods of general application, that is, that are applicable to everyone, apply to personal *Charter* claims, but do not apply to statutes which immunize the government itself from a *Charter* claim. This is distinguishable from *Prete*, where the issue was a six-month limitation period that applied only to the Crown.

[67] The only Alberta case cited by the parties was *Garry v Canada*, 2007 ABCA 234, leave to appeal to SCC denied [2008] 1 SCR viii. *Garry* was an application before a single justice of the Court of Appeal to restore an appeal to the list, and stands as some authority in Alberta for the proposition that general limitation periods apply to *Charter* claims. Justice Côté noted that “no authority has been shown to say that general limitation periods do not apply to *Charter* claims”: para 21. He goes on to distinguish *Prete* on the basis that:

...[*Prete*] was about interpreting the short limitation period for suing the Crown and public authorities in Ontario. Alberta has no equivalent legislation; the Crown gets no special treatment here. That case is not about general limitation statutes: para 21.

[68] The Supreme Court of Canada has considered the application of statutory limitation periods to personal claims for constitutional relief in several cases, including *Ravndahl*. In *Ravndahl*, the plaintiff was a widow whose former husband died of injuries he sustained during his employment. As a result, the plaintiff received benefits under the Saskatchewan *Workers' Compensation Act* of 1978 (the "*WCA*"). She lost her benefits pursuant to section 68 of the *WCA* in 1984, when she remarried. After the *Charter* came into effect on April 17, 1985, the *WCA* was amended and ultimately provided for compensation to continue to be paid to a surviving dependent spouse if he or she remarried after April 17, 1985. The plaintiff brought an action in 2000 pursuant to the equality provision in section 15 of the *Charter*, seeking an order reinstating her spousal pension and awarding damages, and declaring that the *WCA*, as amended in 1985, was of no force and effect.

[69] The Supreme Court of Canada concluded that the plaintiff's personal claims for declarations and damages were statute-barred by the limitation period, but that her claim for a declaration of constitutional invalidity was not. Chief Justice McLachlin, for the Court noted:

16 ...Personal claims for constitutional relief are claims brought as an individual *qua* individual for a personal remedy. As will be discussed below, personal claims in this sense must be distinguished from claims which may enure to affected persons generally under an action for a declaration that a law is unconstitutional.

17 The argument that *The Limitation of Actions Act* does not apply to personal claims was abandoned before us, counsel for the appellant conceding that *The Limitation of Actions Act* applies to such claims. This is consistent with this Court's decision in *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3, which held that limitation periods apply to claims for personal remedies that flow from the striking down of an unconstitutional statute: paras 16-17.

[70] These principles were recently reiterated by the Supreme Court of Canada in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, 355 DLR (4th) 577, where the majority concluded:

134 ...[A]lthough claims for personal remedies flowing from the striking down of an unconstitutional statute are barred by the running of a limitation period, courts retain the power to rule on the constitutionality of the underlying statute. ...

135 Thus, this Court has found that limitations of actions statutes cannot prevent the courts, as guardians of the Constitution, from issuing declarations on the constitutionality of legislation. By extension, limitations acts cannot prevent the courts from issuing a declaration on the constitutionality of the Crown's conduct: paras 134-135. [See also: *Ravndahl* at para 17; *Kingstreet Investments Ltd v New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 SCR 3 at para 59]

[71] In *Manitoba Metis Federation*, the Manitoba Metis Federation sought declaratory relief, not personal remedies. They made no claim for damages or land. The Supreme Court of Canada concluded that *The Limitation of Actions Act* did not apply, and the claim was not statute-barred.

[72] In contrast, the plaintiff in this case does not seek to strike down legislation; she seeks a personal remedy, namely damages. If the issue in dispute were the applicability of a limitation period found in a general limitations statute, it is clear that the general limitations statute would apply to this action.

[73] The difficulty this Court is faced with is that a statutory immunity clause is not the same as a limitation period in a general limitations statute. Section 43 of the *ERCA* purports to bar absolutely any action brought against the ERCB. On the face of it, this would include a *Charter* claim for a personal remedy, as opposed to an application challenging a provincial statute or regulation on the basis of its validity against *Charter* scrutiny. A statutory immunity clause is of general application in the sense that it immunizes a government agency from suit, and does not target individual parties. At the same time, this does not necessarily deprive a party of any remedy. As was pointed out in oral argument by counsel for the ERCB, the time-tested and conventional challenge to an administrative tribunal's decision is judicial review, not an action against the administrative tribunal.

[74] I see commonalities between statutory immunity provisions and limitation periods of general application that apply to *Charter* claims for personal remedies. Both are statutory bars to claims that may otherwise have merit. In *Prete*, the Ontario Court of Appeal concluded that both the limitation period and the statutory immunity provisions in the *Proceedings Against the Crown Act* could not infringe upon the plaintiff's ability to seek a remedy under the *Charter*. Justice Carthy, for the majority, noted:

Put in this *Charter* context, I see no valid comparison between procedural rules of court and statutory limitation periods. I do see identity between statutes granting immunity and those imposing limitation periods after the time when the limitation arises: para 14.

[75] Where a party seeks a general constitutional remedy, as opposed to a personal remedy, a statutory immunity clause will not apply. In the pre-*Charter* decision *Amax Potash Ltd v Saskatchewan*, [1977] 2 SCR 576, the Supreme Court of Canada considered whether a statutory provision giving absolute immunity for government actions could be challenged as violating the Constitution. The Government of Saskatchewan sought to pass legislation imposing a tax on potash producers, who brought an action challenging the validity of the tax as beyond the powers of the Province. They sought a declaration of invalidity and repayment of all moneys that may be paid by them on account of the tax. Saskatchewan relied on a statutory immunity clause in *The Proceedings Against the Crown Act*, RSS 1965, c 98, s 5(7). Justice Dixon, for the Court, concluded that:

...s. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act* is *ultra vires* the Province of Saskatchewan in so far as it purports to bar the recovery of taxes paid under a statute or statutory provision which is beyond the legislative jurisdiction of the Legislature of Saskatchewan: at 594.

[76] The principle underlying the Court's decision is that the preservation of the Constitution is paramount. Justice Dixon cited earlier Supreme Court of Canada authority in *British Columbia Power Corporation Ltd v British Columbia Electric Co Ltd*, [1962] SCR 642 at 644:

In a federal system, where legislative authority is divided, as are also the prerogatives of the Crown, as between the Dominion and the Provinces, it is my view that it is not open to the Crown, either in right of Canada or of a Province, to claim a Crown immunity based upon an interest in certain property, where its very interest in that property depends completely and solely on the validity of the legislation which it has itself passed, if there is a reasonable doubt as to whether such legislation is constitutionally valid. To permit it to do so would be to enable it, by the assertion of rights claimed under legislation which is beyond its powers, to achieve the same results as if the legislation were valid. ...

[77] This Court considered the constitutionality of a Crown immunity provision in *Alberta v Kingsway General Insurance Co*, 2005 ABQB 662, 53 Alta LR (4th) 147. In that case, the Government of Alberta passed legislation to freeze auto insurance premiums. Kingsway General Insurance Company ("Kingsway") commenced legal action against Alberta for damages and declaratory relief as a result of this legislation. Subsequently, the Government of Alberta passed further legislation explicitly naming Kingsway's lawsuit, extinguishing it without costs, and precluding similar litigation against Alberta. In response to Alberta's motion for summary judgment on the basis of the legislation extinguishing Kingsway's lawsuit, Kingsway sought a declaration that the legislation providing immunity to Alberta was *ultra vires* the government of Alberta, or otherwise unconstitutional.

[78] This Court considered whether the legislation extinguishing Kingsway's lawsuit was of no force and effect under section 52 of the *Constitution Act, 1982*, noting that "[o]ne of the Courts' most important roles in relation to the rule of law is to ensure that legislatures conform to the Constitution": para 62. This Court concluded (at para 67):

Thus, characterization of legislation as a Crown immunity clause does not end the inquiry. Such a clause does not shield the Crown from constitutional challenges to the legislation, whether or not it purports on its face to do so. [...]

[79] In *Kingsway General*, this Court concluded the impugned legislation was not aimed at evading the Constitution, even assuming that Kingsway could succeed in its action for damages: para 84. This Court found that, in its essence, the impugned legislation barred a claim, not a litigant, and was not materially different from other limitations statutes or statutory immunity

legislation: para 72. It targeted insurers, but treated them all equally: para 87. The impugned legislation was not *ultra vires* the Government of Alberta: para 160.

[80] The remedies sought in *Amax Potash* and *Kingsway General* were general; the relief sought was to strike or read down legislation providing immunity. The principle set out in those decisions that statutory immunity clauses cannot protect the government from constitutional challenges is the same approach as has been taken in respect of limitation periods. The question remains whether the same principle applies to when a plaintiff seeks damages or other personal remedies for a *Charter* breach.

[81] I cannot accede to the proposition that statutory immunity clauses in favour of government officials or tribunals have no application when a personal claim for damages for a *Charter* remedy is asserted. The mischief that arises circumventing an otherwise valid immunity provision is obvious. Parties would come to the litigation process dressed in their *Charter* clothes whenever possible.

[82] I conclude that statutory immunity clauses apply to claims for personal remedies pursuant to the *Charter*. I reach this conclusion for two reasons. Firstly, it is my view that the reasons why limitation periods apply to claims for personal remedies under the *Charter* also apply to statutory immunity clauses because statutory immunity clauses and limitation periods are both legislated bars to what may otherwise be a meritorious claim.

[83] Secondly, there are strong policy reasons for the application of immunity clauses to claims for personal remedies under the *Charter*. Policy considerations are given effect when the merits of a claim for a *Charter* breach are examined. In my view, these policy considerations also apply when determining whether a statutory immunity clause applies.

[84] The Supreme Court of Canada established a four-step inquiry in awarding damages for a *Charter* breach in *Vancouver (City) v Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 SCR 28. This case involved an award of damages for an unreasonable search and seizure. The Supreme Court of Canada held that “damages may be awarded for *Charter* breach under section 24(1) where appropriate and just”: para 4. The four-step inquiry was summarized in paragraph 45:

If the claimant establishes breach of his *Charter* rights and shows that an award of damages under s.24(1) of the *Charter* would serve a functional purpose, having regard to the objects of s.24(1) damages, and the state fails to negate that the award is “appropriate and just”, the final step is to determine the appropriate amount of the damages.

[85] There is no comprehensive list of considerations as to what is “appropriate and just”, or indeed, “inappropriate and unjust”. Chief Justice McLachlin, for the Court, noted that:

A complete catalogue of countervailing considerations remains to be developed as the law in this area matures. At this point, however, two considerations are

apparent: the existence of alternative remedies and concerns for good governance: para 33.

[86] In discussing grounds of good governance that could negate the appropriateness of section 24(1) damages, McLachlin C.J. explained (at para 43):

...When appropriate, private law thresholds and defences may offer guidance in determining whether s.24(1) damages would be “appropriate and just”. While the threshold for liability under the *Charter* must be distinct and autonomous from that developed under private law, the existing causes of action against state actors embody a certain amount of “practical wisdom” concerning the type of situation in which it is or is not appropriate to make an award of damages against the state. Similarly, it may be necessary for the court to consider the procedural requirements of alternative remedies. Procedural requirements associated with existing remedies are crafted to achieve a proper balance between public and private interests, and the underlying policy considerations of these requirements should not be negated by recourse to s.24(1) of the *Charter*. As stated earlier, s.24(1) operates concurrently with, and does not replace, the general law. These are complex matters which have not been explored on this appeal. I therefore leave the exact parameters of future defences to future cases.

[87] In *Ward*, the Supreme Court of Canada contemplated that there may be private law thresholds and defences that may negate awarding damages for a *Charter* breach in the interest of good governance. In my view, if parties seeking damages could circumvent a statutory immunity clause by alleging a *Charter* breach, such a breach would be alleged in litigation against the government wherever possible. This would lessen considerably the effectiveness of such statutory immunity clauses, and would undermine the ability of the Legislature or Parliament to balance public and private interests.

[88] Ernst seeks a personal remedy for a *Charter* breach against the ERCB. For the above reasons, I view section 43 of the *ERCA* as an absolute bar to the Ernst claims against the ERCB. Those claims are struck and, in the alternative, dismissed.

[89] As a final point on the constitutional issue, as was argued by counsel for the ERCB orally, if Ernst seeks as a remedy a declaration striking down section 43 of the *ERCA*, a Notice of Constitutional Question should be given to the Attorneys General of Alberta and Canada, pursuant to section 24 of the *Judicature Act*, RSA 2000, c J-2. The ensuing constitutional litigation could be pursued in a procedural matrix, which would consider the constitutional validity of the legislation, including whether a section 1 *Charter* defence might be available to the Legislature in the event a *Charter* breach is found. The procedural requirement to provide a Notice of Constitutional Question facilitates full argument of any constitutional issues and is a matter of procedural fairness necessary to ensure the Attorneys General of Alberta and Canada have an opportunity to be heard.

B. Ordering Particulars

[90] The ERCB requested in the alternative that particulars be ordered for paragraphs 27, 29, 31, 32, 45, 47, 51, and 52 of the Fresh Claim. I granted the application striking or dismissing Ernst's claims against the ERCB for negligence and for breach of her *Charter* rights. It is therefore unnecessary for me to rule on the ERCB's application for particulars.

C. Costs

[91] The ERCB application seeks costs against Ernst forthwith, in any event of the cause, for the April 26, 2012 application.

1. *Position of the ERCB*

[92] The main thrust of the ERCB's position is that it was a successful party at the application returnable April 26, 2012. It says that Madam Justice Veldhuis "expressed highly negative views regarding the then-existing Statement of Claim and ultimately directed a new Statement of Claim be filed": ERCB Written Brief, para 164. Further the ERCB alleges that Madam Justice Veldhuis directed Ernst file a new Statement of Claim "in order to rectify the fundamental flaws and improper context contained" in the previous Statement of Claim, resulting in the then-applications to strike never being heard: ERCB Written Brief, para 165.

2. *Position of Ernst*

[93] I cannot find either in the transcript of the oral argument nor in the written brief of Ernst that Ernst made any submissions on the issue of the costs of the April 26, 2012 application.

3. *Decision*

[94] The transcript of the April 26, 2012 proceedings is relatively short. The body of it contains 26 pages. After dealing with some preliminary matters, Madam Justice Veldhuis addressed counsel beginning at page 7 of the transcript. She had before her the second amended Statement of Claim filed February 7, 2012 and was dealing with three applications, one each from EnCana, the ERCB and Alberta. She indicated that both the ERCB and Alberta had requested that certain paragraphs or in the alternative the entirety of the Statement of Claim be struck or summary judgment given, or in the further alternative in the case of ERCB, costs by Ernst be provided. EnCana also asked for similar relief but in the alternative asked for an Order requiring the Plaintiff to issue a Fresh Statement of Claim.

[95] Madam Justice Veldhuis found that, clearly, a number of paragraphs in the second Amended Statement of Claim were improper in that they contained "inflammatory and inappropriate language in places". Further, some paragraphs were repetitive. She indicated that she regarded herself as having authority to order amendments pursuant to *ARC* Rule 3.68(1)(b) in

the event a pleading was frivolous, irrelevant or improper and that “many paragraphs” in the second Amended Statement of Claim were improper. She concluded at page 11:

It is my recommendation that this Statement of Claim return to the Plaintiff for redrafting in a manner that complies with the *Alberta Rules of Court* should the plaintiff wish to proceed with the matter.

[96] She then asked counsel for comments. Alberta’s counsel indicated that her recommendation “made good sense”. The ERCB counsel indicated he was “supportive”. Ernst’s counsel expressed “appreciation”.

[97] This Court notes a number of things arising. First, as has often been said, costs are always in the discretion of the Court. Secondly, there is no finding of outrageous or egregious conduct on the part of Ernst. Thirdly, the concept that the applications of EnCana, ERCB and Alberta were “successful” on April 26, 2012 is inconsistent with what happened. What happened was that the Court on its own initiative, in trying to manage a case that is difficult to manage, recommended the issuance of a Fresh Claim before proceeding with applications to strike or for summary judgment, or, in the alternative, for particulars. It was the initiative to issue a Fresh Claim that was viewed as an important step by all towards solidifying, in an organized way, pleadings which could be dealt with in terms of either surviving applications for summary judgment or striking on the basis that they were not likely to be subject to further amendment.

[98] It is the view of this Court that if success were determined to be in favour of EnCana, the ERCB or Alberta on April 26, 2012, party-and-party costs would be awarded. This Court does not take that view. This Court takes the view that the briefs that were prepared for those applications, in terms of the law and analytical framework, involve the same concepts which were in front of this Court and which have just been adjudicated upon. Therefore, any costs that flow from the applications can be dealt with by this Court as costs of these applications. In short, I decline to award any costs for the April 26, 2012 applications because the resolution of the issues on that day were initiated by Madam Justice Veldhuis on her own motion, and were seemingly applauded by all counsel.

IV. Alberta’s Application

A. Overview

[99] As stated earlier, Alberta has sought an Order from the Court striking certain paragraphs of the Fresh Claim or in the alternative, particulars and costs. I will deal with each, in turn.

[100] The paragraphs in the Fresh Claim sought to be struck by Alberta are as follows:

64. Alberta Environment’s representations had the effect of, and were intended to, encourage and foster reliance on Alberta Environment by Ms. Ernst. In particular, Ms. Ernst relied on Alberta Environment to protect

underground water supplies; to respond promptly and reasonably to any complaints raised by her or other landowners; and to undertake a prompt and adequate investigation into the causes of water contamination once identified.

65. By October 2004, Alberta Environment knew that EnCana was diverting fresh water from underground aquifers without the required diversion permits from Alberta Environment.
66. By mid 2005, Alberta Environment knew that a number of landowners had made complaints regarding suspected contamination of the Rosebud Aquifer potentially caused by oil and gas development. At that time, despite repeated complaints, Alberta Environment did not conduct an investigation or take any steps to respond to reported contamination of the Rosebud Aquifer.
67. In late 2005, Ms. Ernst contacted Alberta Environment to report concerns regarding her well water, and to register concerns regarding potential impacts on groundwater caused by EnCana's CBM Activities. Alberta Environment failed to take any action regarding Ms. Ernst's concerns at that time.
69. On March 3, 2006, several months after concerns were initially raised by Ms. Ernst, Alberta Environment began an investigation into possible contamination of numerous water wells in the Rosebud region, including the Ernst Well. Tests conducted on these water wells showed the presence of hazardous chemicals and petroleum pollutants in water drawn from the Rosebud Aquifer. These tests also indicated high concentrations of methane in water drawn from the Rosebud Aquifer.
70. Alberta Environment specifically tested the Ernst Water Well. Tests conducted on the Ernst Water Well revealed that Ms. Ernst's water contained very high and hazardous levels of methane. Alberta Environment tests also indicated that Ms. Ernst's well water was contaminated with F-2 hydrocarbons, 2-Propanol 2-Methyl and Bis (2-ethylhexyl) phthalate; that levels of Strontium, Barium and Potassium in her water had doubled; and that her well water contained greatly elevated levels of Chromium.
72. Alberta Environment knew that contaminants found in Ms. Ernst's water and in water drawn from elsewhere in the Rosebud Aquifer were related to and indicative of contamination caused by oil and gas development.

74. Throughout the material time, Alberta Environment and its lead investigator, Mr. Kevin Pilger, dealt with Ms. Ernst in bad faith. In particular;
- a. Mr. Pilger concluded, before any investigation had begun, that the water wells he was responsible for investigating were not impacted by CBM development;
 - b. Mr. Pilger repeatedly accused Ms. Ernst of being responsible for the contamination of her well water before conducting any investigations;
 - c. Mr. Pilger falsely and recklessly accused Ms. Ernst of fabricating and forging a hydrogeologist's report that indicated EnCana had fractured and perforated into the Rosebud Aquifer;
 - d. Alberta Environment stonewalled and otherwise blocked all of Ms. Ernst's attempts to gain access to relevant information regarding the contamination of her well and local CBM development; and
 - e. Alberta Environment shared information collected as part of the investigation with EnCana, while refusing to release this information to Ms. Ernst, her neighbours or to the general public.
75. In November 2007, almost two years after the original complaint, Alberta Environment contracted the Alberta Research Council to complete a "Scientific and Technical Review" of the information gathered regarding Ms. Ernst's complaints to determine possible causes of water contamination. Alberta Environment in fact prevented an adequate review from taking place by radically restricting the scope of the review by instructing the ARC to review only the limited information provided by Alberta Environment. As a result, the ARC review failed to consider relevant data and information as part of its review.
77. Despite knowledge of breaches of legal requirements under its jurisdiction at the EnCana Wells, despite continued serious water contamination, and despite significant and legitimate unanswered questions regarding CBM Activities at the EnCana Wells and potential impacts on the Rosebud Aquifer, Alberta Environment closed the investigation into Ms. Ernst's contaminated water on January 16, 2008, and stopped delivering safe, drinkable water to her home in April 2008.
79. Alberta Environment breached this duty, and continues to breach this duty, by negligently implementing Alberta Environment's own specific and published investigation and enforcement scheme. In particular, Alberta Environment:

- a. Conducted a negligent investigation into the contamination of the Ernst Water Well, as detailed above;
 - b. Unduly and negligently restricted the scope of both the Alberta Environment investigation and the ARC review.
84. The actions of EnCana, the ERCB and Alberta Environment, as detailed above, amount to high-handed, malicious and oppressive behaviour that justifies punitive damages. In relation to the Defendant EnCana, it is appropriate, just and necessary for the Court to assess large punitive damages to act as a deterrent to offset the large financial gains that EnCana derived from reckless and destructive resource development practices in the Rosebud region.
85. In the alternative to the Plaintiff's claims for compensatory remedies from EnCana, the Plaintiff claims the restitutionary remedy of disgorgement based on the doctrine of 'waiver of tort'. As detailed above, EnCana's shallow and dangerous drilling of natural gas wells in the Rosebud area shows a cynical disregard for the environment and for the rights of the public and the Plaintiff. By negligently conducting CBM activities, including perforation and fracturing of coal seams at dangerously shallow depths at CBM wells located near the Plaintiff's home, EnCana gained access to natural gas that would have remained inaccessible but for its negligent conduct. The Plaintiff asserts that EnCana is liable to disgorge the profits gained through the sale of this wrongfully obtained natural gas.

B. Grounds Asserted by Alberta

[101] Alberta submits that their only issue is whether the paragraphs at issue in the Fresh Claim should be struck out on the grounds they are "frivolous, irrelevant or improper".

C. General Principles

[102] The *ARC* contain useful guidance with respect to the content of pleadings. As noted by Alberta, *ARC* Rule 13.6(1)(a) and *ARC* Rule 13.6(2)(a) require only relevant matters in terms of the facts upon which a party relies, but not the evidence to prove those facts and the pleading must be succinct. *ARC* Rule 13.6(3) requires a party to state any matter relied upon which may take another party by surprise.

[103] The *ARC* also contain an expressability for the Court to strike out any or all part of a claim in *ARC* Rule 3.68(1)(a) with one of the grounds being relied on by Alberta in *ARC* Rule 3.68(2)© that a commencement document is frivolous, irrelevant or improper. Further, *ARC* Rule 3.68(3) prohibits any evidence being submitted on an application pursuant to Rule 3.68(2)(b).

[104] The case law relied on by Alberta includes *Donaldson v Farrell*, 2011 ABQB 11 at para 28; *Mikisew Cree First Nation v Canada* (1997), 214 AR 194 (QB); *K v EK*, 2004 ABQB 159, 362 AR 195; *AJG v Alberta*, 2006 ABQB 446, 402 AR 340 at paras 27 and 28.

[105] From these cases, Alberta says that pleadings are not intended to be prolix: *Donaldson* at para 28, and must not go beyond a summary of the facts or be argumentative. *AJG*, *Mikisew* and *K v EK* include examples of irrelevant and embarrassing pleadings, pleading evidence, argumentative statements, paragraphs that are redundant, a bare assertion of the legal right or the lack of a cause of action that does not exist at all.

[106] Ernst also cites *ARC Rule 13.6(1)(a)* and *ARC Rule 13.6(2)(a)*. The cases relied on by Ernst to articulate the purpose of pleadings include *Touche Ross Ltd v McCardle* (1987), 66 Nfld & PEIR 257 (Sup Ct - Gen Div); *Guccione v Bell*, 1999 ABQB 219, 239 AR 277, aff'd 2001 ABCA 265, 299 AR 192; *Murphy v Kenting Drilling Co* (1996), 190 AR 77 (QB); *Donaldson*; *Hunt*; *Alberta Adolescent Recovery Centre*.

[107] The submissions of Ernst surrounding the case law include that essence of a properly drawn pleading is “clarity and disclosure”: *Touche Ross* at para 4, that the burden on a party seeking to strike out pleadings is extremely onerous or high, and that it must be plain and obvious or beyond reasonable doubt that the facts as pleaded, which must be assumed to be true, do not disclose a reasonable cause of action: *Hunt* at paras 32-33; *Alberta Adolescent Recovery Centre* at para 29. Ernst further says that a Court must exercise caution in striking portions of a claim to the same extent as it would in striking the whole of the claim, and that for a pleading to be “frivolous” it must be asserted in bad faith or be hopeless: *Guccione* at paras 6-7; *Donaldson* at para 24; *Alberta Adolescent Recovery Centre* at para 28.

[108] Finally, Ernst admonishes the Court not to strike out portions of the claim where the matter is to go to trial in any event, on the basis a case should not be tried piecemeal: *Murphy* at paras 9-10.

[109] I find that the statements of the applicable principles by both parties are accurate in the context in which they are asserted. As is the case with so many other legal principles, the difficulty is not in stating the applicable principle, but rather, in applying it to the particular situation at hand.

D. Positions of the Parties

1. Alberta

[110] Alberta submits that the impugned paragraphs or portions thereof are frivolous, irrelevant and improper, in that they contain flaws falling into five distinct categories. Alberta submits that Ernst pleads evidence, pleads argument, asserts irrelevant facts, statements or theories, involves non-parties, and is redundant and unnecessarily prolix.

[111] With respect to paragraph 64, Alberta's complaint is that it ought not to contain the words "or other land owners" because they are not parties to the action, and that the allegation unduly broadens the scope and puts Alberta in a position of having to respond to similar fact evidence. With respect to paragraph 65, Alberta complains that it is too general and that it should be confined to contamination of Ernst's water on Ernst's land. Further, Alberta submits that what Alberta Environment knew, in terms of diverting water from underground aquifers, was irrelevant.

[112] Alberta's complaint about paragraph 66 is also that it refers to "a number of land owners" and contamination of the "Rosebud Aquifer", rather than being restricted to the Ernst water contamination. Alberta also submits that the phrases "suspected contamination" and "potentially caused by oil and gas development" are speculative and increase the scope of questioning.

[113] In paragraph 67, Alberta says that the reference to "potential impacts on ground water" caused by EnCana's CBM Activity is irrelevant to the Ernst claim that her water from her well was contaminated.

[114] In paragraph 69, Alberta asserts the reference to "numerous water wells" is improper and that the paragraph contains evidence, specifically the results of tests allegedly conducted by Alberta Environment. Further, it is alleged that the words "hazardous and pollutants" in paragraph 69 are argumentative and ought to be struck.

[115] In paragraph 70, Alberta complains that the words "very high and hazardous" and "contaminated" are argumentative and ought to be struck. Also, Alberta says the remainder of the paragraph referring to test results is evidence, and is therefore improper.

[116] In paragraph 72, Alberta submits that the words "and in water drawn from elsewhere on the Rosebud aquifer" refers to persons not parties, is argumentative because of the allegation that contamination was "related to" an indicative of contamination caused by oil and gas.

[117] Alberta takes issue with paragraph 74 because of the references to the "Rosebud Aquifer" and "water wells", as opposed to the Ernst well, and reference to a "local CBM development", "neighbours", and to the "general public".

[118] Paragraph 75, according to Alberta, contains evidence and argument, namely that the "Scientific and Technical Review" was flawed. That an adequate review was prevented from taking place is also argumentative.

[119] Alberta submits that paragraph 77 contains evidence and argument, and is embarrassing, and is thus improper. Alberta also says the reference to "significant and legitimate unanswered questions regarding CBM Activities at the EnCana wells" is irrelevant to whether or not Alberta Environment owed a duty to the plaintiff, or, if such a duty was owed, whether Alberta Environment breached it.

[120] In paragraph 79, Alberta takes issue with the wording of paragraphs (d), (e), (f), (g), (h) and (i) and says that those allegations are irrelevant to the plaintiff's claim that the water on her land was contaminated. Alberta asserts that the plaintiff is asking this Court to embark on a public enquiry into the fracturing of coalbed methane in the oil and gas industry, and that this is improper.

[121] In paragraph 84, Alberta complains that the reference to "reckless and destructive resource development practices in the Rosebud region" puts the plaintiff in the position of appearing to have the ability to speak for, and litigate on behalf of, residents of the Rosebud region, as if it were a class action, which it is not. Alberta also says that the words "reckless and destructive resource development practice" are simply improper in a pleading and are conclusory, which determination must be made only following presentation of evidence argued.

[122] With respect to paragraph 85, pertaining on its face only to an allegation against EnCana, Alberta says that the Plaintiff is asking the Court to confirm that the drilling of natural gas wells in the Rosebud area is "dangerous" and "shows a cynical disregard for the environment and for the rights of the public and the plaintiff." Alberta repeats its allegations that these are conclusory determinations to be made only after a hearing, and that, in any event, Ernst doesn't have the ability to speak for, and litigate on behalf of, the Rosebud area residents.

2. *Ernst*

[123] Ernst states that Alberta's concerns are misplaced, insofar as they seem to be based on a pleading reference to complaints of other land owners regarding well water or the Rosebud aquifer generally, and thus, that these allegations are "akin to a class action" or somehow involve third parties. Ernst says that these facts are relevant to the knowledge of Alberta Environment about possible contamination of well water in Ernst's area and that these facts are highly relevant and necessary for a negligence claim against Alberta.

[124] Ernst submits that Alberta has engaged in a "formal and selective" approach in its approach to striking portions of the pleadings and states that it "is far from 'plain and obvious' that portions of the pleading should be struck, as frivolous, improper or irrelevant." Ernst asserts that words and phrases in a pleading must be read in context.

[125] Ernst also takes the position that there is a fundamental misunderstanding on the part of Alberta as to the nature of the negligence claims brought against it, in that there is no claim on behalf of any other party other than the plaintiff. She alleges that the knowledge and representations of Alberta Environment are relevant to the Ernst water well claim.

[126] Moreover, Ernst makes the point that it is necessary to set up facts in the pleading to establish a relationship of proximity between Ernst and Alberta, as well as the standard of care, causation, harm, damages, and that an important aspect of the elements of the tort include Alberta's knowledge of complaints of suspected contamination of the Rosebud Aquifer. In addition, Ernst refers to representations made through Alberta Environment's "compliance

assurance program” and states that these representations are facts relevant to the plaintiff’s reliance on Alberta Environment.

[127] Ernst concludes her submissions by denying that the impugned paragraphs contain evidence or argument, and noting that editing the paragraphs would be contrary to the foundational *Rules of Court*. She refers to *ARC* Rule 1.2(2) in support of her submission that the *ARC* are intended to be used to identify the real issues in dispute and to facilitate the quickest means of resolving a claim at the least expense.

3. *Analysis*

[128] It is noteworthy that most, if not all, of Alberta’s application is to strike only portions of paragraphs of the Fresh Claim. In *Donaldson* at paragraph 24, Graesser J. quotes from Stevenson and Côté, *Alberta Civil Procedure Handbook*, Vol 1 (Edmonton: Juriliber, 2010) at 3-100 and 3-101 with respect to *ARC* Rule 3.68. Justice Graesser comments that this commentary is “appropriate and consistent with the foundational rules”. Excerpts from the commentary include these:

More time and money is wasted over this rule and then any other. There are two reasons for that. The first reason is smaller. Even where there is some small hope of disposing of a suit summarily, it can almost always be done under R. 7.3 and usually more easily. ...

The second reason is very large. Rarely is there a fatal flaw which falls within R. 3.68. Therefore, the most common misuse of R. 3.68 is trying to strike out claims which are only probably bad, not certainly bad.

[129] And further, the learned authors state with respect to sub-paragraphs (c) and (d) of *ARC* Rule 3.68(2)(c) and (d), that even when these attacks succeed, “they usually only remove or amend a short passage in the impugned pleading, and that does little to help the party attacking the pleading”. What is not set forth in *Donaldson* from the same passage in the *Alberta Civil Procedure Handbook*, which this Court also would include, is this:

Rule 3.68 offers no hope of having a claim (or defence) struck out for prolixity or bad drafting, unless the pleading is unintelligible and gibberish. Occasionally, it might be a way to achieve compulsory amendment. But why spend money to improve your opponent’s pleadings? Why turn a Master or Judge into a free lawyer for your opponent?

[130] This Court agrees with the substance of most of Ernst’s opposition to Alberta’s motion. Were this a course on drafting a perfect pleading, it might be said that some of the impugned words or phrases ought to be excised or substituted. In my view, that is not the function of a Case Management Judge. Nothing of substance would turn on such a substitution at this point in the development of the action. Tinkering with pleadings by a Court is not, in this case, useful to the

advancement of the action, in accordance with the foundational rules. Therefore, Alberta's application is dismissed. As Alberta itself points out, some of its concerns about the allegations of Ernst may be cured by a request for particulars and the answers given or ordered accordingly. This is a method by which the scope or breadth of disclosure can be properly controlled.

V. Overall Conclusion

A. The ERCB Application

- a. The ERCB application to strike Ernst's claims against the ERCB in negligence, namely paragraphs 24-41, is granted and the paragraphs are struck.
- b. The *Charter* claim of Ernst against the ERCB is valid, subject to the application of the *Limitations Act* and section 43 of the *ERCA*.
- c. The Ernst claims against the ERCB are in any event barred by section 43 of the *ERCA*.

B. Costs of the April 2012 Applications

[131] There will be no costs of the April 2012 applications.

C. Alberta's Application

[132] Alberta's application to strike paragraphs, or portions thereof, of the Fresh Claim is dismissed.

D. Costs

[133] Ernst will have her costs against Alberta for its application, in any event of the cause. The ERCB will have its costs of the application to strike or dismiss the Ernst claim against it. If the parties are unable to agree, they may make an appointment to speak to costs.

Heard on the 18th day of January, 2013.

Dated at Hanna/Drumheller, Alberta this 16th day of September, 2013.

Neil Wittmann
C.J.C.Q.B.A.

Appearances:

M. Klippenstein

C. Wanless

for the Plaintiff, Jessica Ernst

P.M. Bychawski

T.D. Gelbman

for the Defendant, EnCana Corporation

G.S. Solomon, Q.C.

C.J. Elliot

for the Defendant, Energy Resources Conservation Board

N.A. McCurdy

for the Defendant, Her Majesty the Queen in Right of Alberta

In the Court of Appeal of Alberta

Citation: Ernst v Alberta (Energy Resources Conservation Board), 2014 ABCA 285

Date: 20140915

Docket: 1301-0346-AC

Registry: Calgary

Between:

Jessica Ernst

Appellant
(Plaintiff)

- and -

Energy Resources Conservation Board

Respondent
(Defendant)

- and -

EnCana Corporation and Her Majesty the Queen in Right of Alberta

Not Parties to the Appeal
(Defendants)

The Court:

**The Honourable Mr. Justice Jean Côté
The Honourable Mr. Justice Jack Watson
The Honourable Mr. Justice Frans Slatter**

Reasons for Judgment Reserved

Appeal from the Order by
The Honourable Chief Justice N.C. Wittmann
Dated the 13th day of November, 2013
Filed on the 2nd day of December, 2013

(2013 ABQB 537, Docket: 0701 00120)

Reasons for Judgment Reserved

The Court:

[1] The appellant appeals from the decision of a case management judge, who struck out certain portions of her claim because they failed to disclose a reasonable cause of action: ***Ernst v EnCana Corporation***, 2013 ABQB 537, 85 Alta LR (5th) 333.

Facts

[2] The appellant owns land near Rosebud, Alberta. She has sued the defendant EnCana Corporation for damage to her fresh water supply allegedly caused by EnCana activities, notably construction, drilling, hydraulic fracturing and related activities in the region. The respondent Energy Resources Conservation Board has regulatory jurisdiction over the activities of EnCana, and the appellant has sued it for what was summarized as “negligent administration of a regulatory regime” related to her claims against EnCana. The appellant also sued the defendant Alberta, alleging that it (through its department Alberta Environment and Sustainable Resource Development) owed her a duty to protect her water supply, and that it failed to respond adequately to her complaints about the activities of EnCana.

[3] In addition, the appellant alleges in her claim that she participated in many of the regulatory proceedings before the Board, and that she was a “vocal and effective critic” of the Board. She alleges that between November 24, 2005 to March 20, 2007 the Board’s Compliance Branch refused to accept further communications from her. For this she advances a claim for damages for breach of her right to free expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Board defends its actions as being a legitimate response to what it perceived to be threats in her communications.

[4] The Board applied to strike out certain portions of the appellant’s pleadings for failing to disclose a reasonable cause of action. The case management judge found that the proposed negligence claim against the Board was unsupportable at law (reasons, paras. 17-30). He applied the three-part analysis relating to foreseeability, proximity, and policy considerations set out in cases such as ***Cooper v Hobart***, 2001 SCC 79, [2001] 3 SCR 537 and ***Fullowka v Pinkerton’s of Canada Ltd***, 2010 SCC 5, [2010] 1 SCR 132. He found no private law duty of care was owed to the appellant by the Board.

[5] In the alternative, the case management judge found (reasons, paras. 52-8) that any claim against the Board was barred by s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act*, RSA 2000, c. E-10:

43 No action or proceeding may be brought against the Board or a member of the Board or a person referred to in section 10 or 17(1) in respect of any act or thing done purportedly in pursuance of this Act, or any Act that the

Board administers, the regulations under any of those Acts or a decision, order or direction of the Board.

(That section was repealed and replaced by s. 27 of the *Responsible Energy Development Act*, SA 2012, c. R-17.3). This conclusion, if correct, meant that the duty of care analysis was largely moot.

[6] The Board argued that the *Charter* right of “freedom of expression” did not extend so far as to create a “right to an audience”. It argued that the appellant’s right to express her views was never impeded, and that it had no duty under the *Charter* to accommodate whatever form of expression the appellant chose. The chambers judge concluded, however, that the damages claim for breach of the *Charter* was not so unsustainable that it could be struck out summarily (reasons, paras. 31-43). In an application to strike pleadings the court could not analyze the validity of the Board’s argument that it was responding to what appeared to be threats. However, he concluded that s. 43 also barred the appellant’s *Charter* claim for a “personal remedy” of \$50,000 (reasons, paras. 59-89).

[7] The appellant then launched this appeal. The Minister of Justice and Solicitor General of Alberta intervened on the appeal arguing that proper notice had not been given (under s. 24 of the *Judicature Act*, RSA 2000, c. J-2) of the constitutional challenge to s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act*. The Minister of Justice took the position that the appellant was attempting to raise a new argument on appeal, and that Alberta had been denied the opportunity to call evidence on the topic.

Issues and Standard of Review

[8] The appellant Ernst raises only three discrete issues:

- a) Do the pleadings disclose a private law duty of care on the Board?
- b) Does s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* bar a claim for negligent omissions?
- c) Can s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* bar a *Charter* claim?

[9] To clarify, there was no appeal or cross-appeal on a number of other issues, such as:

- a) whether the pleadings disclose a sustainable claim for a breach of the *Charter*;
- b) whether sufficient notice of the constitutional attack on s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* was given under s. 24 of the *Judicature Act*, RSA 2000, c. J-2;
- c) whether the pleading against the defendant Alberta could be struck as being frivolous or vexatious;
- d) whether the action had been brought within the time limits in the *Limitations Act*, RSA 2000, c. L-12.

It is not necessary to address these other issues in order to resolve this appeal.

[10] The standard of review for questions of law is correctness: *Housen v Nikolaisen*, 2002 SCC 33 at para. 8, [2002] 2 SCR 235. The findings of fact of the trial judge will only be reversed on appeal if they disclose palpable and overriding error, even when the chambers judge heard no oral evidence: *Housen* at paras. 19, 24-25; *Andrews v Coxe*, 2003 ABCA 52 at para. 16, 320 AR 258.

[11] Whether a pleading discloses a cause of action is a question of law that is reviewed for correctness: *Housen* at para. 8; *O'Connor Associates Environmental Inc. v MEC OP LLC*, 2014 ABCA 140 at para. 11, 95 Alta LR (5th) 264. The application of the *Rules* to a particular set of facts is a mixed question of fact and law, and the standard of review is palpable and overriding error: *Housen* at para. 36. If the law is correctly stated, then to the extent that there is a discretion involved in the decision to strike, the decision must be reasonable: *O'Connor Associates* at para. 12.

[12] The interpretation of a statute is a question of law reviewed for correctness. The interpretation of the Constitution is a question of law reviewed for correctness, and its application to a fixed set of facts is also reviewed for correctness: *Consolidated Fastfrate Inc. v Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53 at para. 26, [2009] 3 SCR 407.

The Test for Striking a Claim

[13] Any pleading can be struck out under R. 3.68(2)(b) if it discloses no reasonable claim or defence to a claim. On such an application, no evidence is admitted, and the pleaded facts are presumed to be true: R. 3.68(3).

[14] The modern test for striking pleadings is to be found in *R. v Imperial Tobacco Canada Limited*, 2011 SCC 42 at paras. 19-21, [2011] 3 SCR 45:

The power to strike out claims that have no reasonable prospect of success is a valuable housekeeping measure essential to effective and fair litigation. It unclutters the proceedings, weeding out the hopeless claims and ensuring that those that have some chance of success go on to trial.

This promotes two goods -- efficiency in the conduct of the litigation and correct results. Striking out claims that have no reasonable prospect of success promotes litigation efficiency, reducing time and cost. The litigants can focus on serious claims, without devoting days and sometimes weeks of evidence and argument to claims that are in any event hopeless. The same applies to judges and juries, whose attention is focused where it should be -- on claims that have a reasonable chance of success. ...

Valuable as it is, the motion to strike is a tool that must be used with care. The law is not static and unchanging. Actions that yesterday were deemed hopeless may tomorrow succeed. Before *McAlister (Donoghue) v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (U.K. H.L.) introduced a general duty of care to one's neighbour premised on foreseeability, few would have predicted that, absent a contractual relationship, a bottling company could be held liable for physical injury and emotional trauma resulting from a snail in a bottle of ginger beer. Before *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (U.K. H.L.), a tort action for negligent misstatement would have been regarded as incapable of success. The history of our law reveals that often new developments in the law first surface on motions to strike or similar preliminary motions, like the one at issue in *McAlister (Donoghue) v. Stevenson*. Therefore, on a motion to strike, it is not determinative that the law has not yet recognized the particular claim. The court must rather ask whether, assuming the facts pleaded are true, there is a reasonable prospect that the claim will succeed. The approach must be generous and err on the side of permitting a novel but arguable claim to proceed to trial. (emphasis added)

The test is therefore whether there is any reasonable prospect that the claim will succeed, erring on the side of generosity in permitting novel claims to proceed.

[15] The appellant relied on an earlier statement of the test in *Hunt v Carey Canada Inc.*, [1990] 2 SCR 959. *Hunt* at p. 980 used a more emphatic statement of the test, being whether it was “plain and obvious” that the action is “certain to fail because it contains a radical defect”. That statement can be understood having regard to the unusually complex factual and legal issues underlying the *Hunt* claim. In any event, the law has evolved over the last 24 years, and the present formulation of the test found in *Imperial Tobacco* is whether there is a reasonable prospect of the claim succeeding. It is particularly unhelpful to characterize the test as being whether it has been shown “beyond a reasonable doubt” that the plaintiff’s claim will fail. The test of “beyond a reasonable doubt” is a factual and evidentiary test that is unsuited to determining questions of law, and in any event it is inapplicable in civil proceedings: *F.H. v McDougall*, 2008 SCC 53 at para. 49, [2008] 3 SCR 41.

The Cause of Action in Negligence

[16] In a long line of cases starting with *Cooper v Hobart*, the Supreme Court has established a test for determining whether a regulator owes a private law duty of care to plaintiffs who might be damaged by activities of regulated parties. Generally speaking, there is insufficient foreseeability and proximity to establish a private law duty of care in these situations. The regulatory duties involved are owed to the public, not any individual. There are also strong policy considerations against finding regulators essentially to be insurers of last resort for everything that happens in a

regulated industry. The only anomaly is **Fullowka**, in which sufficient proximity was found between injured mineworkers and mine safety inspectors.

[17] The numerous authoritative decisions in this area disclose a number of reasons why a duty of care is not generally placed on a regulator:

- a) Policy decisions should not readily be questioned by subjecting them to a tort analysis, and the distinction between policy and operating decisions is difficult to make: **Imperial Tobacco** at paras. 86-90.
- b) Were the law to impose a duty of care, very difficult issues then arise as to how one decides the standard of care to be applied. Exactly “how much regulation” satisfies the duty? See **Fullowka** at para. 89.
- c) All regulators have public duties owed to the community at large, so recognizing private law duties may place the regulator in a conflict: **Syl Apps Secure Treatment Centre v B.D.**, 2007 SCC 38 at paras. 28, 41, 49, [2007] 3 SCR 83; **783783 Alberta Ltd. v Canada**, 2010 ABCA 226 at paras. 44-6, 482 AR 136.
- d) The source of the supposed private law duty is a purely statutory obligation to perform a public duty, but the law is clear that a breach of a statute is not *per se* negligence: **Canada (A.G.) v TeleZone Inc.**, 2010 SCC 62 at paras. 28-9, [2010] 3 SCR 585.
- e) Because of the large number of persons that may be affected by the decision of a regulator, “. . . the fear of virtually unlimited exposure of the government to private claims, which may tax public resources and chill government intervention” are particularly acute: **Alberta v Elder Advocates of Alberta Society**, 2011 SCC 24 at para. 74, [2011] 2 SCR 261.
- f) It is primarily the function of the Legislature to determine the scope of civil liability. Where a regulatory statute provides a number of administrative and quasi-criminal remedies, but does not provide for any civil remedies, that strongly indicates that the statute contemplates no private civil duty. In that regard the *Energy Resources Conservation Act* can be compared with provisions (like Part 17 of the *Securities Act*, RSA 2000, c. S-4) which do contemplate civil remedies. Further, the very existence of s. 43 precludes any inference that the statute contemplates a private law duty of care: **Edwards v Law Society of Upper Canada**, 2001 SCC 80 at paras. 16-7, [2001] 3 SCR 562. If the *Energy Resources Conservation Act* had contemplated a civil duty, it would undoubtedly have put the duty on EnCana, the regulated person who allegedly caused the damage in issue. The common law should not relocate the obvious target of liability.
- g) To the extent that administrative tribunals perform judicial or quasi-judicial functions, it is contrary to long standing common law traditions to expose them, as decision-makers, to personal liability for their decisions: **Welbridge Holdings Ltd. v**

Greater Winnipeg, [1971] SCR 957 at pp. 968-9; **Slansky v Canada (A.G.)**, 2013 FCA 199 at paras. 135-7, 364 DLR (4th) 112; **Butz v Economou**, 438 US 478 (1978) at pp. 508 ff. Exposing tribunal members to personal liability also undermines the testimonial immunity which they have traditionally enjoyed with respect to their decision making process: **Ellis-Don Ltd v Ontario (Labour Relations Board)**, 2001 SCC 4 at paras. 36, 52, [2001] 1 SCR 221.

Many of these considerations are at play in this appeal.

[18] Forcing the Board to consider the extent to which it must balance the interests of specific individuals while attempting to regulate in the overall public interest would be unworkable in fact and bad policy in law. Recognizing any such private duty would distract the Board from its general duty to protect the public, as well as its duty to deal fairly with participants in the regulated industry. Any such individualized duty of care would plainly involve indeterminate liability, and would undermine the Board's ability to effectively address the general public obligations placed on it under its controlling legislative scheme.

[19] The case management judge correctly applied the test for determining whether the Board owed a private law duty of care to the appellant. No error has been shown in the decision to strike out these portions of the pleadings.

The Immunity Clause: Section 43

[20] The Board argued in the alternative that even if there was a private law duty of care, any action was foreclosed by s. 43. The appellant replies that s. 43 does not cover her claim, because it protects the Board only from claims arising from "any act or thing done". She argues that the section does not cover "omissions", something specifically mentioned in the new s. 27 of the *Responsible Energy Development Act*.

[21] The case management judge correctly concluded that such a narrow interpretation of the section is inconsistent with its broader purpose within the legislation. As he pointed out, the distinction between acts and omissions is, in any event, illusory:

57 I do not accept the argument that the lack of the words "or anything omitted to be done" in section 43, render its interpretation as providing statutory immunity to the ERCB only in situations where it has acted, as opposed to failing to act. A decision taken by a regulator to act in a certain way among alternatives inherently involves a decision not to act in another way. Picking one way over another does not render the ERCB immune from an action or proceeding, depending on its choice. This construction would result in an irrational distinction and lead to an absurdity. Moreover, to the extent that the other statutes providing statutory immunity to the regulator are relevant in that they contain the additional phrase "or anything omitted to be done", I regard those words

as mere surplusage in the circumstances. Therefore, I hold that section 43 bars any actions or proceeding against the ERCB, in terms of both its decisions to act and the acts done pursuant to those decisions, and its decisions not to act. (emphasis added)

For example, the appellant pleads that the Board did not respond “reasonably” to EnCana’s activities, and failed to conduct a “reasonable investigation”. These pleadings can be read as alleging either a wrongful act, or an omission.

[22] The case management judge correctly concluded that any tort claim was barred by s. 43. Interpreting the section so that the Board and its members would only be protected for about half of their conduct would be absurd. The inclusion of “omissions” in the *Responsible Energy Development Act* should be seen as an effort to provide certainty in this area, and does not declare the previous state of the law: *Interpretation Act*, RSA 2000, c. I-8, s. 37.

The Charter Claim

[23] The case management judge declined to strike out the claim for damages as a result of the alleged breach of the *Charter* right to freedom of expression. He found that this area of the law was sufficiently novel and undeveloped to preclude striking out at this stage. He went on, however, to conclude that even if such a claim was potentially available, it too was barred by s. 43. The appellant argues that a provision like s. 43 cannot bar a claim under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[24] The appellant’s argument that s. 43 is inapplicable to *Charter* claims arises from the text of the *Charter*:

24(1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances. . . .

52(1) The 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.

The argument is that s. 24 entitles a citizen to a remedy for a *Charter* breach that is “appropriate and just in the circumstances”. Since s. 52 provides that any law that is inconsistent with the Constitution is of no force and effect, any limits on the remedies available under s. 24 are of no force and effect.

[25] These two sections of the Constitution should not, however, be read that literally. The law of Canada on the availability of specific remedies is well developed. While individual judges may have a wide discretion in selecting a remedy, that selection is guided by long-standing rules and

principles. The law has always recognized that to be “appropriate and just”, remedies must be measured, limited, and principled.

[26] For example, every common law jurisdiction has one or more statutes of limitation. Those statutes have been studied by many law reform commissions, and while they have often recommended improvements, no such commission has ever suggested abolishing the laws of limitation because they are unjust or inappropriate. Statutes of limitation are reflections of important and valid public policy considerations. Thus, it has been recognized that limitation laws of general application apply to constitutional claims: *Kingstreet Investments Ltd. v New Brunswick*, 2007 SCC 1 at paras. 59-60, [2007] 1 SCR 3; *Ravndahl v Saskatchewan*, 2009 SCC 7 at paras. 16-7, [2009] 1 SCR 181; *Manitoba Metis Federation v Canada (A.G.)*, 2013 SCC 14 at para. 134, [2013] 1 SCR 623; *United States v Clintwood Elkhorn Mining Co.*, 553 U.S. 1 (2008) at p. 7. Limitations on the time to launch an appeal, or to seek judicial review, are virtually universal. If a citizen who experienced a *Charter* breach fails to seek a remedy within the specified time, the remedy is lost. Sometimes leave is required to launch an appeal. It cannot be suggested that those sorts of limits on remedies are unconstitutional.

[27] As a further example, s. 24 and s. 52 of the Constitution would not have the effect of abolishing long-standing common law limitations on the availability of remedies against public officials, such as the immunity extended to those performing quasi-judicial functions discussed *supra*, para. 17(g). Notice requirements such as those found in s. 24 of the *Judicature Act* are also legitimate limits on *Charter* remedies. Many common law causes of action are subject to preconditions of some kind (e.g., malice: *Miazga v Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 SCR 339), and failure to establish the precondition essentially bars any remedy. Even if that would bar an action for a *Charter* breach, the precondition would not offend s. 24 and s. 52 of the Constitution; any purported distinction between “liability” and “remedy” is illusory.

[28] In determining whether a *Charter* remedy is “appropriate and just” in the circumstances, individual judges, and the court system as a whole, will have regard to these traditional limits on remedies. The legislatures have a legitimate role in specifying the broad parameters of remedies that are available: *Ontario v Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43 at paras. 26-31, [2013] 3 SCR 3; *Doucet-Boudreau v Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62 at para. 56, [2003] 3 SCR 3. Having well established statutory rules about the availability of remedies is much more desirable than leaving the decision to the discretion of individual judges. Any such *ad hoc* regime would be so fraught with unpredictability as to be constitutionally undesirable. If the availability of a remedy were only known at the conclusion of a trial, it would defeat the whole point of protecting administrative tribunals from the distraction of litigation over their actions, and the consequent testimonial immunity.

[29] The law recognizes that moving from a *Charter* breach to a monetary damages remedy is not automatic or formalistic, but requires a careful analysis of whether that remedy is legitimate within the framework of a constitutional democracy, as one which vindicates the *Charter* right

through an appropriate invocation of the function and powers of a court: **Vancouver (City) v Ward**, 2010 SCC 27 at para. 20, [2010] 2 SCR 28. As noted in **Ward**:

33. However, even if the claimant establishes that damages are functionally justified, the state may establish that other considerations render s. 24(1) damages inappropriate or unjust. A complete catalogue of countervailing considerations remains to be developed as the law in this area matures. At this point, however, two considerations are apparent: the existence of alternative remedies and concerns for good governance. . . .

40. The *Mackin* principle [*Mackin v New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 SCR 405] recognizes that the state must be afforded some immunity from liability in damages resulting from the conduct of certain functions that only the state can perform. Legislative and policy-making functions are one such area of state activity. The immunity is justified because the law does not wish to chill the exercise of policy-making discretion.

Protecting administrative tribunals and their members from liability for damages is constitutionally legitimate.

[30] Just as there is nothing illegitimate about time limits to seek constitutional remedies, so too there is nothing constitutionally illegitimate about provisions like s. 43:

- (a) such provisions are general in nature, and not limited to *Charter* claims, nor impermissibly applied to select groups of litigants: **Alexis v Toronto Police Service Board**, 2009 ONCA 847 at paras. 19-21, 100 OR (3d) 232;
- (b) provisions immunizing decision makers from liability are not so uncommon or unusual in free and democratic societies as to render them constitutionally unreasonable: *supra*, para. 17(g);
- (c) limits on remedies do not offend the rule of law, so long as there remain some effective avenues of redress: **Ward** at paras. 34-5, 43. The long standing remedy for improper administrative action has been judicial review. There is nothing in s. 43 that would have prevented the appellant from seeking an order in the nature of *mandamus* or *certiorari* to compel the Board to receive communications from her. Further, she could have appealed any decisions of the Board to this Court, with leave;
- (d) remedial barriers that are well established in the common law have not been swept away by s. 52: **Islamic Republic of Iran v Kazemi**, 2012 QCCA 1449 at paras. 118 to 120, 354 DLR (4th) 385, leave to appeal granted March 7, 2013, SCC #35034.

The conclusion of the case management judge that s. 43 bars the appellant's *Charter* claim (reasons, paras. 81-3) discloses no reviewable error.

Conclusion

[31] The appeal is dismissed.

Appeal heard on May 8, 2014

Reasons filed at Calgary, Alberta
this 15th day of September, 2014

Côté J.A.

Watson J.A.

Slatter J.A.

Appearances:

M. Klippenstein and W.C. Wanless
for the Appellant

G. Solomon, Q.C. and C. Elliott
for the Respondent

L.H. Riczu
for the Intervener

Ivan William Mervin Henry *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right
of the Province of British Columbia as
represented by the Attorney General
of British Columbia and Attorney General
of Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Nova Scotia,
Attorney General of New Brunswick,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Attorney General of Newfoundland
and Labrador, Association in Defence
of the Wrongly Convicted, David Asper
Centre for Constitutional Rights,
British Columbia Civil Liberties Association,
Canadian Civil Liberties Association,
Criminal Lawyers' Association and
Canadian Association of
Crown Counsel** *Interveners*

**INDEXED AS: HENRY v. BRITISH COLUMBIA
(ATTORNEY GENERAL)**

2015 SCC 24

File No.: 35745.

2014: November 13; 2015: May 1.

Present: McLachlin C.J. and LeBel,* Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedies
— Damages — Civil action — Prosecutorial miscon-
duct in criminal proceedings — Disclosure obligations of*

* LeBel J. took no part in the judgment.

Ivan William Mervin Henry *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la province
de la Colombie-Britannique représentée
par le procureur général de la
Colombie-Britannique et procureur
général du Canada** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec,
procureur général de la Nouvelle-Écosse,
procureur général du Nouveau-Brunswick,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
procureur général de Terre-Neuve-
et-Labrador, Association in Defence
of the Wrongly Convicted, David Asper
Centre for Constitutional Rights,
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique,
Association canadienne des libertés civiles,
Criminal Lawyers' Association et
Association canadienne des juristes
de l'État** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : HENRY c. COLOMBIE-BRITANNIQUE
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

2015 CSC 24

N° du greffe : 35745.

2014 : 13 novembre; 2015 : 1^{er} mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel*,
Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Répa-
ration — Dommages-intérêts — Action civile — Con-
duite répréhensible du poursuivant dans des poursuites*

* Le juge LeBel n'a pas participé au jugement.

prosecutors — Wrongful non-disclosure — Malice — Claimant wrongfully convicted and incarcerated for almost 27 years — Claimant bringing civil action alleging breach of Charter rights resulting from Crown counsel's wrongful non-disclosure of relevant information — Damages under s. 24(1) sought against Crown — Whether s. 24(1) authorizes courts to award damages against Crown for wrongful non-disclosure — Level of fault claimant must establish to meet liability threshold for awarding s. 24(1) damages — Whether malice required — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

H was convicted in 1983 of 10 sexual offences, declared a dangerous offender, and imprisoned for almost 27 years. In October 2010, the B.C. Court of Appeal quashed all 10 convictions and substituted acquittals for each, finding serious errors in the conduct of the trial and concluding that the guilty verdicts were unreasonable in light of the evidence as a whole. H brought a civil suit against the Attorney General of British Columbia (“AGBC”), seeking damages under s. 24(1) of the *Charter* for harm suffered as a consequence of his wrongful convictions and imprisonment.

H alleges that the Crown failed to make full disclosure of relevant information before, during, and after his trial. H made numerous requests for disclosure of all victim statements as well as medical and forensic reports. The Crown did not disclose any of the requested material before the commencement of trial. At trial, the Crown provided him with several victim statements, but approximately 30 additional statements were not disclosed. These statements revealed inconsistencies that could have been used to attack the already-suspect identification evidence put forward by the Crown. Key forensic evidence was also not disclosed. Furthermore, the Crown failed to disclose the existence of another suspect who had been arrested twice in the vicinity of the attacks.

criminelles — Obligation des poursuivants en matière de communication de la preuve — Défaut injustifié de communiquer des renseignements — Malveillance — Demandeur condamné injustement et incarcéré pendant presque 27 ans — Action civile du demandeur alléguant une violation de droits garantis par la Charte résultant du défaut injustifié de l’avocat du ministère public de communiquer des renseignements pertinents — Demande de dommages-intérêts contre l’État en vertu de l’art. 24(1) — L’article 24(1) autorise-t-il les tribunaux à condamner l’État à des dommages-intérêts dans les cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements? — Degré de faute que le demandeur doit établir pour satisfaire au seuil de responsabilité permettant l’adjudication de dommages-intérêts en vertu de l’art. 24(1) — La preuve de la malveillance est-elle requise? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

H a été reconnu coupable en 1983 de 10 infractions sexuelles; il a été déclaré délinquant dangereux et est demeuré incarcéré pendant presque 27 ans. En octobre 2010, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a annulé chacune des 10 déclarations de culpabilité et les a remplacées par un acquittement après avoir constaté de graves erreurs dans le déroulement du procès et avoir conclu que les verdicts de culpabilité étaient déraisonnables, compte tenu de l’ensemble de la preuve. H a intenté contre le procureur général de la Colombie-Britannique (« PGCB ») une poursuite civile par laquelle il réclame en vertu du par. 24(1) de la *Charte* des dommages-intérêts pour le préjudice subi du fait de ses condamnations et de son emprisonnement injustifiés.

H allègue que le ministère public n’a pas communiqué l’intégralité des renseignements pertinents avant, durant et après son procès. H a demandé à plusieurs reprises qu’on lui communique toutes les déclarations des victimes, ainsi que des rapports médicaux et des rapports d’expertise médico-légale. Le ministère public n’a communiqué aucun des documents réclamés avant l’ouverture du procès. Au procès, le ministère public lui a fourni quelques déclarations faites par des victimes, mais on ne lui a pas communiqué une trentaine d’autres déclarations. Ces déclarations révélaient des contradictions qui auraient pu être utilisées pour contester la preuve d’identification déjà suspecte avancée par le ministère public. Des preuves médico-légales importantes ne lui ont pas non plus été communiquées. En outre, le ministère public a omis de divulguer l’existence d’un autre suspect qui avait été arrêté à deux reprises à proximité des lieux des agressions.

In his Notice of Civil Claim, H pleaded various causes of action, including negligence, malicious prosecution, and breach of his ss. 7 and 11(d) *Charter* rights. The AGBC moved to strike the causes of action grounded in negligence and the *Charter*. The B.C. Supreme Court struck the negligence claim as inconsistent with this Court's holding in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, but allowed H's *Charter* claim to proceed since it was founded on allegations of malicious conduct. The court noted, however, that if H intended to pursue a *Charter* damages claim against the AGBC for conduct falling short of malice, he would have to seek leave to amend his pleadings. H applied for leave to amend his pleadings to claim *Charter* damages against the AGBC for non-malicious conduct. In permitting H to amend his claim accordingly, the application judge found that a threshold lower than malice should apply and that s. 24(1) damages awards are justified where the Crown's conduct represents a marked and unacceptable departure from the reasonable standards expected of prosecutors. The Court of Appeal unanimously allowed the AGBC's appeal, concluding that H was not entitled to seek *Charter* damages for the non-malicious acts and omissions of Crown counsel.

Held: The appeal should be allowed. Section 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* authorizes courts of competent jurisdiction to award damages against the Crown for prosecutorial misconduct absent proof of malice.

Per Abella, Moldaver, Wagner and Gascon JJ.: Where, as here, a claimant seeks *Charter* damages based on allegations that the Crown's failure to disclose violated his or her *Charter* rights, proof of malice is not required. Instead, a cause of action will lie where the Crown, in breach of its constitutional obligations, causes harm to the accused by intentionally withholding information when it knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence. This represents a high threshold for a successful *Charter* damages claim, albeit one that is lower than malice. Only by keeping liability within strict bounds can a reasonable balance be struck between remedying serious rights violations and

Dans sa déclaration, H a plaidé diverses causes d'action, notamment la négligence, la poursuite abusive et la violation des droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Le PGCB a demandé la radiation des causes d'action fondées sur la négligence et sur la *Charte*. La Cour suprême de la C.-B. a radié la demande fondée sur la négligence au motif qu'elle était incompatible avec la décision de la Cour dans *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, mais a permis que la demande de H fondée sur la *Charte* suive son cours puisqu'elle reposait sur des allégations de malveillance. La cour a toutefois fait observer que, s'il entendait réclamer en vertu de la *Charte* des dommages-intérêts contre le PGCB pour une conduite ne constituant pas de la malveillance, H devait demander l'autorisation de modifier ses actes de procédure. H a demandé l'autorisation de modifier ses actes de procédure afin de réclamer contre le PGCB, en vertu de la *Charte*, des dommages-intérêts pour conduite non malveillante. En autorisant H à modifier sa demande en conséquence, le premier juge a estimé qu'il y avait lieu de retenir un seuil moins élevé que celui de la malveillance et que l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) ne se justifie que si la conduite du poursuivant déroge de façon marquée et inacceptable aux normes raisonnables que devraient respecter les poursuivants. La Cour d'appel a accueilli à l'unanimité l'appel interjeté par le PGCB et a conclu que H n'avait pas le droit de réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour les actes et les omissions non malveillants des avocats du ministère public.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* autorise les tribunaux compétents, en cas de conduite répréhensible du poursuivant, à condamner l'État à des dommages-intérêts en l'absence d'une preuve de malveillance.

Les juges Abella, Moldaver, Wagner et Gascon : Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un demandeur réclame des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en alléguant que le défaut du ministère public de lui communiquer des éléments de preuve a eu pour effet de violer les droits que lui garantit la *Charte*, la preuve de la malveillance n'est pas requise. L'accusé dispose plutôt d'un droit d'action lorsque, en violation de ses obligations constitutionnelles, le ministère public lui a causé un préjudice en retenant délibérément des renseignements alors qu'il savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense et que le défaut de les communiquer pourrait porter atteinte à la possibilité, pour l'accusé, de présenter une défense pleine et entière. Cette norme représente un

maintaining the efficient operation of our public prosecution system.

In *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, this Court recognized that s. 24(1) of the *Charter* authorizes damage claims directed against the state for violations of the claimant's constitutional rights. The Chief Justice outlined a framework to determine the state's liability for *Charter* damages. Under this framework, the claimant must demonstrate that the state has breached one of his or her *Charter* rights and that an award of damages would serve a compensation, vindication, or deterrence function. Once that burden is met, the onus shifts to the state to rebut the claimant's case based on countervailing considerations.

The countervailing consideration at issue in this case relates to concerns over good governance. *Ward* recognizes that policy factors may justify restricting the state's exposure to civil liability by establishing a minimum threshold of gravity. If the threshold of gravity is set too low for a *Charter* damages claim alleging Crown misconduct, the ability of prosecutors to discharge their important public duties will be undermined, with adverse consequences for the administration of justice. Specifically, the spectre of liability may influence the decision-making of prosecutors and make them more "defensive" in their approach. A low threshold would also open up the floodgates of civil liability and force prosecutors to spend undue amounts of time and energy defending their conduct in court.

The AGBC submits that, to attract liability for *Charter* damages, the Crown's conduct must rise to the level of "malice". The malice standard has been extensively canvassed in this Court's malicious prosecution jurisprudence. Under the tort of malicious prosecution, a prosecutor will be liable for the decision to initiate or continue a prosecution against an individual without reasonable and probable cause, provided that such decision was characterized by malice. Malice requires more than recklessness or

seuil élevé pour qu'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* soit accueillie, mais elle est moins exigeante que la norme de la malveillance. Ce n'est qu'en maintenant la responsabilité à l'intérieur de limites strictes que peut être établi un équilibre raisonnable entre la réparation de violations graves des droits et la préservation du bon fonctionnement de notre système de poursuites pénales.

Dans l'arrêt *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, la Cour a reconnu que le par. 24(1) de la *Charte* autorise les demandes de dommages-intérêts dirigées contre l'État pour violation des droits constitutionnels garantis au demandeur. La Juge en chef a proposé un cadre d'analyse pour déterminer la responsabilité de l'État en dommages-intérêts pour violation de la *Charte*. Selon ce cadre d'analyse, le demandeur doit démontrer que l'État a violé l'un des droits que lui garantit la *Charte* et que l'attribution de dommages-intérêts remplirait une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. Une fois qu'il s'est acquitté de ce fardeau, il revient à l'État de réfuter la preuve du demandeur en faisant valoir des facteurs qui font contrepoids.

La considération qui fait contrepoids en cause dans la présente affaire a trait aux préoccupations relatives au bon gouvernement. L'arrêt *Ward* reconnaît que des facteurs de principe peuvent justifier que l'on restreigne les possibilités de recours en responsabilité civile contre l'État en établissant un seuil minimal de gravité. Si l'on fixe trop bas le seuil minimal de gravité dans le cas d'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* qui allègue une conduite répréhensible du ministère public, la possibilité pour les avocats du ministère public de s'acquitter de leurs importantes fonctions publiques s'en trouvera compromise et l'administration de la justice en souffrira. Plus précisément, le spectre de la responsabilité pourrait influencer la prise de décision des poursuivants et les mettre davantage « sur la défensive ». Un seuil peu élevé déclencherait également une avalanche de poursuites civiles et obligerait les poursuivants à consacrer trop de temps et d'énergie à justifier leur conduite devant le tribunal.

Le PGCB affirme que, pour engager la responsabilité ouvrant droit à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, la conduite du ministère public doit constituer de la « malveillance ». La norme de la malveillance a été examinée à fond dans les décisions de la Cour relatives aux poursuites abusives. Dans le cas du délit civil de poursuite abusive, un poursuivant engage sa responsabilité s'il décide d'engager ou de continuer une poursuite criminelle contre une personne en l'absence de

gross negligence. Rather, the plaintiff must demonstrate a willful and intentional effort on the Crown's part to abuse or distort its proper role within the criminal justice system. The malice standard will only be met in exceptional cases where the plaintiff can prove that a prosecutor's decision was driven by an improper purpose or motive, wholly inconsistent with Crown counsel's role as minister of justice.

There are several reasons why malice does not provide a useful liability threshold for *Charter* damages claims alleging wrongful non-disclosure by prosecutors. First, the malice standard is firmly rooted in the tort of malicious prosecution, which has a distinctive history and purpose. Second, malice requires an inquiry into whether the prosecutor was motivated by an improper purpose. Such an inquiry is apt when the impugned conduct is a highly discretionary decision such as the decision to initiate or continue a prosecution, because discretionary decision-making can best be evaluated by reference to the decision-maker's motives. However, the decision to disclose relevant information is not discretionary. It is a constitutional obligation which must be properly discharged by the Crown in accordance with an accused's *Charter* right to make full answer and defence. As such, the motives of the prosecutor in withholding information are immaterial. Third, unlike the decision to initiate or continue a prosecution, disclosure decisions do not fall within the core of prosecutorial discretion, and therefore do not warrant such an onerous threshold to insulate them from judicial scrutiny. Finally, a purposive approach to s. 24(1) militates against the malice standard.

While the malice standard is not directly applicable, the compelling good governance concerns raised in our malicious prosecution jurisprudence must be taken into account in determining the appropriate liability threshold for cases of wrongful non-disclosure. The liability threshold must ensure that Crown counsel will not be diverted from their important public duties by having to defend against a litany of civil claims. Moreover, a widespread "chilling effect" on the behaviour of prosecutors must be avoided. Therefore, the threshold must allow for strong

motifs raisonnables et probables, pourvu que cette décision soit empreinte de malveillance. La malveillance exige plus que l'insouciance ou la négligence grave. Le demandeur doit plutôt démontrer un effort délibéré de la part du ministère public pour abuser de son propre rôle ou le dénaturer dans le cadre du système de justice pénale. Le demandeur ne satisfera à la norme de la malveillance que dans les cas exceptionnels où il peut établir que la décision du poursuivant était motivée par un but ou un motif illégitime tout à fait incompatible avec le rôle de l'avocat du ministère public en tant que représentant de la justice.

Pour plusieurs raisons, la malveillance ne fournit pas un seuil de responsabilité utile dans le cas des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte* dans lesquelles on allègue le défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements. En premier lieu, la norme de la malveillance est fermement enracinée dans le délit de poursuite abusive, qui a son propre historique et son propre objet. En deuxième lieu, la malveillance exige que l'on examine si le poursuivant était motivé par un but illégitime. Cet examen est approprié lorsque la conduite reprochée est une décision hautement discrétionnaire comme celle d'engager ou de continuer une poursuite, parce que la meilleure façon d'évaluer la prise d'une décision discrétionnaire est de le faire en fonction des motifs du décideur. Cependant, la décision de communiquer des renseignements pertinents n'est pas de nature discrétionnaire. Il s'agit d'une obligation constitutionnelle dont doit s'acquitter convenablement le ministère public, en harmonie avec le droit de présenter une défense pleine et entière que la *Charte* garantit à un accusé. Les motifs du poursuivant qui ne dévoile pas certains renseignements à l'accusé n'ont eux-mêmes aucune importance. En troisième lieu, contrairement à la décision d'engager ou de continuer une poursuite, les décisions en matière de communication ne ressortissent pas au pouvoir discrétionnaire essentiel et ne justifient donc pas un seuil aussi élevé pour les soustraire au contrôle judiciaire. Enfin, une interprétation téléologique du par. 24(1) milite à l'encontre de la norme de la malveillance.

Bien que la norme de la malveillance ne s'applique pas directement, il faut tenir compte des préoccupations impérieuses relatives au bon gouvernement évoquées dans nos décisions traitant de la malveillance pour établir le seuil de responsabilité qui convient aux cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Le seuil de responsabilité doit faire en sorte que les avocats du ministère public ne soient pas détournés de leurs fonctions publiques importantes par l'obligation de se défendre contre une multitude de poursuites civiles. De plus, il faut

claims to be heard on their merits, while guarding against a proliferation of marginal cases.

Good governance concerns mandate a high threshold that substantially limits the scope of liability. The standard adopted by the application judge, which is akin to gross negligence, does not provide sufficient limits. H submits that an even lower threshold — a simple breach of the *Charter* without any additional element of fault — should apply in this context. This approach fails to address the compelling policy and practical concerns that justify limiting prosecutorial liability. H alleges very serious instances of wrongful non-disclosure that demonstrate a shocking disregard for his *Charter* rights. His claim as pleaded meets the liability threshold established here. However, H's exceptional case should not be used to justify a substantial expansion of prosecutorial liability.

Whether considered at the pleadings stage or at trial, the same formulation of the test applies. At trial, a claimant must convince the fact-finder on a balance of probabilities that (1) the prosecutor intentionally withheld information; (2) the prosecutor knew or ought reasonably to have known that the information was material to the defence and that the failure to disclose would likely impinge on his or her ability to make full answer and defence; (3) withholding the information violated his or her *Charter* rights; and (4) he or she suffered harm as a result. To withstand a motion to strike, a claimant would only need to plead facts which, taken as true, would be sufficient to support a finding on each of these elements.

The liability threshold focuses on two key elements: the prosecutor's intent, and his or her actual or imputed knowledge. The purpose of these elements is not to shield prosecutors from liability by placing an undue burden on claimants to prove subjective mental states. Rather, they are designed to set a sufficiently high threshold to address good governance concerns while preserving a cause of action for serious instances of wrongful non-disclosure.

éviter un « effet paralysant » généralisé sur le comportement des poursuivants. Le seuil de responsabilité doit donc permettre l'audition sur le fond des demandes solides tout en empêchant une prolifération de demandes marginales.

Les préoccupations relatives au bon gouvernement commandent un seuil élevé qui limite sensiblement la portée de la responsabilité. La norme adoptée par le juge de première instance, laquelle s'apparente à la négligence grave, n'offre pas de limites suffisantes. H plaide qu'un seuil encore plus bas — une simple violation de la *Charte* sans autre élément de faute — devrait s'appliquer dans ce contexte. Cette solution ne tient pas compte des préoccupations pratiques et de principe impérieuses qui justifient une limitation de la responsabilité du poursuivant. H allègue des cas très graves de défaut de communiquer des renseignements qui manifestent une indifférence consternante à l'égard des droits que lui garantit la *Charte*. Les allégations de sa demande respectent le seuil de responsabilité établi en l'espèce. Toutefois, le cas exceptionnel de H ne doit pas servir à justifier un élargissement important de la responsabilité du poursuivant.

Que l'examen ait lieu au stade des actes de procédure ou au procès, la même formulation du critère s'applique. Au procès, un demandeur doit convaincre le juge des faits, selon la prépondérance des probabilités, (1) que le poursuivant a retenu délibérément des renseignements, (2) que le poursuivant savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense du demandeur et que le fait de ne pas les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité de présenter une défense pleine et entière, (3) que la rétention de ces renseignements a porté atteinte aux droits garantis par la *Charte* au demandeur, et (4) que le demandeur a subi un préjudice en conséquence. Pour résister à une requête en radiation, un demandeur n'a qu'à alléguer des faits qui, tenus pour avérés, seraient suffisants pour étayer une conclusion sur chacun de ces éléments.

Le seuil de responsabilité porte sur deux éléments clés : l'intention du poursuivant et sa connaissance de fait ou présumée. Ces éléments ne visent pas à protéger les poursuivants contre toute responsabilité en imposant aux demandeurs le fardeau excessif de prouver des états d'esprit subjectifs. Ils visent plutôt à établir un seuil suffisamment élevé qui permette à la fois de tenir compte des préoccupations relatives au bon gouvernement et de préserver une cause d'action dans les cas graves de défaut injustifié de communiquer des renseignements.

The consequences of setting a lower threshold in this context — simple negligence, or even the gross negligence standard adopted by the application judge — would be serious. This type of threshold implicates a duty of care paradigm that ignores the basic realities of conducting a criminal prosecution. The problems with a negligence-based standard are even more apparent when considering how this lower threshold would operate at the pleadings stage. It would be far too easy for a claimant with a weak claim to plead facts disclosing a cause of action for negligence and thus drive prosecutors into civil court. Bringing a *Charter* damages claim for prosecutorial misconduct should not be a mere exercise in artful pleading.

In addition to establishing a *Charter* breach and the requisite intent and knowledge, a claimant must prove that, as a result of the wrongful non-disclosure, he or she suffered a legally cognizable harm. Liability attaches to the Crown only upon a finding of “but for” causation. Regardless of the nature of the harm suffered, a claimant would have to prove, on a balance of probabilities, that “but for” the wrongful non-disclosure he or she would not have suffered that harm. The “but for” causation test may, however, be modified in situations involving multiple alleged wrongdoers.

H may seek to amend his pleadings to include a claim for *Charter* damages alleging that the Crown, in breach of its constitutional obligations, caused him harm by intentionally withholding information when it knew, or should reasonably have known, that the information was material to his defence and that the failure to disclose would likely impinge on his ability to make full answer and defence.

Per McLachlin C.J. and Karakatsanis J.: H need not allege that the Crown breached its constitutional obligation intentionally, or with malice, in order to access *Charter* damages. Applying the principles from *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, to this case, H must plead facts that, if true, establish a

Imposer un seuil peu élevé dans un tel contexte — la norme de la négligence simple, ou même celle de la négligence grave retenue par le juge de première instance — entraînerait de graves conséquences. Ce type de seuil fait intervenir un paradigme fondé sur l’obligation de diligence qui ne tient pas compte des réalités fondamentales du déroulement d’une poursuite criminelle. Les problèmes que présente une norme fondée sur la négligence ressortent davantage lorsqu’on se demande comment ce seuil moins élevé pourrait s’appliquer à l’étape des actes de procédure. Il serait beaucoup trop facile pour un demandeur dont la cause est difficilement justifiable de plaider des faits qui révèlent une cause d’action fondée sur la négligence et donc, de traîner les poursuivants devant les tribunaux civils. Le fait d’intenter en vertu de la *Charte* une action en dommages-intérêts pour inconduite du poursuivant ne devrait pas constituer un simple exercice pour un plaideur habile.

En plus d’avoir à établir une violation de la *Charte* ainsi que l’intention et la connaissance requises, le demandeur doit prouver que le défaut injustifié de communiquer des renseignements lui a causé un préjudice reconnu en droit. Le ministère public n’engage sa responsabilité que si l’on conclut à l’existence d’un lien de causalité fondé sur un « facteur déterminant ». Quelle que soit la nature du préjudice subi, le demandeur devrait établir selon la prépondérance des probabilités que « n’eût été » le défaut injustifié de communiquer des renseignements, il n’aurait pas subi ce préjudice. Le critère du « facteur déterminant » peut toutefois être modifié dans les cas où la faute est attribuée à plusieurs personnes.

H peut demander de modifier ses actes de procédure afin d’y inclure une demande en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* dans laquelle il allègue que le ministère public, en violation de ses obligations constitutionnelles, lui a causé un préjudice en retenant délibérément des renseignements alors qu’il savait, ou qu’il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour sa défense et que le défaut de les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité, pour H, de présenter une défense pleine et entière.

La juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis : H n’a pas à alléguer que le ministère public a contrevenu intentionnellement, ou avec malveillance, à son obligation constitutionnelle pour réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Si l’on applique les principes énoncés dans *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27,

breach of his *Charter* rights and that damages constitute an appropriate and just remedy to advance the purposes of compensation, vindication or deterrence. If proven at trial, the facts alleged by H would indisputably establish a breach of H's disclosure rights under s. 7 of the *Charter*, which had a direct and serious impact on the fairness of his trial. In these circumstances, an award of *Charter* damages under s. 24(1) may provide some compensation for the hardships H has endured and may also help publicly vindicate such a serious violation of the *Charter* rights the Crown is alleged to have breached. The objective of deterrence may also be served by an award of damages that highlights the need for the state to remain vigilant in meeting its constitutional obligations.

At step three of the *Ward* analysis, the government has an opportunity to advance any countervailing considerations that would make it inappropriate or unjust to award damages under s. 24(1). At the current stage of proceedings in this case, it is far from clear that there is an alternative remedy that will fulfill the functional objectives of *Charter* damages. As to good governance concerns, the second set of countervailing considerations discussed in *Ward*, those raised by the Attorney General of British Columbia are misplaced in this case. H's case does not involve the exercise of prosecutorial discretion in the usual sense of the term. The discretion to commence and pursue a prosecution is vital to the effective prosecution of criminal cases and claims can only be brought against prosecutors for misuse of this discretion if malice can be shown. The legal duty on the Crown to disclose relevant evidence, however, is not a discretionary function but a legal obligation. This obligation is absolute. The only discretion left to the prosecutor is a limited operational discretion relating to timing, relevance in borderline cases, privilege and protection of witness identity. An action for failure to disclose relevant evidence to the defence is different from an action for misuse of prosecutorial discretion in bringing or pursuing a prosecution. It is not an action for abuse of discretion, but an action for breach of a legal duty imposed on the state by the *Charter*. Recognizing H's claim will not chill the exercise of prosecutorial discretion, nor will it change the high standard of malice for tort actions for misuse of

[2010] 2 R.C.S. 28, à la présente affaire, H doit alléguer des faits qui, s'ils s'avèrent, devront établir qu'il y a eu atteinte à ses droits garantis par la *Charte* et que les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste qui favorise la réalisation d'au moins une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. Si les faits allégués par H sont prouvés lors du procès, ils établiront incontestablement que ses droits à la communication de la preuve, garantis par l'art. 7 de la *Charte*, ont été violés, ce qui a directement et gravement compromis l'équité de son procès. Dans les circonstances, l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pourrait permettre à H d'être indemnisé pour les épreuves qu'il a vécues et également soutenir publiquement la défense des droits garantis par la *Charte* que le ministère public aurait si gravement violés dans le cas de H. L'objectif de dissuasion peut également être réalisé par l'attribution de dommages-intérêts qui souligne la nécessité pour l'État de demeurer vigilant quant au respect de ses obligations constitutionnelles.

À la troisième étape de l'analyse prescrite par l'arrêt *Ward*, le gouvernement a la possibilité de présenter toutes les considérations faisant contrepoids qui pourraient démontrer que l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) constituerait une réparation qui ne serait pas convenable et juste. Au stade où en est l'instance en l'espèce, l'existence d'une autre mesure de réparation qui réaliserait les objectifs fonctionnels de l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* est loin d'être certaine. En ce qui concerne le bon gouvernement, le deuxième ensemble de considérations faisant contrepoids examinées dans l'arrêt *Ward*, soit celles soulevées par le procureur général de la Colombie-Britannique sont hors de propos en l'espèce. La cause de H ne porte pas sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public au sens où on l'entend normalement. Le pouvoir discrétionnaire d'engager et de mener une poursuite est vital pour assurer que les infractions criminelles sont efficacement poursuivies, et il ne peut être engagé d'action contre un poursuivant qui aurait mal exercé ce pouvoir discrétionnaire que dans les cas où la malveillance pourrait être établie. L'obligation légale de communication de la preuve qui incombe au ministère public n'est cependant pas une fonction discrétionnaire, mais une obligation en droit. Il s'agit d'une obligation absolue. Le seul pouvoir discrétionnaire dont dispose le poursuivant est celui qui, sur le plan opérationnel, s'applique au moment où la preuve sera communiquée, à la pertinence dans les cas limites, au privilège et à la protection de l'identité des

prosecutorial discretion, or divert prosecutors from their day-to-day work.

H should be allowed to amend his pleadings to include a claim for *Charter* damages based on a breach by the Crown of its constitutional obligation to disclose relevant information. On the facts as pleaded, *Charter* damages would be an appropriate and just remedy, serving one or more of the functions of compensation, vindication and deterrence.

Cases Cited

By Moldaver J.

Referred to: *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Elguzouli-Daf v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1995] Q.B. 335; *R. v. Walle*, 2012 SCC 41, [2012] 2 S.C.R. 438; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181.

témoins. Il faut faire une distinction entre l'action pour défaut de communiquer à la défense la preuve pertinente et l'action dans laquelle le demandeur allègue que le ministère public a mal exercé son pouvoir discrétionnaire d'engager et de mener une poursuite : la première ne vise pas l'abus de pouvoir discrétionnaire, mais plutôt le non-respect d'une obligation légale imposée à l'État par la *Charte*. Admettre la demande de H ne paralysera pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public, cela ne changera pas non plus la norme élevée de malveillance qui s'applique aux actions en responsabilité délictuelle découlant du fait que le ministère public a mal exercé son pouvoir discrétionnaire, ni ne détournera les poursuivants de leurs tâches quotidiennes.

H devrait être autorisé à modifier ses actes de procédure de manière à y inclure une réclamation en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* pour la violation par le ministère public de son obligation constitutionnelle de communiquer les renseignements pertinents à la défense. Selon les allégations, l'attribution de dommages-intérêts constituerait une réparation convenable et juste qui remplirait au moins l'une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Elguzouli-Daf c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1995] Q.B. 335; *R. c. Walle*, 2012 CSC 41, [2012] 2 R.C.S. 438; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181.

By McLachlin C.J. and Karakatsanis J.

Applied: *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; **referred to:** *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 401.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, art. 14(6).

Authors Cited

Roach, Kent. “A Promising Late Spring for Charter Damages: *Ward v. Vancouver*” (2011), 29 *N.J.C.L.* 135.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Hall, MacKenzie and Stromberg-Stein JJ.A.), 2014 BCCA 15, 53 B.C.L.R. (5th) 262, 349 B.C.A.C. 175, 596 W.A.C. 175, 370 D.L.R. (4th) 742, 6 C.C.L.T. (4th) 175, 299 C.R.R. (2d) 35, 8 C.R. (7th) 108, [2014] 3 W.W.R. 231, [2014] B.C.J. No. 71 (QL), 2014 CarswellBC 100 (WL Can.), setting aside a decision of Goepel J., 2013 BCSC 665, 47 B.C.L.R. (5th) 335, 359 D.L.R. (4th) 171, 100 C.C.L.T. (3d) 298, 281 C.R.R. (2d) 24, [2013] 8 W.W.R. 518, [2013] B.C.J. No. 769 (QL), 2013 CarswellBC 990 (WL Can.). Appeal allowed.

Joseph J. Arvay, Q.C., Alison Latimer, Marilyn Sandford and Cameron Ward, for the appellant.

Peter Juk, Q.C., Karen A. Horsman and E. W. (Heidi) Hughes, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia as represented by the Attorney General of British Columbia.

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis

Arrêt appliqué : *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; **arrêts mentionnés :** *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 401.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 24(1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 14(6).

Doctrine et autres documents cités

Roach, Kent. « A Promising Late Spring for Charter Damages : *Ward v. Vancouver* » (2011), 29 *R.N.D.C.* 135.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, MacKenzie et Stromberg-Stein), 2014 BCCA 15, 53 B.C.L.R. (5th) 262, 349 B.C.A.C. 175, 596 W.A.C. 175, 370 D.L.R. (4th) 742, 6 C.C.L.T. (4th) 175, 299 C.R.R. (2d) 35, 8 C.R. (7th) 108, [2014] 3 W.W.R. 231, [2014] B.C.J. No. 71 (QL), 2014 CarswellBC 100 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Goepel, 2013 BCSC 665, 47 B.C.L.R. (5th) 335, 359 D.L.R. (4th) 171, 100 C.C.L.T. (3d) 298, 281 C.R.R. (2d) 24, [2013] 8 W.W.R. 518, [2013] B.C.J. No. 769 (QL), 2013 CarswellBC 990 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Joseph J. Arvay, c.r., Alison Latimer, Marilyn Sandford et Cameron Ward, pour l’appelant.

Peter Juk, c.r., Karen A. Horsman et E. W. (Heidi) Hughes, pour l’intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique représentée par le procureur général de la Colombie-Britannique.

Mitchell R. Taylor, Q.C., and Diba B. Majzub, for the respondent the Attorney General of Canada.

Hart Schwartz and Matthew Horner, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Michel Déom and Amélie Dion, for the intervener the Attorney General of Quebec.

James A. Gumpert, Q.C., for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Gaétan Migneault and Kathryn Gregory, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Michael Conner and Denis Guénette, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Graeme Mitchell, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Jolaine Antonio and Kate Bridgett, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Frances Knickle and Philip Osborne, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Sean Dewart and Tim Gleason, for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Marlys A. Edwardh and Frances Mahon, for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the British Columbia Civil Liberties Association.

Bradley E. Berg, Erin Hoult and Nickolas Tzoulas, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Richard Macklin, Breese Davies and Neil G. Wilson, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

Written submissions only by *Paul J. J. Cavalluzzo and Adrienne Telford*, for the intervener the Canadian Association of Crown Counsel.

Mitchell R. Taylor, c.r., et Diba B. Majzub, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Hart Schwartz et Matthew Horner, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Michel Déom et Amélie Dion, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

James A. Gumpert, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Gaétan Migneault et Kathryn Gregory, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Michael Conner et Denis Guénette, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Graeme Mitchell, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Jolaine Antonio et Kate Bridgett, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Frances Knickle et Philip Osborne, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Sean Dewart et Tim Gleason, pour l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Marlys A. Edwardh et Frances Mahon, pour les intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Bradley E. Berg, Erin Hoult et Nickolas Tzoulas, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Richard Macklin, Breese Davies et Neil G. Wilson, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Argumentation écrite seulement par *Paul J. J. Cavalluzzo et Adrienne Telford*, pour l'intervenante l'Association canadienne des juristes de l'État.

The judgment of Abella, Moldaver, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] Ivan Henry was convicted in March 1983 of 10 sexual offences involving 8 different complainants. He was declared a dangerous offender and sentenced to an indefinite period of incarceration. He remained imprisoned for almost 27 years. In October 2010, the British Columbia Court of Appeal quashed all 10 convictions and substituted acquittals for each, finding serious errors in the conduct of the trial and concluding that the guilty verdicts were unreasonable in light of the evidence as a whole: *R. v. Henry*, 2010 BCCA 462, 294 B.C.A.C. 96 (“*Henry No. 1*”), at para. 154.

[2] Mr. Henry brought a civil suit against the City of Vancouver (“City”), the Attorney General of British Columbia (“AGBC”), and the Attorney General of Canada (“AGC”), seeking damages for his wrongful convictions and imprisonment. The claims against the City and the AGC are not at issue in this appeal. We are concerned only with the claim against the AGBC for damages under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Specifically, Mr. Henry alleges that the provincial Crown should be held liable for its failure — before, during, and after his criminal trial — to meet its disclosure obligations under the *Charter*. The sole question before us is the level of fault that Mr. Henry must establish to sustain a cause of action against the AGBC in these circumstances.

II. Factual Background

[3] This appeal arises from proposed amendments to the pleadings in Mr. Henry’s civil case. Because this case is at the pleadings stage, the allegations of

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Wagner et Gascon rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Ivan Henry a été reconnu coupable, en mars 1983, de 10 infractions sexuelles commises à l’égard de 8 plaignantes différentes. Il a été déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine d’emprisonnement d’une durée indéterminée. Il est demeuré incarcéré pendant presque 27 ans. En octobre 2010, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a annulé chacune des 10 déclarations de culpabilité et les a remplacées par un acquittement après avoir constaté de graves erreurs dans le déroulement du procès et avoir conclu que les verdicts de culpabilité étaient déraisonnables, compte tenu de l’ensemble de la preuve : *R. c. Henry*, 2010 BCCA 462, 294 B.C.A.C. 96 (« *Henry n° 1* »), par. 154.

[2] M. Henry a intenté contre la ville de Vancouver (la « Ville »), le procureur général de la Colombie-Britannique (le « PGCB ») et le procureur général du Canada (le « PGC ») une poursuite civile par laquelle il réclame des dommages-intérêts pour ses condamnations et son emprisonnement injustifiés. Les demandes contre la Ville et le PGC ne sont pas en cause dans le présent pourvoi. Seule nous intéresse la demande de dommages-intérêts contre le PGCB fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus précisément, M. Henry plaide que l’État provincial devrait être tenu responsable de son défaut — tant avant que pendant et après son procès criminel — de respecter les obligations que lui impose la *Charte* en matière de communication de la preuve. La seule question dont nous sommes saisis porte sur le degré de faute que M. Henry doit établir pour qu’une cause d’action soit retenue contre le PGCB dans les circonstances.

II. Contexte factuel

[3] Le présent pourvoi découle de modifications proposées aux actes de procédure dans la poursuite civile intentée par M. Henry. Comme cette affaire

prosecutorial misconduct made by Mr. Henry — including those recited in this factual background — must be accepted as true.

A. Mr. Henry's 1983 Convictions

[4] From November 1980 to June 1982, a series of sexual assaults occurred in Vancouver. The perpetrator of each assault used a similar *modus operandi*: he targeted female victims who were alone at night in certain neighbourhoods, threatening them with a knife and covering their heads with a pillow or pillowcase. In many of the cases, the perpetrator told the victim that he had been “ripped off” and was owed money by someone who supposedly lived at the victim’s residence: *Henry No. 1*, at para. 11. After investigation, Vancouver Police concluded that a single perpetrator was responsible for the attacks.

[5] Donald McRae lived in Mount Pleasant, one of the Vancouver neighbourhoods in which the assaults took place. In the spring of 1981, Mr. McRae was placed under police surveillance as a suspect, but was not arrested in connection with the attacks. In March 1982, Mr. Henry moved to a house in the same city block as Mr. McRae.

[6] Police came to regard Mr. Henry as a suspect, and he was arrested in May 1982. He was taken to the police station and forced to participate against his will in an identification line-up. When Mr. Henry refused to cooperate, an officer held him in a headlock to keep his head up so it could be seen by the complainants viewing the line-up. Some of the victims identified Mr. Henry as the perpetrator, but others did not, and the police decided to release him after these inconclusive results.

[7] Five days after Mr. Henry’s arrest and release, Mr. McRae was arrested and charged with trespass by night for prowling outside a residence several

se trouve à l’étape du dépôt des actes de procédure, les allégations de conduite répréhensible du pour-suivant formulées par M. Henry — y compris celles relatées dans le présent contexte factuel — doivent être tenues pour avérées.

A. Les condamnations de M. Henry en 1983

[4] Entre novembre 1980 et juin 1982, une série d’agressions sexuelles ont été commises à Vancouver. Dans chaque cas d’agression, le *modus operandi* était le même : l’agresseur repérait des femmes seules le soir dans certains quartiers, les menaçait à la pointe du couteau et leur recouvrait la tête d’un oreiller ou d’une taie d’oreiller. Dans bon nombre de cas, il disait à sa victime qu’il s’était fait « escroquer » et que quelqu’un qui, selon ses dires, habitait dans la résidence de la victime lui devait de l’argent : *Henry n° 1*, par. 11. À l’issue de son enquête, la police de Vancouver a conclu que les agressions étaient le fait d’un seul et même individu.

[5] Donald McRae vivait à Mount Pleasant, un des quartiers de Vancouver où les agressions avaient eu lieu. Au printemps 1981, M. McRae a commencé à faire l’objet d’une surveillance policière en tant que suspect, mais il n’a pas été arrêté relativement aux agressions. En mars 1982, M. Henry a emménagé dans une maison située dans le pâté de maisons où résidait M. McRae.

[6] La police a commencé à considérer M. Henry comme un suspect et l’a arrêté en mai 1982. M. Henry a été conduit au poste de police où il a été forcé de participer à une séance d’identification. Comme M. Henry refusait de collaborer, un agent lui a fait une prise de tête, le forçant ainsi à garder la tête haute pour pouvoir être vu par les plaignantes qui assistaient à la séance d’identification. Certaines des victimes ont identifié M. Henry comme leur agresseur, mais d’autres ne l’ont pas identifié, et la police a décidé de le libérer à la suite de ces résultats non concluants.

[7] Cinq jours après l’arrestation et la libération de M. Henry, M. McRae a été arrêté et accusé d’intrusion de nuit pour avoir rôdé autour d’une

blocks away from the locations of two of the previous assaults. Two months later, Mr. McRae was again arrested and charged with breaking and entering and theft at a residence six blocks away from one of the previous sexual assaults.

[8] Mr. Henry was re-arrested in July 1982, after the victim of a June attack made an identification from an array of photographs shown to her by the police. The photograph of Mr. Henry pictured him standing in front of a jail cell, with the arm of a uniformed officer visible in front of him. None of the six “foils” were photographed in this manner, and all six differed significantly from Mr. Henry in terms of age, hair style, and facial hair.

[9] Mr. Henry was charged with 17 offences, although only 10 of these ultimately proceeded to trial. He initially had legal representation, and made numerous requests for disclosure of all victim statements as well as medical and forensic reports. Despite these requests, the Crown did not disclose any of the requested material before the commencement of trial.

[10] Mr. Henry represented himself at trial. There was no reliable out-of-court identification suggesting he was the perpetrator, no evidence linking him to any of the victims, and no physical evidence placing him at any of the crime scenes. The Crown’s entire case rested on in-court identifications of Mr. Henry by the complainants.

[11] At the outset of his trial, Mr. Henry again requested disclosure of all victim statements. The Crown provided him with 11 statements made by the 8 trial complainants. However, approximately 30 additional statements made by the complainants were

résidence située à quelques pâtés de maisons de l’endroit où deux des agressions avaient eu lieu. Deux mois plus tard, M. McRae a de nouveau été arrêté et accusé d’introduction par effraction et de vol dans une résidence située à six pâtés de maisons du lieu où une des agressions sexuelles avait été commise.

[8] M. Henry a été arrêté de nouveau en juillet 1982, après que la victime d’une agression commise en juin l’eut identifié sur une photo que la police lui a montrée lors d’une séance d’identification photographique. La photographie de M. Henry le montrait debout devant une cellule de prison avec le bras d’un agent en uniforme bien visible devant lui. Aucune des personnes figurant sur les six autres photos présentées à cette séance n’était photographiée de cette façon et chacune d’elles se distinguait de façon marquée de M. Henry quant à l’âge, le style de coiffure et les poils du visage.

[9] M. Henry a été accusé de 17 infractions, mais il n’a finalement été jugé que pour 10 d’entre elles. Il était au départ représenté par un avocat et il a demandé à plusieurs reprises qu’on lui communique toutes les déclarations des victimes, ainsi que des rapports médicaux et des rapports d’expertise médico-légale. Malgré ces demandes, le ministère public n’a communiqué aucun des documents réclamés avant l’ouverture du procès.

[10] M. Henry s’est représenté lui-même au procès. On ne disposait d’aucune identification extrajudiciaire fiable permettant de penser qu’il était l’auteur des actes reprochés, aucun élément de preuve établissant un lien entre lui et l’une ou l’autre des victimes, et aucune preuve matérielle indiquant qu’il se trouvait sur l’un des lieux des crimes. La preuve du ministère public reposait entièrement sur l’identification de M. Henry à l’audience par les plaignantes.

[11] À l’ouverture de son procès, M. Henry a de nouveau réclamé la communication de toutes les déclarations des victimes. Le ministère public lui a fourni 11 déclarations faites par les 8 plaignantes. On ne lui a toutefois pas communiqué une trentaine

not disclosed, including those contained in the notes of the original crime scene investigators. These statements revealed inconsistencies that could have been used to attack the already-suspect identification evidence put forward by the Crown.

[12] Furthermore, key forensic evidence was not disclosed. Investigators had recovered sperm from several of the crime scenes that could have been used to include or exclude a suspect based on blood type, yet this evidence was never brought to Mr. Henry's attention. The Crown also failed to disclose that Mr. McRae had been considered a suspect, and had been arrested twice in the vicinity of the attacks.

[13] At the conclusion of his trial, a jury convicted Mr. Henry on all 10 charges. He was declared a dangerous offender and sentenced to an indefinite period of incarceration.

B. *Mr. Henry's Initial Appeal Efforts*

[14] Mr. Henry's initial appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed for want of prosecution because of his failure to file trial transcripts and appeal books. His application for leave to appeal to this Court was denied, [1984] 1 S.C.R. viii, as were several subsequent *habeas corpus* applications and a 1997 application to appoint counsel and reopen his appeal.

[15] In total, between 1984 and 2006, Mr. Henry filed more than 50 applications in different courts and with the federal Crown seeking to have his convictions reviewed, while continuing to seek disclosure relating to his case.

d'autres déclarations faites par les plaignantes, et notamment celles que contenaient les notes prises à l'origine par les enquêteurs sur les lieux des crimes. Ces déclarations révélaient des contradictions qui auraient pu être utilisées pour contester la preuve d'identification déjà suspecte avancée par le ministère public.

[12] De plus, des preuves médico-légales importantes ne lui ont pas été communiquées. Les enquêteurs avaient recueilli à plusieurs des lieux des crimes du sperme qui aurait pu être utilisé pour inclure ou exclure un suspect en fonction du groupe sanguin, et pourtant ces éléments de preuve n'ont jamais été portés à l'attention de M. Henry. Le ministère public a également omis de divulguer le fait que M. McRae avait été considéré comme un suspect et qu'il avait été arrêté à deux reprises à proximité des lieux des agressions.

[13] À la fin de son procès, un jury a reconnu M. Henry coupable relativement aux 10 chefs d'accusation portés contre lui. Il a été déclaré délinquant dangereux et a été condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée.

B. *Premiers recours d'appel entrepris par M. Henry*

[14] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté pour défaut de poursuivre le premier appel interjeté par M. Henry parce qu'il n'avait pas déposé la transcription des débats au procès et les dossiers d'appel. Sa demande d'autorisation d'appel auprès de notre Cour a été refusée, [1984] 1 R.C.S. viii, tout comme plusieurs demandes ultérieures d'*habeas corpus* et une demande présentée en 1997 en vue d'être représenté par un avocat et de rouvrir son appel.

[15] En tout, entre 1984 et 2006, M. Henry a saisi divers tribunaux et le ministère public fédéral de plus d'une cinquantaine de demandes visant à faire réviser ses déclarations de culpabilité, tout en continuant à réclamer la communication de renseignements se rapportant à sa cause.

C. *Project Smallman and the Unsolved Sexual Assaults*

[16] Between November 1982 and July 1988, more than 25 sexual assaults occurred in close geographic proximity to the assaults for which Mr. Henry was convicted. These additional assaults bore similar hallmarks to those attributed to Mr. Henry. However, he could not have been the perpetrator, as he was in custody during this period. These ongoing assaults were not disclosed to him.

[17] In 2002, as part of an effort designated “Project Smallman”, Vancouver Police reopened investigations into a number of unsolved sexual assaults committed between 1983 and 1988 that they believed were carried out by a single perpetrator. DNA evidence linked Mr. McRae to three of the assaults, and he pleaded guilty to these offences in May 2005.

[18] The similarity in both geography and *modus operandi* between these subsequent assaults and the assaults for which Mr. Henry was convicted led the provincial Crown to appoint an independent investigator to review Mr. Henry’s convictions. On the recommendation of this investigator, the provincial Crown provided full disclosure to Mr. Henry, including information gathered during the initial police investigation that should have been disclosed at trial and information subsequently discovered during Project Smallman. Mr. Henry successfully applied to reopen his appeal and was released on bail pending a hearing on the merits. The application was unopposed by the Crown, based on the recommendation of the independent investigator.

D. *Mr. Henry’s Appeal and Acquittals*

[19] In *Henry No. 1*, the British Columbia Court of Appeal considered Mr. Henry’s appeal on the

C. *Le projet Smallman et les agressions sexuelles non résolues*

[16] Entre le mois de novembre 1982 et le mois de juillet 1988, plus de 25 agressions sexuelles ont été perpétrées à proximité des lieux des agressions pour lesquelles M. Henry avait été condamné. Ces nouvelles agressions présentaient des caractéristiques semblables à celles attribuées à M. Henry. Toutefois, il ne pouvait en être l’auteur puisqu’à l’époque, il était détenu. Il n’a pas été mis au courant de cette série d’agressions.

[17] En 2002, dans le cadre d’une initiative appelée le [TRADUCTION] « projet Smallman », la police de Vancouver a procédé à la réouverture d’enquêtes portant sur plusieurs agressions sexuelles non élucidées commises entre 1983 et 1988 et qui, selon ce qu’elle croyait, avaient été commises par un seul individu. La preuve génétique liait M. McRae à 3 des agressions en question, et celui-ci a reconnu sa culpabilité à ces infractions en mai 2005.

[18] La similitude constatée tant en ce qui concerne les lieux géographiques que le *modus operandi* entre les agressions ultérieures et celles pour lesquelles M. Henry avait été condamné a amené le ministère public provincial à confier à un enquêteur indépendant le réexamen des condamnations de M. Henry. Conformément à la recommandation de cet enquêteur, le ministère public provincial a communiqué l’intégralité de sa preuve à M. Henry, notamment les renseignements recueillis au cours de l’enquête policière initiale qui auraient dû être communiqués au procès, ainsi que les renseignements découverts par la suite dans le cadre du projet Smallman. M. Henry a demandé avec succès la réouverture de son appel et a été libéré sous caution en attendant la tenue d’une audience sur le fond. Suivant la recommandation de l’enquêteur indépendant, le ministère public n’a pas contesté cette demande.

D. *Appel et acquittements de M. Henry*

[19] Dans l’affaire *Henry n° 1*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a procédé pour la première

merits for the first time. In October 2010, Low J.A., for a unanimous court, found significant errors in the trial judge's jury instructions. He also found that the charges should have been severed, and a mistrial declared, after the Crown abandoned its submission that the evidence on each count should be treated as similar fact evidence. These errors would have been sufficient for Low J.A. to order a new trial. However, he also held that the evidence as a whole was incapable of proving identification, and the verdicts were therefore unreasonable. As a result, he substituted acquittals for each of Mr. Henry's 10 convictions.

E. *Mr. Henry's Civil Claims*

[20] Mr. Henry filed a civil action in June 2011, seeking damages against the City, the AGBC, and the AGC for harm suffered as a consequence of his wrongful convictions and incarceration. His claim against the City relates to the investigation of the crimes for which he was convicted, and the failure of the Vancouver Police to inform Crown counsel of the subsequent offences that were later re-investigated as part of Project Smallman. His claim against the AGC relates to the denial of his various applications for review of his convictions. As indicated, these claims are not at issue in this appeal.

[21] Mr. Henry's claim against the AGBC alleges that the Crown failed to make full disclosure of relevant information before and during his trial, and in subsequent proceedings. In his Notice of Civil Claim, he pleaded various causes of action: negligence, malicious prosecution, misfeasance in public office, abuse of process, and breach of his ss. 7 and 11(d) *Charter* rights. The AGBC moved to strike Mr. Henry's causes of action grounded in negligence and the *Charter*. In September 2012, Goepel J. of the British Columbia

fois à un examen au fond de l'appel de M. Henry. En octobre 2010, le juge Low, rédigeant l'opinion unanime de la cour, a relevé des erreurs importantes dans les directives du juge du procès au jury. Il a également conclu que les chefs d'accusation auraient dû être scindés et que le procès aurait dû être annulé après l'abandon, par le ministère public, de sa prétention suivant laquelle les éléments de preuve relatifs à chaque chef d'accusation devaient être traités comme une preuve de faits similaires. Ces erreurs auraient suffi pour permettre au juge Low d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il a toutefois également estimé que la preuve dans son ensemble ne permettait pas d'établir l'identité de l'auteur des agressions et que les verdicts étaient par conséquent déraisonnables. Il a donc substitué l'acquittement à chacune des 10 déclarations de culpabilité prononcées contre M. Henry.

E. *La poursuite civile intentée par M. Henry*

[20] En juin 2011, M. Henry a introduit une action au civil par laquelle il réclamait des dommages-intérêts à la Ville, au PGCB et au PGC pour le préjudice subi en conséquence de ses condamnations et de son incarcération injustifiées. Sa demande contre la Ville a trait à l'enquête menée au sujet des crimes pour lesquels il a été condamné et au défaut de la police de Vancouver d'informer le procureur du ministère public des infractions subséquentes qui ont plus tard fait l'objet d'une nouvelle enquête dans le cadre du projet Smallman. Sa demande contre le PGC a trait au rejet de ses diverses demandes de réexamen de ses déclarations de culpabilité. Je le répète, ces demandes ne sont pas en cause dans le présent pourvoi.

[21] Dans sa demande contre le PGCB, M. Henry allègue que le ministère public n'a pas communiqué l'intégralité des renseignements pertinents tant avant que durant son procès, ainsi qu'au cours des procédures ultérieures. Dans sa déclaration, M. Henry a plaidé diverses causes d'action : négligence, poursuite abusive, faute dans l'exercice d'une charge publique, abus de procédure et violation des droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Le PGCB a demandé la

Supreme Court struck the negligence claim as inconsistent with this Court's holding in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170: *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1401 ("*Henry No. 2*"), at paras. 43-60. Goepel J. allowed Mr. Henry's *Charter* claim to proceed since it was founded on allegations of malicious conduct. However, he noted that, if Mr. Henry intended to pursue a *Charter* damages claim against the AGBC for conduct falling short of malice, he would have to seek leave to amend his pleadings (paras. 61-72).

III. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court*, 2013 BCSC 665, 47 B.C.L.R. (5th) 335 (Goepel J.)

[22] Following the decision in *Henry No. 2*, Mr. Henry applied to amend his pleadings to claim *Charter* damages against the AGBC for non-malicious conduct. The AGBC opposed this application, arguing that a claim for *Charter* damages grounded in alleged prosecutorial misconduct requires proof of malice. The application judge rejected this submission.

[23] Goepel J. held that the case law on malicious prosecution is not dispositive of the required threshold. Relying on this Court's seminal decision on *Charter* damages in *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, he observed that s. 24(1) affords courts a broad discretion to craft appropriate remedies, and that this discretion should not be limited "by casting it in a strait-jacket of judicially prescribed conditions" (para. 28, quoting *Ward*, at para. 18). However, he recognized that it may be necessary, as a matter of policy, for courts

radiation des causes d'action de M. Henry fondées sur la négligence et sur la *Charte*. En septembre 2012, le juge Goepel de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a radié la demande fondée sur la négligence au motif qu'elle était incompatible avec la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170 : *Henry c. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1401 (« *Henry n° 2* »), par. 43-60. Le juge Goepel a permis que la demande de M. Henry fondée sur la *Charte* suive son cours puisqu'elle reposait sur des allégations de malveillance. Il a toutefois fait observer que, s'il entendait réclamer en vertu de la *Charte* des dommages-intérêts contre le PGCB pour une conduite ne constituant pas de la malveillance, M. Henry devait demander l'autorisation de modifier ses actes de procédure (par. 61-72).

III. Jugements des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, 2013 BCSC 665, 47 B.C.L.R. (5th) 335 (le juge Goepel)

[22] À la suite de la décision *Henry n° 2*, M. Henry a demandé l'autorisation de modifier ses actes de procédure afin de réclamer contre le PGCB, en vertu de la *Charte*, des dommages-intérêts pour conduite non malveillante. Le PGCB a contesté cette demande en plaidant qu'une demande de dommages-intérêts fondée sur des allégations de conduite répréhensible du poursuivant exige une preuve de malveillance. Le juge de première instance a rejeté cet argument.

[23] Le juge Goepel a estimé que la jurisprudence sur les poursuites abusives ne réglait pas la question du seuil minimal exigé. S'appuyant sur l'arrêt de principe rendu par notre Cour en matière de dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* dans l'affaire *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, il a fait observer que le par. 24(1) confère aux tribunaux un large pouvoir discrétionnaire leur permettant de déterminer la réparation convenable, et qu'on ne devrait pas restreindre ce pouvoir discrétionnaire « en l'enserrant dans un corset

to mandate a minimum threshold of liability for a successful *Charter* damages claim.

[24] In Mr. Henry’s case, Goepel J. found that there were competing policy considerations that must be weighed in arriving at the appropriate threshold. He determined that a threshold lower than malice should apply — namely, the standard for awarding costs in criminal proceedings for *Charter* breaches. Referring to this Court’s decision in *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575 (“*Dunedin*”), he noted that costs awards made under s. 24(1) in criminal proceedings are only justified in limited circumstances where the Crown’s conduct represents a marked and unacceptable departure from the reasonable standards expected of prosecutors. Goepel J. thus permitted Mr. Henry to amend his Notice of Civil Claim in accordance with this threshold.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2014 BCCA 15, 53 B.C.L.R. (5th) 262 (Hall J.A., MacKenzie and Stromberg-Stein J.J.A., Concurring)*

[25] The Court of Appeal unanimously allowed the AGBC’s appeal, concluding that Mr. Henry was not entitled to seek *Charter* damages for the non-malicious acts and omissions of Crown counsel.

[26] Speaking for the court, Hall J.A. relied heavily on this Court’s “trilogy” of malicious prosecution cases — *Nelles, Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9, and *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339. He noted that, in *Nelles*, this Court rejected an absolute immunity for Crown counsel, and preserved a right to pursue civil damages against a prosecutor who acts intentionally to subvert justice. Referring

de conditions d’origine jurisprudentielle » (par. 28, citant l’arrêt *Ward*, par. 18). Il a toutefois reconnu qu’il peut être nécessaire, pour des raisons de principe, que les tribunaux fixent un seuil minimal de responsabilité pour qu’une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* puisse être accueillie.

[24] Dans le cas de M. Henry, le juge Goepel a conclu qu’il fallait sopeser des considérations de principe divergentes pour en arriver au seuil approprié. Il a estimé qu’il y avait lieu de retenir un seuil moins élevé que celui de la malveillance, — en l’occurrence, celui qui s’applique en matière d’adjudication de dépens pour violation de la *Charte* en matière criminelle. Citant l’arrêt rendu par notre Cour dans *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575 (« *Dunedin* »), le juge Goepel a fait observer qu’une condamnation à des dépens en vertu du par. 24(1) dans le cadre d’une instance criminelle ne se justifie que dans les cas restreints où la conduite du poursuivant déroge de façon marquée et inacceptable aux normes raisonnables que devraient respecter les poursuivants. Le juge Goepel a donc permis à M. Henry de modifier sa déclaration conformément à ce seuil de responsabilité.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2014 BCCA 15, 53 B.C.L.R. (5th) 262 (le juge Hall, avec l’appui des juges MacKenzie et Stromberg-Stein)*

[25] La Cour d’appel a accueilli à l’unanimité l’appel interjeté par le PGCB et a conclu que M. Henry n’avait pas le droit de réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour les actes et les omissions non malveillants des avocats du ministère public.

[26] S’exprimant au nom de la Cour, le juge Hall s’est fortement appuyé sur la « trilogie » de notre Cour en matière de poursuites abusives — les arrêts *Nelles, Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9, et *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339. Il a fait observer que suivant l’arrêt *Nelles*, les avocats du ministère public ne jouissent pas d’une immunité absolue, et que notre Cour avait confirmé le

to *Proulx*, he observed that “malicious prosecution can be an efficacious remedy to one harmed by prosecutorial misconduct” (para. 23).

[27] In the same vein, Hall J.A. determined that making *Charter* damages available to compensate for malicious acts and omissions of prosecutors would offer plaintiffs an effective recourse for *Charter* violations, but he was not prepared to go further. In his view, the application judge erred in adopting the lower standard of fault developed in criminal cases where costs were awarded. That standard — a marked and unacceptable departure from the reasonable standards expected of Crown counsel — was akin to gross negligence and would result in “a new head of liability against prosecutors” (para. 20).

[28] Hall J.A. rejected the view that *Ward* altered the parameters of civil liability for prosecutors. He underscored the fact that, in *Ward*, this Court recognized that good governance considerations can militate against *Charter* damages awards, and that existing causes of action in private law may provide the appropriate liability threshold in a particular context.

[29] Hall J.A. concluded that he was bound by this Court’s jurisprudence on the scope of civil liability for prosecutors, and therefore the malice threshold was applicable. In his view, “it would be an unwarranted extension of the language in *Ward* to find that the Supreme Court of Canada was altering the principles set forth in *Nelles* and *Miazga*” (para. 29). To the extent that prosecutorial liability ought to be expanded to include claims of

droit de réclamer au civil des dommages-intérêts d’un poursuivant ayant agi de façon délibérée de manière à entraver le cours de la justice. Citant l’arrêt *Proulx*, le juge Hall a fait remarquer que [TRADUCTION] « une action pour poursuite abusive peut s’avérer un recours efficace pour la personne lésée par la conduite répréhensible du poursuivant » (par. 23).

[27] Dans le même ordre d’idées, le juge Hall a estimé que le fait d’accorder aux demandeurs des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour les indemniser des actes ou omissions entachés de malveillance du poursuivant leur offrirait un recours efficace en cas de violation de la *Charte*. Le juge Hall n’était toutefois pas disposé à aller plus loin. À son avis, le juge saisi de la demande avait commis une erreur en adoptant la norme moins exigeante de la faute élaborée dans la jurisprudence portant sur les dépens en matière criminelle. Cette norme — celle de la dérogation marquée et inacceptable par l’avocat du ministère public aux normes raisonnables qu’on s’attend qu’il respecte — s’apparentait à celle de la négligence grave et créerait [TRADUCTION] « une nouvelle forme de responsabilité des avocats du ministère public » (par. 20).

[28] Le juge Hall a écarté l’idée que l’arrêt *Ward* avait modifié les paramètres de la responsabilité civile des poursuivants. Il a insisté sur le fait que, dans l’arrêt *Ward*, notre Cour avait reconnu que des préoccupations relatives au bon gouvernement peuvent militer contre l’adjudication de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, et que les causes d’action déjà existantes en droit privé peuvent offrir le seuil de responsabilité approprié dans un contexte donné.

[29] Le juge Hall a conclu qu’il était lié par la jurisprudence de notre Cour sur l’étendue de la responsabilité civile des poursuivants et que, par conséquent, il fallait appliquer le seuil de responsabilité de la malveillance. À son avis, [TRADUCTION] « on étendrait de façon injustifiée la portée des mots employés dans l’arrêt *Ward* si l’on concluait que la Cour suprême du Canada y modifiait les principes énoncés dans les arrêts *Nelles* et *Miazga* » (par. 29).

negligence, it should be done by the legislature or a court of last resort. Accordingly, Hall J.A. allowed the appeal and dismissed Mr. Henry's application to amend his pleadings.

IV. Analysis

A. *Overview of the Charter Damages Threshold for Wrongful Non-disclosure by Prosecutors*

[30] A constitutional question is posed in this case:

Does s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* authorize a court of competent jurisdiction to award damages against the Crown for prosecutorial misconduct absent proof of malice?

[31] In the context of Mr. Henry's claims, I would answer this question in the affirmative. Where a claimant seeks *Charter* damages based on allegations that the Crown's failure to disclose violated his or her *Charter* rights, proof of malice is not required. Instead, a cause of action will lie where the Crown, in breach of its constitutional obligations, causes harm to the accused by intentionally withholding information when it knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence. This represents a high threshold for a successful *Charter* damages claim, albeit one that is lower than malice.

[32] I will discuss the legal basis and precise scope of this threshold in greater detail below. Briefly, it

Selon lui, si la responsabilité du poursuivant doit être élargie de manière à englober les réclamations fondées sur la négligence, cette initiative doit venir du législateur ou d'une juridiction de dernier ressort. Par conséquent, le juge Hall a accueilli l'appel et rejeté la demande de M. Henry en vue d'être autorisé à modifier ses actes de procédure.

IV. Analyse

A. *Aperçu du seuil applicable à l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la Charte dans les cas de défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements*

[30] Une question constitutionnelle est posée dans la présente affaire :

Le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* autorise-t-il un tribunal compétent à condamner le ministère public au paiement de dommages-intérêts pour la conduite répréhensible du poursuivant lorsque nulle malveillance n'a été prouvée?

[31] Dans le contexte des demandes de M. Henry, je répondrais à cette question par l'affirmative. Lorsqu'un demandeur réclame des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en alléguant que le défaut du ministère public de lui communiquer des éléments de preuve a eu pour effet de violer les droits que lui garantit la *Charte*, la preuve de la malveillance n'est pas requise. L'accusé dispose plutôt d'un droit d'action lorsqu'en violation de ses obligations constitutionnelles, le ministère public lui a causé un préjudice en retenant délibérément des renseignements alors qu'il savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense et que le défaut de les communiquer pourrait porter atteinte à la possibilité, pour l'accusé, de présenter une défense pleine et entière. Cette norme représente un seuil élevé pour qu'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* soit accueillie, mais elle est moins exigeante que la norme de la malveillance.

[32] Je vais préciser davantage plus loin le fondement juridique et la portée exacte de ce seuil. En

recognizes that while malice does not provide a useful or workable framework for dealing with allegations of wrongful non-disclosure by prosecutors, the policy underpinnings of this Court's malicious prosecution jurisprudence inform the proper scope of Crown liability for *Charter* damages in this context.

[33] I emphasize “this context” because, in my view, it is neither prudent nor necessary to decide whether a similar threshold would apply in circumstances not involving wrongful non-disclosure. Mr. Henry's claim against the AGBC is rooted in allegations that Crown counsel failed to disclose certain relevant information. It would be unwise to speculate about other types of prosecutorial misconduct that might violate the *Charter*, or to fix a blanket threshold that governs all such claims against the Crown. The threshold established in this case may well offer guidance in setting the applicable threshold for other types of misconduct, but the prudent course of action is to address new situations in future cases as they arise, with the benefit of a factual record and submissions.

B. *Ward Provides the Governing Legal Framework*

[34] Under s. 24(1) of the *Charter*,

[a]nyone whose rights or freedoms . . . have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

In *Ward*, this Court recognized that the language of s. 24(1) is broad enough to encompass damage claims for *Charter* breaches. Such claims are brought by an

résumé, celui-ci reconnaît que, bien que la malveillance n'offre pas un cadre d'analyse utile ou pratique pour répondre aux allégations de défaut injustifié des avocats du ministère public de communiquer des renseignements, les considérations d'ordre public sur lesquelles repose la jurisprudence de notre Cour en matière de poursuites abusives servent de base pour déterminer, dans le présent contexte, la véritable portée de la responsabilité du ministère public en matière de dommages-intérêts fondés sur la *Charte*.

[33] J'insiste sur l'expression « le présent contexte » parce qu'à mon avis, il n'est ni prudent ni nécessaire de décider si un seuil semblable s'appliquerait dans des circonstances où le défaut injustifié de communiquer des renseignements n'est pas en cause. La demande formulée par M. Henry contre le PGCB est fondée sur ses allégations suivant lesquelles l'avocat du ministère public a omis de lui communiquer certains renseignements pertinents. Il ne serait pas sage de spéculer sur d'autres types de conduite répréhensible du poursuivant qui pourrait contrevenir à la *Charte*, ou de fixer un seuil général applicable à toutes les demandes de ce genre contre le ministère public. Le seuil fixé en l'espèce peut fort bien servir de guide pour établir le seuil applicable à d'autres types de conduite répréhensible, mais la façon d'agir prudente consiste à aborder au fur et à mesure les situations qui se présenteront à l'avenir en tenant compte du dossier factuel et des arguments qui seront soumis.

B. *L'arrêt Ward fournit le cadre juridique applicable*

[34] Aux termes du par. 24(1) de la *Charte*,

[t]oute personne, victime de violation ou de négation [de ses] droits ou libertés [. . .] peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Dans l'arrêt *Ward*, notre Cour a reconnu que le libellé du par. 24(1) est suffisamment large pour englober les demandes de dommages-intérêts pour

individual as a public law action directed against the state for violations of the claimant's constitutional rights.

[35] *Charter* damages are a powerful tool that can provide a meaningful response to rights violations. They also represent an evolving area of the law that must be allowed to “develop incrementally”: *Ward*, at para. 21. When defining the circumstances in which a *Charter* damages award would be appropriate and just, courts must therefore be careful not to stifle the emergence and development of this important remedy.

[36] However, *Charter* damages are not a silver bullet. They are just one of many remedies that may be available to individuals whose *Charter* rights have been breached, and their availability is not without limit. In *Ward*, the Chief Justice outlined a four-step framework to determine the state's liability for *Charter* damages:

The first step in the inquiry is to establish that a *Charter* right has been breached. The second step is to show why damages are a just and appropriate remedy, having regard to whether they would fulfill one or more of the related functions of compensation, vindication of the right, and/or deterrence of future breaches. At the third step, the state has the opportunity to demonstrate, if it can, that countervailing factors defeat the functional considerations that support a damage award and render damages inappropriate or unjust. The final step is to assess the quantum of the damages. [para. 4]

[37] Under this framework, the claimant bears the initial burden of making out a *prima facie* case. The claimant must demonstrate that the state has breached one of his or her *Charter* rights and that an award of damages would serve a compensation, vindication, or deterrence function. Once that burden is met, the onus shifts to the state to rebut the claimant's case based

violation de la *Charte*. Ces demandes sont présentées par une personne dans le cadre d'une action de droit public dirigée contre l'État pour violation des droits constitutionnels garantis à cette personne.

[35] Les dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* constituent un outil puissant qui peut s'avérer une réponse concrète aux atteintes portées à des droits. Ils représentent également un domaine du droit qui évolue et qu'il faut laisser « se développer graduellement » : *Ward*, par. 21. Au moment de préciser les circonstances dans lesquelles l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constituerait une réparation convenable et juste, les tribunaux doivent donc se garder de freiner l'émergence et le développement de cette importante réparation.

[36] L'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne constitue cependant pas une solution magique. Il ne s'agit que d'une des nombreuses réparations qui s'offrent aux victimes d'une violation des droits garantis par la *Charte*, et les cas d'ouverture à cette réparation ne sont pas illimités. Dans l'arrêt *Ward*, la Juge en chef propose un cadre d'analyse en quatre étapes pour déterminer la responsabilité de l'État en dommages-intérêts pour violation de la *Charte* :

À la première étape de l'analyse, il doit être établi qu'un droit garanti par la *Charte* a été enfreint. À la deuxième, il faut démontrer pourquoi les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste, selon qu'ils peuvent remplir au moins une des fonctions interreliées suivantes : l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion contre toute nouvelle violation. À la troisième, l'État a la possibilité de démontrer, le cas échéant, que des facteurs faisant contrepoids l'emportent sur les considérations fonctionnelles favorables à l'octroi de dommages-intérêts, de sorte que ces derniers ne seraient ni convenables ni justes. La dernière étape consiste à fixer le montant des dommages-intérêts. [par. 4]

[37] Selon ce cadre d'analyse, le demandeur a le fardeau initial d'établir une preuve *prima facie*. Il doit démontrer que l'État a violé l'un des droits que lui garantit la *Charte* et que l'attribution de dommages-intérêts remplirait une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. Une fois qu'il s'est acquitté de ce fardeau,

on countervailing considerations. The Chief Justice identified two important countervailing considerations, while maintaining that a “complete catalogue” of such considerations would be elaborated over time: *Ward*, at para. 33.

[38] The first countervailing consideration is the existence of alternative remedies. Section 24(1) is a broad remedial provision that provides a range of responses to *Charter* violations beyond a monetary award. In addition, there may be substantial overlap between private law and s. 24(1) actions against the government. Where the state can show that another remedy is available to effectively address a *Charter* breach — whether under the *Charter* or in private law — a damages claim may be defeated at the third step of *Ward*. For instance, if a declaration of a *Charter* breach would adequately achieve the objectives that would otherwise be served by a damages award, then granting damages as well as a declaration would be superfluous, and therefore inappropriate and unjust in the circumstances: *Ward*, at para. 37.

[39] The second countervailing consideration — and the one at issue in this case — relates to concerns over good governance. *Ward* does not define the phrase “[g]ood governance concerns” (para. 38), but it serves as a compendious term for the policy factors that will justify restricting the state’s exposure to civil liability. As the Chief Justice observed:

In some situations, . . . the state may establish that an award of *Charter* damages would interfere with good governance such that damages should not be awarded unless the state conduct meets a minimum threshold of gravity. [Emphasis added; para. 39.]

il revient à l’État de réfuter la preuve du demandeur en faisant valoir des facteurs qui font contre-poids. La Juge en chef a signalé deux importantes considérations pouvant faire contrepoids, tout en maintenant qu’une « liste exhaustive » de ces considérations serait établie au fil du temps : *Ward*, par. 33.

[38] L’existence d’autres recours constitue la première considération faisant contrepoids. Le paragraphe 24(1) est une vaste disposition réparatrice qui prévoit une panoplie de réponses aux violations de la *Charte*, en plus des réparations pécuniaires. En outre, il peut y avoir un chevauchement important entre les actions intentées contre l’État en vertu du droit privé et celles intentées en vertu du par. 24(1). Lorsque l’État peut démontrer l’existence d’un autre recours permettant de répondre efficacement à une violation de la *Charte* — sous le régime de la *Charte* ou en droit privé —, une demande de dommages-intérêts peut être rejetée à la troisième étape du cadre d’analyse de l’arrêt *Ward*. Par exemple, si un jugement déclarant qu’il y a eu violation de la *Charte* permettait d’atteindre les objectifs que réaliserait autrement l’attribution de dommages-intérêts, une condamnation à des dommages-intérêts en sus d’un jugement déclaratoire serait superflue et, partant, ne serait pas convenable et juste dans les circonstances : *Ward*, par. 37.

[39] La seconde considération qui fait contre-poids — et celle en cause dans la présente affaire — a trait aux préoccupations relatives au bon gouvernement. L’arrêt *Ward* ne définit pas l’expression « préoccupations relatives au bon gouvernement » (par. 38), mais cette expression sert de formule succincte pour désigner les facteurs de principe justifiant que l’on restreigne les possibilités de recours en responsabilité civile contre l’État. Ainsi que la Juge en chef l’a fait observer :

. . . dans certaines situations, l’État pourrait démontrer que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* nuirait au bon gouvernement et devrait être limité aux cas où la conduite de l’État atteint un seuil minimal de gravité. [Je souligne; par. 39.]

This is precisely what the AGBC, the AGC, and the numerous intervening Attorneys General argue in this case. There is a common theme driving their submissions: if the threshold of gravity is set too low for a *Charter* damages claim alleging Crown misconduct, the ability of prosecutors to discharge their important public duties will be undermined, with adverse consequences for the administration of justice.

[40] This theme finds expression in a number of specific policy concerns. For example, the Attorneys General argue that the spectre of liability may influence the decision-making of prosecutors and make them more “defensive” in their approach. The public interest is not well served when Crown counsel are motivated by fear of civil liability, rather than their sworn duty to fairly and effectively prosecute crime. By the same token, the Attorneys General suggest that a low threshold would open up the floodgates of civil liability and force prosecutors to spend undue amounts of time and energy defending their conduct in court instead of performing their duties.

[41] As I will explain, these concerns are very real, and they provide compelling reasons why the availability of *Charter* damages should be circumscribed through the establishment of a high threshold.

[42] *Ward* provides an example of a prior case where a heightened *per se* liability threshold was justified by policy reasons. In *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, this Court held that *Charter* damages were unavailable for state action taken pursuant to a law, considered valid at the time but later declared invalid, unless the state action was “clearly wrong, in bad faith or an abuse of power” (para. 78). In other words, state actors were afforded a limited immunity for actions taken in good faith under a law they believed to be valid. Citing *Mackin*, the Chief Justice in *Ward* noted that, “absent threshold misconduct”,

C’est précisément l’argument que font valoir en l’espèce le PGCB, le PGC ainsi que les nombreux procureurs généraux qui sont intervenus à l’instance. Un thème commun se dégage de leur argumentation : si l’on fixe trop bas le seuil minimal de gravité dans le cas d’une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* qui allègue une conduite répréhensible du ministère public, la possibilité pour les avocats du ministère public de s’acquitter de leurs importantes fonctions publiques s’en trouvera compromise et l’administration de la justice en souffrira.

[40] Ce thème commun trouve son expression dans un certain nombre de préoccupations de principe précises. Par exemple, les procureurs généraux soutiennent que le spectre de la responsabilité peut influencer la prise de décision des poursuivants et les mettre davantage « sur la défensive ». L’intérêt public est mal servi lorsque les avocats du ministère public sont animés par la crainte de poursuites civiles plutôt que par leur serment de poursuivre les criminels de façon équitable et efficace. Dans la même veine, les procureurs généraux prétendent qu’un seuil peu élevé déclencherait une avalanche de poursuites civiles et obligerait les poursuivants à consacrer trop de temps et d’énergie à justifier leur conduite devant le tribunal au lieu d’exercer leurs fonctions.

[41] J’expliquerai plus loin que ces préoccupations sont très concrètes et démontrent de manière convaincante la nécessité d’établir un seuil élevé afin de limiter la possibilité de recours en dommages-intérêts en vertu de la *Charte*.

[42] L’arrêt *Ward* offre un exemple d’une décision dans laquelle des raisons de politique générale justifiaient l’application d’un seuil de responsabilité plus élevé. Dans l’arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, notre Cour a refusé d’accorder des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* dans le cas d’une mesure prise par l’État conformément à une loi tenue pour valide à l’époque, mais subséquentement déclarée invalide, en l’absence d’un comportement de l’État « clairement fautif, [entaché] de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir » (par. 78). En d’autres mots, la Cour a reconnu aux agents de l’État

no cause of action for *Charter* damages will lie in these circumstances (para. 39).

une immunité restreinte à l'égard de mesures prises de bonne foi en vertu d'une loi que l'on croyait valide. Citant l'arrêt *Mackin*, la Juge en chef a fait remarquer dans *Ward* que, « sauf en cas de conduite atteignant le seuil minimal », aucune cause d'action en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* n'est retenue en pareilles circonstances (par. 39).

[43] When a heightened *per se* liability threshold has been imposed, this will have consequences at the pleadings stage. To survive a motion to strike, a claimant must plead sufficient facts to disclose a reasonable cause of action: see *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45. If the alleged *Charter* violation occurs in a context where courts have imposed a heightened *per se* liability threshold, the claimant must particularize facts that, if proven, would be sufficient to establish that the state conduct met the required threshold of gravity. The failure to do so will be fatal to the claim. With these principles in mind, I turn to the applicable threshold for wrongful non-disclosure by prosecutors.

[43] L'imposition d'un seuil de responsabilité plus élevé aura des conséquences à l'étape des actes de procédure. Pour résister à une requête en radiation, le demandeur doit alléguer des faits suffisants pour révéler une cause d'action raisonnable : voir *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45. Si la prétendue violation de la *Charte* survient dans un contexte où les tribunaux ont imposé un seuil de responsabilité plus élevé, le demandeur doit préciser des faits qui, s'ils étaient prouvés, seraient suffisants pour établir que la conduite de l'État atteint le seuil de gravité requis. L'omission de préciser de tels faits sera fatale à la demande. Ayant ces principes à l'esprit, je passe au seuil applicable au défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements.

C. *Establishing the Charter Damages Threshold for Wrongful Non-disclosure by Prosecutors*

C. *Établissement du seuil d'attribution de dommages-intérêts en vertu de la Charte pour défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements*

(1) “Malice” Does Not Offer a Useful Liability Threshold for Wrongful Non-disclosure by Prosecutors

(1) La « malveillance » n'offre pas un seuil de responsabilité utile dans les cas de défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements

[44] The AGBC, the AGC, and the intervening Attorneys General unanimously submit that the Crown's conduct must rise to the level of “malice” — as defined in the tort of malicious prosecution — to attract liability for *Charter* damages. I do not agree. As I will explain, the malice standard is ill suited to the task of adjudicating allegations of wrongful non-disclosure.

[44] Le PGCB, le PGC ainsi que les procureurs généraux intervenants affirment tous que la conduite du ministère public doit constituer de la « malveillance » — au sens du délit de poursuite abusive — pour engager la responsabilité ouvrant droit à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Je ne suis pas de cet avis. Comme je l'expliquerai, la norme de la malveillance se prête mal à la tâche de statuer sur des allégations de défaut injustifié de communiquer des renseignements.

(a) *The Malice Standard Articulated in the Malicious Prosecution Jurisprudence*

[45] The malice standard has been extensively canvassed in this Court’s malicious prosecution trilogy — *Nelles*, *Proulx*, and *Miazga*. In *Nelles*, the Court ruled that Crown prosecutors do not enjoy absolute immunity from civil claims. Lamer J. (as he then was) held that policy considerations favour only a qualified immunity, and that Crown prosecutors are not shielded from claims of malicious prosecution. He outlined the four necessary elements of the malicious prosecution tort as follows: (1) legal proceedings “must have been initiated by the defendant”; (2) those proceedings “must have terminated in favour of the plaintiff”; (3) the defendant did not have “reasonable and probable cause” to initiate the proceedings; and (4) the defendant’s conduct was characterized by “malice, or a primary purpose other than that of carrying the law into effect” (pp. 192-93).

[46] This final element was described by Lamer J. in the following terms:

The required element of malice is for all intents, the equivalent of “improper purpose”. It has . . . a “wider meaning than spite, ill-will, or a spirit of vengeance, and includes any other improper purpose, such as to gain a private collateral advantage” . . . To succeed in an action for malicious prosecution against the Attorney General or Crown Attorney, the plaintiff would have to prove both the absence of reasonable and probable cause in commencing the prosecution, and malice in the form of a deliberate and improper use of the office of the Attorney General or Crown Attorney, a use inconsistent with the status of “minister of justice”. In my view this burden on the plaintiff amounts to a requirement that the Attorney General or Crown Attorney perpetrated a fraud on the process of criminal justice and in doing so has perverted or abused his office and the process of criminal justice. [Emphasis in original; citation omitted.]

(*Nelles*, at pp. 193-94)

a) *La norme de la malveillance formulée dans la jurisprudence relative aux poursuites abusives*

[45] La norme de la malveillance a été examinée à fond dans la trilogie de notre Cour sur les poursuites abusives : les arrêts *Nelles*, *Proulx* et *Miazga*. Dans *Nelles*, la Cour a jugé que les procureurs de la Couronne ne jouissent pas d’une immunité absolue contre les réclamations civiles. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a estimé que des considérations de principe militent uniquement en faveur d’une immunité restreinte, et que les procureurs de la Couronne ne sont pas à l’abri des réclamations pour poursuite abusive. Il a énoncé comme suit les quatre éléments constitutifs du délit civil de poursuite abusive : (1) les procédures « ont été engagées par le défendeur »; (2) le tribunal « a rendu une décision favorable au demandeur »; (3) le défendeur n’avait pas « de motif raisonnable et probable » d’engager les procédures; et (4) la conduite du défendeur était caractérisée par une « intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l’application de la loi » (p. 192-193).

[46] C’est en ces termes que le juge Lamer a décrit le dernier élément :

L’élément obligatoire de malveillance équivaut en réalité à un « but illégitime ». [. . .] [L]a malveillance [TRADUCTION] « veut dire davantage que la rancune, le mauvais vouloir ou un esprit de vengeance, et comprend tout autre but illégitime, par exemple, celui de se ménager accessoirement un avantage personnel » [. . .] Pour avoir gain de cause dans une action pour poursuites abusives intentée contre le procureur général ou un procureur de la Couronne, le demandeur doit prouver à la fois l’absence de motif raisonnable et probable pour engager les poursuites et la malveillance prenant la forme d’un exercice délibéré et illégitime des pouvoirs de procureur général ou de procureur de la Couronne, et donc incompatible avec sa qualité de « représentant de la justice ». À mon avis, ce fardeau incombant au demandeur revient à exiger que le procureur général ou le procureur de la Couronne ait commis une fraude dans le processus de justice criminelle et que, dans la perpétration de cette fraude, il ait abusé de ses pouvoirs et perverti le processus de justice criminelle. [Souligné dans l’original; référence omise.]

(*Nelles*, p. 193-194)

[47] In *Proulx*, the Court applied this standard in the Quebec civil law context. Iacobucci and Binnie JJ. affirmed that malice requires “more than recklessness or gross negligence” (para. 35). Rather, the plaintiff must demonstrate “a willful and intentional effort on the Crown’s part to abuse or distort its proper role within the criminal justice system” (*ibid.*). *Proulx* was a case where the plaintiff was successful in proving malice on “highly exceptional” facts (para. 44). Iacobucci and Binnie JJ. found that the Crown made “an active effort to obtain a conviction at any price” by misleading the court, and thus stepped out of its proper role as minister of justice (paras. 41 and 45). Furthermore, the prosecutor’s actions were motivated by an improper purpose since he allowed his office to be used to the ends of a private individual. Given these circumstances, his conduct amounted to “an abuse of prosecutorial power” that crossed the boundary set out in *Nelles* (paras. 44-45).

[48] *Miazga* is this Court’s most recent decision involving the tort of malicious prosecution, in which Charron J. reiterated that “malice in the form of improper purpose is the key to proving malicious prosecution” (para. 8). This high standard was, in her view, justified by the need to give prosecutors a sphere of independence from judicial scrutiny:

It is readily apparent from its constituent elements that the tort of malicious prosecution targets the decision to initiate or continue with a criminal prosecution. When taken by a Crown prosecutor, this decision is one of the “core elements” of prosecutorial discretion, thus lying “beyond the legitimate reach of the court” under the constitutionally entrenched principle of independence . . . [Citation omitted; para. 6.]

[49] It is a bedrock principle that the exercise of core prosecutorial discretion is immune from judicial review, subject only to the doctrine of abuse of process: see *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 48; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at para. 32. Abuse of process may be found where the Crown’s

[47] Dans *Proulx*, la Cour a appliqué cette norme dans le contexte du droit civil québécois. Les juges Iacobucci et Binnie ont confirmé que la malveillance exige « plus que l’insouciance ou la négligence grave » (par. 35). Le demandeur doit plutôt démontrer « un effort délibéré de la part du ministère public pour abuser de son propre rôle ou de le dénaturer dans le cadre du système de justice pénale » (*ibid.*). Dans l’affaire *Proulx*, le demandeur était parvenu à établir la malveillance sur la base de faits « très exceptionnels » (par. 44). Selon les juges Iacobucci et Binnie, le ministère public avait fait « un effort conscient en vue d’obtenir une déclaration de culpabilité à tout prix » en trompant le tribunal, et a ainsi outrepassé son rôle de représentant de la justice (par. 41 et 45). En outre, les actes du poursuivant étaient motivés par un but illégitime, car il a permis que sa fonction serve les desseins d’un particulier. Vu ces circonstances, sa conduite représentait « un usage illégitime du pouvoir de poursuivre » qui a franchi la limite fixée dans *Nelles* (par. 44-45).

[48] *Miazga* est l’arrêt le plus récent de notre Cour portant sur le délit civil de poursuite abusive. La juge Charron y a rappelé que « l’élément de la malveillance sous forme de but illégitime est la clé pour prouver le caractère abusif des poursuites » (par. 8). Cette norme élevée lui semblait justifiée par le besoin d’accorder aux poursuivants une certaine indépendance vis-à-vis du contrôle judiciaire :

D’emblée, il appert de ses éléments constitutifs que le délit civil de poursuites abusives vise la décision d’engager ou de continuer une poursuite criminelle. Prise par un procureur de la Couronne, cette décision constitue l’un des éléments essentiels du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, de sorte qu’elle « ne relève pas de la compétence légitime du tribunal » suivant le principe de l’indépendance du ministère public consacré par la Constitution . . . [Référence omise; par. 6.]

[49] Un principe fondamental veut que l’exercice du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites échappe au contrôle judiciaire, sous réserve uniquement de la règle de l’abus de procédure : voir *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 48; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, par. 32. Il

conduct “shocks the community’s conscience” or “offends its sense of fair play and decency”: *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 41. The presence of bad faith and improper motives may indicate this type of conduct: see *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566, at para. 68; *Anderson*, at para. 49.

[50] Seen in this light, the malice standard under the tort of malicious prosecution generally operates as an analogue in private law to the doctrine of abuse of process. The link between these two standards was made clear in *Miazga*:

Where an accused is wrongly prosecuted as a result of the prosecutor’s abusive actions, he or she may bring an action in malicious prosecution. Like the test for abuse of process, however, there is a stringent standard that must be met before a finding of liability will be made, in order to ensure that courts do not simply engage in the second-guessing of decisions made pursuant to a Crown’s prosecutorial discretion. [Emphasis added; para. 49.]

In highlighting this link, I should be clear that malice and abuse of process are distinct standards that have their respective areas of application in private and public law. That said, they have a similar purpose: they are high standards *deliberately designed* to capture only very serious conduct that undermines the integrity of the judicial process. By preserving this high bar for judicial intervention, the exercise of prosecutorial discretion can be properly protected.

[51] It is evident that the malice standard will only be met in exceptional cases where the plaintiff can prove, on a balance of probabilities, that a prosecutor’s decision to initiate or continue a prosecution was driven by an improper purpose or motive. To be improper, that purpose or motive must be wholly inconsistent with Crown counsel’s role as minister of justice. *Miazga* makes this point abundantly clear. As Charron J. observed, “[m]alice requires a plaintiff to prove that the prosecutor *wilfully* perverted

est possible de conclure à l’existence d’un abus de procédure lorsque la conduite du ministère public « choque la conscience de la communauté ou heurte son sens du franc-jeu et de la décence » : *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 41. La présence de mauvaise foi et de motifs illégitimes peut signaler une conduite de ce genre : voir *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566, par. 68; *Anderson*, par. 49.

[50] Vue sous cet angle, la norme de la malveillance visée par le délit civil de poursuite abusive s’applique généralement comme pendant, en droit privé, de la règle de l’abus de procédure. La Cour a clairement établi le lien entre ces deux normes dans *Miazga* :

L’accusé poursuivi à tort au pénal par suite du comportement abusif du procureur de la Couronne dispose d’un recours au civil. Toutefois, comme dans le cas de l’abus de procédure, il doit satisfaire à des conditions strictes de façon que le tribunal ne mette pas simplement en doute rétrospectivement la décision prise à l’issue de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de poursuites. [Je souligne; par. 49.]

En soulignant ce lien, je dois affirmer clairement que la malveillance et l’abus de procédure sont des normes distinctes ayant chacune son propre champ d’application en droit privé et en droit public. Cela dit, ils partagent le même objet : il s’agit de normes rigoureuses *conçues délibérément* pour s’appliquer uniquement dans les cas de comportement très grave qui mine l’intégrité du processus judiciaire. En préservant ce critère exigeant d’intervention judiciaire, on peut protéger convenablement l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

[51] De toute évidence, le demandeur ne satisfera à la norme de la malveillance que dans les cas exceptionnels où il peut établir, selon la prépondérance des probabilités, que la décision du poursuivant d’engager ou de continuer une poursuite était motivée par un but ou un motif illégitime. Ce but ou motif illégitime doit être tout à fait incompatible avec le rôle de l’avocat du ministère public en tant que représentant de la justice. C’est ce que précise clairement l’arrêt *Miazga*. Comme l’a fait

or abused the office of the Attorney General or the process of criminal justice” (para. 80 (emphasis in original)). She went on to emphasize that conduct merely reflecting “incompetence, inexperience, poor judgment, lack of professionalism, laziness, recklessness, honest mistake, negligence, or even gross negligence” will necessarily fall short (para. 81 (emphasis added)).

observer la juge Charron, « [p]our établir la malveillance, le demandeur doit prouver que le poursuivant a *délibérément* abusé des pouvoirs du procureur général ou qu’il a perverti le processus de justice criminelle » (par. 80 (en italique dans l’original)). Elle a poursuivi en signalant que la conduite qui témoigne simplement de l’« incompetence, [l’]inexpérience, [du] manque de discernement ou de professionnalisme, de [la] paresse, de [l’]insouciance, [d’une] erreur de bonne foi, de [la] négligence ou même de [la] négligence grave » n’atteindra nécessairement pas le seuil de la malveillance (par. 81 (je souligne)).

(b) *The Malice Standard is Not Applicable to Claims for Charter Damages Alleging Wrongful Non-disclosure*

b) *La norme de la malveillance ne s’applique pas aux demandes de dommages-intérêts en vertu de la Charte pour défaut injustifié de communiquer des renseignements*

[52] The Attorneys General advance several arguments in favour of imposing malice as the liability threshold necessary to sustain a *Charter* damages award in this case. These arguments effectively boil down to a single core submission: the balancing of policy factors in *Nelles* — which led this Court to establish a qualified immunity shielding prosecutors from tort liability absent a showing of malice — is also dispositive here. Indeed, the heart of the AGBC’s submission is that “the specific cause of action alleged is immaterial to the policy rationale which underlies the immunity” (R.F., at para. 38). In other words, it is irrelevant that the claim at issue is brought under s. 24(1) of the *Charter*. If the qualified immunity in *Nelles* is to be effective, it must be treated as a general principle of law that applies equally to a claim for *Charter* damages as it does to an action in tort (*ibid.*, at paras. 69-71).

[52] Les procureurs généraux invoquent plusieurs arguments favorables à l’imposition de la malveillance comme seuil de responsabilité à atteindre pour justifier l’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en l’espèce. Ces arguments se résument en fait à une seule thèse fondamentale : la mise en balance des considérations de principe retenues dans *Nelles* — qui a amené notre Cour à établir une immunité restreinte protégeant les poursuivants contre toute responsabilité délictuelle en l’absence d’une démonstration de malveillance — tranche également la présente affaire. En fait, le PGCB soutient essentiellement que [TRADUCTION] « la cause d’action précise alléguée n’a rien à voir avec la raison de principe qui sous-tend l’immunité » (m.i., par. 38). Autrement dit, il importe peu que la demande en cause soit présentée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Pour que l’immunité restreinte établie dans *Nelles* soit efficace, il faut la considérer comme un principe général de droit qui s’applique autant à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* qu’à une action en responsabilité délictuelle (*ibid.*, par. 69-71).

[53] The AGBC makes a number of points in support of this submission. First, it argues that *Nelles* “assumed that an immunity rule would equally apply to a claim for *Charter* damages”, and that “this was

[53] Le PGCB fait valoir un certain nombre d’éléments à l’appui de cette thèse. Premièrement, il soutient que, dans *Nelles*, la Cour [TRADUCTION] « a tenu pour acquis qu’une règle d’immunité s’appliquerait

one of the considerations that led the Court to reject absolute immunity” in favour of a qualified immunity based on malice (R.F., at para. 60). In support of this assertion, it cites the following passage from *Nelles*:

Granting an absolute immunity to prosecutors is akin to granting a license to subvert individual rights. Not only does absolute immunity negate a private right of action, but in addition, it seems to me, it may be that it would effectively bar the seeking of a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. [p. 195]

According to the AGBC, the choice of a qualified rather than absolute immunity was meant to preserve the availability of damages in tort *and* under the *Charter*, and it is therefore implicit in *Nelles* that the liability threshold required in relation to tort actions would necessarily extend to s. 24(1) claims.

[54] Second, the AGBC emphasizes that *Ward* expressly connected the availability of *Charter* damages for prosecutorial misconduct to the tort of malicious prosecution:

Different situations may call for different thresholds, as is the case at private law. Malicious prosecution, for example, requires that “malice” be proven because of the highly discretionary and quasi-judicial role of prosecutors When appropriate, private law thresholds and defences may offer guidance in determining whether s. 24(1) damages would be “appropriate and just”. While the threshold for liability under the *Charter* must be distinct and autonomous from that developed under private law, the existing causes of action against state actors embody a certain amount of “practical wisdom” concerning the type of situation in which it is or is not appropriate to make an award of damages against the state.

(*Ward*, at para. 43)

tout autant à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* » et que « cette considération figurait parmi celles qui avaient amené la Cour à écarter l’immunité absolue » en faveur d’une immunité restreinte fondée sur la malveillance (m.i., par. 60). Pour appuyer cette affirmation, il cite le passage suivant de *Nelles* :

Accorder aux poursuivants une immunité absolue revient à leur donner toute latitude pour léser les droits individuels. Non seulement l’immunité absolue réduit à néant le droit des particuliers d’intenter des actions, mais en outre, me semble-t-il, il se peut qu’elle rende impossible l’exercice d’un recours en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. [p. 195]

Selon le PGCB, on a opté pour une immunité restreinte plutôt que l’immunité absolue afin de conserver la possibilité d’obtenir des dommages-intérêts en responsabilité délictuelle *et* en vertu de la *Charte*, et la Cour indique donc implicitement dans *Nelles* que le seuil de responsabilité à atteindre dans le cas des actions en responsabilité délictuelle s’appliquerait nécessairement aux demandes fondées sur le par. 24(1).

[54] Deuxièmement, le PGCB souligne que l’arrêt *Ward* fait expressément le lien entre la possibilité d’obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour inconduite du poursuivant et le délit civil de poursuite abusive :

Différentes situations appelleront sans doute différents seuils, comme c’est le cas en droit privé. Par exemple, pour qu’une poursuite soit jugée abusive, il faut prouver une « intention malveillante », vu le pouvoir éminemment discrétionnaire et le rôle quasi judiciaire des procureurs [. . .] Dans certains cas pertinents, les seuils et les moyens de défense issus du droit privé peuvent aider à déterminer si l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) est « convenable et juste ». Certes, le seuil de responsabilité applicable sous le régime de la *Charte* est distinct et indépendant de celui établi en droit privé, mais les causes d’action existantes contre les représentants de l’État recèlent une certaine « sagesse pratique » à l’égard du genre de situations où il serait convenable ou non de contraindre l’État à verser des dommages-intérêts.

(*Ward*, par. 43)

The AGBC argues that the malice standard established in *Nelles* and elaborated in *Proulx* and *Miazga* has withstood the test of time, and is a sound and workable standard for civil claims against prosecutors. It embodies “practical wisdom” and represents a “careful balance” of competing concerns — on the one hand, “the need to ensure that the common law is responsive to claims of wrongful prosecution”, and on the other, the “the powerful policy considerations that support the existence of a qualified immunity” (R.F., at para. 72). In the AGBC’s view, there is no reason to depart from this careful balance when a claim alleging prosecutorial misconduct is framed as a claim for *Charter* damages under s. 24(1). While liability thresholds developed under the *Charter* are intended to be distinct from those in private law, it does not follow that common law immunities should simply be abandoned in the face of a *Charter* damages claim.

[55] Third, the AGBC argues that exempting s. 24(1) claims from the malice standard would have adverse consequences. If a claimant can prevail on a lower liability threshold in a *Charter* damages claim than under a related common law tort, the qualified immunity will lose much of its force and the careful balance of policy factors struck in *Nelles* will be destabilized.

[56] With respect, I do not find these points persuasive. In my view, *Nelles* and its progeny are not dispositive in this case, and malice does not provide a useful liability threshold for *Charter* damages claims alleging wrongful non-disclosure by prosecutors. I come to this conclusion for several reasons.

Selon le PGCB, la norme de la malveillance établie dans *Nelles* puis explicitée dans *Proulx* et *Miazga* a résisté à l’épreuve du temps et constitue une norme solide et pratique pour les poursuites civiles engagées contre les poursuivants. Elle recèle une « sagesse pratique » et représente un « juste équilibre » entre des préoccupations opposées — d’une part, [TRADUCTION] « la nécessité de veiller à ce que la common law soit adaptée aux réclamations pour poursuite abusive » et, d’autre part, « les considérations de principe puissantes qui appuient l’existence d’une immunité restreinte » (m.i., par. 72). De l’avis du PGCB, il n’y a aucune raison d’écarter ce juste équilibre lorsqu’une demande pour inconduite du poursuivant prend la forme d’une demande de dommages-intérêts fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Bien que les seuils de responsabilité élaborés sous le régime de la *Charte* soient censés être distincts de ceux en droit privé, les immunités de common law ne devraient pas pour autant être simplement abandonnées en présence d’une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*.

[55] Troisièmement, le PGCB soutient que le fait de soustraire les demandes fondées sur le par. 24(1) à la norme de la malveillance aurait des conséquences néfastes. Si un demandeur peut avoir gain de cause grâce à l’application, à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, d’un seuil de responsabilité moins élevé que le seuil applicable à un délit civil connexe en common law, l’immunité restreinte perdra une bonne partie de sa force et le juste équilibre des considérations de principe établi dans *Nelles* s’en trouvera ébranlé.

[56] Soit dit en tout respect, j’estime que ces éléments ne sont pas convaincants. À mon sens, l’arrêt *Nelles* et ceux rendus dans sa foulée ne permettent pas de trancher la présente affaire, et la malveillance ne fournit pas un seuil de responsabilité utile dans le cas des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte* dans lesquelles on allègue le défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements. J’arrive à cette conclusion pour plusieurs raisons.

[57] First, the malice standard is firmly rooted in the tort of malicious prosecution, which has a distinctive history and purpose. The tort is a judicial creation of the 18th century, when prosecutions were carried out by private litigants: *Miazga*, at para. 42. This historical peculiarity should give us pause when we are called upon to transplant elements of this tort into new contexts far beyond those envisioned at the time of its creation. As Charron J. warned in *Miazga*:

Given that the tort of malicious prosecution predates the development of our contemporary system of public prosecutions, courts must take care not to simply transpose the principles established in suits between private parties to cases involving Crown defendants without necessary modification. [para. 44]

[58] Second, the purpose of the malicious prosecution tort must be kept in mind in determining whether to expand the reach of the malice standard. Recall that the wrongdoing targeted by this tort is the decision to initiate or continue an improperly motivated prosecution. In contrast, the alleged wrongdoing at issue in this case is markedly different — the Crown’s failure to discharge its constitutional obligations to disclose relevant information to Mr. Henry.

[59] The malice standard translates awkwardly into cases where the alleged misconduct is wrongful non-disclosure. Malice requires a showing of improper purpose on the part of the prosecutor. This “improper purpose” inquiry is apt when the impugned conduct is a highly discretionary decision such as the decision to initiate or continue a prosecution, because discretionary decision-making can best be evaluated by reference to the decision-maker’s motives. Unlike the decision to initiate or continue a prosecution, the decision to disclose relevant information is not discretionary. Rather, disclosure is a constitutional obligation which must be properly discharged by the Crown in accordance with an accused’s right to make full answer and defence, as guaranteed under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*: see

[57] En premier lieu, la norme de la malveillance est fermement enracinée dans le délit de poursuite abusive, qui a son propre historique et son propre objet. Le délit civil a été créé par les tribunaux au XVIII^e siècle, à une époque où les poursuites pénales étaient le fait de particuliers : *Miazga*, par. 42. Cette particularité de l’histoire devrait nous donner matière à réflexion lorsque nous sommes appelés à transposer des éléments de ce délit dans de nouveaux contextes qui vont bien au-delà de ceux envisagés au moment de sa création. La juge Charron a fait la mise en garde suivante dans *Miazga* :

Étant donné que le délit de poursuites abusives est antérieur à notre système actuel de poursuites pénales publiques, les tribunaux doivent se garder de simplement appliquer les principes issus d’affaires opposant des personnes privées aux litiges dans lesquels le ministère public est partie défenderesse, sans faire les adaptations nécessaires. [par. 44]

[58] En deuxième lieu, il faut garder à l’esprit l’objet du délit de poursuite abusive lorsqu’on décide s’il y a lieu d’élargir la portée de la norme de la malveillance. Rappelons que la faute visée par ce délit est la décision d’engager ou de continuer une poursuite au motif illégitime. Par contre, la faute reprochée en l’espèce est nettement différente — le défaut du ministère public de s’acquitter de son obligation constitutionnelle de communiquer à M. Henry des renseignements pertinents.

[59] La norme de la malveillance s’applique mal dans les affaires où l’inconduite alléguée est le défaut de communiquer des renseignements. Pour établir la malveillance, il faut démontrer que le poursuivant avait un but illégitime. Cet examen du « but illégitime » est approprié lorsque la conduite reprochée est une décision hautement discrétionnaire comme celle d’engager ou de continuer une poursuite, parce que la meilleure façon d’évaluer la prise d’une décision discrétionnaire est de le faire en fonction des motifs du décideur. Contrairement à la décision d’engager ou de continuer une poursuite, la décision de communiquer des renseignements pertinents n’est pas de nature discrétionnaire. La communication des renseignements est plutôt une obligation constitutionnelle dont doit s’acquitter convenablement

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 336; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 5.

le ministère public, en harmonie avec le droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière que garantissent l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte* : voir *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 336; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 5.

[60] I readily acknowledge that disclosure decisions often involve difficult judgment calls. As the intervener Attorney General of Ontario observes, disclosure decisions may require consideration of numerous factors, such as whether the information is subject to special protections for sexual assault complainants, special considerations concerning highly sensitive material, or one of the various privileges that attach to information obtained in the course of a criminal prosecution. Even the basic question of relevance may be difficult to assess before the Crown is made aware of the defence theory of the case, and where disclosure requests are not explained or particularized. Furthermore, disclosure obligations are ongoing, which requires prosecutors to continuously evaluate the information in their possession.

[60] Je reconnais volontiers que les décisions en matière de communication de renseignements sont souvent le fruit d'une réflexion ardue. Comme le fait remarquer l'intervenant le procureur général de l'Ontario, ces décisions peuvent exiger la prise en considération de nombreux facteurs, tels que la question de savoir si les renseignements font l'objet de protections particulières accordées aux plaignants dans des affaires d'agression sexuelle, des considérations particulières relatives à des documents très délicats, ou l'un des divers privilèges qui s'appliquent aux renseignements recueillis au cours d'une poursuite pénale. Même la question élémentaire de la pertinence peut être difficile à résoudre avant que le ministère public ne soit informé de la thèse de la défense et lorsque les demandes de communication ne sont ni expliquées, ni précisées. En outre, l'obligation de communication est constante, ce qui oblige les poursuivants à évaluer sans arrêt les renseignements en leur possession.

[61] However, while I recognize that disclosure decisions pose challenges for prosecutors, they do not implicate the high degree of discretion involved in the decision to initiate or continue a prosecution. As described in Crown policy manuals throughout the country, the decision to lay charges is governed by two primary factors: first, whether there is a reasonable prospect of conviction and second, whether the prosecution would be in the public interest. Manifestly, the "public interest" factor puts substantial discretion in the hands of Crown counsel. That discretion gives prosecutors such a high degree of latitude that the only plausible way to contest it is to assess the underlying motives. No such discretion exists in the disclosure context, and it is therefore unhelpful to require proof of an improper purpose in an action alleging wrongful non-disclosure. Given that disclosure decisions are not a matter of discretion, the

[61] Toutefois, bien que je reconnaisse que les décisions en matière de communication de renseignements posent des défis pour les poursuivants, elles n'ont pas le caractère hautement discrétionnaire de la décision d'engager ou de continuer une poursuite. Comme l'indiquent les guides en matière de poursuites partout au Canada, la décision de porter des accusations est régie par deux facteurs principaux : premièrement, l'existence d'une possibilité raisonnable d'obtenir une déclaration de culpabilité et, deuxièmement, l'opportunité de la poursuite eu égard à l'intérêt public. De toute évidence, le facteur de « l'intérêt public » confère un pouvoir discrétionnaire considérable aux avocats du ministère public. Ce pouvoir discrétionnaire leur donne une telle latitude que la seule façon plausible de le contester consiste à évaluer les motifs sous-jacents. Il n'y a aucun pouvoir discrétionnaire de ce genre dans le

motives of the prosecutor in withholding certain information from the accused are immaterial.

[62] Third, the decision to initiate or continue a prosecution falls within the core of prosecutorial discretion, whereas disclosure decisions do not. Whether in private or public law, the threshold to intrude upon that core discretion must be onerous, since it squarely implicates the independence of prosecutors. As this Court held in *Krieger*:

Prosecutorial discretion refers to the use of those powers that constitute the core of the Attorney General's office and which are protected from the influence of improper political and other vitiating factors by the principle of independence.

. . .

. . . these powers emanate from the office holder's role as legal advisor of and officer to the Crown. In our theory of government, it is the sovereign who holds the power to prosecute his or her subjects. A decision of the Attorney General, or of his or her agents, within the authority delegated to him or her by the sovereign is not subject to interference by other arms of government. An exercise of prosecutorial discretion will, therefore, be treated with deference by the courts . . . [paras. 43 and 45]

Both malice and abuse of process therefore represent very high thresholds deliberately chosen to insulate core prosecutorial functions from judicial scrutiny. In contrast, disclosure decisions are not part of core prosecutorial discretion:

In *Stinchcombe*, . . . the Court held that the Crown has an obligation to disclose all relevant information to the

contexte de la communication des renseignements, et il est donc inutile d'exiger la preuve d'un but illégitime dans le cadre d'une action pour défaut injustifié de communiquer des renseignements. Puisque les décisions en matière de communication des renseignements ne sont pas de nature discrétionnaire, les motifs du poursuivant qui ne dévoile pas certains renseignements à l'accusé n'ont aucune importance.

[62] Troisièmement, la décision d'engager ou de continuer une poursuite est prise dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire essentiel du poursuivant alors que ce n'est pas le cas des décisions en matière de communication. Que ce soit en droit privé ou en droit public, le seuil à atteindre pour s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire essentiel doit être élevé, car il met nettement en jeu l'indépendance des poursuivants. Comme l'a conclu notre Cour dans *Krieger* :

[L'expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites »] [. . .] vise l'exercice des pouvoirs qui sont au cœur de la charge de procureur général et que le principe de l'indépendance protège contre l'influence de considérations politiques inappropriées et d'autres vices.

. . .

. . . ces pouvoirs émanent du rôle du titulaire de la charge à titre de conseiller juridique et de représentant de l'État. Dans notre système gouvernemental, c'est le souverain qui a le pouvoir de poursuivre ses sujets. Les autres organes du gouvernement ne peuvent pas modifier une décision que le procureur général ou l'un de ses mandataires a prise dans l'exercice du pouvoir que le souverain lui a délégué. Par conséquent, les tribunaux [. . .] font preuve de retenue à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. [par. 43 et 45]

La malveillance et l'abus de procédure constituent donc tous deux des seuils très élevés qui ont été délibérément retenus pour soustraire les fonctions essentielles du poursuivant au contrôle judiciaire. Par contre, les décisions en matière de communication de renseignements ne ressortissent pas à son pouvoir discrétionnaire essentiel :

Dans l'arrêt *Stinchcombe*, [. . .] notre Cour a conclu que le ministère public est tenu de communiquer à la

defence. While the Crown Attorney retains the discretion not to disclose irrelevant information, disclosure of relevant evidence is not . . . a matter of prosecutorial discretion but, rather, is a prosecutorial duty. [*ibid.*, at para. 54]

[63] In *Anderson*, this Court held that “the Crown possesses no discretion to breach the *Charter* rights of an accused”, and that “prosecutorial discretion provides no shield to a Crown prosecutor who has failed to fulfill his or her constitutional obligations such as the duty to provide proper disclosure to the defence” (para. 45). This suggests that disclosure decisions will not necessarily warrant the same level of protection from judicial scrutiny as the decision to initiate or continue a prosecution. Indeed, in the course of criminal trials, disclosure is routinely subject to judicial review. This review is not predicated on a showing of abuse of process. Likewise, in an action for *Charter* damages, a threshold lower than malice is justified when a court is asked to determine whether the Crown is liable for wrongful non-disclosure.

[64] Finally, a purposive approach to s. 24(1) militates against the malice standard. As this Court held in *Dunedin*, “s. 24(1), like all *Charter* provisions, commands a broad and purposive interpretation” and “must be construed generously, in a manner that best ensures the attainment of its objects” (para. 18). Section 24(1) guarantees that rights are upheld by granting “effective remedies” to claimants, and is crucial to the overall structure of the *Charter* because “a right, no matter how expansive in theory, is only as meaningful as the remedy provided for its breach” (*ibid.*, at paras. 19-20).

défense tous les renseignements pertinents. [. . .] [B]ien que le procureur du ministère public conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer des renseignements non pertinents, la communication d’éléments de preuve pertinents est affaire non pas de pouvoir discrétionnaire, mais plutôt d’obligation de sa part. [*ibid.*, par. 54]

[63] Dans *Anderson*, notre Cour a déclaré que « le ministère public n’a pas le pouvoir discrétionnaire de porter atteinte aux droits que la *Charte* garantit à un accusé », et que « le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ne protège aucunement le procureur du ministère public qui ne s’est pas acquitté de ses obligations constitutionnelles, par exemple celle de communiquer adéquatement la preuve à la défense » (par. 45). Il faut croire que les décisions en matière de communication de la preuve ne bénéficient pas nécessairement de la même protection contre le contrôle judiciaire que la décision d’engager ou de continuer une poursuite. D’ailleurs, la communication des renseignements fait couramment l’objet d’un contrôle judiciaire lors des procès criminels. Ce contrôle ne dépend pas de la démonstration d’un abus de procédure. De même, dans une action en dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, un seuil inférieur à la malveillance est justifié lorsque le tribunal est appelé à décider si le ministère public doit être tenu responsable d’un défaut injustifié de communiquer des renseignements.

[64] Enfin, une interprétation téléologique du par. 24(1) milite à l’encontre de la norme de la malveillance. Notre Cour a conclu dans *Dunedin* que, « comme toutes les autres dispositions de la *Charte*, le par. 24(1) commande une interprétation large et téléologique [. . .] et doit être interprété de la manière la plus généreuse qui soit compatible avec la réalisation de son objet » (par. 18). En accordant aux demandeurs des « réparations efficaces », le par. 24(1) garantit la protection des droits et il est crucial pour la structure globale de la *Charte* parce qu’« un droit, aussi étendu soit-il en théorie, est aussi efficace que la réparation prévue en cas de violation, sans plus » (*ibid.*, par. 19-20).

[65] In *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, Iacobucci and Arbour JJ. stressed the importance of a purposive approach to remedies under s. 24(1):

A purposive approach to remedies in a *Charter* context gives modern vitality to the ancient maxim *ubi jus, ibi remedium*: where there is a right, there must be a remedy. More specifically, a purposive approach to remedies requires at least two things. First, the purpose of the right being protected must be promoted: courts must craft responsive remedies. Second, the purpose of the remedies provision must be promoted: courts must craft effective remedies. [Emphasis in original; para. 25.]

In my view, restricting the availability of *Charter* damages for wrongful non-disclosure to cases where the Crown acted with malice would offer neither a responsive nor effective remedy to claimants. A malice standard grounded in “improper purpose” sets too high a bar, and fails to respond adequately to the state conduct at issue. It is also not well suited to the disclosure context. A threshold specifically tailored to that context is preferable.

[66] For these reasons, I reject the application of the malice standard. In doing so, I do not in any way seek to undercut this Court’s malicious prosecution jurisprudence. The qualified immunity established in *Nelles* continues to govern tort actions for malicious prosecution. Furthermore, as I will explain, while the malice standard is not directly applicable, the policy factors outlined in *Nelles* inform the liability threshold in this case.

[65] Dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, les juges Iacobucci et Arbour ont souligné l’importance de donner une interprétation téléologique aux réparations fondées sur le par. 24(1) :

L’interprétation téléologique des réparations dans le contexte de la *Charte* actualise l’ancienne maxime *ubi jus, ibi remedium*, là où il y a un droit, il y a un recours. Plus particulièrement, cette interprétation comporte au moins deux exigences, à savoir, premièrement, favoriser la réalisation de l’objet du droit garanti (les tribunaux sont tenus d’accorder des réparations adaptées à la situation), et deuxièmement, favoriser la réalisation de l’objet des dispositions réparatrices (les tribunaux sont tenus d’accorder des réparations efficaces). [Souligné dans l’original; par. 25.]

Selon moi, le fait de restreindre aux cas où le ministère public a agi avec malveillance la possibilité d’obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour défaut injustifié de communiquer des renseignements offrirait aux demandeurs une réparation qui n’est ni adaptée à la situation, ni efficace. Une norme de malveillance fondée sur un « but illégitime » place la barre trop haut et ne constitue pas une réponse adéquate à la conduite en cause de l’État. De même, elle ne convient pas dans le contexte de la communication de renseignements. Il est préférable d’appliquer un seuil adapté spécifiquement à ce contexte.

[66] Pour ces motifs, je rejette l’application de la norme de la malveillance. Ce faisant, je ne cherche aucunement à miner la jurisprudence de notre Cour sur les poursuites abusives. L’immunité restreinte établie dans *Nelles* régit toujours les actions en responsabilité délictuelle pour poursuite abusive. De plus, comme je l’expliquerai, bien que la norme de la malveillance ne s’applique pas directement, les considérations de principe énoncées dans *Nelles* éclairent le seuil de responsabilité applicable en l’espèce.

(2) Policy Concerns Informing the Liability Threshold for Wrongful Non-disclosure

[67] Disclosure is one of the Crown's fundamental obligations in a criminal prosecution. The Crown is duty-bound to disclose relevant information to the defence, and this obligation is a continuing one. This stringent and, at times, heavy burden on the Crown guarantees an accused's ability to make full answer and defence. Indeed, this was precisely the reason that the Court affirmed a *constitutional* right to disclosure more than two decades ago in *Stinchcombe*:

... there is [an] overriding concern that failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence. This common law right has acquired new vigour by virtue of its inclusion in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as one of the principles of fundamental justice. ... The right to make full answer and defence is one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted. [Citation omitted; p. 336.]

[68] Canadians thus rightly expect that the Crown will fulfill its disclosure obligations with diligence and rigour. By and large, Crown attorneys working on the front lines of our criminal justice system exceed these expectations on a daily basis. I pause here to note that Mr. Henry's allegations of non-disclosure arise, in the main, from events that occurred during the pre-*Stinchcombe* era, when Crown disclosure practices were not as robust as they are today. Nevertheless, our system remains imperfect, and wrongful failure to disclose is not a mere hypothetical — it can, and does, happen, sometimes taking an extraordinary human toll and resulting in serious harm to the administration of justice.

(2) Les préoccupations de principe qui appuient le seuil de responsabilité applicable en cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements

[67] La communication de la preuve est l'une des obligations fondamentales incombant au ministère public dans une poursuite pénale. Le ministère public a le devoir de communiquer à la défense les renseignements pertinents et cette obligation est constante. Ce fardeau rigoureux et parfois lourd qui incombe au ministère public garantit la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. D'ailleurs, c'est précisément la raison pour laquelle, il y a plus de 20 ans, la Cour a confirmé dans *Stinchcombe* le droit *constitutionnel* à la communication des renseignements :

... il y a surtout [une] crainte prépondérante que la non-divulgaration n'empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [...] Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables. [Référence omise; p. 336.]

[68] Les Canadiens et les Canadiennes s'attendent donc, à juste titre, à ce que le ministère public s'acquitte de ses obligations de communication avec diligence et rigueur. Dans l'ensemble, les procureurs du ministère public qui œuvrent en première ligne de notre système de justice pénale dépassent chaque jour ces attentes. Je m'arrête ici pour souligner que les allégations de défaut de communiquer des renseignements formulées par M. Henry découlent principalement d'événements survenus avant l'arrêt *Stinchcombe*, à une époque où les pratiques du ministère public en matière de communication de renseignements étaient moins rigoureuses qu'elles ne le sont aujourd'hui. Néanmoins, notre système demeure imparfait et le défaut injustifié de communiquer des renseignements n'est pas qu'une simple hypothèse : il peut se produire et se produit effectivement, occasionnant parfois des coûts humains énormes et portant gravement atteinte à l'administration de la justice.

[69] At the same time, all failures to disclose are not made equal. Highly blameworthy conduct, such as the intentional suppression of crucial evidence to obtain a conviction at all costs, sits at one end of the spectrum. At the other, one finds good faith errors in judgment about the relevance of certain tangential information. Both scenarios constitute a breach of an accused's *Charter* rights. Yet, manifestly, these scenarios do not possess the same persuasive force in terms of justifying a *Charter* damages award under s. 24(1).

[70] Given the complex nature of many disclosure decisions, courts should be exceedingly wary of setting a liability threshold that would award *Charter* damages for even minor instances of wrongful non-disclosure. Crown counsel will, from time to time, make good faith errors. Exposing prosecutors to potential liability every time such errors are made would, in my view, interfere with the proper execution of prosecutorial functions. Setting the liability threshold too low would also pose a considerable risk that baseless damages claims against the Crown would proliferate.

[71] These compelling good governance concerns — raised in *Nelles* and its progeny — must be taken into account in determining the appropriate liability threshold for cases of wrongful non-disclosure. As the Chief Justice held in *Ward*, “the underlying policy considerations that are engaged when awarding private law damages against state actors may be relevant when awarding public law damages directly against the state” (para. 22). There are two policy considerations from the malicious prosecution trilogy that I wish to emphasize. First, the liability threshold must ensure that Crown counsel will not be diverted from their important public duties by having to defend against a litany of civil claims. Second, the liability threshold must avoid

[69] Par ailleurs, tous les manquements à la communication des renseignements n'ont pas la même gravité. Une conduite hautement blâmable, telle la suppression délibérée d'éléments de preuve cruciaux en vue de l'obtention d'une déclaration de culpabilité à tout prix, se situe à une extrémité du spectre. On trouve à l'autre extrémité les erreurs de jugement commises de bonne foi quant à la pertinence de certains renseignements indirects. Ces deux scénarios constituent des atteintes aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé. Pourtant, ces scénarios n'ont manifestement pas la même force persuasive pour ce qui est de justifier l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

[70] Vu la complexité de nombreuses décisions en matière de communication de la preuve, les tribunaux doivent être excessivement réticents à fixer un seuil de responsabilité qui donnerait lieu à l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* même dans des cas mineurs de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Les avocats du ministère public font parfois des erreurs de bonne foi. À mon avis, exposer les poursuivants au risque que leur responsabilité soit engagée chaque fois que pareilles erreurs sont commises nuirait au bon exercice de leurs fonctions. Fixer un seuil de responsabilité trop bas risquerait grandement d'entraîner la multiplication des poursuites en dommages-intérêts sans fondement contre le ministère public.

[71] Il faut tenir compte de ces préoccupations impérieuses relatives au bon gouvernement — évoquées dans l'arrêt *Nelles* et les jugements rendus dans sa foulée — pour établir le seuil de responsabilité qui convient aux cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Comme l'a déclaré la Juge en chef dans *Ward*, « les considérations sous-jacentes de politique générale qui interviennent dans la décision d'ordonner à des représentants de l'État de verser des dommages-intérêts de droit privé peuvent être pertinentes lorsqu'il s'agit de contraindre directement l'État à verser des dommages-intérêts de droit public » (par. 22). Je tiens à souligner deux préoccupations de politique générale qui se dégagent de la trilogie sur les poursuites abusives. Premièrement, le

a widespread “chilling effect” on the behaviour of prosecutors.

[72] The first concern — diversion from duties — underscores the need for a high liability threshold. In the disclosure process, mistakes are certainly the exception rather than the rule. That said, if every minor instance of wrongful non-disclosure were to expose prosecutors to liability for *Charter* damages, they would find themselves spending much of their limited time and energy responding to lawsuits rather than doing their jobs. They “would be constantly enmeshed in an avalanche of interlocutory civil proceedings and civil trials”, an outcome that “bode[s] ill for the efficiency of [Crown prosecutors] and the quality of our criminal justice system”: *Elgouzouli-Daf v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1995] Q.B. 335 (C.A.), at p. 349. That avalanche would no doubt contain a few strong claims of serious wrongful non-disclosure, but would invariably bring with it scores of meritless claims, each of which would have to be defended at the expense of core Crown functions. The collective interest of Canadians is best served when Crown counsel are able to focus on their primary responsibility — the fair and effective prosecution of crime. In my view, the liability threshold must allow for strong claims to be heard on their merits, while guarding against a proliferation of marginal cases.

[73] The second policy concern — the chilling effect on Crown counsel — also supports a high liability threshold. Fear of civil liability may lead to defensive lawyering by prosecutors. One consequence of this defensive approach would be disclosure decisions motivated less by legal principle than by a calculated effort to ward off the spectre

seuil de responsabilité doit faire en sorte que les avocats du ministère public ne soient pas détournés de leurs fonctions publiques importantes par l’obligation de se défendre contre une multitude de poursuites civiles. Deuxièmement, ce seuil doit permettre d’éviter un « effet paralysant » généralisé sur le comportement des poursuivants.

[72] La première préoccupation — le détournement des fonctions — fait ressortir la nécessité d’un seuil de responsabilité élevé. Dans le processus de communication de la preuve, les erreurs sont assurément l’exception et non la règle. Cela dit, si chaque cas mineur de défaut injustifié de communiquer des renseignements exposait les poursuivants à la responsabilité à l’égard des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, ils consacraient beaucoup de leur temps et de leur énergie limités à se défendre contre des poursuites plutôt qu’à faire leur travail. Ils [TRADUCTION] « seraient constamment empêtrés dans une avalanche de procédures civiles interlocutoires et de procès civils », un résultat qui « n’augurerait rien de bon pour le rendement des [procureurs du ministère public] et la qualité de notre système de justice pénale » : *Elgouzouli-Daf c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1995] Q.B. 335 (C.A.), p. 349. Cette avalanche comprendrait sans aucun doute quelques réclamations solides pour défaut injustifié de communiquer des renseignements, mais apporterait invariablement son lot de réclamations sans fondement dont chacune devrait être contestée au détriment des fonctions essentielles du ministère public. L’intérêt collectif des Canadiens et Canadiennes est mieux servi lorsque les avocats du ministère public peuvent se concentrer sur leur responsabilité première : la poursuite équitable et efficace des criminels. À mon sens, le seuil de responsabilité doit permettre l’audition sur le fond des demandes solides tout en empêchant une prolifération de demandes marginales.

[73] La deuxième préoccupation de principe — l’effet paralysant sur les avocats du ministère public — milite aussi en faveur d’un seuil de responsabilité élevé. La crainte de la responsabilité civile risque d’amener les poursuivants à adopter une approche défensive. Il en résulterait notamment des décisions en matière de communication de la preuve motivées

of liability. The public interest is undermined when prosecutorial decision-making is influenced by considerations extraneous to the Crown's role as a quasi-judicial officer.

[74] For these reasons, I conclude that good governance concerns mandate a threshold that substantially limits the scope of liability for wrongful non-disclosure. In my view, the standard adopted by the application judge, which is akin to gross negligence, does not provide sufficient limits. As I will explain, a negligence-type standard poses considerable problems, and ought to be rejected.

[75] Mr. Henry submits that an even lower threshold — a simple breach of the *Charter* without any additional element of fault — should apply in this context. The Chief Justice and Karakatsanis J. take this approach. Specifically, they adopt the *Ward* framework without modification and rely on case-by-case policy considerations at step three, rather than a heightened threshold, to limit liability. In my respectful view, this approach fails to address the compelling policy and practical concerns that justify limiting prosecutorial liability.

[76] For more than two decades, this Court has steadfastly affirmed the principle that prosecutorial liability should be carefully circumscribed. My colleagues reject the relevance of *Nelles* and its progeny to this case. In their view, our malicious prosecution jurisprudence has no bearing here, since “[t]he legal duty on the Crown to disclose relevant evidence does not involve prosecutorial discretion in the sense discussed in *Nelles* and *Miazga*” (para. 128). I grant that there are significant distinctions between the Crown's discretionary decision to initiate or continue a prosecution, and its disclosure obligations. However, the policy concerns raised in the malicious prosecution trilogy are not confined to the exercise of core prosecutorial discretion. In my view, those concerns have a broader reach and are implicated

moins par les principes juridiques que par des efforts calculés pour se prémunir contre le spectre de la responsabilité. L'intérêt public est compromis lorsque la prise de décisions en matière de poursuites est influencée par des considérations étrangères au rôle du poursuivant en tant qu'officier quasi judiciaire.

[74] Pour ces motifs, je conclus que les préoccupations relatives au bon gouvernement commandent un seuil qui limite sensiblement la portée de la responsabilité en cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements. À mon sens, la norme adoptée par le juge de première instance, laquelle s'apparente à la négligence grave, n'offre pas de limites suffisantes. Comme je l'expliquerai, une norme du type de celle de la négligence pose d'importants problèmes et doit être rejetée.

[75] M. Henry plaide qu'un seuil encore plus bas — une simple violation de la *Charte* sans autre élément de faute — devrait s'appliquer dans ce contexte. C'est la solution que proposent la Juge en chef et la juge Karakatsanis. Plus particulièrement, elles adoptent sans le modifier le cadre retenu dans *Ward* et, pour limiter la responsabilité, elles s'appuient à la troisième étape de l'analyse sur l'examen au cas par cas des considérations de principe, plutôt que sur un seuil de responsabilité plus élevé. J'estime, avec égards, que cette solution ne tient pas compte des préoccupations pratiques et de principe impérieuses qui justifient une limitation de la responsabilité du poursuivant.

[76] Durant plus de deux décennies, notre Cour a fermement affirmé le principe suivant lequel la responsabilité du poursuivant doit être soigneusement circonscrite. Selon mes collègues, l'arrêt *Nelles* et ceux rendus dans sa foulée ne sont pas pertinents à la présente affaire. Elles estiment que notre jurisprudence relative aux poursuites abusives n'a aucune incidence en l'espèce puisque « [l']obligation légale [en matière de communication de la preuve pertinente] qui incombe au ministère public ne fait pas intervenir le même pouvoir discrétionnaire que celui qu'a examiné la Cour dans les affaires *Nelles* et *Miazga* » (par. 128). Je conviens qu'il existe des distinctions importantes entre la décision discrétionnaire du ministère public d'engager ou de continuer une poursuite et ses obligations en matière

wherever there is a risk of undue interference with the ability of prosecutors to freely carry out their duties in furtherance of the administration of justice.

[77] My colleagues' proposal would permit claimants to pursue *Charter* damages based on *any* allegation that the Crown breached its disclosure obligations — whether the wrongful non-disclosure was intentional, negligent, or accidental. In my respectful view, this casts too wide a net, exposing prosecutors to an unprecedented scope of liability that would affect the exercise of their vital public function.

[78] No doubt many cases might be thwarted by countervailing considerations invoked at the third step of *Ward* — and in any event would attract a modest quantum of damages at step four, if the claimant were to succeed at trial. However, given the absence of a liability threshold, a claim alleging a relatively minor breach with minimal harm to the claimant might well survive a motion to strike at the pleadings stage, and could lead to an award of damages. With respect, I fear that my colleagues' approach runs the risk of opening the floodgates to scores of marginal claims.

[79] My colleagues suggest that their proposal would not divert Crown counsel from their duties. In their view, since the inquiry would be focused “on the existence and relevance of the [undisclosed] documents, [and] not on the more complex questions of how discretion should have or could have been exercised”, the role of the prosecutor in civil proceedings would be limited (para. 132). With

de communication de la preuve. Toutefois, les préoccupations de principe que soulève la trilogie des décisions relatives aux poursuites abusives ne se limitent pas à l'exercice du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites. Selon moi, ces préoccupations ont une portée plus vaste et elles entrent en jeu dès lors qu'il existe un risque d'entraver indûment la possibilité, pour les poursuivants, d'exercer en toute liberté leurs fonctions dans l'intérêt de l'administration de la justice.

[77] La proposition de mes collègues permettrait aux demandeurs de réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en se fondant sur *toute* allégation que le ministère public a manqué à ses obligations en matière de communication de la preuve — que le défaut injustifié de communiquer des renseignements soit intentionnel, qu'il soit attribuable à la négligence ou qu'il soit accidentel. Soit dit en tout respect, cette proposition ratisse trop large et expose les poursuivants à une responsabilité d'une portée sans précédent susceptible de gêner l'exercice de leur fonction publique essentielle.

[78] Je ne doute pas que les considérations pouvant faire contrepoids invoquées à la troisième étape de l'analyse dans *Ward* puissent contrecarrer un bon nombre de demandes — qui n'aboutiraient en fin de compte qu'à des dommages-intérêts modestes à la quatrième étape, si le demandeur devait avoir gain de cause au procès. Toutefois, vu l'absence d'un seuil de responsabilité, une demande fondée sur un manquement relativement mineur qui a causé peu de tort au demandeur pourrait bien résister à une requête en radiation à l'étape des actes de procédure et pourrait mener à l'attribution de dommages-intérêts. Avec égards, je crains que la solution que proposent mes collègues risque de déclencher une avalanche de demandes marginales.

[79] Mes collègues laissent entendre que leur proposition ne détournerait pas les représentants du ministère public de leurs fonctions. Selon elles, puisque l'analyse porterait essentiellement sur « l'existence et la pertinence des documents [non communiqués] et non les questions plus complexes de savoir comment le ministère public aurait dû ou aurait pu exercer son pouvoir discrétionnaire », le rôle du poursuivant dans

respect, I disagree. In my view, a detailed examination of prosecutors' conduct is inevitable. Such an examination would be necessary, for example, to determine whether case-by-case considerations militate against an award of damages or to set the appropriate quantum of damages for a successful claim.

[80] Similarly, my colleagues imply that their proposal would not have a chilling effect — first, because Crown conduct is already tightly constrained by the obligation to disclose relevant information and second, because “it is the state and not the individual prosecutor who faces liability” (para. 129). With respect, I take a different view. As I have explained, while the obligation to disclose is non-discretionary, there are invariably difficult judgment calls to be made. Those difficult decisions should be motivated by legal principle, not the fear of incurring civil liability. Furthermore, the fact that damages claims lie against the state and not individual prosecutors does not mitigate this concern. Like all lawyers, Crown counsel are professionals who jealously guard their reputations and whose actions are motivated by more than personal financial consequences.

[81] I agree with my colleagues that Mr. Henry alleges very serious instances of wrongful non-disclosure that demonstrate a shocking disregard for his *Charter* rights. His claim as pleaded meets the threshold I would establish. However, we should be wary of using Mr. Henry's exceptional case to justify a substantial expansion of prosecutorial liability. It is only by keeping liability within strict bounds that we can ensure a reasonable balance between remedying serious rights violations and maintaining the efficient operation of our public prosecution system.

l'instance civile serait limité (par. 132). Avec égards, je ne suis pas d'accord. Selon moi, un examen détaillé de la conduite du poursuivant est inévitable. Un tel examen serait nécessaire, par exemple, pour déterminer si des considérations ponctuelles militent contre l'attribution de dommages-intérêts, ou pour fixer le montant des dommages-intérêts à accorder au demandeur qui a gain de cause.

[80] De même, mes collègues laissent entendre que leur solution n'aurait pas d'effet paralysant — premièrement, parce que la conduite du ministère public est déjà strictement encadrée par l'obligation de communiquer les renseignements pertinents, et deuxièmement, parce que « c'est l'État et non le poursuivant à titre individuel qui peut être tenu responsable » (par. 129). Avec égards, ce n'est pas mon avis. Comme je l'ai expliqué, même si l'obligation de communiquer les renseignements n'est pas discrétionnaire, il y a inévitablement des décisions exigeant une réflexion ardue. Ces décisions devraient être motivées par l'application des principes juridiques et non par la crainte de poursuites civiles. De plus, le fait que les demandes de dommages-intérêts soient présentées contre l'État et non contre les poursuivants à titre individuel n'atténue pas cette crainte. Comme tous les avocats, les représentants du ministère public sont des professionnels qui protègent jalousement leur réputation, et la motivation des gestes qu'ils posent ne se limite pas à des conséquences financières personnelles.

[81] Je suis d'accord avec mes collègues pour dire que M. Henry allègue des cas très graves de défaut de communiquer des renseignements qui manifestent une indifférence consternante à l'égard des droits que lui garantit la *Charte*. Les allégations de sa demande respectent le seuil de responsabilité que je propose. Toutefois, nous devons nous garder de retenir le cas exceptionnel de M. Henry pour justifier un élargissement important de la responsabilité du poursuivant. Ce n'est qu'en maintenant la responsabilité à l'intérieur de limites strictes que nous pouvons assurer un équilibre raisonnable entre la réparation de violations graves des droits et la préservation du bon fonctionnement de notre système de poursuites pénales.

D. *Applying the Charter Damages Threshold for Wrongful Non-disclosure by Prosecutors*

[82] As discussed, a cause of action for *Charter* damages will lie where the Crown, in breach of its constitutional obligations, causes harm to the accused by intentionally withholding information when it knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence. I now turn to how this standard will operate in practice.

(1) Policy Concerns May Still Be Considered on a Case-by-Case Basis

[83] In setting a heightened *per se* threshold, I should not be taken as saying that there are no additional good governance concerns that could negate a claim for *Charter* damages in the wrongful non-disclosure context. There may be case-specific policy concerns that militate against an award, even if the claimant has made out the heightened *per se* threshold. For example, the claimant may have an adequate alternative remedy under the *Charter* or in private law. Where a case-specific policy concern tips the balance against a *Charter* damages award, this remedy may properly be denied.

(2) What a Claimant Must Show to Meet the Liability Threshold in Cases of Wrongful Non-disclosure

[84] The liability threshold is tailored to the wrongful non-disclosure context. There is no inquiry into the Crown's motive or purpose, which are concepts

D. *L'application du seuil relatif à l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la Charte en cas de défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements*

[82] Comme nous l'avons vu, une cause d'action en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* existe lorsque le ministère public, en violation de ses obligations constitutionnelles, cause un préjudice à l'accusé en retenant délibérément des renseignements alors qu'il sait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense et que le défaut injustifié de les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. J'examine maintenant la question de savoir comment cette norme s'appliquera en pratique.

(1) Les préoccupations de principe peuvent encore être prises en compte au cas par cas

[83] Il ne faut pas croire qu'en fixant un seuil de responsabilité plus élevé, j'affirme qu'il n'y pas d'autres préoccupations relatives au bon gouvernement susceptibles de faire échec à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* dans le contexte du défaut injustifié de communiquer des renseignements. Des préoccupations de principe propres à une affaire donnée peuvent militer contre l'attribution de dommages-intérêts, et ce, même si le demandeur a satisfait au seuil de responsabilité plus élevé. À titre d'exemple, le demandeur peut disposer d'une autre réparation appropriée en vertu de la *Charte* ou en droit privé. Lorsqu'une préoccupation de principe propre à l'affaire milite contre l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, une telle réparation peut à bon droit être refusée.

(2) Ce que doit établir le demandeur pour qu'il soit satisfait au seuil de responsabilité dans les cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements

[84] Le seuil de responsabilité est adapté au contexte du défaut injustifié de communiquer des renseignements. On ne s'interroge pas sur le mobile

better-suited to cases where the exercise of core prosecutorial discretion is challenged. Rather, the focus is on two key elements: the prosecutor's intent, and his or her actual or imputed knowledge. Specifically, a cause of action will lie against the state — subject to proof of causation — where a prosecutor breaches an accused's *Charter* rights by intentionally withholding information when he or she knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence.

[85] Whether considered at the pleadings stage or at trial, the same formulation of the test applies. At trial, a claimant would have to convince the fact finder on a balance of probabilities that (1) the prosecutor intentionally withheld information; (2) the prosecutor knew or ought reasonably to have known that the information was material to the defence and that the failure to disclose would likely impinge on his or her ability to make full answer and defence; (3) withholding the information violated his or her *Charter* rights; and (4) he or she suffered harm as a result. To withstand a motion to strike, a claimant would only need to plead facts which, taken as true, would be sufficient to support a finding on each of these elements.

[86] Nothing in the formulation of this test alters the methods by which finders of fact assess intent. The common sense inference that individuals intend the natural and probable consequences of their actions applies: *R. v. Walle*, 2012 SCC 41, [2012] 2 S.C.R. 438, at paras. 58-63, citing *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523. As a result, the evidentiary burden on the claimant is not a high one. To demonstrate that the Crown intentionally withheld information, a claimant need only prove that prosecutors were actually in possession of the information and failed to disclose it. Alternatively, a

du ministère public ou sur l'objectif poursuivi par celui-ci, s'agissant là de concepts qui conviennent mieux aux situations où l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites est contesté. L'accent porte plutôt sur deux éléments clés : l'intention du poursuivant et sa connaissance de fait ou présumée. Plus particulièrement, le demandeur aura une cause d'action contre l'État — sous réserve de la preuve du lien de causalité — lorsqu'un poursuivant porte atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé, en retenant délibérément des renseignements alors qu'il sait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements sont importants pour la défense et que le fait de ne pas les communiquer portera vraisemblablement atteinte à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

[85] Que l'examen ait lieu au stade des actes de procédure ou au procès, la même formulation du critère s'applique. Au procès, un demandeur doit convaincre le juge des faits, selon la prépondérance des probabilités (1) que le poursuivant a retenu délibérément des renseignements, (2) que le poursuivant savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense du demandeur et que le fait de ne pas les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité de présenter une défense pleine et entière, (3) que la rétention de ces renseignements a porté atteinte aux droits garantis par la *Charte* au demandeur, et (4) que le demandeur a subi un préjudice en conséquence. Pour résister à une requête en radiation, un demandeur n'a qu'à alléguer des faits qui, tenus pour avérés, seraient suffisants pour étayer une conclusion sur chacun de ces éléments.

[86] Rien dans la formulation de ce critère ne modifie les méthodes qu'utilisent les juges des faits pour évaluer l'intention. La déduction conforme au bon sens suivant laquelle une personne a voulu les conséquences naturelles et probables de ses actes s'applique : *R. c. Walle*, 2012 CSC 41, [2012] 2 R.C.S. 438, par. 58-63, citant *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523. Par conséquent, le fardeau de preuve qui incombe au demandeur n'est pas très élevé. Pour démontrer que le ministère public a délibérément retenu des renseignements, le demandeur n'a qu'à prouver que les poursuivants étaient effectivement en

claimant could show that prosecutors were put on notice of the existence of the information and failed to obtain possession of it, in contravention of their disclosure obligations: see *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, at para. 49. In both of these circumstances, the intention to withhold may be inferred. This inference is available to the finder of fact, but is not mandatory. Furthermore, it is always open to the Crown to lead rebuttal evidence to show that the withholding was not intentional.

[87] The next element of the test relates to the Crown’s knowledge of the materiality of the information and the consequences of withholding it. Under this element, to be *material*, the information must be relevant and “directed at a matter in issue in the case”: *R. v. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35 (C.A.), at p. 44. That said, the mere fact that information is material to the defence does not necessarily mean that the failure to disclose it will likely impinge on the accused’s ability to make full answer and defence. While related, the two concepts are distinct, and each must be established.

[88] Knowledge of the materiality of the information and the consequences of a failure to disclose can be imputed based on what a reasonable prosecutor would know in the circumstances. Once it is found that information was intentionally withheld which any prosecutor, acting reasonably, should have disclosed, I see no reason why an accused who has suffered harm should be denied a cause of action. I stress, however, that by incorporating a reasonableness aspect into the knowledge element, I am not endorsing a negligence-based standard as the applicable liability threshold. Taken together, the two elements I have described — intent, and actual or imputed knowledge — rise above a purely objective “reasonableness” or “marked departure” standard grounded in a duty of care paradigm.

possession des renseignements et ne les ont pas communiqués. Subsidiairement, un demandeur pourrait démontrer que les poursuivants ont été informés de l’existence des renseignements et n’ont pas tenté de les obtenir, en contravention de leurs obligations en matière de communication de la preuve : voir *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, par. 49. Dans chacun de ces cas, l’intention de ne pas communiquer peut être déduite. Le juge des faits peut faire cette déduction, mais n’y est pas tenu. De plus, le ministère public peut toujours présenter une contre-preuve pour démontrer que la rétention des renseignements n’était pas intentionnelle.

[87] L’élément suivant du critère a trait à la connaissance qu’avait le ministère public de l’importance des renseignements et des conséquences du défaut de les communiquer. Pour le besoin de cet élément, des renseignements seront *importants* s’ils sont pertinents et s’ils [TRADUCTION] « portent sur une question en litige » : *R. c. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35 (C.A.), p. 44. Cela dit, le simple fait que les renseignements sont importants pour la défense ne signifie pas nécessairement que le défaut de les communiquer portera atteinte à la possibilité, pour l’accusé, de présenter une défense pleine et entière. Bien qu’ils soient reliés, ces deux éléments demeurent distincts et chacun d’eux doit être établi.

[88] La connaissance de l’importance des renseignements en cause et des conséquences du défaut de les communiquer peut être présumée à partir de ce qu’un poursuivant raisonnable aurait su dans les circonstances. Une fois que l’on a conclu que des renseignements ont été délibérément retenus — des renseignements que tout poursuivant agissant de manière raisonnable aurait dû communiquer —, je ne vois pas pourquoi l’accusé qui a subi un préjudice n’aurait pas de cause d’action. Je souligne toutefois que le fait d’intégrer un aspect de raisonabilité à l’élément relatif à la connaissance ne signifie pas que j’accepte une norme fondée sur la négligence en tant que seuil de responsabilité applicable. Considérés ensemble, les deux éléments que je viens de décrire — l’intention et la connaissance réelle ou présumée — s’élèvent au-delà d’une norme purement objective de « raisonabilité » ou d’« écart marqué » qui prend appui sur un paradigme fondé sur l’obligation de diligence.

[89] The purpose of the intent and knowledge elements is not to shield prosecutors from liability by placing an undue burden on claimants to prove subjective mental states. Rather, these elements are designed to set a sufficiently high threshold to address good governance concerns, while preserving a cause of action for serious instances of wrongful non-disclosure. As pleaded, the facts of Mr. Henry's case would meet this threshold.

[90] One final point on the liability threshold bears mentioning. It is not uncommon in the course of a criminal prosecution for disclosure decisions to be challenged, and for a court to determine the lawfulness of the Crown withholding certain information. If a court rules that information sought by the defence need not be disclosed, then the Crown's failure to disclose will have the benefit of a judicial imprimatur. It would not be accurate to say, in these circumstances, that the Crown intentionally "withheld" information from the accused. Even if the judicial determination is later overturned, no liability for *Charter* damages will lie for non-disclosure.

(3) Policy Implications of the Liability Threshold

[91] It may seem harsh to deny *Charter* damages for cases of wrongful non-disclosure which, while less serious, still result in a violation of an accused's *Charter* rights. However, it is a reality that wrongful non-disclosures will cover a spectrum of blameworthiness, ranging from the good faith error, quickly rectified, to the rare cases of egregious failures to disclose exculpatory evidence. Given the policy concerns associated with exposing prosecutors to civil liability, it is necessary that the liability threshold be set near the high end of the blameworthiness spectrum. In reaching this conclusion, I do not purport to create silos of *Charter* violations, classifying some as worthy of concern and others as

[89] Les éléments relatifs à l'intention et à la connaissance ne visent pas à protéger les poursuivants contre toute responsabilité en imposant aux demandeurs le fardeau excessif de prouver des états d'esprit subjectifs. Ils visent plutôt à établir un seuil suffisamment élevé qui permette à la fois de tenir compte des préoccupations relatives au bon gouvernement et de préserver une cause d'action dans les cas graves de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Les faits allégués de la cause de M. Henry pourraient satisfaire à ce seuil.

[90] Un dernier point mérite d'être mentionné sur la question du seuil de responsabilité. Il n'est pas rare dans le cadre d'une poursuite criminelle que des décisions en matière de communication de renseignements soient contestées, et qu'un tribunal se prononce sur la légalité de la décision du ministère public de ne pas communiquer certains renseignements. Si un tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire de communiquer des renseignements demandés par la défense, le défaut du ministère public de les communiquer bénéficiera de l'aval judiciaire. Il serait inexact d'affirmer, en pareilles circonstances, que le ministère public a délibérément « retenu » des renseignements. Même si la décision du tribunal est ultérieurement infirmée, le défaut de communiquer les renseignements n'entraînera aucune responsabilité en dommages-intérêts fondée sur la *Charte*.

(3) Répercussions générales du seuil de responsabilité

[91] Il peut paraître dur de refuser d'accorder des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* dans des cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements, lorsque ces cas, bien que moins graves, entraînent néanmoins une violation des droits que la *Charte* garantit à l'accusé. Le fait est, toutefois, que les cas de défaut injustifié peuvent découler d'un éventail de comportements répréhensibles, allant de l'erreur de bonne foi — corrigée rapidement — aux rares cas où l'on a, de façon tout à fait inacceptable, fait défaut de communiquer une preuve disculpatoire. Vu les préoccupations de principe liées au fait d'exposer des poursuivants à une responsabilité civile, le seuil de responsabilité doit se situer

inconsequential. Courts should endeavour, as much as possible, to rectify *Charter* breaches with appropriate and just remedies. Nevertheless, when it comes to awarding *Charter* damages, courts must be careful not to extend their availability too far.

[92] Indeed, the consequences of setting a lower threshold in this context — simple negligence, or even the gross negligence standard adopted by the application judge — would be serious. This type of threshold implicates a duty of care paradigm that ignores the basic realities of conducting a criminal prosecution. Mr. Henry’s case illustrates the fact that the information ultimately disclosed to an accused is not simply a product of what prosecutors decide to disclose on their own initiative. Rather, disclosure depends on the interplay of a number of factors, including the rigour of the police investigation, the forthrightness of the police in communicating information to prosecutors, and the disclosure decisions taken by the Crown.

[93] A duty of care paradigm risks opening up a Pandora’s box of potential liability theories. For example, if prosecutors were subject to a duty of care, a claimant could allege that they failed to probe the police forcefully enough to ensure that relevant information was not being suppressed. Such an approach would effectively impose an obligation on prosecutors to “police” the police. In my view, widening the Crown’s exposure to liability in this way would be unwarranted. If police act improperly, then a civil claim can and should lie against them: see *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129.

près de l’extrémité supérieure de l’échelle de culpabilité morale. Loin de moi l’idée, en tirant cette conclusion, de créer des catégories étanches de violations de la *Charte* et de considérer certaines d’entre elles comme étant dignes d’intérêt et d’autres comme étant sans conséquence. Les tribunaux doivent, dans la mesure du possible, s’efforcer de rectifier les violations de la *Charte* en accordant des réparations convenables et justes. Toutefois, lorsqu’il s’agit d’accorder des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, ils doivent se garder d’en permettre trop largement l’attribution.

[92] En fait, imposer un seuil peu élevé dans un tel contexte — la norme de la négligence simple, ou même celle de la négligence grave retenue par le juge de première instance — entraînerait de graves conséquences. Ce type de seuil fait intervenir un paradigme fondé sur l’obligation de diligence qui ne tient pas compte des réalités fondamentales du déroulement d’une poursuite criminelle. La cause de M. Henry montre que les renseignements que les poursuivants finissent par communiquer à l’accusé ne sont pas le simple produit de ce que ceux-ci décident de communiquer de leur propre initiative. Cette communication dépend de l’interaction d’un certain nombre de facteurs, notamment la rigueur de l’enquête policière, la franchise dont fait preuve la police lorsqu’elle transmet des renseignements aux poursuivants et les décisions du ministère public en matière de communication de la preuve.

[93] Un paradigme fondé sur l’obligation de diligence risque d’ouvrir une boîte de Pandore de théories potentielles sur la responsabilité. À titre d’exemple, si les poursuivants étaient assujettis à une obligation de diligence, un demandeur pourrait prétendre qu’ils ne se sont pas enquis avec suffisamment de détermination auprès de la police pour empêcher la suppression de renseignements pertinents. Une telle approche obligerait dans les faits les poursuivants à contrôler le travail de la police. À mon avis, il serait injustifié d’élargir ainsi les risques que le ministère public voie sa responsabilité engagée. Si la police n’agit pas correctement, sa responsabilité civile peut et devrait être engagée : voir *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129.

[94] The problems with a negligence-based standard are even more apparent when considering how this lower threshold would operate at the pleadings stage. The lower the threshold, the greater the number of claims that would have to be defended. The mere fact of having to respond to an onslaught of litigation, even if ultimately unsuccessful, would chill the actions of prosecutors and divert them from their proper functions. It would be far too easy for a claimant with a weak claim to plead facts disclosing a cause of action for negligence — *simpliciter* or gross — and thus drive prosecutors into civil court. Bringing a *Charter* damages claim for prosecutorial misconduct should not be a mere exercise in artful pleading. In contrast, the threshold I have outlined ensures that many unmeritorious claims will be weeded out at an early stage, either on a motion to strike or on a motion for summary judgment.

(4) The Causation Requirement

[95] In addition to establishing a *Charter* breach and the requisite intent and knowledge, a claimant must prove that, as a result of the wrongful non-disclosure, he or she suffered a legally cognizable harm. Liability attaches to the Crown only upon a finding of “but for” causation. In cases involving wrongful convictions, this “but for” test avoids the thorny issue of whether or not factual innocence is required — that is, proof that the accused did not in fact commit the crimes alleged. Instead, the focus of the inquiry is on the proceedings that occurred at the time of the intentional failure to disclose. That said, without deciding the issue, I would not foreclose the possibility that evidence of factual innocence or guilt could go to the quantum of damages.

[96] Harm can be shown by the claimant in different ways. I do not propose an exhaustive list, but

[94] Les problèmes que présente une norme fondée sur la négligence ressortent davantage lorsqu’on se demande comment ce seuil moins élevé pourrait s’appliquer à l’étape des actes de procédure. Plus ce seuil est bas, plus grand est le nombre d’actions qu’il faudrait contester. Le simple fait d’avoir à réagir à une avalanche de poursuites, même si celles-ci sont finalement rejetées, paralyserait les travaux des poursuivants et les détournerait des fonctions qu’ils doivent exercer. Il serait beaucoup trop facile pour un demandeur dont la cause est difficilement justifiable de plaider des faits qui révèlent une cause d’action fondée sur la négligence — simple ou grave — et donc, de traîner les poursuivants devant les tribunaux civils. Le fait d’intenter en vertu de la *Charte* une action en dommages-intérêts pour inconduite du poursuivant ne devrait pas constituer un simple exercice pour un plaideur habile. Au contraire, le seuil que je viens de décrire fait en sorte que bon nombre de poursuites frivoles seront écartées tôt dans le processus, que ce soit au moyen d’une requête en radiation ou d’une requête en jugement sommaire.

(4) L’exigence relative au lien de causalité

[95] En plus d’avoir à établir une violation de la *Charte* ainsi que l’intention et la connaissance requises, le demandeur doit prouver que le défaut injustifié de communiquer des renseignements lui a causé un préjudice reconnu en droit. Le ministère public n’engage sa responsabilité que si l’on conclut à l’existence d’un lien de causalité fondé sur un « facteur déterminant ». Dans les cas de déclarations de culpabilité injustifiées, ce critère du « facteur déterminant » permet d’éviter la question épineuse de savoir si l’innocence factuelle est exigée ou non — c’est-à-dire la preuve que l’accusé n’a pas commis les crimes reprochés. L’analyse porte plutôt sur les procédures au moment où l’on a intentionnellement omis de communiquer des renseignements. Cela dit, sans trancher cette question, je n’écarte pas la possibilité que la preuve de l’innocence ou de la culpabilité factuelle puisse être pertinente en ce qui concerne le montant des dommages-intérêts accordé.

[96] Le demandeur peut prouver le préjudice de différentes façons. J’en présente ici plusieurs

offer several examples. A historical wrongful conviction would certainly qualify. *Charter* damages would also be available where the wrongful non-disclosure led to a conviction at trial that was later overturned on appeal, and ultimately replaced by an acquittal — either entered directly on appeal or following a new trial. Even if the claimant was acquitted at trial, a *Charter* damages award would be available where it could be shown that the charges would have been dismissed or withdrawn at an earlier stage of proceedings had proper disclosure been made. In such a case, damages might serve to compensate for time wrongfully spent in custody and any consequential harm suffered as a result of the criminal proceedings.

[97] Regardless of the nature of the harm suffered, a claimant would have to prove, on a balance of probabilities, that “but for” the wrongful non-disclosure he or she would not have suffered that harm. This guarantees that liability is restricted to cases where the intentional failure to disclose was actually the cause of the harm to the accused.

[98] The “but for” causation test may, however, be modified in situations involving multiple alleged wrongdoers. For example, where the claimant alleges that a wrongful conviction was caused in part by the failure of police to provide material information to prosecutors, and in part by the Crown’s failure to disclose, then a showing of “but for” causation will not be necessary. In this scenario, the causation requirement will be satisfied if the claimant can prove that the prosecutorial misconduct materially contributed to the harm suffered: *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181.

exemples, mais la liste n’est pas exhaustive. Une déclaration de culpabilité injustifiée prononcée dans le passé constituerait certainement une telle preuve. L’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pourrait également être justifiée lorsque le défaut injustifié de communiquer des renseignements a mené, au procès, à une déclaration de culpabilité qui a ultérieurement été annulée en appel pour être finalement remplacée par un verdict d’acquittal — inscrit directement en appel ou à l’issue d’un nouveau procès. Même si le demandeur a été acquitté au procès, des dommages-intérêts pourraient être accordés en vertu de la *Charte* s’il est possible d’établir que les accusations auraient été rejetées ou retirées plus tôt dans les procédures si les renseignements avaient dûment été communiqués. Dans un tel cas, l’attribution de dommages-intérêts pourrait permettre d’indemniser l’accusé pour la période qu’il a passée injustement en détention et pour tout préjudice indirect que lui a causé la poursuite criminelle.

[97] Quelle que soit la nature du préjudice subi, le demandeur devrait établir selon la prépondérance des probabilités que « n’eût été » le défaut injustifié de communiquer des renseignements, il n’aurait pas subi ce préjudice. Cela garantit que la responsabilité n’est engagée que dans les cas où l’omission intentionnelle de communiquer des renseignements constitue bel et bien la cause du préjudice subi par l’accusé.

[98] Le critère du « facteur déterminant » peut toutefois être modifié dans les cas où la faute est attribuée à plusieurs personnes. À titre d’exemple, lorsque le demandeur allègue qu’une déclaration de culpabilité injustifiée résulte en partie du fait que la police n’a pas communiqué certains renseignements importants aux poursuivants et en partie de l’omission du ministère public de communiquer des renseignements, il ne sera pas nécessaire d’établir la causalité fondée sur un « facteur déterminant ». Dans ce scénario, le lien de causalité sera établi si le demandeur peut prouver que l’inconduite de la poursuite a contribué de façon appréciable au préjudice subi : *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181.

V. Conclusion

[99] I would allow the appeal. Proof of malice is not required to make out a cause of action for *Charter* damages against the provincial Crown in this case. Mr. Henry may seek to amend his pleadings to include a claim for *Charter* damages against the AGBC alleging that the Crown, in breach of its constitutional obligations, caused him harm by intentionally withholding information when it knew, or should reasonably have known, that the information was material to his defence and that the failure to disclose would likely impinge on his ability to make full answer and defence.

[100] As success is divided in this appeal, I would order costs in the cause throughout.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[101] This case raises questions about the availability of damages under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a remedy for the breach of the Crown's constitutional disclosure obligations.

[102] The notice of civil claim in this case alleges egregious violations of an accused's right to disclosure, with devastating consequences. In 1983, Mr. Henry was convicted of 10 counts of sexual assault, declared a dangerous offender, and sentenced to an indefinite period of incarceration. Before, during, and in the many years after his trial, Mr. Henry repeatedly sought disclosure of exculpatory evidence held by the police and prosecution, to no avail. In

V. Conclusion

[99] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. En l'espèce, une preuve de malveillance n'est pas nécessaire pour établir contre l'État provincial l'existence d'une cause d'action en dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. M. Henry peut demander de modifier ses actes de procédure afin d'y inclure une demande en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* contre le PGCB dans laquelle il allègue que le ministère public, en violation de ses obligations constitutionnelles, lui a causé un préjudice en retenant délibérément des renseignements alors qu'il savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour sa défense et que le défaut de les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité, pour M. Henry, de présenter une défense pleine et entière.

[100] Comme le succès est mitigé en l'espèce, je suis d'avis d'accorder les dépens devant toutes les cours suivant l'issue de la cause.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[101] La présente affaire soulève des questions quant à la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* à titre de réparation accordée pour manquement aux obligations constitutionnelles du ministère public en matière de communication de la preuve.

[102] En l'espèce, la déclaration allègue des violations flagrantes du droit de l'accusé à la communication de la preuve qui ont entraîné des conséquences dévastatrices. En 1983, M. Henry a été reconnu coupable de 10 chefs d'accusation d'agression sexuelle, déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée. Avant et pendant son procès, de même qu'au cours des nombreuses années qui ont suivi ce

2002, police began re-investigating a series of unsolved sexual assaults. Ultimately, a Special Prosecutor was appointed to review Mr. Henry's convictions, leading to the 2008 disclosure of substantial police file materials. In 2010, the British Columbia Court of Appeal acquitted Mr. Henry on all counts, on the basis that the evidence as a whole was incapable of proving the element of identification: 2010 BCCA 462, 294 B.C.A.C. 96. He served nearly 27 years in prison. He now seeks an award of damages under s. 24(1) of the *Charter*, for the breach of the Crown's constitutional disclosure obligations.

[103] This appeal asks: What facts must Mr. Henry plead in order to be able to advance such a claim in court? In particular, must he allege malice or fault on the part of state officials who violated his rights?

[104] The Attorney General of British Columbia argues that claims for damages resulting from prosecutorial misconduct require, at a minimum, that the claimant establish malice. In our view, the Attorney General's argument is misplaced. Imposing a fault requirement for *Charter* damages, where the Crown has breached its duty to disclose, is inconsistent with the purpose of s. 24(1) and with the principled framework established in *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, for assessing whether an award of damages would be appropriate and just in the circumstances of a particular case.

dernier, M. Henry a maintes fois réclamé, mais en vain, la communication de la preuve disculpatoire dont disposaient les policiers et le poursuivant. En 2002, la police a entrepris une nouvelle enquête relative à une série d'agressions sexuelles non résolues. Plus tard, un procureur spécial a été désigné pour réexaminer les condamnations de M. Henry à qui, en 2008, un grand nombre de documents du dossier de la police ont ensuite été communiqués. En 2010, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a acquitté M. Henry relativement à tous les chefs, au motif que la preuve, dans son ensemble, ne permettait pas d'établir l'élément d'identification : 2010 BCCA 462, 294 B.C.A.C. 96. M. Henry a néanmoins purgé une peine d'emprisonnement de presque 27 ans et il réclame maintenant des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pour manquement aux obligations constitutionnelles du ministère public en matière de communication de la preuve.

[103] Le présent pourvoi soulève la question suivante : quels faits M. Henry doit-il invoquer afin de pouvoir présenter une telle réclamation à la Cour? Plus particulièrement, doit-il alléguer la malveillance ou la faute des représentants de l'État qui ont violé ses droits?

[104] Selon le procureur général de la Colombie-Britannique, les réclamations en dommages-intérêts découlant de la conduite répréhensible du poursuivant exigent, à tout le moins, que le demandeur établisse la malveillance. À notre avis, l'argument du procureur général n'est pas à propos. L'obligation de prouver l'existence d'une faute pour obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* — dans le cas où le ministère public a manqué à son obligation en matière de communication de la preuve — est incompatible avec l'objet du par. 24(1) et avec le cadre d'analyse rationnel énoncé dans l'arrêt *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, pour déterminer si l'attribution de dommages-intérêts serait convenable et juste eu égard aux circonstances de l'affaire.

II. The Purpose of Section 24(1) and the Ward Framework

[105] The *Charter* guarantee of rights and freedoms is meaningful only to the extent that breaches are appropriately remedied. To this end, s. 52 of the *Constitution Act, 1982* provides for the nullification of laws which are inconsistent with the Constitution, including the *Charter*. It is complemented by s. 24 which authorizes courts to grant remedies where an individual's *Charter* rights have been infringed by state action. These remedial provisions, like all *Charter* provisions, should be given a generous and purposive interpretation: *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595.

[106] In *Ward*, this Court examined the broad grant of powers provided in s. 24(1) of the *Charter*, which empowers courts of competent jurisdiction to grant remedies that are “appropriate and just in the circumstances”. Quoting *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, the Court observed that “[i]t is impossible to reduce this wide discretion to some sort of binding formula for general application in all cases, and it is not for appellate courts to preempt or cut down this wide discretion”: *Ward*, at para. 18, citing *Mills*, at p. 965. While the court's discretion is not unfettered, “[w]hat is appropriate and just will depend on the facts and circumstances of the particular case”: *Ward*, at para. 19. To determine whether damages are an appropriate and just remedy, a court must be empowered to look at and balance all relevant considerations arising in a given case.

[107] *Ward* provides a framework for evaluating these competing considerations. The *Ward* test for an award of damages under s. 24(1) of the *Charter* consists of four steps:

- (1) The applicant must establish a *Charter* breach by the state;

II. L'objet du par. 24(1) et le cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt Ward

[105] La protection des droits et libertés garantie par la *Charte* n'a de sens que dans la mesure où les violations donnent lieu à une mesure réparatrice convenable. C'est la raison pour laquelle l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit l'invalidation des lois qui sont incompatibles avec la Constitution, dont la *Charte*. L'article 24, qui autorise les tribunaux à accorder une réparation lorsque les droits d'une personne ont été violés par suite d'une mesure prise par l'État, complète l'art. 52. Ces dispositions réparatrices, comme toutes les dispositions de la *Charte*, doivent faire l'objet d'une interprétation généreuse et téléologique : *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595.

[106] Dans l'arrêt *Ward*, la Cour a examiné les larges pouvoirs conférés par le par. 24(1) de la *Charte*, qui habilite les tribunaux compétents à accorder la réparation qu'ils estiment « convenable et juste eu égard aux circonstances ». Citant l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, la Cour a fait observer que « [c]e large pouvoir discrétionnaire n'est tout simplement pas réductible à une espèce de formule obligatoire d'application générale à tous les cas, et les tribunaux d'appel ne sont nullement autorisés à s'approprier ce large pouvoir discrétionnaire ni à en restreindre la portée » : *Ward*, par. 18, citant *Mills*, p. 965. Bien que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux ne soit pas absolu, « [c]e qui est convenable et juste dépendra des faits et des circonstances de chaque affaire » : *Ward*, par. 19. Pour décider si les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste, le tribunal doit être habilité à examiner et à mettre en balance toutes les considérations pertinentes d'une affaire donnée.

[107] L'arrêt *Ward* fournit un cadre pour l'évaluation de ces considérations concurrentes et le test qu'il énonce quant à l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* comporte quatre étapes :

- (1) Le demandeur doit démontrer que l'État a violé un droit protégé par la *Charte*;

- | | |
|---|--|
| <p>(2) The applicant must establish that damages would serve at least one of the functions of compensation, vindication or deterrence;</p> <p>(3) If (1) and (2) are established, the onus shifts to the state to show that there are countervailing considerations (such as alternative remedies or good governance concerns) that would make <i>Charter</i> damages inappropriate or unjust;</p> <p>(4) Finally, if the government fails to establish that countervailing considerations make <i>Charter</i> damages inappropriate or unjust, the last step in the <i>Ward</i> analysis is to determine the quantum of damages.</p> | <p>(2) Le demandeur doit établir que l'attribution de dommages-intérêts remplirait au moins l'une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion;</p> <p>(3) Si les première et deuxième étapes sont franchies, il revient à l'État de démontrer l'existence de considérations pouvant faire contrepoids (p. ex., l'existence d'autres recours ou de préoccupations relatives au bon gouvernement) qui feraient en sorte que l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la <i>Charte</i> ne serait pas convenable et juste;</p> <p>(4) Enfin, si le gouvernement échoue à démontrer que les considérations faisant contrepoids feraient en sorte que l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la <i>Charte</i> ne serait pas convenable et juste, la dernière étape de l'analyse prescrite par l'arrêt <i>Ward</i> consiste à fixer le montant des dommages-intérêts.</p> |
|---|--|

[108] Applying these principles to this case, Mr. Henry must plead facts that, if true, establish (1) a breach of his *Charter* rights and (2) that damages constitute an appropriate and just remedy to advance the purposes of compensation, vindication or deterrence. It is for the state to plead facts on the third step of countervailing factors, should it choose to do so.

III. Application of the *Ward* Framework to This Case

A. *Step One: Breach of Charter Rights*

[109] The first step in the *Ward* analysis requires that the claimant establish a breach of his or her *Charter* rights. Mr. Henry makes a number of specific allegations about the failure of the Crown to disclose evidence before, during and after his criminal trial on sexual assault charges. These allegations, if true, amount to blatant violations of his

[108] Si l'on applique ces principes à la présente affaire, M. Henry doit alléguer des faits qui, s'ils s'avèrent, devront établir (1) qu'il y a eu atteinte à ses droits garantis par la *Charte* et (2) que les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste qui favorise la réalisation d'au moins une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. Il appartient ensuite à l'État, à la troisième étape, relative aux facteurs faisant contrepoids, d'alléguer des faits, s'il le souhaite.

III. Application à la présente affaire du cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Ward*

A. *Première étape : Violations des droits garantis par la Charte*

[109] La première étape de l'analyse décrite dans l'arrêt *Ward* exige du demandeur qu'il fasse la preuve d'une atteinte à ses droits garantis par la *Charte*. M. Henry fait plusieurs allégations précises concernant le défaut du ministère public de lui communiquer des éléments de preuve tant avant que pendant et après son procès criminel relatif à des

right to full disclosure, as protected under s. 7 of the *Charter*.

[110] For instance, according to Mr. Henry, the Crown withheld a large number of victim statements despite repeated defence requests for full disclosure of these statements. No victim statements, police reports or forensic reports were disclosed prior to the commencement of trial. Many victim statements remained undisclosed throughout the trial and, according to Mr. Henry, contain material inconsistencies that would have been helpful for his defence. Mr. Henry also alleges that forensic evidence relating to the perpetrator's spermatozoa remained undisclosed throughout the trial, again despite repeated specific requests. On the contrary, the Crown adduced evidence to the effect that no forensic evidence was located at any of the crime scenes that could be used to help identify the perpetrator. Further, police reports relating to another suspect were not disclosed. The sole issue at trial was the identity of the perpetrator and the Crown's case rested on victim identifications.

[111] If proven at trial, these facts would indisputably establish a breach of Mr. Henry's disclosure rights under s. 7 of the *Charter*. The government does not appear to dispute the violation of Mr. Henry's *Charter* rights.

B. *Step Two: A Functional Justification of Damages*

[112] The second step in the *Ward* analysis requires that the claimant establish that an award of *Charter* damages would serve one or more of the objectives of compensation, vindication, and deterrence. Compensation is about remedying personal loss (para. 25). Vindication is about remedying the

accusations d'agression sexuelle. Ces allégations, si elles sont avérées, décrivent des violations flagrantes de son droit à la communication intégrale de la preuve que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*.

[110] Par exemple, selon M. Henry, le ministère public a refusé de lui faire part d'un grand nombre de déclarations des victimes, malgré les demandes répétées de la défense pour qu'elles lui soient intégralement communiquées. Aucune déclaration de victimes ni aucun rapport de police ou d'expertise médico-légale ne lui ont été communiqués avant l'ouverture du procès. De nombreuses déclarations des victimes n'ont pas non plus été communiquées pendant le procès et, selon M. Henry, celles-ci comportaient des contradictions importantes qui auraient pu aider sa défense. M. Henry allègue, en outre, que des éléments de preuve médico-légale concernant le sperme de l'auteur des agressions n'ont pas été communiqués pendant le procès, là encore, malgré des demandes précises à cet effet formulées à maintes reprises. Non seulement cela, mais selon les éléments de preuve présentés par le ministère public, aucune preuve médico-légale permettant d'identifier l'auteur des crimes n'avait été relevée sur les lieux des agressions. Les rapports de police concernant un autre suspect n'ont par ailleurs pas été communiqués. La seule question en litige lors du procès portait sur l'identité de l'auteur des agressions et la preuve du ministère public reposait sur l'identification de l'agresseur faite par les victimes.

[111] Si ces faits sont prouvés lors du procès, ils établiront incontestablement que les droits de M. Henry à la communication de la preuve, garantis par l'art. 7 de la *Charte*, ont été violés. Le gouvernement ne semble pas contester qu'il y a eu violation des droits que M. Henry tire de la *Charte*.

B. *Deuxième étape : Justification fonctionnelle des dommages-intérêts*

[112] Selon la deuxième étape de l'analyse décrite dans l'arrêt *Ward*, le demandeur doit établir que l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* servirait un ou plusieurs des objectifs que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion : l'indemnisation vise à réparer une

harm the infringement causes society (para. 28). Deterrence is forward-looking and serves a preventative function (para. 29).

[113] By any measure, the facts alleged by Mr. Henry are egregious. The Crown allegedly withheld highly relevant and exculpatory evidence, despite repeated and specific defence requests for disclosure. The impact on Mr. Henry's ability to make full answer and defence is obvious. Mr. Henry was convicted on all charges at trial, was declared a dangerous offender, and spent 27 years behind bars. Following his convictions in 1983, Mr. Henry continued to proclaim his innocence and seek review of his case. His pleas were finally heard after the police reopened its investigation into a string of unsolved sexual assaults similar to those for which Mr. Henry was convicted. This investigation resulted in the conviction of a man who had been a suspect in Mr. Henry's case. As a result, a Special Prosecutor was appointed to review Mr. Henry's convictions, leading to the 2008 disclosure of substantial police file materials. In 2010, he was finally acquitted on all counts by the British Columbia Court of Appeal. The court held that no properly instructed jury, acting reasonably, could have rendered a guilty verdict on any of the counts (para. 142).

[114] Mr. Henry was wrongfully convicted and imprisoned by the state for 27 years. On the facts alleged, the fairness of his trial was directly and seriously compromised by the breach of his s. 7 right to full disclosure. In these circumstances, an award of *Charter* damages under s. 24(1) may provide some compensation for the hardships Mr. Henry has endured. Obviously, no amount of money can restore to him the decades he has spent behind bars. However, a monetary award may offer some compensation for

perte personnelle (par. 25); la défense du droit en cause vise à réparer le préjudice que l'atteinte cause à la société (par. 28); la dissuasion est de nature prospective et elle joue un rôle préventif (par. 29).

[113] Quoi qu'il en soit, les faits qu'allègue M. Henry sont graves. Le ministère public aurait refusé de communiquer des éléments de preuve très pertinents et disculpatoires, malgré les demandes de communication précises présentées par la défense à maintes reprises. Ce refus a manifestement eu une incidence sur la possibilité pour M. Henry de présenter une défense pleine et entière. D'ailleurs, il a été reconnu coupable de tous les chefs d'accusation à l'issue du procès, il a été déclaré délinquant dangereux et il a été incarcéré pendant 27 ans. Après ses condamnations en 1983, M. Henry a continué de proclamer son innocence et de chercher à faire réexaminer sa cause. Ses demandes ont finalement été entendues après que la police a procédé à la réouverture de l'enquête portant sur une série d'agressions sexuelles non résolues semblables à celles à l'égard desquelles M. Henry avait été déclaré coupable. Au terme de cette enquête, un homme qui avait été un suspect dans le dossier de M. Henry a été reconnu coupable. Un procureur spécial a en conséquence été désigné pour réexaminer les condamnations de M. Henry et un grand nombre de documents du dossier de la police lui ont ensuite été communiqués en 2008. En 2010, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a enfin acquitté relativement à tous les chefs d'accusation, après avoir conclu qu'aucun jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement n'aurait pu prononcer un verdict de culpabilité à l'égard de l'un ou l'autre des chefs d'accusation (par. 142).

[114] M. Henry a été condamné à tort et l'État l'a injustement emprisonné pendant 27 ans. Selon les faits allégués, la violation de son droit à la communication intégrale de la preuve que lui garantit l'art. 7 a directement et gravement compromis l'équité de son procès. Dans les circonstances, l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pourrait permettre à M. Henry d'être indemnisé pour les épreuves qu'il a vécues. À l'évidence, aucune somme d'argent ne peut lui redonner

this long period of wrongful imprisonment and the many lost life opportunities it entails.

[115] An award of *Charter* damages may also help vindicate the *Charter* rights that the Crown is alleged to have breached in Mr. Henry's case. As explained in *Ward*, vindication in this context refers to repairing the damage done to the public through the state's violation of *Charter* rights. There are few scenarios that can shake the public's confidence in the justice system more deeply than those alleged by Mr. Henry. According to the allegations, state action in breach of the *Charter* seriously undermined the fairness of Mr. Henry's trial and the state subsequently imprisoned him for nearly three decades. In these circumstances, an award of *Charter* damages may help to publicly vindicate such a serious violation of *Charter* rights. Such an award would recognize the state's responsibility for the miscarriage of justice that occurred in Mr. Henry's case, and the importance of respecting *Charter* rights in order to guarantee trial fairness.

[116] Finally, in the context of *Charter* damages under s. 24(1), "[d]eterrence seeks to regulate government behaviour, generally, in order to achieve compliance with the Constitution": *Ward*, at para. 29. An award of *Charter* damages might also serve the objective of "influencing government behaviour in order to secure state compliance with the *Charter* in the future": *ibid*. Proper disclosure of Crown evidence is obviously a matter under the control of the state and its agents, primarily Crown prosecutors. The objective of deterrence may be served by an award of damages that highlights the need for the state to remain vigilant in meeting its constitutional obligations.

les décennies qu'il a passées derrière les barreaux. Cependant, une réparation pécuniaire pourrait lui permettre d'être indemnisé dans une certaine mesure pour cette longue période d'emprisonnement injustifié et pour toutes les possibilités qu'il a perdues du fait de cette incarcération.

[115] L'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pourrait également soutenir la défense des droits garantis par la *Charte* que le ministère public aurait violés dans le cas de M. Henry. Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Ward*, la défense du droit en cause dans ce contexte sert à réparer les préjudices que la violation des droits garantis par la *Charte* a causés au public. Peu de situations ébranlent la confiance du public dans le système de justice autant que celles qu'allègue M. Henry. D'après les allégations, les mesures prises par l'État en contravention à la *Charte* ont gravement compromis l'équité du procès de M. Henry, et l'État l'a ensuite emprisonné pendant presque trois décennies. Dans les circonstances, l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pourrait contribuer à condamner publiquement une violation aussi grave des droits garantis par la *Charte*. Une telle attribution permettrait de reconnaître la responsabilité de l'État pour l'erreur judiciaire commise dans le dossier de M. Henry ainsi que l'importance de respecter les droits garantis par la *Charte* pour que se tiennent des procès équitables.

[116] Enfin, dans le contexte de l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, « [la dissuasion] cherche à régir la conduite du gouvernement, de manière générale, afin d'assurer le respect de la Constitution » : *Ward*, par. 29. L'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pourrait également remplir l'objectif d'« influencer sur la conduite du gouvernement de sorte que l'État respecte la *Charte* à l'avenir » : *ibid*. La communication adéquate de la preuve du ministère public est manifestement une question qui relève du contrôle de l'État et de ses représentants, principalement les procureurs de la Couronne. L'objectif de dissuasion peut être réalisé par l'attribution de dommages-intérêts qui souligne la nécessité pour l'État de demeurer vigilant quant au respect de ses obligations constitutionnelles.

[117] Step two of *Ward* establishes a functional approach to determining whether *Charter* damages would constitute, in the language of s. 24(1), an “appropriate and just” remedy for a given *Charter* breach: *Ward*, at paras. 24-31. Moreover, *Ward* holds explicitly that damages may be appropriate and just even where no causal connection is established between a *Charter* breach and harm suffered by the claimant: “. . . the fact that the claimant has not suffered personal loss does not preclude damages where the objectives of vindication or deterrence clearly call for an award” (para. 30).

[118] The objective of compensation, however, requires a causal connection between the *Charter* breach and the loss suffered by the claimant; this objective aims “to compensate the claimant for the loss caused by the *Charter* breach”: *Ward*, at para. 27. As the issue of causation was neither addressed in the decisions below nor argued before us, we prefer to leave any detailed discussion for another day. This said, we are not convinced that the “but for” test proposed by Moldaver J. is appropriate here.

C. *Step Three: Countervailing Considerations — Has the Government Shown That Damages Are Inappropriate or Unjust?*

[119] At step three of the *Ward* analysis, the government has an opportunity to advance any countervailing considerations that would make it inappropriate or unjust to award damages under s. 24(1).

[120] The first countervailing consideration discussed at the third stage of the *Ward* test is whether there are remedies other than s. 24(1) that

[117] La deuxième étape énoncée dans l’arrêt *Ward* prévoit une approche fonctionnelle visant à déterminer si l’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constituerait, pour reprendre les termes employés au par. 24(1), une réparation « convenable et juste » pour une violation donnée de la *Charte* : *Ward*, par. 24-31. Par ailleurs, toujours dans cet arrêt, la Cour a expressément conclu que les dommages-intérêts peuvent constituer une réparation convenable et juste même lorsqu’il n’existe aucun lien de causalité entre la violation de la *Charte* et le préjudice subi par le demandeur : « . . . l’absence de préjudice personnel subi par le demandeur n’empêche pas l’attribution de dommages-intérêts si ceux-ci sont par ailleurs manifestement exigés par les objectifs de défense du droit ou de dissuasion » (par. 30).

[118] L’objectif d’indemnisation, lui, requiert l’existence d’un lien de causalité entre la violation de la *Charte* et la perte subie par le demandeur; il vise à « indemniser le demandeur des pertes occasionnées par la violation de la *Charte* » : *Ward*, par. 27. Puisque la question du lien de causalité n’a été ni soulevée dans les décisions des tribunaux d’instances inférieures ni plaidée devant nous, nous préférons laisser toute discussion détaillée à ce sujet en suspens et qu’il en soit traité à une autre occasion. Cela dit, nous ne sommes pas convaincues que le critère du facteur déterminant proposé par le juge Moldaver convient en l’espèce.

C. *Troisième étape : Considérations qui font contreponds — Le gouvernement a-t-il démontré que l’attribution de dommages-intérêts constituerait une réparation qui ne serait pas convenable et juste?*

[119] À la troisième étape de l’analyse prescrite par l’arrêt *Ward*, le gouvernement a la possibilité de présenter toutes les considérations faisant contreponds qui pourraient démontrer que l’attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) constituerait une réparation qui ne serait pas convenable et juste.

[120] La première considération faisant contreponds examinée à la troisième étape établie dans l’arrêt *Ward* consiste à se demander s’il existe des

“adequately meet the need for compensation, vindication and/or deterrence” (para. 34) in the particular case before the court. This is an individualized inquiry, not an abstract one. The question is not whether the law in the abstract provides a remedy for the wrong, but whether it is available in the particular case:

The claimant must establish basic functionality having regard to the objects of constitutional damages. The evidentiary burden then shifts to the state to show that the engaged functions can be fulfilled through other remedies. The claimant need not show that she has exhausted all other recourses. Rather, it is for the state to show that other remedies are available in the particular case that will sufficiently address the breach. [Emphasis added; para. 35.]

[121] The Court in *Ward* went on to state:

... it is conceivable that another *Charter* remedy may, in a particular case, fulfill the function of *Charter* damages. [Emphasis added; para. 35.]

[122] At the current stage of proceedings in this case, it is far from clear that there is an alternative remedy that will fulfill the functional objectives of *Charter* damages. The alleged wrong occurred decades ago. The lead prosecutor is dead. An action for damages under s. 24(1) may ultimately be the only remedy that will function to provide compensation, vindication or deterrence.

[123] The second set of countervailing considerations discussed in *Ward* — and the set relied on by the Attorney General of British Columbia — concerns good governance. *Ward* states:

réparations, autres que celles prévues au par. 24(1), qui « répondent adéquatement aux objectifs d’indemnisation, de défense du droit ou de dissuasion » (par. 34) dans l’affaire particulière dont la cour est saisie. Cette analyse est individualisée et non abstraite. Il ne faut pas chercher à savoir si, théoriquement, le droit prévoit un recours pour le préjudice subi, mais plutôt si ce recours peut offrir une réparation dans l’affaire en cause :

La demanderesse doit établir que les dommages-intérêts jouent un rôle fonctionnel minimal, eu égard aux objectifs des dommages-intérêts en matière constitutionnelle. Le fardeau de la preuve passe ensuite à l’État, qui doit démontrer que d’autres réparations permettraient de servir les fonctions en cause. La demanderesse n’est pas tenue de prouver qu’elle a épuisé tous les autres recours. Au contraire, c’est à l’État de démontrer que d’autres recours possibles dans l’affaire offriraient une réparation suffisante pour remédier à la violation. [Nous soulignons; par. 35.]

[121] La Cour a ensuite indiqué dans l’arrêt *Ward* :

... il se peut qu’une autre réparation accordée en vertu de la *Charte*, dans une affaire donnée, accomplisse la fonction de l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. [Nous soulignons; par. 35.]

[122] Au stade où en est l’instance en l’espèce, l’existence d’une autre mesure de réparation qui réaliserait les objectifs fonctionnels de l’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* est loin d’être certaine. Le préjudice allégué est survenu il y a quelques dizaines d’années. Le procureur principal est décédé. Une action en dommages-intérêts fondée sur le par. 24(1) pourrait être au bout du compte le seul recours qui puisse permettre de réaliser les objectifs d’indemnisation, de défense du droit ou de dissuasion.

[123] Le deuxième ensemble de considérations faisant contrepoids examinées dans l’arrêt *Ward* — et celui sur lequel le procureur général de la Colombie-Britannique s’est fondé — concerne le bon gouvernement. La Cour a affirmé ce qui suit dans l’arrêt *Ward* :

In some situations, however, the state may establish that an award of *Charter* damages would interfere with good governance such that damages should not be awarded unless the state conduct meets a minimum threshold of gravity. [para. 39]

[124] By way of example, the Court in *Ward* opined that a claim for damages under s. 24(1) ought not to be permitted for the state's enforcement of a law until it is declared invalid, unless the state conduct under the law was "clearly wrong, in bad faith or an abuse of power": para. 39, citing *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at para. 78. This elevated fault threshold is justified because "[t]he rule of law would be undermined if governments were deterred from enforcing the law by the possibility of future damage awards in the event the law was, at some future date, to be declared invalid" (para. 39).

[125] The Attorney General of British Columbia argues that permitting Mr. Henry's s. 24(1) claim to proceed: (1) will inappropriately interfere with prosecutorial discretion; (2) will inappropriately lower the standard for prosecutorial liability; and (3) will divert prosecutors from their day-to-day work by involving them in claims in the courts for prosecutorial misfeasance. The Attorney General says that these countervailing considerations mean that claims such as Mr. Henry's should be completely barred; or alternatively that a high fault threshold should be set.

[126] *Ward* recognizes that there may be a need for limited immunity from s. 24(1) damages for a *Charter* breach that arises from the exercise of discretion. This is "because the law does not wish to chill the exercise of policy-making discretion" (para. 40). In this context, *Ward* mentions malice as a possible threshold for exercise of prosecutorial discretion. Our colleague, Moldaver J., in a

En revanche, dans certaines situations, l'État pourrait démontrer que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* nuirait au bon gouvernement et devrait être limité aux cas où la conduite de l'État atteint un seuil minimal de gravité. [par. 39]

[124] Par exemple, selon la Cour dans l'arrêt *Ward*, il ne devrait pas être permis d'intenter une action en dommages-intérêts fondée sur le par. 24(1) lorsque l'État a appliqué une loi, tant que celle-ci n'est pas frappée d'invalidité, en l'absence de comportement « clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir » de la part de l'État : par. 39, citant *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 78. Ce seuil élevé de faute serait justifié parce qu'« [i]l serait néfaste pour la primauté du droit que la crainte d'être éventuellement tenus de verser des dommages-intérêts par suite de l'invalidation d'une loi dissuade les gouvernements d'en assurer l'application alors qu'elle est encore valide » (par. 39).

[125] Le procureur général de la Colombie-Britannique soutient que permettre la poursuite de la demande de M. Henry fondée sur le par. 24(1) : (1) toucherait de manière inappropriée à l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites; (2) abaisserait de manière inappropriée la norme applicable à la responsabilité du ministère public; et (3) ferait en sorte que les poursuivants soient détournés de leurs tâches quotidiennes parce qu'ils auraient à répondre à des poursuites en justice pour les fautes qu'aurait commises le ministère public. Selon le procureur général, ces considérations faisant contrepoids signifient qu'il devrait être absolument interdit de présenter des demandes comme celle de M. Henry; ou, subsidiairement, qu'il y a lieu d'établir un seuil élevé de faute.

[126] La Cour reconnaît dans l'arrêt *Ward* qu'une immunité restreinte pourrait devoir être accordée à l'État à l'égard des dommages-intérêts attribués en vertu du par. 24(1) pour une violation de la *Charte* qui découle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Il en est ainsi « car le droit ne saurait paralyser l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière d'élaboration de politiques » (par. 40). Dans

variation on this, would reduce the threshold for s. 24(1) damages in this case to intentional conduct.

[127] In our view, however, the countervailing concerns raised by the Attorney General of British Columbia are misplaced in this case. Mr. Henry's case does not involve the exercise of prosecutorial discretion in the usual sense of the term or as it was discussed in cases such as *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, and *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339. The discretion at issue in those cases is the discretion to commence and pursue a prosecution. This is a wide discretion long acknowledged by the law. It is as difficult to exercise as it is vital to the effective prosecution of criminal cases. The common law has struck a balance that reflects these complex concerns by allowing claims to be brought against prosecutors for misuse of this discretion, but only if malice can be shown: *Miazga*, at para. 7.

[128] However, none of this applies to the prosecution's disclosure obligation. The legal duty on the Crown to disclose relevant evidence does not involve prosecutorial discretion in the sense discussed in *Nelles* and *Miazga*. This duty is not a discretionary function but a *legal obligation*: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 333; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, at paras. 17-18. This obligation is absolute, not discretionary, and it is one that Crown prosecutors take seriously. The only discretion left to the prosecutor is a limited operational discretion relating to timing, relevance in borderline cases, privilege and protection of witness identity. *Stinchcombe* states that matters falling within this limited discretion are

ce contexte, la Cour a indiqué dans l'arrêt *Ward* que l'intention malveillante pourrait constituer le seuil qui convient quand il s'agit de juger de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Notre collègue, le juge Moldaver, présente une variante qui abaisserait le seuil applicable à l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) en l'espèce à une conduite intentionnelle.

[127] Or, nous estimons que les préoccupations soulevées par le procureur général de la Colombie-Britannique pour faire contrepoids sont hors de propos en l'espèce. La cause de M. Henry ne porte pas sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public au sens où on l'entend normalement ou tel qu'il a été examiné dans des affaires comme *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, et *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339. Le pouvoir discrétionnaire en cause dans ces affaires était celui d'engager et de mener une poursuite. Il s'agit d'un large pouvoir discrétionnaire que le droit reconnaît depuis longtemps. L'exercice de ce pouvoir est difficile, mais il est vital pour assurer que les infractions criminelles sont efficacement poursuivies. La common law a trouvé un point d'équilibre qui tient compte de ces préoccupations complexes en permettant que des poursuites soient engagées contre les poursuivants qui exercent mal leur pouvoir discrétionnaire, mais uniquement dans les cas où la malveillance pourrait être établie : *Miazga*, par. 7.

[128] Aucun de ces principes ne s'applique toutefois à l'obligation du ministère public en matière de communication de la preuve pertinente. En effet, cette obligation légale qui incombe au ministère public ne fait pas intervenir le même pouvoir discrétionnaire que celui qu'a examiné la Cour dans les affaires *Nelles* et *Miazga*. En effet, cette obligation n'est pas une fonction discrétionnaire, mais une *obligation en droit* : *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 333; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, par. 17-18. Il s'agit d'une obligation absolue, et non discrétionnaire, que les procureurs de la Couronne prennent au sérieux. Le seul pouvoir discrétionnaire dont dispose le poursuivant est celui qui, sur le plan opérationnel, s'applique au moment

to be resolved by the trial judge. In other words, prosecutorial discretion with respect to the disclosure of evidence is limited in scope (to operational issues) and duration (the judge, not the prosecutor will make the final decision). It may be helpful to quote the relevant passages from *Stinchcombe*:

The prosecutor must retain a degree of discretion in respect of these matters. The discretion, which will be subject to review, should extend to such matters as excluding what is clearly irrelevant, withholding the identity of persons to protect them from harassment or injury, or to enforce the privilege relating to informers. The discretion would also extend to the timing of disclosure in order to complete an investigation. . . .

The discretion of Crown counsel is . . . reviewable by the trial judge. Counsel for the defence can initiate a review when an issue arises with respect to the exercise of the Crown's discretion. On a review the Crown must justify its refusal to disclose. Inasmuch as disclosure of all relevant information is the general rule, the Crown must bring itself within an exception to that rule. [pp. 335-36 and 340]

[129] Thus any prosecutorial discretion in the process is both limited and judicially controlled. An action for failure to disclose relevant evidence to the defence is different from an action for misuse of prosecutorial discretion in bringing or pursuing a prosecution. It is not an action for abuse of discretion, but an action for breach of a legal duty imposed by the *Charter*. Where this *Charter* duty is breached, it is the state and not the individual prosecutor who faces liability: *Ward*, at para. 22. The

où la preuve sera communiquée, à la pertinence dans les cas limites, au privilège et à la protection de l'identité des témoins. La Cour a affirmé dans l'arrêt *Stinchcombe* qu'il appartient au juge du procès de régler les questions qui relèvent de ce pouvoir discrétionnaire restreint. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de communication de la preuve a une portée (questions d'ordre opérationnel) et une durée (le juge, et non le poursuivant, est celui qui prend la décision définitive) limitées. Il peut être utile de citer les extraits pertinents de l'arrêt *Stinchcombe* :

Il faut que le poursuivant conserve un certain pouvoir discrétionnaire en la matière. Ce pouvoir discrétionnaire, qui est d'ailleurs susceptible de contrôle, devrait s'étendre notamment à l'exclusion des éléments qui ne sont manifestement pas pertinents, à la non-divulgence de l'identité de certaines personnes afin de les protéger contre le harcèlement ou des lésions corporelles, ou à l'application du privilège relatif aux indicateurs. Le pouvoir discrétionnaire s'exercerait en outre pour décider du moment de la divulgation afin que l'enquête puisse être menée à bonne fin. . .

Le pouvoir discrétionnaire du substitut du procureur général peut [. . .] faire l'objet d'un contrôle de la part du juge du procès. L'avocat de la défense a la possibilité d'exiger un tel contrôle dans chaque cas où se pose une question concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Dans le cadre de ce contrôle, le ministère public doit justifier son refus de divulguer les renseignements en question. Comme la règle générale consiste à divulguer tous les renseignements pertinents, il faut alors que le ministère public invoque l'application d'une exception à cette règle. [p. 336 et 340]

[129] En conséquence, tout exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public dans le processus de communication de la preuve est à la fois limité et contrôlé par les tribunaux. Il faut faire une distinction entre l'action pour défaut de communiquer à la défense la preuve pertinente et l'action dans laquelle le demandeur allègue que le ministère public a mal exercé son pouvoir discrétionnaire d'engager et de mener une poursuite : la première ne vise pas l'abus de pouvoir discrétionnaire, mais

focus is accordingly not on the fault of any particular individual, but on the failure to disclose. Where breaches of the duty to disclose occur, *Charter* liability flows from the constitutionally entrenched mechanisms that permit individuals to hold the state to account. This is distinct from tort liability, which imposes conduct-based thresholds to regulate tortious conduct as between individuals. Good governance is strengthened, not undermined, by holding the state to account where it fails to meet its *Charter* obligations. As Kent Roach has noted, “routine arguments that *Charter* damage awards adversely affect good governance discount the fact both deterrence and compliance with the *Charter* ‘is a foundation principle of good governance’”: “A Promising Late Spring for Charter Damages: *Ward v. Vancouver*” (2011), 29 *N.J.C.L.* 135, at p. 150, quoting *Ward*, at para. 38.

[130] Against this background, we return to the arguments of the Attorneys General of British Columbia and Canada that to allow damages for failure to disclose will chill the exercise of prosecutorial discretion, undermine the high threshold of malice for actions against prosecutors, and divert prosecutors from their proper functions by requiring them to participate in s. 24(1) actions. We conclude it would not.

[131] The concerns raised by the Attorneys General are all based on the assumption that disclosure is a matter of prosecutorial discretion as discussed in *Nelles* and *Miazga* — the discretion to commence and pursue a prosecution. But, as just discussed, this assumption is false. Prosecutors do not have discretion as to whether to disclose relevant evidence

plutôt le non-respect d’une obligation légale imposée par la *Charte*. Lorsqu’il y a manquement à cette obligation découlant de la *Charte*, c’est l’État et non le poursuivant à titre individuel qui peut être tenu responsable : *Ward*, par. 22. L’élément à examiner n’est donc pas une faute commise par un quelconque individu, mais le fait de ne pas avoir communiqué la preuve. Lorsqu’il y a manquement à l’obligation de communiquer la preuve, la responsabilité fondée sur la *Charte* découle des mécanismes protégés par la Constitution qui permettent à quiconque de tenir l’État responsable. Cette responsabilité se distingue de la responsabilité délictuelle dont les seuils établis en fonction de la conduite régissent les rapports délictueux entre individus. Tenir l’État responsable de ses manquements aux obligations découlant de la *Charte* renforce le bon gouvernement plutôt que de l’affaiblir. Ainsi que l’a souligné Kent Roach, [TRADUCTION] « les arguments usuels selon lesquels l’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* nuit au bon gouvernement ne tiennent pas compte du fait que la dissuasion et le respect de la *Charte* “constitue[nt] un principe fondamental de bon gouvernement” » : « A Promising Late Spring for Charter Damages : *Ward v. Vancouver* » (2011), 29 *R.N.D.C.* 135, p. 150, citant *Ward*, par. 38.

[130] Sur cette toile de fond, revenons aux arguments des procureurs généraux de la Colombie-Britannique et du Canada portant que l’attribution de dommages-intérêts pour défaut de communiquer des éléments de preuve aurait pour effet de paralyser l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public, de réduire le seuil élevé de la malveillance appliqué aux actions intentées contre les poursuivants et de détourner les poursuivants des fonctions qu’ils doivent exercer vu leur participation aux actions fondées sur le par. 24(1). Nous concluons que ce ne serait pas le cas.

[131] Les préoccupations soulevées par les procureurs généraux reposent toutes sur l’hypothèse que la communication des renseignements relève du pouvoir discrétionnaire du ministère public examiné dans les arrêts *Nelles* et *Miazga* — soit le pouvoir discrétionnaire d’engager et de mener une poursuite. Or, comme nous venons de le voir, cette

— they have a *legal duty* to disclose it. Their only discretion concerns peripheral matters relating to the timing of disclosure, privilege and whether a particular document is relevant — matters which are promptly resolved by trial judges.

[132] Recognizing Mr. Henry's claim will not chill the exercise of prosecutorial discretion. Nor will it change the high standard of malice for tort actions for misuse of prosecutorial discretion, since those actions are concerned with true exercises of prosecutorial discretion. And there is no reason to suppose that recognizing Mr. Henry's claim will divert prosecutors from their day-to-day work. Most issues of disclosure are settled at trial. In the rare case, like this one, where they arise after conviction, the prosecutor, if alive, may be called on to testify. The involvement of prosecutors is nonetheless likely to be limited. Since the prosecution is under a *legal duty* to disclose all relevant documents, the focus would be on the existence and relevance of the documents, not on the more complex questions of how discretion should have or could have been exercised.

[133] In summary, we are not persuaded that recognizing the right of Mr. Henry to claim damages for failure to disclose relevant documents will interfere with prosecutorial discretion, imperil the high threshold for suing prosecutors in cases like *Nelles* or *Miazga*, or divert prosecutors from their day-to-day work. The Attorney General of British Columbia's contention that these concerns constitute a countervailing consideration that should prevent Mr. Henry from bringing his action for *Charter* damages must, in our view, be rejected. There is

hypothèse est erronée. Les poursuivants n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de décider s'ils doivent communiquer les éléments de preuve pertinents — ils ont l'*obligation légale* de le faire. Le seul pouvoir discrétionnaire dont ils disposent porte sur les questions accessoires relatives au moment où la preuve est communiquée, au privilège et à la pertinence d'un document donné — questions que règlent rapidement les juges de première instance.

[132] Admettre la demande de M. Henry ne paralysera pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Cela ne changera pas non plus la norme élevée de malveillance qui s'applique aux actions en responsabilité délictuelle découlant du fait que le ministère public a mal exercé son pouvoir discrétionnaire, vu que ces actions s'intéressent à l'exercice véritable du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Rien ne permet non plus de croire qu'admettre la demande de M. Henry détournera les poursuivants de leurs tâches quotidiennes. La plupart des questions liées à la communication de la preuve sont réglées lors du procès. Dans les rares cas, comme en l'espèce, où elles sont soulevées après la condamnation, le poursuivant, en supposant qu'il soit toujours en vie, pourrait être appelé à témoigner. Il n'en reste pas moins que la participation des poursuivants sera vraisemblablement limitée. Vu l'*obligation légale* de la poursuite de communiquer tous les documents pertinents, les éléments à examiner sont l'existence et la pertinence des documents et non les questions plus complexes de savoir comment le ministère public aurait dû ou aurait pu exercer son pouvoir discrétionnaire.

[133] Bref, nous ne croyons pas que la reconnaissance du droit de M. Henry de réclamer des dommages-intérêts pour défaut de communiquer des éléments de preuve pertinents aura pour effet de toucher au pouvoir discrétionnaire du ministère public, de mettre en péril le seuil élevé requis pour engager des poursuites contre les poursuivants conformément aux arrêts *Nelles* et *Miazga*, ou de détourner les poursuivants de leurs tâches quotidiennes. L'argument du procureur général de la Colombie-Britannique selon lequel ces préoccupations constituent

thus no principled basis for imposing any threshold of fault or intention on Mr. Henry's claim for *Charter* damages, as our colleague Moldaver J. proposes to do.

[134] In our view, this is the right result in law and justice. Mr. Henry has suffered egregiously as a result, he alleges, of the state's breach of its legal obligation under the *Charter* to disclose all relevant documents to him when it should have. If he is denied the right to bring a claim for damages under s. 24(1) of the *Charter*, he may be denied any remedy. The legally desirable goals of compensation for wrong, vindication and deterrence elaborated in *Ward* will be unrealized.

[135] This result also upholds Canada's international obligations. Canada has committed itself internationally to compensating those who have been wrongfully convicted. Canada has ratified the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 ("ICCPR"), which provides, at art. 14(6):

When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed or he has been pardoned on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to law, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him.

[136] Parliament has not passed legislation to implement this obligation domestically. The obligation expressed in the *ICCPR* is therefore not directly enforceable in Canadian courts. However, our Court has stated many times that the *Charter* should be interpreted consistently with Canada's international obligations. This was reaffirmed most

des considérations faisant contrepoids qui devraient empêcher M. Henry d'intenter son action en dommages-intérêts en vertu de la *Charte* doit, à notre avis, être rejeté. Aucune raison de principe ne permet donc d'imposer un seuil fondé sur la faute ou l'intention à la réclamation en dommages-intérêts présentée par M. Henry en vertu de la *Charte*, comme notre collègue le juge Moldaver propose de le faire.

[134] Nous sommes d'avis que ce résultat est celui qui s'impose en droit et que commande la justice. Le grave préjudice qu'a subi M. Henry découle, à son avis, du fait que l'État ne s'est pas acquitté des obligations légales qui lui incombent en application de la *Charte* de lui communiquer tous les documents pertinents au moment opportun. S'il était privé du droit de présenter une réclamation en dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, il risquerait de n'obtenir aucune réparation et les objectifs souhaitables en droit d'indemnisation, de défense du droit en cause et de dissuasion dont il est question dans l'arrêt *Ward* ne seraient pas réalisés.

[135] Ce résultat respecte également les obligations internationales du Canada qui s'est engagé sur le plan international à indemniser les personnes injustement condamnées. En effet, il a ratifié le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (le « PIDCP »), lequel dispose au par. 14(6) que :

Lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée ou lorsque la grâce est accordée parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, la personne qui a subi une peine à raison de cette condamnation sera indemnisée, conformément à la loi, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou partie.

[136] Le législateur n'a édicté aucune loi pour intégrer cette obligation dans notre droit interne. L'obligation exprimée dans le PIDCP n'est donc pas directement susceptible d'exécution devant les tribunaux canadiens. Toutefois, la Cour a affirmé à plusieurs reprises que la *Charte* doit être interprétée d'une manière qui s'accorde avec les obligations

recently in *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 401, at para. 64:

LeBel J. confirmed in *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292, that in interpreting the *Charter*, the Court “has sought to ensure consistency between its interpretation of the *Charter*, on the one hand, and Canada’s international obligations and the relevant principles of international law, on the other”: para. 55. And this Court reaffirmed in *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2013] 3 S.C.R. 157, at para. 23, “the *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified”.

[137] Canada has committed itself to providing compensation to those who have been wrongfully convicted, as expressed in art. 14(6) of the *ICCPR*. Mr. Henry alleges that he was wrongfully convicted following a trial that was rendered unfair through violation of his right to disclosure. Section 24(1) authorizes the courts to award damages to compensate Mr. Henry for the harm suffered as a result of this *Charter* breach. It would be inconsistent with the international obligation undertaken by Canada through art. 14(6) of the *ICCPR* to predicate an award of damages under s. 24(1) on Mr. Henry’s ability to establish an intentional violation of his *Charter* rights. To require proof of intention would be to lower *Charter* protection below the level of protection found in an international human rights instrument that Canada has ratified. The commitment embodied in art. 14(6) thus further supports our conclusion that Mr. Henry need not establish fault to justify an award of damages under s. 24(1).

IV. Conclusion

[138] We would allow Mr. Henry’s appeal and grant his application to amend his pleadings to include a claim for *Charter* damages against the Attorney General of British Columbia in accordance

internationales du Canada, un principe qu’elle a ré-affirmé tout récemment au par. 64 de l’arrêt *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 401 :

Dans *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, le juge LeBel confirme que, en interprétant la *Charte*, la Cour « a tenté d’assurer la cohérence entre son interprétation de la *Charte*, d’une part, et les obligations internationales du Canada et les principes applicables du droit international, d’autre part » (par. 55). Puis, dans *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 23, la Cour confirme « qu’il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne ».

[137] Le Canada s’est engagé à indemniser les personnes injustement condamnées, comme le prévoit le par. 14(6) du PIDCP. M. Henry allègue qu’il a été injustement condamné au terme d’un procès rendu inéquitable en raison de la violation de son droit à la communication de la preuve. Le paragraphe 24(1) permet aux tribunaux de lui attribuer des dommages-intérêts afin de l’indemniser pour le préjudice qu’il a subi en raison de cette violation de la *Charte*. Faire reposer l’attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) sur la capacité de M. Henry d’établir que ses droits garantis par la *Charte* ont été intentionnellement violés serait contraire à l’obligation internationale contractée par le Canada et exprimée au par. 14(6) du PIDCP. Exiger une telle preuve d’intention réduirait la protection offerte par la *Charte* à un niveau moindre que celui qui figure dans un instrument international de défense des droits de la personne que le Canada a ratifié. L’engagement formulé au par. 14(6) étaye en outre notre conclusion portant que M. Henry n’a pas à prouver l’existence d’une faute pour justifier l’attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1).

IV. Conclusion

[138] Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi de M. Henry et de faire droit à sa demande d’autorisation visant à modifier ses actes de procédure de manière à y inclure une réclamation en

with these reasons. It is sufficient for Mr. Henry to allege that the Crown breached its constitutional obligation to disclose relevant information and that *Charter* damages would be an appropriate and just remedy, serving one or more of the functions of compensation, vindication and deterrence. Mr. Henry need not allege that the Crown breached its constitutional obligation intentionally, or with malice, in order to access *Charter* damages. His pleadings allege that significant non-disclosure resulted in wrongful convictions and 27 years of incarceration. There can be little doubt that, if these allegations are proven, damages would be “appropriate and just” under s. 24(1) of the *Charter*.

dommages-intérêts fondée sur la *Charte* et présentée contre le procureur général de la Colombie-Britannique, conformément aux présents motifs. Il suffira à M. Henry d’alléguer que le ministère public a contrevenu à son obligation constitutionnelle de communiquer les renseignements pertinents, et que l’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constituerait une réparation convenable et juste qui remplirait au moins l’une des fonctions que sont l’indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. M. Henry n’a pas à alléguer que le ministère public a contrevenu intentionnellement, ou avec malveillance, à son obligation constitutionnelle pour réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Selon les allégations de M. Henry, le refus de lui communiquer de nombreux éléments de preuve a donné lieu à des condamnations injustifiées et à 27 années d’incarcération. Si ces allégations sont prouvées, il est presque certain que des dommages-intérêts constitueront une réparation « convenable et juste » suivant le par. 24(1) de la *Charte*.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Farris Vaughan Wills & Murphy, Vancouver; Ritchie Sandford, Vancouver; A. Cameron Ward & Company, Vancouver.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia as represented by the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Montréal.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l’appelant : Farris Vaughan Wills & Murphy, Vancouver; Ritchie Sandford, Vancouver; A. Cameron Ward & Company, Vancouver.

Procureur de l’intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique représentée par le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l’intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Procureur de l’intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted: Dewart Gleason, Toronto.

Solicitors for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the British Columbia Civil Liberties Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Blake Cassels Graydon, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Stevensons, Toronto; Breese Davies Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Crown Counsel: Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureurs de l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted : Dewart Gleason, Toronto.

Procureurs des intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Blake Cassels Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Stevensons, Toronto; Breese Davies Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juristes de l'État : Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.

Lawson A. W. Hunter, Director of Investigation and Research of the Combines Investigation Branch, Michael J. Milton, Michael L. Murphy, J. Andrew McAlpine, and Antonio P. Marrocco, also known as Anthony P. Marrocco *Appellants*;

and

Southam Inc. *Respondent*.

File No.: 17569.

1983: November 22; 1984: September 17.

Present: Laskin C.J.* and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Unreasonable search and seizure — Combines Investigation Act search and seizure powers — Standards required for issuance of warrant — Standards not specified — Neutrality of arbiter issuing warrant — Whether search and seizure powers of Combines Investigation Act inconsistent with s. 8 of Charter and therefore of no force or effect — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 10(1), (3).

Pursuant to s. 10(1) of the *Combines Investigation Act*, the Director of Investigation and Research of the Combines Investigation Branch authorized several Combines Investigation officers to enter and examine documents and other things at a respondent's business premises in Edmonton "and elsewhere in Canada". The authorization was certified by a member of the Restrictive Trade Practices Commission pursuant to s. 10(3) of the Act. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was proclaimed after the authorization was made but before the actual search had begun. Respondent unsuccessfully sought an interim injunction pending trial of the question whether the search was in violation of s. 8 of the *Charter*—the unreasonable search and seizure provision. The Alberta Court of Appeal ordered all documents taken from the respondent's premises sealed as an interim measure and proceeded with the appeal on the basis that the issue of whether s. 10 was inconsistent

* The Chief Justice took no part in the judgment.

Lawson A. W. Hunter, directeur des enquêtes et recherches de la direction des enquêtes sur les coalitions, Michael J. Milton, Michael L. Murphy, J. Andrew McAlpine et Antonio P. Marrocco, aussi connu sous le nom de Anthony P. Marrocco *Appelants*;

et

Southam Inc. *Intimée*.

N° du greffe: 17569.

1983: 22 novembre; 1984: 17 septembre.

Présents: Le juge en chef Laskin* et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

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

Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Fouille, perquisition et saisie abusives — Pouvoirs en matière de fouille, de perquisition et de saisie conférés par la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Critères exigés pour la délivrance d'un mandat — Critères non spécifiés — Neutralité de l'arbitre qui décerne le mandat — Les pouvoirs en matière de fouille, de perquisition et de saisie que confère la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions sont-ils incompatibles avec l'art. 8 de la Charte et, par conséquent, inopérants? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 10(1), (3).

Conformément au par. 10(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, le directeur des enquêtes et recherches de la direction des enquêtes sur les coalitions a autorisé plusieurs fonctionnaires affectés aux enquêtes sur les coalitions à pénétrer dans les bureaux de l'intimée à Edmonton «et ailleurs au Canada» et à y examiner des documents et d'autres pièces. L'autorisation a été certifiée par un membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce conformément au par. 10(3) de la Loi. La *Charte canadienne des droits et libertés* a été promulguée après que l'autorisation eut été accordée mais avant que la perquisition ne débute réellement. L'intimée a sans succès cherché à obtenir une injonction provisoire en attendant l'instruction de la question de savoir si la perquisition violait l'art. 8 de la *Charte*—la disposition portant sur les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. À titre de mesure provisoire, la Cour d'appel de l'Alberta a ordonné que

* Le Juge en chef n'a pas pris part au jugement.

with the Constitution could have been properly dealt with as an application for summary judgment at first instance. Appellants appeal from that Court's finding that s. 10(3), and, by implication, s. 10(1) of the Act, were inconsistent with the *Charter* and therefore of no force or effect.

Held: The appeal should be dismissed.

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a purposive document, the provisions of which must be subjected to a purposive analysis. Section 8 of the *Charter* guarantees a broad and general right to be secure from unreasonable searches and seizures which extends at least so far as to protect the right of privacy from unjustified state intrusion. Its purpose requires that unjustified searches be prevented. It is not enough that a determination be made, after the fact, that the search should not have been conducted. This can only be accomplished by a requirement of prior authorization. Accordingly, prior authorization, where feasible, is a precondition for a valid search and seizure. It follows that warrantless searches are *prima facie* unreasonable under s. 8. The party seeking to justify a warrantless search bears the onus of rebutting the presumption of unreasonableness.

Section 10(3) of the *Combines Investigation Act* provides for prior authorization of searches by a member of the Restrictive Trade Practices Commission. The procedures established by s. 10(3), however, are constitutionally defective in two respects.

First, for the authorization procedure to be meaningful, it is necessary for the person authorizing the search to be able to assess the conflicting interests of the state and the individual in an entirely neutral and impartial manner. This means that while the person considering the prior authorization need not be a judge, he must nevertheless, at a minimum, be capable of acting judicially. *Inter alia*, he must not be someone charged with investigative or prosecutorial functions under the relevant statutory scheme. The significant investigatory functions bestowed upon the Restrictive Trade Practices Commission and its members by the Act vitiated a member's ability to act in a judicial capacity in authorizing a s. 10(3) search and seizure and do not accord

tous les documents saisis dans les locaux de l'intimée soient mis sous scellé et a procédé à l'audition de l'appel en tenant pour acquis que la question de savoir si l'art. 10 est incompatible avec la Constitution aurait pu de prime abord être considérée comme une requête visant à obtenir un jugement sommaire. Les appelants en appellent de la conclusion de cette cour portant que le par. 10(3) et, implicitement, le par. 10(1) de la Loi sont incompatibles avec la *Charte* et qu'ils sont, par conséquent, inopérants.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but, dont les dispositions doivent faire l'objet d'une analyse qui consiste à examiner le but visé. L'article 8 de la *Charte* garantit un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives qui va au moins jusqu'à assurer la protection du droit à la vie privée contre l'intrusion injustifiée de l'État. Son but exige que l'on prévienne les fouilles et les perquisitions injustifiées. Il n'est pas suffisant de déterminer, après le fait, qu'une fouille ou une perquisition n'aurait pas dû être effectuée. Cela ne peut se faire que par l'exigence d'une autorisation préalable. Par conséquent, une autorisation préalable, quand elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie. Il s'ensuit que les perquisitions sans mandat sont à première vue abusives en vertu de l'art. 8. Il incombe à la partie qui veut justifier une perquisition sans mandat de réfuter cette présomption du caractère abusif.

Le paragraphe 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* prévoit que les fouilles ou les perquisitions doivent être préalablement autorisées par un membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce. Toutefois, le processus établi par le par. 10(3) est, du point de vue constitutionnel, entaché de deux vices.

En premier lieu, pour que le processus d'autorisation ait un sens, il faut que la personne qui autorise la fouille ou la perquisition soit en mesure d'apprécier, d'une manière tout à fait neutre et impartiale, les droits opposés de l'État et du particulier. Cela signifie que même s'il n'est pas nécessaire que la personne qui examine l'autorisation préalable soit un juge, elle doit tout au moins être en mesure d'agir de façon judiciaire. Notamment, il ne doit pas s'agir d'une personne investie de pouvoirs d'enquête ou de poursuite en vertu du régime législatif pertinent. Les pouvoirs d'enquête importants conférés par la Loi à la Commission sur les pratiques restrictives du commerce et à ses membres ont pour effet d'empêcher un membre d'agir de façon judi-

with the neutrality and detachment necessary to balance the interests involved.

Second, reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard consistent with s. 8 of the *Charter* for authorizing searches and seizures. Subsections 10(1) and 10(3) of the Act do not embody such a requirement. They do not, therefore, measure up to the standard imposed by s. 8 of the *Charter*. The Court will not attempt to save the Act by reading into it the appropriate standards for issuing a warrant. It should not fall to the courts to fill in the details necessary to render legislative lacunae constitutional.

In the result, subss. 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act* are inconsistent with the *Charter* and of no force or effect because they fail to specify an appropriate standard for the issuance of warrants and designate an improper arbiter to issue them.

Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia, [1982] 2 S.C.R. 307, followed; *Petrofina Canada Ltd. v. Chairman, Restrictive Trade Practices Commission (No. 2)*, [1980] 2 F.C. 386, applied; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), adopted; *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275; *The Queen v. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (unreported, Ont. H. C., May 4, 1983); *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319; *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819); *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950); *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 80; *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, referred to.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal [1983] 3 W.W.R. 385, 147 D.L.R. (3d) 420, 24 Alta. L.R. (2d) 307, 42 A.R. 93, allowing an appeal (heard as a proper case to have been treated at first instance as an application for summary judgment) from a judgment of Cavanagh J. dismissing an application for an interim injunction pending trial of the matter in issue. Appeal dismissed.

ciaire lorsqu'il autorise une fouille, une perquisition ou une saisie en vertu du par. 10(3) et cadrent mal avec la neutralité et l'impartialité nécessaires pour déterminer la prépondérance des droits en jeu.

En second lieu, l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, qui s'applique à l'autorisation d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. Les paragraphes 10(1) et 10(3) de la Loi ne comportent pas une telle exigence. Par conséquent, ils ne satisfont pas au critère imposé par l'art. 8 de la *Charte*. La Cour ne tentera pas de sauver la Loi en y ajoutant, au moyen d'une interprétation large, les critères appropriés applicables à la délivrance d'un mandat. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails nécessaires pour rendre constitutionnelles les lacunes législatives.

En définitive, les par. 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* sont incompatibles avec la *Charte* et inopérants parce qu'ils ne spécifient aucun critère approprié applicable à la délivrance des mandats et parce qu'ils désignent un arbitre qui n'a pas les qualités voulues pour les décerner.

Jurisprudence: arrêt suivi: *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; arrêt appliqué: *Petrofina Canada Ltd. c. Le président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (N° 2)*, [1980] 2 C.F. 386; arrêt adopté: *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); arrêts mentionnés: *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275; *The Queen v. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (inédit, H. C. Ont., le 4 mai 1983); *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319; *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819); *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950); *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 80; *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta [1983] 3 W.W.R. 385, 147 D.L.R. (3d) 420, 24 Alta. L.R. (2d) 307, 42 A.R. 93, qui a accueilli l'appel (entendu comme une affaire qui pouvait de prime abord être considérée comme une requête visant à obtenir un jugement sommaire) interjeté à l'encontre du jugement du juge Cavanagh qui a rejeté une requête visant à obtenir une injonction provisoire en attendant l'instruction de la question en litige. Pourvoi rejeté.

Eric A. Bowie, Q.C., and Ingrid C. Hutton, Q.C., for the appellants.

A. H. Lefever and F. S. Kozak, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The Constitution of Canada, which includes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is the supreme law of Canada. Any law inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* so mandates. The constitutional question posed in this appeal is whether s. 10(3), and by implication s. 10(1), of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, (the “Act”) are inconsistent with s. 8 of the *Charter* by reason of authorizing unreasonable searches and seizures and are therefore of no force and effect.

I Background

Subsections 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act* provide:

10. (1) Subject to subsection (3), in any inquiry under this Act the Director [of Investigation and Research of the Combines Investigation Branch] or any representative authorized by him may enter any premises on which the Director believes there may be evidence relevant to the matters being inquired into and may examine any thing on the premises and may copy or take away for further examination or copying any book, paper, record or other document that in the opinion of the Director or his authorized representative, as the case may be, may afford such evidence.

(3) Before exercising the power conferred by subsection (1), the Director or his representative shall produce a certificate from a member of the [Restrictive Trade Practices] Commission, which may be granted on the *ex parte* application of the Director, authorizing the exercise of such power.

On April 13, 1982, in the course of an inquiry under the Act, the appellant Lawson A. W. Hunter, Director of Investigation and Research of the Combines Investigation Branch, authorized the

Eric A. Bowie, c.r., et Ingrid C. Hutton, c.r., pour les appelants.

A. H. Lefever et F. S. Kozak, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—La Constitution du Canada, qui contient la *Charte canadienne des droits et libertés*, est la loi suprême du Canada. Elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. C'est ce que prescrit le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La question constitutionnelle soulevée dans ce pourvoi est de savoir si le par. 10(3) et, implicitement, le par. 10(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23 (la «Loi») sont incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte* parce qu'ils autorisent des fouilles, des perquisitions et des saisies abusives, et s'ils sont par conséquent inopérants.

I Historique

Les paragraphes 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* prévoient:

10. (1) Sous réserve du paragraphe (3), dans une enquête tenue en vertu de la présente loi, le directeur [des enquêtes et recherches de la direction des enquêtes sur les coalitions] ou tout représentant qu'il a autorisé peut pénétrer dans tout local où le directeur croit qu'il peut exister des preuves se rapportant à l'objet de l'enquête, examiner toutes choses qui s'y trouvent et copier ou emporter pour en faire un plus ample examen ou pour en tirer des copies tout livre, document, archive ou autre pièce qui, de l'avis du directeur ou de son représentant autorisé, selon le cas, est susceptible de fournir une telle preuve.

(3) Avant d'exercer le pouvoir conféré par le paragraphe (1), le directeur ou son représentant doit produire un certificat d'un membre de la Commission [sur les pratiques restrictives du commerce], lequel peut être accordé à la demande *ex parte* du directeur, autorisant l'exercice de ce pouvoir.

Le 13 avril 1982, au cours d'une enquête tenue sous le régime de la Loi, l'appelant Lawson A. W. Hunter, directeur des enquêtes et recherches de la direction des enquêtes sur les coalitions, a autorisé

other appellants, Messrs. Milton, Murphy, McAlpine and Marroco, all Combines Investigation officers, to exercise his authority under s. 10 of the Act to enter and examine documents and other things at the business premises of the *Edmonton Journal*, a division of the respondent corporation, Southam Inc.

On April 16, 1982, in fulfilment of the requirement in s. 10(3) of the Act, Dr. Frank Roseman, a member of the Restrictive Trade Practices Commission, (the "R.T.P.C.") certified his authorization of this exercise of the Director's powers.

On April 17, 1982, the *Constitution Act, 1982*, incorporating the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was proclaimed. Section 8 of the *Charter* provides:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

On April 19, 1982 the officers presented their certified authorization at the premises of the *Edmonton Journal*. The English version of this certificate reads as follows:

In the matter of the Combines Investigation Act and section 33 and section 34(1)(c) thereof

and

in the matter of an Inquiry relating to the Production, Distribution and Supply of Newspapers and Related Products in Edmonton

TO: M. J. Milton
M. L. Murphy
J. A. McAlpine
A. P. Marrocco

being my representatives under section 10 of the Combines Investigation Act

You are hereby authorized to enter upon the premises hereinafter mentioned, on which I believe there may be evidence relevant to this inquiry, and examine anything thereon and copy or take away for copying any book, paper, record or other document that in your opinion may afford such evidence.

The premises referred to herein are those occupied by or on behalf of

Southam Inc.
10006-101 Street
Edmonton, Alberta

les autres appelants, MM. Milton, Murphy, McAlpine et Marroco, qui sont tous des fonctionnaires affectés aux enquêtes sur les coalitions, à exercer les pouvoirs qu'il a en vertu l'art. 10 de la Loi, de pénétrer dans les bureaux de l'*Edmonton Journal*, une branche de la société intimée Southam Inc., et d'y examiner des documents et d'autres pièces.

Le 16 avril 1982, conformément au par. 10(3) de la Loi, le Dr. Frank Roseman, membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (la CPRC) a délivré un certificat autorisant le directeur à exercer ces pouvoirs.

La *Loi constitutionnelle de 1982*, qui contient la *Charte canadienne des droits et libertés*, a été promulguée le 17 avril 1982. L'article 8 de la *Charte* prévoit:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Le 19 avril 1982, les fonctionnaires se sont rendus dans les locaux de l'*Edmonton Journal* en présentant leur autorisation certifiée. La version française de ce certificat se lit ainsi:

Au sujet de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et de l'article 33 et de l'alinéa 34(1)c) de cette loi

et

dans l'enquête concernant la production, la distribution et la fourniture de journaux et de produits connexes à Edmonton

À: M. J. Milton
M. L. Murphy
J. A. McAlpine
A. P. Marrocco

qui sont mes représentants en vertu de l'art. 10 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

Vous êtes par les présentes autorisés à pénétrer dans les locaux ci-après désignés, où je crois qu'il peut exister des preuves se rapportant à l'objet de cette enquête et à examiner toutes choses qui s'y trouvent et copier ou emporter pour en tirer des copies tout livre, document, archive ou autre pièce qui, à votre avis, est susceptible de fournir une telle preuve.

Les locaux dont il s'agit dans les présentes sont ceux occupés par ou pour le compte de

Southam Inc.
10006, 101^e rue
Edmonton (Alberta)

and elsewhere in Canada

This authorization is not valid after May 31, 1982.

Dated in Hull, in the Province of Quebec this 13th day of April 1982.

Lawson A.W. Hunter

Director of Investigation and Research
Combines Investigation Act

I hereby certify that the above exercise of powers is authorized pursuant to Section 10 of the Combines Investigation Act.

Dated in Ottawa, in the Province of Ontario, this 16th day of April, 1982.

Frank Roseman, Member,

Restrictive Trade Practices Commission

The authorization has a breathtaking sweep; it is tantamount to a licence to roam at large on the premises of Southam Inc. at the stated address "and elsewhere in Canada".

On April 20 the officers commenced the search. They said they wished to search every file of Southam Inc. at 10006 – 101 Street, Edmonton, except files in the news room but including all files of J. Patrick O'Callaghan, publisher of the *Edmonton Journal*. They declined to give the name of any person whose complaint had initiated the inquiry, or to say under which section of the Act the inquiry had been begun. They also declined to give more specific information as to the subject matter of the inquiry than that contained in the authorization to search.

At noon of April 20, Southam Inc. served upon the officers of the Combines Investigation Branch a notice of motion for an interim injunction. The application was heard by Cavanagh J. who held that although Southam had raised a serious question as to whether the search was in violation of s. 8 of the *Charter*, the balance of convenience militated in favour of denying the interlocutory injunction pending trial of the matter. At the hearing, the appellants maintained, unsuccessfully, that the Director of Investigation and Research, and his authorized representatives, acting pursuant to s. 10 of the Act were a "federal board, commission or other tribunal" within s. 2 of the *Federal Court*

et ailleurs au Canada

Cette autorisation n'est pas valide après le 31 mai 1982.

Daté à Hull, dans la province de Québec ce 13^e jour d'avril 1982.

Lawson A.W. Hunter

Directeur des enquêtes et recherches
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions

Je certifie que l'exercice des pouvoirs ci-dessus mentionnés est autorisé conformément à l'article 10 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

Daté à Ottawa, dans la province d'Ontario ce 16^e jour d'avril 1982.

Frank Roseman, membre

Commission sur les pratiques restrictives du commerce

L'autorisation a une portée renversante; elle équivaut à permettre de fouiller partout dans les locaux de Southam Inc. à l'adresse indiquée «et ailleurs au Canada».

Le 20 avril, les fonctionnaires ont commencé à perquisitionner. Ils ont dit vouloir fouiller chaque dossier de Southam Inc. au 10006 de la 101^e rue, Edmonton, sauf les dossiers se trouvant dans la salle des nouvelles, mais y compris tous les dossiers de J. Patrick O'Callaghan, éditeur de l'*Edmonton Journal*. Ils ont refusé de divulguer le nom des plaignants qui sont à l'origine de l'enquête ou d'indiquer en vertu de quel article de la Loi l'enquête a été ouverte. Ils ont également refusé de fournir, quant à l'objet de l'enquête, des renseignements plus précis que ceux qui sont contenus dans l'autorisation de perquisitionner.

Le 20 avril à midi, Southam Inc. a signifié aux fonctionnaires de la direction des enquêtes sur les coalitions un avis de requête visant à obtenir une injonction provisoire. La requête a été entendue par le juge Cavanagh qui a décidé que même si Southam avait soulevé une question importante quant à savoir si la perquisition violait l'art. 8 de la *Charte*, il était préférable de rejeter l'injonction interlocutoire en attendant l'instruction de l'affaire. À l'audience, les appelants ont fait valoir sans succès que le directeur des enquêtes et recherches et ses représentants autorisés constituent, lorsqu'ils agissent sous le régime de l'art. 10 de la Loi, un «office, commission ou autre tribunal fédé-

Act and that the Federal Court, not the provincial courts of Alberta, had jurisdiction.

Southam appealed to the Alberta Court of Appeal. The appellants also appealed, from that part of the judgment which held that the Alberta Court of Queen's Bench had jurisdiction. As an interim provision the Court of Appeal ordered that the documents taken from the premises of the *Edmonton Journal* be sealed pending resolution of the appeal. After hearing the parties, the Court held that the case was a proper one to have been treated at first instance as an application for summary judgment on the issues of (1) whether the Alberta courts or the Federal Court had jurisdiction to make the orders requested and (2) whether s. 10 of the *Act* was in whole or in part inconsistent with the provisions of the Constitution. The Court therefore directed that the appeal itself be heard on this basis. At the subsequent hearing, the judgment of this Court in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, having by then been delivered, the present appellants abandoned their challenge to the jurisdiction of the Alberta courts and addressed their arguments solely to the substantive issue of the constitutionality of s. 10 of the *Act*. A unanimous five-judge panel of the Alberta Court of Appeal, speaking through Prowse J.A., held that s. 10(3) and by implication s. 10(1), of the *Act* were inconsistent with the provisions of s. 8 of the *Charter* and therefore of no force or effect. It is from this ruling that the present appellants bring their appeal before this Court.

II The Positions of the Parties

A) The Respondent, Southam Inc.

In alleging that subss. 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act* are inconsistent with the right to be secure against unreasonable search and seizure, Southam Inc. relies heavily on the historic protections afforded by common law and by statute as defining the correct standard of reasonableness for purposes of s. 8 of the *Charter*. This was essentially the approach taken by Prowse J.A. when he said:

ral» au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* et que c'est la Cour fédérale qui a compétence et non les cours provinciales de l'Alberta.

Southam a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Alberta. Les appelants en ont également appelé de la partie du jugement où on conclut que la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a compétence. À titre de mesure provisoire, la cour d'appel a ordonné que les documents saisis dans les locaux de l'*Edmonton Journal* soient mis sous scellé jusqu'à ce que l'appel soit tranché. Après avoir entendu les parties, la cour a conclu qu'il s'agissait là d'un cas qui pouvait de prime abord être considéré comme une requête visant à obtenir un jugement sommaire sur les questions de savoir (1) si les cours de l'Alberta ou la Cour fédérale ont compétence pour rendre les ordonnances demandées et (2) si l'art. 10 de la *Loi* est, en totalité ou en partie, incompatible avec les dispositions de la Constitution. La cour a donc ordonné que l'appel lui-même soit entendu en fonction de ces questions. À l'audience subséquente, cette Cour ayant dans l'intervalle rendu l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, les appelants en l'espèce ont cessé de contester la compétence des cours de l'Alberta et ont limité leurs arguments à la question de la constitutionnalité de l'art. 10 de la *Loi*. Par la voix du juge Prowse, les cinq juges de la Cour d'appel de l'Alberta ont conclu à l'unanimité que le par. 10(3) et, implicitement, le par. 10(1) de la *Loi* sont incompatibles avec les dispositions de l'art. 8 de la *Charte* et qu'ils sont, par conséquent, inopérants. C'est de cette décision que les appelants en l'espèce font appel devant cette Cour.

II La position des parties

A) L'intimée Southam Inc.

Dans son allégation que les par. 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* sont incompatibles avec le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, Southam Inc. s'appuie fortement sur la protection offerte depuis longtemps par la *common law* et les textes de loi comme moyen de définir le critère exact du caractère raisonnable aux fins de l'art. 8 de la *Charte*. C'est essentiellement le point de vue adopté par le juge Prowse lorsqu'il affirme:

The roots of the right to be so secure are embedded in the common law and the safeguards according that right are found in common law, in statutes subsequently enacted, and in decisions of the courts made as the society in which we live has evolved. The expression of the right in a constitutional document reminds us of those roots and the tradition associated with the right. One would be presumptuous to assume that we have attained the zenith of our development as a civilization and that the right accorded an individual is frozen for eternity. Section 8, however, requires us to be ever mindful of some of the criteria that have been applied in the past in securing the right.

Applying this approach, Prowse J.A. concluded—correctly in Southam Inc.'s submission—that, absent exceptional circumstances, the provisions of s. 443 of the *Criminal Code*, which extends to investigations of *Criminal Code* offences the procedural safeguards the common law required for entries and searches for stolen goods, constitute the minimal prerequisites for reasonable searches and seizures in connection with the investigation of any criminal offence, including possible violations of the *Combines Investigation Act*. Prowse J.A. summarized these procedural safeguards in the following propositions:

- (a) the power to authorize a search and seizure is given to an impartial and independent person (at common law a justice) who is bound to act judicially in discharging that function,
- (b) that evidence must satisfy the justice that the person seeking the authority has reasonable ground to suspect that an offence had been committed,
- (c) that evidence must satisfy the justice that the person seeking the authority has reasonable grounds to believe, at common law, that stolen property may be on the premises or, under s. 443(1)(b), that something will afford evidence of an offence may be recovered, and
- (d) there must be evidence on oath before him.

Southam Inc. contends that subss. 10(1) and 10(3) fail to provide any of these safeguards. In its submission, the approval by a member of the

[TRANSLATION] Le droit à la protection tire son origine de la *common law* et les garanties de ce droit se trouvent dans la *common law*, dans les lois adoptées par la suite et dans les décisions que les cours ont rendues à mesure qu'évolue notre société. L'expression de ce droit dans un document constitutionnel nous rappelle cette origine et la tradition qui s'attachent à ce droit. Il serait présomptueux de croire que nous avons atteint l'apogée de notre évolution en tant que civilisation et que le droit accordé à une personne est immuable. Cependant, l'article 8 nous oblige à toujours nous rappeler certains des critères qui ont été appliqués dans le passé pour garantir ce droit.

Appliquant ce point de vue, le juge Prowse a conclu—à bon droit selon Southam Inc.—qu'à moins de circonstances exceptionnelles les dispositions de l'art. 443 du *Code criminel*, qui étendent aux enquêtes sur les infractions prévues au *Code criminel* les garanties en matière de procédure que la *common law* exige quant aux fouilles et aux perquisitions visant des biens volés, constituent les conditions préalables minimales pour que des fouilles, des perquisitions et des saisies soient raisonnables dans le cas d'une enquête portant sur une infraction criminelle et notamment sur des violations possibles de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Le juge Prowse a résumé ainsi ces garanties en matière de procédure:

- [TRANSLATION] a) le pouvoir d'autoriser une fouille, une perquisition et une saisie est attribué à une personne impartiale et indépendante (un juge de paix en *common law*) qui, dans l'exercice de cette fonction, est tenue d'agir de façon judiciaire,
- b) ces dépositions doivent convaincre le juge de paix que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction a été commise,
- c) ces dépositions doivent convaincre le juge de paix que la personne qui demande l'autorisation a, suivant la *common law*, des motifs raisonnables de croire que des biens volés peuvent se trouver dans les lieux ou que, suivant l'al. 443(1)b), il peut s'y trouver quelque chose qui fournira une preuve qu'une infraction a été perpétrée, et
- d) les dépositions présentées au juge de paix doivent être faites sous serment.

Southam Inc. soutient que les par. 10(1) et 10(3) n'offrent aucune de ces garanties. Selon elle, l'approbation par un membre de la CPRC de la

R.T.P.C. of the Director's decision to authorize search and seizure is not approval by an independent arbiter or neutral and impartial person. It argues further that subss. 10(1) and 10(3) do not require that the R.T.P.C. member be satisfied that the Director has reasonable grounds to suspect an offence has been committed or to believe there may be evidence at the place at which the Director wishes to search, nor does it require evidence under oath about these matters. In fact, Southam Inc. contends, as these subsections have been judicially interpreted in cases such as *Petrofina Canada Ltd. v. Chairman, Restrictive Trade Practices Commission (No. 2)*, [1980] 2 F.C. 386, they prevent the R.T.P.C. member from ascertaining or passing judgment on anything except that there is, *de facto*, an inquiry in progress under the Act, an interpretation which, in Southam's submission, constitutes the R.T.P.C. member as merely a "rubber stamp" for the Director's decision to authorize a search. For all these reasons, Southam submits, giving effect to subss. 10(1) and 10(3) could yield no other result than an unreasonable search and seizure.

B) The Appellants

The appellants take a different view. In their submission the constitutionality of s. 10 ought to be considered on the basis of whether its provisions could be applied consistently with the *Charter*. It is their contention that they can. In their view, approval by the R.T.P.C. member does constitute authorization by a neutral and impartial arbiter. They deny there is any reasonable apprehension of bias attaching to him or to his function in approving the Director's authorizations to enter and search premises. As to the further requirements cited by Prowse J.A. and amplified on by Southam Inc., the appellants implicitly deny that an easy parallel can be drawn between the offences set out in the *Criminal Code* and those created by the *Combines Investigation Act* so as to justify invoking the procedural safeguards in s. 443 as the proper standard of reasonableness for searches and seizures by the authorities in connection with these latter offences. In their submission combines

décision du directeur d'autoriser une perquisition et une saisie n'est pas une approbation émanant d'un arbitre indépendant ou d'une personne neutre et impartiale. Elle prétend en outre que les par. 10(1) et 10(3) n'exigent pas que le membre de la CPRC soit convaincu que le directeur a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction a été commise ou de croire qu'un élément de preuve peut se trouver à l'endroit où souhaite perquisitionner le directeur, ni qu'il y ait des dépositions sous serment concernant ces questions. En fait, Southam Inc. prétend que ces paragraphes, qui ont été interprétés dans des arrêts tels que *Petrofina Canada Ltd. c. Le président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (N° 2)*, [1980] 2 C.F. 386, empêchent le membre de la CPRC de tirer une conclusion ou de porter un jugement sur quoi que ce soit, si ce n'est qu'une enquête sous le régime de la Loi est réellement en cours, une interprétation qui, de l'avis de Southam, fait du membre de la CPRC un simple «mécanisme d'approbation» de la décision du directeur d'autoriser une fouille ou une perquisition. Pour tous ces motifs, soutient Southam, l'application des par. 10(1) et 10(3) ne peut mener qu'à une fouille, à une perquisition et à une saisie abusives.

B) Les appelants

Les appelants adoptent un point de vue différent. Selon eux, en examinant la constitutionnalité de l'art. 10 il faut se demander si ses dispositions peuvent être appliquées de manière compatible avec la *Charte*. Ils prétendent que oui. À leur avis, l'approbation par un membre de la CPRC constitue effectivement une autorisation par un arbitre neutre et impartial. Ils soutiennent qu'il n'y a pas lieu de craindre que le membre en question fasse preuve de partialité en approuvant l'autorisation du directeur de fouiller ou de perquisitionner dans un local. Quant aux autres exigences mentionnées par le juge Prowse et sur lesquelles Southam Inc. a mis l'accent, les appelants nient implicitement qu'on puisse aisément établir, entre les infractions énoncées au *Code criminel* et celles créées par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, un parallèle qui permette de prétendre que les garanties en matière de procédure qu'offre l'art. 443 constituent le critère applicable pour déterminer si

offences require specialized techniques for their detection and suppression. They say that for such offences, as compared to most other criminal offences, there is inherently less basis for certainty and specificity, both as to the commission of an offence and as to the existence of specific physical evidence in relation to such offence. In this context, they contend, s. 10 does not authorize "unreasonable" search or seizure. Further, the appellants argue, the wording of s. 10 does not prevent the R.T.P.C. member in appropriate cases from requiring, for instance, evidence under oath before he approves the Director's authorization. In any event, they maintain, it cannot be said that s. 10 is incapable of being applied in a manner which does not offend the Constitution, and it ought not, therefore, to be struck down. At most it ought to be read down so as to include any necessary procedural safeguards. In support, they cite the decision of Van Camp J. in *The Queen v. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (unreported, Ont. H.C., May 4, 1983).

III "Unreasonable" Search or Seizure

At the outset it is important to note that the issue in this appeal concerns the constitutional validity of a statute authorizing a search and seizure. It does not concern the reasonableness or otherwise of the manner in which the appellants carried out their statutory authority. It is not the conduct of the appellants, but rather the legislation under which they acted, to which attention must be directed.

As is clear from the arguments of the parties as well as from the judgment of Prowse J.A., the crux of this case is the meaning to be given to the term "unreasonable" in the s. 8 guarantee of freedom from unreasonable search or seizure. The guarantee is vague and open. The American courts have had the advantage of a number of specific prerequisites articulated in the Fourth Amendment to the United States Constitution, as well as a history

les fouilles, les perquisitions et les saisies effectuées par les autorités relativement à ce dernier type d'infractions sont raisonnables. Selon eux, il faut avoir recours à des techniques spécialisées pour déceler et supprimer les infractions en matière de coalitions. Ils affirment que, contrairement à la plupart des autres infractions criminelles, ces infractions comportent en soi moins de certitude et de spécificité pour ce qui est de leur perpétration et de l'existence de preuves matérielles précises les concernant. Dans ce contexte, ils prétendent que l'art. 10 ne permet pas d'effectuer des fouilles, des perquisitions ou des saisies «abusives». Les appelants soutiennent en outre que la formulation de l'art. 10 n'empêche pas le membre de la CPRC d'exiger dans les cas appropriés, par exemple, une déposition sous serment avant d'approuver l'autorisation du directeur. Quoi qu'il en soit selon eux, on ne peut pas dire que l'art. 10 n'est pas susceptible d'être appliqué d'une manière compatible avec la Constitution et cet article ne devrait donc pas être radié. Tout au plus il devrait recevoir une interprétation atténuée de manière à inclure toutes les garanties nécessaires en matière de procédure. À l'appui de cet argument, ils citent la décision du juge Van Camp dans l'affaire *The Queen v. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (inédite, H. C. Ont., le 4 mai 1983).

III Fouilles, perquisitions ou saisies «abusives»

Il importe d'abord de souligner que la question en litige dans ce pourvoi concerne la constitutionnalité d'une loi autorisant des fouilles, des perquisitions et des saisies. Elle ne concerne pas le caractère raisonnable ou autre de la façon dont les appelants ont exercé les pouvoirs qui leur sont conférés par la loi. Il faut se pencher non pas sur la conduite des appelants mais plutôt sur les textes de loi en vertu desquels ils ont agi.

Il ressort clairement des arguments des parties et du jugement du juge Prowse que le point capital en l'espèce est le sens qu'il faut donner au terme «abusives» que l'on trouve dans la formulation de la protection que garantit l'art. 8 contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. La garantie offerte est vague et générale. Les tribunaux américains ont bénéficié d'un certain nombre de conditions préalables précises énoncées dans le

of colonial opposition to certain Crown investigatory practices from which to draw out the nature of the interests protected by that Amendment and the kinds of conduct it proscribes. There is none of this in s. 8. There is no specificity in the section beyond the bare guarantee of freedom from "unreasonable" search and seizure; nor is there any particular historical, political or philosophic context capable of providing an obvious gloss on the meaning of the guarantee.

It is clear that the meaning of "unreasonable" cannot be determined by recourse to a dictionary, nor for that matter, by reference to the rules of statutory construction. The task of expounding a constitution is crucially different from that of construing a statute. A statute defines present rights and obligations. It is easily enacted and as easily repealed. A constitution, by contrast, is drafted with an eye to the future. Its function is to provide a continuing framework for the legitimate exercise of governmental power and, when joined by a *Bill* or a *Charter of Rights*, for the unremitting protection of individual rights and liberties. Once enacted, its provisions cannot easily be repealed or amended. It must, therefore, be capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers. The judiciary is the guardian of the constitution and must, in interpreting its provisions, bear these considerations in mind. Professor Paul Freund expressed this idea aptly when he admonished the American courts "not to read the provisions of the Constitution like a last will and testament lest it become one".

The need for a broad perspective in approaching constitutional documents is a familiar theme in Canadian constitutional jurisprudence. It is contained in Viscount Sankey's classic formulation in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, at p. 136, cited and applied in countless Canadian cases:

Quatrième amendement de la Constitution des États-Unis, ainsi que de l'opposition des colonies à certaines pratiques de la Couronne en matière d'enquête, ce qui leur a permis d'identifier la nature des droits protégés par cet amendement et le genre de conduite qu'il proscriit. On ne retrouve rien de cela à l'art. 8. Cet article n'offre rien de plus qu'une simple garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives»; il n'y a non plus aucun contexte historique, politique ou philosophique susceptible de préciser le sens de cette garantie.

Il est clair qu'on ne peut pas déterminer le sens du mot «abusives» au moyen d'un dictionnaire ou des règles d'interprétation des lois. L'interprétation d'une constitution est tout à fait différente de l'interprétation d'une loi. Une loi définit des droits et des obligations actuels. Elle peut être facilement adoptée et aussi facilement abrogée. Par contre, une constitution est rédigée en prévision de l'avenir. Elle vise à fournir un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale et, lorsqu'on y joint une *Déclaration* ou une *Charte des droits*, à la protection constante des droits et libertés individuels. Une fois adoptées, ses dispositions ne peuvent pas être facilement abrogées ou modifiées. Elle doit par conséquent être susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées. Les tribunaux sont les gardiens de la constitution et ils doivent tenir compte de ces facteurs lorsqu'ils interprètent ses dispositions. Le professeur Paul Freund a bien exprimé cette idée lorsqu'il a averti les tribunaux américains [TRADUCTION] «de ne pas interpréter les dispositions de la Constitution comme un testament de peur qu'elle ne le devienne».

La nécessité d'aborder dans une perspective d'ensemble les documents constitutionnels est un thème bien connu en droit constitutionnel canadien. Ce point de vue se retrouve dans la formulation classique du vicomte Sankey dans l'arrêt *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, à la p. 136, laquelle a été citée et appliquée dans d'innombrables décisions canadiennes:

The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada Their Lordships do not conceive it to be the duty of this Board—it is certainly not their desire—to cut down the provisions of the Act by a narrow and technical construction, but rather to give it a large and liberal interpretation.

More recently, in *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319, dealing with the Bermudian Constitution, Lord Wilberforce reiterated at p. 328 that a constitution is a document “sui generis, calling for principles of interpretation of its own, suitable to its character”, and that as such, a constitution incorporating a *Bill of Rights* calls for:

... a generous interpretation avoiding what has been called “the austerity of tabulated legalism,” suitable to give individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to.

Such a broad, purposive analysis, which interprets specific provisions of a constitutional document in the light of its larger objects is also consonant with the classical principles of American constitutional construction enunciated by Chief Justice Marshall in *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819). It is, as well, the approach I intend to take in the present case.

I begin with the obvious. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a purposive document. Its purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms; it is not in itself an authorization for governmental action. In the present case this means, as Prowse J.A. pointed out, that in guaranteeing the right to be secure from unreasonable searches and seizures, s. 8 acts as a limitation on whatever powers of search and seizure the federal or provincial governments already and otherwise possess. It does not in itself confer any powers, even of “reasonable” search and seizure,

[TRANSDUCTION] L'Acte de l'Amérique du Nord britannique a planté au Canada un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles. L'Acte avait pour objet de donner une Constitution au Canada . . . Leurs Seigneuries croient non pas que cette chambre a le devoir—ce n'est certainement pas là leur volonté—de restreindre la portée des dispositions de l'Acte par une interprétation étroite et littérale, mais plutôt qu'il lui incombe de lui donner une interprétation large et libérale.

Récemment, dans l'arrêt *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319, portant sur la Constitution des Bermudes, lord Wilberforce a réaffirmé à la p. 328 qu'une constitution est un document [TRANSDUCTION] «d'une espèce particulière qui requiert des règles d'interprétation qui lui sont propres, qui conviennent à sa nature», et que comme telle, une constitution qui contient une *Déclaration des droits* exige:

[TRANSDUCTION] . . . une interprétation libérale afin d'éviter ce qu'on a appelé «l'austérité du juridisme tabulaire» et de permettre aux particuliers de bénéficier pleinement des droits et libertés fondamentaux mentionnés.

Cette analyse générale qui consiste à examiner le but visé et à interpréter les dispositions particulières d'un document constitutionnel en fonction de ses objectifs plus larges est également compatible avec les règles classiques d'interprétation de la Constitution américaine énoncées par le juge en chef Marshall dans l'arrêt *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819). C'est également le point de vue que j'entends adopter en l'espèce.

Je commence par ce qui est évident. La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir. En l'espèce, cela signifie, comme l'a fait remarquer le juge Prowse de la Cour d'appel, qu'en garantissant le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, l'art. 8 a pour effet de limiter les pouvoirs quelconques de fouille, de perquisition et de saisie que possèdent déjà par ailleurs le gouvernement fédéral ou les gouvernements pro-

on these governments. This leads, in my view, to the further conclusion that an assessment of the constitutionality of a search and seizure, or of a statute authorizing a search or seizure, must focus on its "reasonable" or "unreasonable" impact on the subject of the search or the seizure, and not simply on its rationality in furthering some valid government objective.

Since the proper approach to the interpretation of the *Charter of Rights and Freedoms* is a purposive one, before it is possible to assess the reasonableness or unreasonableness of the impact of a search or of a statute authorizing a search, it is first necessary to specify the purpose underlying s. 8: in other words, to delineate the nature of the interests it is meant to protect.

Historically, the common law protections with regard to governmental searches and seizures were based on the right to enjoy property and were linked to the law of trespass. It was on this basis that in the great case of *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275, the Court refused to countenance a search purportedly authorized by the executive, to discover evidence that might link the plaintiff to certain seditious libels. Lord Camden prefaced his discussion of the rights in question by saying, at p. 1066 [19 St. Tr. 1029]:

The great end, for which men entered into society, was to preserve their property. That right is preserved sacred and incommunicable in all instances, where it has not been taken away or abridged by some public law for the good of the whole.

The defendants argued that their oaths as King's messengers required them to conduct the search in question and ought to prevail over the plaintiff's property rights. Lord Camden rejected this contention, at p. 291 [1 Wils. K.B. 275]:

vinciaux. Il ne confère en soi aucun pouvoir à ces gouvernements, pas même celui d'effectuer des fouilles, des perquisitions et des saisies «raisonnables». À mon avis, cela nous amène à conclure également que la constitutionnalité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie ou d'une loi autorisant une fouille, une perquisition ou une saisie doit être appréciée en fonction surtout de l'effet «raisonnable» ou «abusif» sur l'objet de la fouille, de la perquisition ou de la saisie et non simplement en fonction de sa rationalité dans la poursuite de quelque objectif gouvernemental valable.

Puisque la façon appropriée d'aborder l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* est de considérer le but qu'elle vise, il est d'abord nécessaire de préciser le but fondamental de l'art. 8 pour pouvoir évaluer le caractère raisonnable ou abusif de l'effet d'une fouille ou d'une perquisition ou d'une loi autorisant une fouille ou une perquisition: en d'autres termes, il faut d'abord délimiter la nature des droits qu'il vise à protéger.

Historiquement, la protection qu'offre la *common law* contre les fouilles, les perquisitions et les saisies effectuées par le gouvernement se fonde sur le droit de toute personne à la jouissance de ses biens et elle est liée au droit applicable en matière d'intrusion. C'est à partir de cela que, dans l'arrêt célèbre *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K. B. 275, la cour a refusé d'approuver une perquisition apparemment autorisée par le pouvoir exécutif en vue de chercher des éléments de preuve qui auraient pu relier le demandeur à certains libelles séditieux. Avant d'examiner les droits en question, lord Camden affirme, à la p. 1066 [19 St. Tr. 1029]:

[TRADUCTION] Les hommes ont formé une société dans le but ultime de protéger leurs biens. Ce droit est protégé, sacré et inaliénable dans tous les cas où il n'a été ni supprimé ni limité par une loi publique pour le bien de la collectivité.

Les défendeurs ont fait valoir que le serment qu'ils avaient prêté à titre de messagers du Roi les obligeaient à effectuer la perquisition en question et que cette obligation primait le droit de propriété du demandeur. Lord Camden a rejeté cet argument en affirmant, à la p. 291 [1 Wils. K. B. 275]:

... our law holds the property of every man so sacred, that no man can set his foot upon his neighbour's close without his leave: if he does he is a trespasser, though he does no damage at all; if he will tread upon his neighbour's ground, he must justify it by law.

Lord Camden could find no exception from this principle for the benefit of King's messengers. He held that neither the intrusions nor the purported authorizations were supportable on the basis of the existing law. That law would only have countenanced such an entry if the search were for stolen goods and if authorized by a justice on the basis of evidence upon oath that there was "strong cause" to believe the goods were concealed in the place sought to be searched. In view of the lack of proper legal authorization for the governmental intrusion, the plaintiff was protected from the intended search and seizure by the ordinary law of trespass.

In my view the interests protected by s. 8 are of a wider ambit than those enunciated in *Entick v. Carrington*. Section 8 is an entrenched constitutional provision. It is not therefore vulnerable to encroachment by legislative enactments in the same way as common law protections. There is, further, nothing in the language of the section to restrict it to the protection of property or to associate it with the law of trespass. It guarantees a broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure.

The Fourth Amendment of the United States Constitution, also guarantees a broad right. It provides:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Construing this provision in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), Stewart J. delivering the

[TRANSLATION] ... notre droit considère que la propriété de chacun est à ce point inviolable que nul ne peut mettre le pied sur la clôture de son voisin sans sa permission; s'il le fait, il devient un intrus même s'il ne cause aucun dommage; s'il pose les pieds sur le terrain de son voisin, il doit en répondre devant la loi.

Lord Camden n'a pu trouver aucune exception à ce principe qui aurait joué en faveur des messagers du Roi. Il a conclu que ni les intrusions ni les prétendues autorisations n'étaient justifiables compte tenu du droit alors en vigueur. Ce droit n'aurait permis une telle entrée que si la perquisition avait eu pour but de chercher des biens volés et que si elle avait été autorisée par un juge de paix sur la foi d'une déposition faite sous serment portant qu'il y avait une «raison sérieuse» de croire que les biens étaient cachés à l'endroit de la perquisition. Vu l'absence de dispositions légales appropriées autorisant l'intrusion gouvernementale, le demandeur était protégé contre la perquisition et la saisie qu'on se proposait d'effectuer par les règles de droit ordinairement applicables en matière d'intrusion.

À mon avis, les droits protégés par l'art. 8 ont une portée plus large que ceux qui sont énoncés dans l'arrêt *Entick v. Carrington*. L'article 8 est une disposition constitutionnelle enchâssée. Les textes législatifs ne peuvent donc pas empiéter sur cet article de la même façon que sur la protection offerte par la *common law*. En outre, le texte de l'article ne le limite aucunement à la protection des biens ni ne l'associe au droit applicable en matière d'intrusion. Il garantit un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Le Quatrième amendement de la Constitution des États-Unis garantit également un droit général. Il prévoit:

[TRANSLATION] Le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personnes, domiciles, papiers et effets, contre des perquisitions et saisies abusives ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est pour un motif plausible, soutenu par serment ou affirmation, ni sans qu'il décrive avec précision le lieu à fouiller et les personnes ou choses à saisir.

Interprétant cette disposition dans l'arrêt *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), le juge

majority opinion of the United States Supreme Court declared at p. 351 that "the Fourth Amendment protects people, not places". Justice Stewart rejected any necessary connection between that Amendment and the notion of trespass. With respect, I believe this approach is equally appropriate in construing the protections in s. 8 of the *Charter of Rights and Freedoms*.

In *Katz*, Stewart J. discussed the notion of a right to privacy, which he described at p. 350 as "his right to be let alone by other people". Although Stewart J. was careful not to identify the Fourth Amendment exclusively with the protection of this right, nor to see the Amendment as the only provision in the Bill of Rights relevant to its interpretation, it is clear that this notion played a prominent role in his construction of the nature and the limits of the American constitutional protection against unreasonable search and seizure. In the Alberta Court of Appeal, Prowse J. A. took a similar approach to s. 8, which he described as dealing "with one aspect of what has been referred to as the right of privacy, which is the right to be secure against encroachment upon the citizens' reasonable expectation of privacy in a free and democratic society".

Like the Supreme Court of the United States, I would be wary of foreclosing the possibility that the right to be secure against unreasonable search and seizure might protect interests beyond the right of privacy, but for purposes of the present appeal I am satisfied that its protections go at least that far. The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from "unreasonable" search and seizure, or positively as an entitlement to a "reasonable" expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in

Stewart qui a prononcé le jugement de la Cour suprême des États-Unis à la majorité déclare, à la p. 351, que [TRADUCTION] «le Quatrième amendement protège les personnes et non les lieux». Il a rejeté tout lien nécessaire entre cet amendement et le concept d'intrusion. Avec égards, j'estime que ce point de vue est également applicable à l'interprétation de la protection offerte par l'art. 8 de la *Charte des droits et libertés*.

Dans l'arrêt *Katz*, le juge Stewart a analysé la notion de droit à la vie privée qu'il décrit, à la p. 350, comme [TRADUCTION] «son droit de ne pas être importuné par autrui». Même si le juge Stewart a pris soin de ne pas assimiler le Quatrième amendement exclusivement à la protection de ce droit, ni de considérer cet amendement comme l'unique disposition de la Déclaration des droits applicable à son interprétation, il est clair que cette notion a joué un rôle important dans son interprétation de la nature et des limites de la protection offerte par la Constitution américaine contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Le juge Prowse de la Cour d'appel de l'Alberta a adopté un point de vue semblable concernant l'art. 8 qui, selon lui, porte [TRADUCTION] «sur un aspect de ce qu'on a appelé le droit à la vie privée, c'est-à-dire le droit d'être protégé contre les atteintes aux attentes raisonnables des citoyens en matière de vie privée, dans une société libre et démocratique».

À l'instar de la Cour suprême des États-Unis, j'hésiterais à exclure la possibilité que le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives protège d'autres droits que le droit à la vie privée mais, pour les fins du présent pourvoi, je suis convaincu que la protection qu'il offre est au moins aussi étendue. La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné

order to advance its goals, notably those of law enforcement.

The question that remains, and the one upon which the present appeal hinges, is how this assessment is to be made. When is it to be made, by whom and on what basis? Here again, I think the proper approach is a purposive one.

A) When is the Balance of Interests to be Assessed?

If the issue to be resolved in assessing the constitutionality of searches under s. 10 were in fact the governmental interest in carrying out a given search outweighed that of the individual in resisting the governmental intrusion upon his privacy, then it would be appropriate to determine the balance of the competing interests after the search had been conducted. Such a *post facto* analysis would, however, be seriously at odds with the purpose of s. 8. That purpose is, as I have said, to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy. That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation.

A requirement of prior authorization, usually in the form of a valid warrant, has been a consistent prerequisite for a valid search and seizure both at common law and under most statutes. Such a requirement puts the onus on the state to demonstrate the superiority of its interest to that of the individual. As such it accords with the apparent intention of the *Charter* to prefer, where feasible, the right of the individual to be free from state interference to the interests of the state in advancing its purposes through such interference.

par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

La question qui reste à trancher et dont dépend l'issue du présent pourvoi est de savoir comment cette appréciation doit être faite. Quand doit-elle être faite, par qui et en fonction de quoi? Une fois de plus, je crois qu'il convient d'examiner le but visé.

A) Quand faut-il apprécier la prépondérance des droits?

Si la question à résoudre en appréciant la constitutionnalité des fouilles et des perquisitions effectuées en vertu de l'art. 10 était de savoir si en fait le droit du gouvernement d'effectuer une fouille ou une perquisition donnée l'emporte sur celui d'un particulier de résister à l'intrusion du gouvernement dans sa vie privée, il y aurait alors lieu de déterminer la prépondérance des droits en concurrence après que la perquisition a été effectuée. Cependant, une telle analyse après le fait entrerait sérieusement en conflit avec le but de l'art. 8. Comme je l'ai déjà dit, cet article a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée. Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente.

L'exigence d'une autorisation préalable, qui prend habituellement la forme d'un mandat valide, a toujours été la condition préalable d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie valides sous le régime de la *common law* et de la plupart des lois. Une telle exigence impose à l'État l'obligation de démontrer la supériorité de son droit par rapport à celui du particulier. Comme telle, elle est conforme à l'esprit apparent de la *Charte* qui est de préférer, lorsque cela est possible, le droit des particuliers de ne pas subir l'ingérence de l'État au droit de ce dernier de poursuivre ses fins par une telle ingérence.

I recognize that it may not be reasonable in every instance to insist on prior authorization in order to validate governmental intrusions upon individuals' expectations of privacy. Nevertheless, where it is feasible to obtain prior authorization, I would hold that such authorization is a precondition for a valid search and seizure.

Here also, the decision in *Katz, supra*, is relevant. In *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950), the Supreme Court of the United States had held that a search without warrant was not *ipso facto* unreasonable. Seventeen years later, however, in *Katz*, Stewart J. concluded that a warrantless search was *prima facie* "unreasonable" under the Fourth Amendment. The terms of the Fourth Amendment are not identical to those of s. 8 and American decisions can be transplanted to the Canadian context only with the greatest caution. Nevertheless, I would in the present instance respectfully adopt Stewart J.'s formulation as equally applicable to the concept of "unreasonableness" under s. 8, and would require the party seeking to justify a warrantless search to rebut this presumption of unreasonableness.

In the present case the appellants make no argument that it is unfeasible or unnecessary to obtain prior authorization for the searches contemplated by the *Combines Investigation Act* and, in my view, no such argument could be made. I would therefore conclude that in the absence of a valid procedure for prior authorization searches conducted under the Act would be unreasonable. In the event, s. 10(3) does purport to establish a requirement for prior authorization, specifying, as it does, that searches and seizures conducted under s. 10(1) must be authorized by a member of the R.T.P.C. The question then becomes whether s. 10(3) provides for an acceptable prior authorization procedure.

B) Who Must Grant the Authorization?

The purpose of a requirement of prior authorization is to provide an opportunity, before the event, for the conflicting interests of the state and the individual to be assessed, so that the individu-

Je reconnais qu'il n'est peut-être pas raisonnable dans tous les cas d'insister sur l'autorisation préalable aux fins de valider des atteintes du gouvernement aux expectatives des particuliers en matière de vie privée. Néanmoins, je suis d'avis de conclure qu'une telle autorisation, lorsqu'elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie.

Ici encore, l'arrêt *Katz*, précité, est pertinent. Dans l'arrêt *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950), la Cour suprême des États-Unis avait jugé qu'une perquisition sans mandat n'était pas *ipso facto* abusive. Mais dix-sept ans plus tard, le juge Stewart a conclu dans l'arrêt *Katz* qu'une perquisition sans mandat était à première vue « abusive » en vertu du Quatrième amendement. Les termes de ce Quatrième amendement diffèrent de ceux de l'art. 8 et on ne peut transposer les décisions américaines dans le contexte canadien qu'avec énormément de prudence. Avec égards, néanmoins, je suis d'avis d'adopter en l'espèce la formulation du juge Stewart qui s'applique pareillement au concept du « caractère abusif » que l'on trouve à l'art. 8, et j'estime que la partie qui veut justifier une perquisition sans mandat doit réfuter cette présomption du caractère abusif.

En l'espèce, les appelants ne prétendent pas qu'il est impossible ou inutile d'obtenir une autorisation avant d'effectuer les fouilles ou les perquisitions envisagées par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et, à mon avis, un tel argument ne tiendrait pas. Je conclus par conséquent qu'en l'absence d'un processus valide d'autorisation préalable les perquisitions effectuées en vertu de la Loi sont abusives. En réalité, le par. 10(3) visé à établir l'exigence d'une autorisation préalable en précisant que les fouilles, les perquisitions et les saisies effectuées en vertu du par. 10(1) doivent être autorisées par un membre de la CPRC. Il s'agit alors de savoir si le par. 10(3) prévoit un processus d'autorisation préalable acceptable.

B) Qui doit accorder l'autorisation?

L'exigence d'une autorisation préalable vise à donner l'occasion, avant le fait, d'apprécier les droits opposés de l'État et du particulier, de sorte qu'on ne puisse porter atteinte au droit du particu-

al's right to privacy will be breached only where the appropriate standard has been met, and the interests of the state are thus demonstrably superior. For such an authorization procedure to be meaningful it is necessary for the person authorizing the search to be able to assess the evidence as to whether that standard has been met, in an entirely neutral and impartial manner. At common law the power to issue a search warrant was reserved for a justice. In the recent English case of *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 80, Viscount Dilhorne suggested at p. 87 that the power to authorize administrative searches and seizures be given to "a more senior judge". While it may be wise, in view of the sensitivity of the task, to assign the decision whether an authorization should be issued to a judicial officer, I agree with Prowse J.A. that this is not a necessary precondition for safeguarding the right enshrined in s. 8. The person performing this function need not be a judge, but he must at a minimum be capable of acting judicially.

In *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, this Court had occasion to discuss the difference between an administrative and a judicial function in the authorization of a search and seizure. The *Income Tax Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 63, as amended, confers upon the Minister a number of powers including, in s. 231(4), the power under certain conditions to authorize the entry and search of buildings. At p. 507 the Court described the Minister's powers as "fundamentally administrative", going on to explain:

The power he exercises under s. 231(4) is properly characterized as investigatory, rather than adjudicatory. He will collect material and advice from many sources. In deciding whether to exercise the right . . . [to authorize entry and search], he will be governed by many considerations, dominant among which is the public interest and his duty as an executive officer of the government to administer the Act to the best of his ability. The decision to seek authority to enter and

lier à la vie privée que si l'on a satisfait au critère approprié, et si la supériorité des intérêts de l'État peut être démontrée. Pour qu'un tel processus d'autorisation ait un sens, il faut que la personne qui autorise la fouille ou la perquisition soit en mesure d'apprécier, d'une manière tout à fait neutre et impartiale, la preuve offerte quant à la question de savoir si on a satisfait à ce critère. En *common law*, le pouvoir de décerner un mandat de perquisition était réservé à un juge de paix. Dans l'arrêt anglais récent *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 80, le vicomte Dilhorne laisse entendre, à la p. 87, que le pouvoir d'autoriser des fouilles, des perquisitions et des saisies administratives doit être confié à [TRANSDUCTION] «un juge expérimenté». Bien qu'il puisse être sage, vu la nature délicate de cette tâche, de confier à un fonctionnaire judiciaire la décision d'accorder une autorisation, je suis d'accord avec le juge Prowse pour dire qu'il ne s'agit pas d'une condition préalable nécessaire pour sauvegarder le droit enchâssé à l'art. 8. Il n'est pas nécessaire que la personne qui exerce cette fonction soit un juge, mais elle doit au moins être en mesure d'agir de façon judiciaire.

Dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, cette Cour a eu l'occasion d'analyser la différence entre une fonction administrative et une fonction judiciaire dans l'autorisation d'une perquisition et d'une saisie. La *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et ses modifications, confère au Ministre un certain nombre de pouvoirs, notamment celui prévu au par. 231(4) de donner, à certaines conditions, l'autorisation d'entrer et de perquisitionner dans des bâtiments. À la p. 507 la Cour a décrit les pouvoirs du Ministre comme étant «fondamentalement de nature administrative», puis elle ajoute:

On peut qualifier à bon droit le pouvoir qu'il exerce en vertu du par. 231(4) de pouvoir d'enquête plutôt que de décision. Il recueille des documents et des informations de multiples sources. Sa décision d'exercer le droit . . . [d'autoriser l'entrée et la perquisition] sera influencée par bien des considérations dont les principales sont l'intérêt public et son devoir d'agent du pouvoir exécutif d'appliquer la Loi de son mieux. La décision de chercher à obtenir l'autorisation de perquisitionner sera comman-

search will be guided by public policy and expediency, having regard to all the circumstances.

The Court contrasted these powers with the judicial powers which s. 231(4) conferred on a judge of the superior or county court to approve the Minister's authorization.

Under the scheme envisaged by s. 10 of the *Combines Investigation Act* it is clear that the Director exercises administrative powers analogous to those of the Minister under s. 231(4) of the *Income Tax Act*. They too are investigatory rather than adjudicatory, with his decision to seek approval for an authorization to enter and search premises equally guided by considerations of expediency and public policy. But what of the member of the R.T.P.C. whom s. 10(3) empowers to approve the Director's authorization? Is his function investigatory or adjudicatory? In the Alberta Court of Appeal Prowse J.A. carefully reviewed the respective powers of the Director and the Commission and concluded that the Act was not entirely successful in separating the role of the Director as investigator and prosecutor from that of the Commission as adjudicator. In his view circumstances may arise under the Act where "the Director is acting as investigator and prosecutor and the Commission is acting as investigator and judge with respect to breaches of the Act". Southam Inc. summarizes and enlarges upon Prowse J.A.'s analysis, producing the following list of investigatory functions bestowed upon the Commission or one of its members by the Act:

- (i) the power in s. 47 to instruct the Director to commence a s. 8 inquiry;
- (ii) the power to cause evidence to be gathered pursuant to ss. 9, 10, 12 and 17;
- (iii) the power to issue a s. 17 order;
- (iv) the power under ss. 17, 22(2)(b) to seek further or better evidence after the Commission has commenced a hearing;

dée par l'intérêt public et l'opportunité, compte tenu de toutes les circonstances.

La Cour a comparé ces pouvoirs avec le pouvoir d'approuver l'autorisation du Ministre que le par. 231(4) confère au juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté.

Il ressort clairement de l'économie de l'art. 10 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* que le directeur exerce des pouvoirs administratifs analogues à ceux que le par. 231(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* confère au Ministre. Il s'agit également de pouvoirs d'enquête plutôt que de décision, sa décision de demander l'approbation d'une autorisation d'entrer et de perquisitionner dans des lieux étant également dictée par des motifs de convenance et d'intérêt public. Mais qu'en est-il du membre de la CPRC qui est habilité par le par. 10(3) à approuver l'autorisation du directeur? Exerce-t-il un pouvoir d'enquête ou de décision? Le juge Prowse de la Cour d'appel de l'Alberta a soigneusement examiné les pouvoirs respectifs du directeur et de la Commission et il a conclu que la Loi n'a pas tout à fait réussi à séparer le rôle du directeur en tant qu'enquêteur et poursuivant de celui de la Commission en tant que juge. À son avis, il peut se présenter des circonstances sous le régime de la Loi où [TRADUCTION] «le directeur agit en qualité d'enquêteur et de poursuivant et [où] la Commission agit en qualité d'enquêteur et de juge relativement à des infractions à la Loi». Southam Inc. a résumé et traité longuement l'analyse du juge Prowse et elle a produit la liste suivante des pouvoirs d'enquête que la Loi confère à la Commission ou à l'un de ses membres:

- i) le pouvoir conféré par l'art. 47 d'enjoindre au directeur d'ouvrir une enquête visée à l'art. 8.;
- ii) le pouvoir conféré par les art. 9, 10, 12 et 17 de faire recueillir des éléments de preuve;
- iii) le pouvoir de rendre une ordonnance visée à l'art. 17;
- iv) le pouvoir conféré par l'art. 17 et l'al. 22(2)b) de demander la production d'éléments de preuve additionnels ou meilleurs après que la Commission a ouvert une enquête;

(v) the power under s. 22(2)(b) after commencing a hearing and receiving evidence to direct the Director to make further inquiry and, in effect, to go back to the investigatory stage;

(vi) the power under s. 22(2)(c) to compel the Director to turn over to the R.T.P.C. copies of all books, papers, records or other documents obtained by the Director in such further inquiry;

(vii) the power under s. 27.1 to order the Director to give evidence before any other federal board, commission or other tribunal;

(viii) the power under s. 45.1 to seek production of statistics for evidence in an inquiry;

(ix) the power to deliver to the Director all books, papers, records or other documents produced on a s. 17 hearing;

(x) the power under s. 13 to request the appointment and instruction of counsel to assist in the inquiry.

In my view, investing the Commission or its members with significant investigatory functions has the result of vitiating the ability of a member of the Commission to act in a judicial capacity when authorizing a search or seizure under s. 10(3). This is not, of course, a matter of impugning the honesty or good faith of the Commission or its members. It is rather a conclusion that the administrative nature of the Commission's investigatory duties (with its quite proper reference points in considerations of public policy and effective enforcement of the Act) ill-accords with the neutrality and detachment necessary to assess whether the evidence reveals that the point has been reached where the interests of the individual must constitutionally give way to those of the state. A member of the R.T.P.C. passing on the appropriateness of a proposed search under the *Combines Investigation Act* is caught by the maxim *nemo judex in sua causa*. He simply cannot be the impartial arbiter necessary to grant an effective authorization.

On this basis alone I would conclude that the prior authorization mandated by s. 10(3) of the

v) le pouvoir conféré par l'al. 22(2)b) d'enjoindre au directeur de faire plus ample enquête et, en fait, de retourner au stade de l'enquête et ce, après l'ouverture de l'enquête et la production d'éléments de preuve;

vi) le pouvoir conféré par l'al. 22(2)c) d'enjoindre au directeur de soumettre à la CPRC des copies de tous les livres, pièces, archives ou autres documents qu'il a obtenus au cours de cette plus ample enquête;

vii) le pouvoir conféré par l'art. 27.1 d'enjoindre au directeur de déposer devant tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral;

viii) le pouvoir conféré par l'art. 45.1 de demander la production de statistiques pour fins de preuve au cours d'une enquête;

ix) le pouvoir de remettre au directeur tous les livres, documents, archives ou autres pièces produits au cours d'une audience prévue à l'art. 17;

x) le pouvoir conféré par l'art. 13 de demander de nommer un avocat et de le charger d'aider à l'enquête.

À mon avis, l'attribution à la Commission ou à ses membres de pouvoirs d'enquête importants a pour effet d'empêcher le membre de la Commission d'agir de façon judiciaire lorsqu'il autorise une fouille, une perquisition ou une saisie en vertu du par. 10(3). Il ne s'agit pas, bien sûr, de mettre en doute l'honnêteté ou la bonne foi de la Commission ou de ses membres. C'est là plutôt une conclusion que la nature administrative des devoirs d'enquête de la Commission (qui a comme points de référence appropriés l'intérêt public et l'application efficace de la Loi) cadre mal avec la neutralité et l'impartialité nécessaires pour évaluer si la preuve révèle qu'on a atteint un point où les droits du particulier doivent constitutionnellement céder le pas à ceux de l'État. Un membre de la CPRC qui examine l'opportunité de procéder à une perquisition en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est touché par la maxime *nemo judex in sua causa*. Il ne peut tout simplement pas être l'arbitre impartial nécessaire pour accorder une autorisation valable.

Pour ce seul motif, je suis d'avis de conclure que l'autorisation préalable exigée par le par. 10(3) de

Combines Investigation Act is inadequate to satisfy the requirement of s. 8 of the *Charter* and consequently a search carried out under the authority of subss. 10(1) and 10(3) is an unreasonable one. Since, however, the Alberta Court of Appeal found other, perhaps even more serious defects in these provisions I pass on to consider whether even if s. 10(3) did specify a truly neutral and detached arbiter to authorize searches it would nevertheless remain inconsistent with s. 8 of the *Charter*.

C) On What Basis must the Balance of Interests be Assessed?

Section 10 is terse in the extreme on the subject of criteria for issuing an authorization for entry, search and seizure. Section 10(3) merely states that an R.T.P.C. member may grant an authorization *ex parte*. The only explicit criteria for granting such an authorization are those mentioned in s. 10(1), namely: (1) that an inquiry under the Act must be in progress, and (2) that the Director must believe that the premises may contain relevant evidence.

In cases argued before passage of the *Charter of Rights and Freedoms* the courts took a narrow view of what s. 10 required or permitted the R.T.P.C. member to consider when asked to authorize search and seizure. In *Petrofina Canada Ltd. v. Chairman, Restrictive Trade Practices Commission (No. 2)*, *supra*, the applicant challenged authorizations under ss. 9(2) and 10(3) of the Act on the grounds, *inter alia*, that the members who gave their authorizations did not show that they had before them sufficient information to enable them to determine the legality of the inquiry then in progress or the reasonableness of the Director's belief that circumstances warranted the exercise of his powers. The Federal Court of Appeal rejected the relevance of such considerations to the members' decisions, at p. 391:

In making the decisions that sections 9 and 10 require them to make, the Members must act judicially

la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* n'est pas suffisante pour satisfaire aux exigences de l'art. 8 de la *Charte* et que, par conséquent, une fouille ou une perquisition effectuée sous le régime des par. 10(1) et (3) est abusive. Mais étant donné que la Cour d'appel de l'Alberta a trouvé d'autres lacunes, peut-être encore plus graves, dans ces dispositions, je passe à l'étude de la question de savoir si le par. 10(3) demeurerait incompatible avec l'art. 8 de la *Charte* même s'il désignait un arbitre vraiment neutre et impartial pour autoriser les fouilles ou les perquisitions.

C) En fonction de quoi doit-on apprécier la prépondérance des droits?

L'article 10 ne dit à peu près rien au sujet du critère applicable à l'autorisation d'entrer, de perquisitionner et de saisir. Le paragraphe 10(3) précise simplement qu'un membre de la CPRC peut accorder une autorisation *ex parte*. Les seuls critères explicites applicables à l'attribution d'une telle autorisation sont ceux mentionnés au par. 10(1), savoir: (1) une enquête tenue sous le régime de la Loi doit être en cours et (2) le directeur doit croire qu'il peut y avoir dans les locaux des éléments de preuve pertinents.

Dans les litiges qui ont précédé l'adoption de la *Charte des droits et libertés*, les tribunaux ont adopté un point de vue étroit sur ce que l'art. 10 demande ou permet à un membre de la CPRC de considérer lorsqu'on lui demande d'autoriser une fouille, une perquisition ou une saisie. Dans l'arrêt *Petrofina Canada Ltd. c. Le président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (N° 2)*, précité, la requérante a contesté les autorisations données en vertu des par. 9(2) et 10(3) de la Loi pour le motif, notamment, que les membres qui ont accordé leur autorisation n'ont pas démontré qu'ils disposaient de renseignements suffisants pour leur permettre de statuer sur la légalité de l'enquête alors en cours ou sur le caractère raisonnable de la conviction du directeur que les circonstances justifiaient l'exercice de ses pouvoirs. La Cour d'appel fédérale a jugé que ces considérations sont sans importance pour ce qui est des décisions des membres en affirmant, à la p. 391:

Les membres sont tenus d'agir de façon judiciaire lorsqu'ils prennent des décisions conformément aux articles

However, that duty to act judicially applies only to the decisions that the Members are required to make under sections 9(2) and 10(3). Under those provisions, the Members are neither required nor authorized to determine the legality of the Director's decision to hold an inquiry; they are merely required to ascertain that there is, *de facto*, an inquiry in progress under the Act. The Members are not required or authorized, either, to pass judgment on the reasonableness of the motives prompting the Director to exercise his powers under sections 9 and 10. As the Members did not have to make decisions on those two points, they cannot, in my opinion, be blamed for not having required information on those points.

As Prowse J.A. pointed out, if the powers of a Commission member are as the Federal Court of Appeal found them to be, then it follows that the decision of the Director in the course of an inquiry to exercise his powers of entry, search and seizure is effectively unreviewable. The extent of the privacy of the individual would be left to the discretion of the Director. A provision authorizing such an unreviewable power would clearly be inconsistent with s. 8 of the *Charter*.

Assuming, *arguendo*, that the Federal Court of Appeal was wrong, and the member is authorized, or even required, to satisfy himself as to (1) the legality of the inquiry and (2) the reasonableness of the Director's belief that there may be evidence relevant to the matters being inquired into, would that remove the inconsistency with s. 8?

To read subss. 10(1) and 10(3) as simply allowing the authorizing party to satisfy himself on these questions, without requiring him to do so, would in my view be clearly inadequate. Such an amorphous standard cannot provide a meaningful criterion for securing the right guaranteed by s. 8. The location of the constitutional balance between a justifiable expectation of privacy and the legitimate needs of the state cannot depend on the subjective appreciation of individual adjudicators. Some objective standard must be established.

Requiring the authorizing party to satisfy himself as to the legality of the inquiry and the

9 et 10 . . . Toutefois, cette obligation ne s'applique qu'à l'égard des décisions prises en vertu des articles 9(2) et 10(3). Aux termes de ces dispositions, les membres ne sont ni tenus de statuer sur la légalité de la décision du directeur de tenir une enquête ni autorisés à le faire: ils doivent tout simplement s'assurer qu'une enquête est effectivement en cours en vertu de la Loi. Ils ne sont pas non plus tenus de juger du bien-fondé des motifs ayant incité le directeur à exercer ses pouvoirs en vertu des articles 9 et 10 ni autorisés à le faire. Puisque les membres n'avaient pas à statuer sur ces questions, l'on ne peut, à mon avis, leur reprocher de ne pas avoir exigé de renseignements là-dessus.

Comme l'a fait remarquer le juge Prowse, si les pouvoirs d'un membre de la Commission sont ceux que lui a reconnus la Cour d'appel fédérale, il s'ensuit que la décision du directeur d'exercer, au cours d'une enquête, ses pouvoirs en matière d'entrée, de fouille, de perquisition et de saisie n'est effectivement pas susceptible de révision. L'étendue du droit à la vie privée du particulier serait laissée à la discrétion du directeur. Une disposition autorisant un tel pouvoir non susceptible de révision serait manifestement incompatible avec l'art. 8 de la *Charte*.

À supposer, pour les fins de la discussion, que la Cour d'appel fédérale a eu tort et que le membre peut ou même doit s'assurer (1) de la légalité de l'enquête et (2) du caractère raisonnable de la conviction du directeur qu'il peut y avoir des éléments de preuve concernant les questions faisant l'objet de l'enquête, cela supprimerait-il l'incompatibilité avec l'art. 8?

Il serait, à mon avis, manifestement incorrect de considérer que les par. 10(1) et 10(3) permettent simplement à la partie qui donne l'autorisation de vérifier ces questions, sans l'obliger à le faire. Un critère aussi vague ne peut pas être significatif pour ce qui est de garantir le droit consacré par l'art. 8. L'équilibre constitutionnel entre des attentes justifiables en matière de vie privée et les besoins légitimes de l'État ne peut pas dépendre de l'appréciation subjective d'un arbitre. Il faut établir un critère objectif quelconque.

Obliger la partie qui donne l'autorisation à s'assurer de la légalité de l'enquête et du caractère

reasonableness of the Director's belief in the possible existence of relevant evidence, would have the advantage of substituting an objective standard for an amorphous one, but would, in my view, still be inadequate. The problem is with the stipulation of a reasonable belief that evidence may be uncovered in the search. Here again it is useful, in my view, to adopt a purposive approach. The purpose of an objective criterion for granting prior authorization to conduct a search or seizure is to provide a consistent standard for identifying the point at which the interests of the state in such intrusions come to prevail over the interests of the individual in resisting them. To associate it with an applicant's reasonable belief that relevant evidence may be uncovered by the search, would be to define the proper standard as the possibility of finding evidence. This is a very low standard which would validate intrusion on the basis of suspicion, and authorize fishing expeditions of considerable latitude. It would tip the balance strongly in favour of the state and limit the right of the individual to resist, to only the most egregious intrusions. I do not believe that this is a proper standard for securing the right to be free from unreasonable search and seizure.

Anglo-Canadian legal and political traditions point to a higher standard. The common law required evidence on oath which gave "strong reason to believe" that stolen goods were concealed in the place to be searched before a warrant would issue. Section 443 of the *Criminal Code* authorizes a warrant only where there has been information upon oath that there is "reasonable ground to believe" that there is evidence of an offence in the place to be searched. The American *Bill of Rights* provides that "no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation" The phrasing is slightly different but the standard in each of these formulations is identical. The state's interest in detecting and preventing crime begins to prevail over the individual's interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion. History has confirmed the appropriateness of this requirement

raisonnable de la conviction du directeur quant à l'existence possible d'éléments de preuve pertinents permettrait de substituer un critère objectif à un critère vague, mais à mon avis cela serait encore insuffisant. La difficulté réside dans la stipulation d'une conviction raisonnable que des éléments de preuve peuvent être découverts au cours de la perquisition. Une fois de plus, il est utile, à mon avis, de considérer le but recherché. L'établissement d'un critère objectif applicable à l'autorisation préalable de procéder à une fouille, à une perquisition ou à une saisie a pour but de fournir un critère uniforme permettant de déterminer à quel moment les droits de l'État de commettre ces intrusions l'emportent sur ceux du particulier de s'y opposer. Relier ce critère à la conviction raisonnable d'un requérant que la perquisition peut permettre de découvrir des éléments de preuve pertinents équivaldrait à définir le critère approprié comme la possibilité de découvrir des éléments de preuve. Il s'agit d'un critère très faible qui permettrait de valider une intrusion commise par suite de soupçons et autoriserait des recherches à l'aveuglette très étendues. Ce critère favoriserait considérablement l'État et ne permettrait au particulier de s'opposer qu'aux intrusions les plus flagrantes. Je ne crois pas que ce soit là un critère approprié pour garantir le droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Les traditions juridiques et politiques anglo-canadiennes exigent un critère plus élevé. La *common law* exige, pour qu'un mandat puisse être décerné, que l'on fasse une déposition sous serment qui porte «sérieusement à croire» que des biens volés ont été cachés à l'endroit de la perquisition. L'article 443 du *Code criminel* n'autorise la délivrance d'un mandat qu'à la suite d'une dénonciation faite sous serment portant qu'il existe «un motif raisonnable pour croire» qu'il se trouve des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à l'endroit où la perquisition sera effectuée. La *Déclaration des droits* des États-Unis prévoit que [TRADUCTION] «un mandat ne sera décerné que pour un motif plausible, appuyé par un serment ou une affirmation . . . ». La formulation est légèrement différente mais le critère est identique dans chacun de ces cas. Le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'em-

as the threshold for subordinating the expectation of privacy to the needs of law enforcement. Where the state's interest is not simply law enforcement as, for instance, where state security is involved, or where the individual's interest is not simply his expectation of privacy as, for instance, when the search threatens his bodily integrity, the relevant standard might well be a different one. That is not the situation in the present case. In cases like the present, reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard, consistent with s. 8 of the *Charter*, for authorizing search and seizure. In so far as subss. 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act* do not embody such a requirement, I would hold them to be further inconsistent with s. 8.

D) Reading In and Reading Down

The appellants submit that even if subss. 10(1) and 10(3) do not specify a standard consistent with s. 8 for authorizing entry, search and seizure, they should not be struck down as inconsistent with the *Charter*, but rather that the appropriate standard should be read into these provisions. An analogy is drawn to the case of *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, in which this Court held that a local ordinance regulating the use of property by prohibiting the erection of unauthorized signs, though apparently without limits, could not have been intended unconstitutionally to encroach on federal competence over elections, and should therefore be "read down" so as not to apply to election signs. In the present case, the overt inconsistency with s. 8 manifested by the lack of a neutral and detached arbiter renders the appellants' submissions on reading in appropriate standards for issuing a warrant purely academic. Even if this were not the case, however, I would be disin-

porter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. L'histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d'appliquer la loi. Si le droit de l'État ne consistait pas simplement à appliquer la loi comme, par exemple, lorsque la sécurité de l'État est en cause, ou si le droit du particulier ne correspondait pas simplement à ses attentes en matière de vie privée comme, par exemple, lorsque la fouille ou la perquisition menace son intégrité physique, le critère pertinent pourrait fort bien être différent. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Dans des cas comme la présente affaire, l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, qui s'applique à l'autorisation d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. Dans la mesure où les par. 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne comportent pas une telle exigence, j'estime qu'ils sont davantage incompatibles avec l'art. 8.

D) Interprétation large et interprétation atténuée

Les appelants soutiennent que même si les par. 10(1) et 10(3) n'établissent pas un critère compatible avec l'art. 8 lorsqu'il s'agit d'autoriser une entrée, une fouille, une perquisition et une saisie, ils ne devraient pas être radiés comme incompatibles avec la *Charte*, mais ils devraient plutôt recevoir une interprétation large de manière à leur prêter le critère approprié. On établit une analogie avec l'arrêt *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, où cette Cour a jugé qu'une ordonnance locale réglementant l'usage des biens par l'interdiction d'ériger des affiches non autorisées, bien qu'elle eût, semble-t-il, une portée illimitée, n'a pu être adoptée dans le but d'empiéter sur la compétence fédérale en matière d'élections et devait, par conséquent, recevoir une «interprétation atténuée» de manière à ne pas s'appliquer aux affiches électorales. En l'espèce, l'incompatibilité évidente avec l'art. 8, qui se manifeste par l'absence d'un arbitre neutre et impartial, fait en sorte que les arguments

clined to give effect to these submissions. While the courts are guardians of the Constitution and of individuals' rights under it, it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's requirements. It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional. Without appropriate safeguards legislation authorizing search and seizure is inconsistent with s. 8 of the *Charter*. As I have said, any law inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. I would hold subss. 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act* to be inconsistent with the *Charter* and of no force and effect, as much for their failure to specify an appropriate standard for the issuance of warrants as for their designation of an improper arbiter to issue them.

IV Section 1

Section 1 of the *Charter* provides:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

The phrase "demonstrably justified" puts the onus of justifying a limitation on a right or freedom set out in the *Charter* on the party seeking to limit. In the present case the appellants have made no submissions capable of supporting a claim that even if searches under subss. 10(1) and 10(3) are "unreasonable" within the meaning of s. 8, they are nevertheless a reasonable limit, demonstrably justified in a free and democratic society, on the right set out in s. 8. It is, therefore, not necessary in this case to consider the relationship between s. 8 and s. 1. I leave to another day the difficult question of the relationship between those two sections and, more particularly, what further

des appelants concernant l'ajout, au moyen d'une interprétation large, des critères appropriés applicables à la délivrance d'un mandat, sont purement théoriques. Cependant, même s'il n'en était pas ainsi, je serais peu disposé à donner suite à ces arguments. Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives. Si elles n'offrent pas les garanties appropriées, les lois qui autorisent des fouilles, des perquisitions et des saisies sont incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte*. Comme je l'ai dit, toute loi incompatible avec les dispositions de la Constitution est, dans la mesure de cette incompatibilité, inopérante. J'estime que les par. 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* sont incompatibles avec la *Charte* et inopérants, tant parce qu'ils ne spécifient aucun critère approprié applicable à la délivrance des mandats que parce qu'ils désignent un arbitre qui n'a pas les qualités voulues pour les décerner.

IV Article 1

L'article 1 de la *Charte* prévoit:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

L'expression «dont la justification puisse se démontrer» impose à la partie qui cherche à limiter un droit ou une liberté énoncés dans la *Charte* l'obligation de justifier cette limite. En l'espèce, les appelants n'ont pu justifier leur prétention selon laquelle, même si les perquisitions effectuées en vertu des par. 10(1) et 10(3) sont «abusives» au sens de l'art. 8, elles constituent néanmoins une limite raisonnable, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au droit énoncé à l'art. 8. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner ici le rapport entre les art. 8 et 1. Je reporte à plus tard la question complexe du rapport entre ces deux articles et,

balancing of interests, if any, may be contemplated by s. 1, beyond that envisaged by s. 8.

Conclusion

By order of Chief Justice Laskin the constitutional question was stated as follows:

Did the Alberta Court of Appeal err in holding that subsection 10(3), and by implication subsection 10(1), of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 are inconsistent with the provisions of Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that they are therefore of no force or effect?

I would answer that question in the negative. I would dismiss the appeal with costs to the respondent.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellants: R. Tassé, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Reynolds, Mirth & Côté, Edmonton.

plus particulièrement, la question de savoir quelle autre prépondérance des droits, s'il y a lieu, peut être envisagée par l'art. 1 outre celle qu'envisage l'art. 8.

Conclusion

L'ordonnance du juge en chef Laskin énonce comme suit la question constitutionnelle:

La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur en décidant que le paragraphe 10(3) et, implicitement, le paragraphe 10(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, sont incompatibles avec les dispositions de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'ils sont, par conséquent, inopérants?

Je suis d'avis de répondre à cette question par la négative et de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de l'intimée.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur des appelants: R. Tassé, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Reynolds, Mirth & Côté, Edmonton.