

T-546-94

T-546-94

The Honourable Mr. Justice Fernand L. Gratton
(Applicant)

Monsieur le juge Fernand L. Gratton (*requérant*)

v.

a c.

The Canadian Judicial Council and The Attorney General of Canada (*Respondents*)

Le Conseil canadien de la magistrature et le procureur général du Canada (*intimés*)

and

b et

Canadian Judges Conference (*Intervenor*)

Conférence canadienne des juges (*intervenante*)

INDEXED AS: GRATTON v. CANADIAN JUDICIAL COUNCIL (T.D.)

RÉPERTORIÉ: GRATTON c. CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE (1^{re} INST.)

Trial Division, Strayer J.—Ottawa, April 27 and May 18, 1994.

Section de première instance, juge Strayer—Ottawa, 27 avril et 18 mai 1994.

Judges and courts — Application for judicial review of decision to conduct inquiry into allegation of incapacity from due execution of office by reason of infirmity: Judges Act, s. 65(2)(a) — Applicant, judge of Ontario Court of Justice, off work since 1990 due to severe illness — Jurisdiction of Canadian Judicial Council to investigate under Act, s. 63(2) challenged — Breach of good behaviour only ground for removal of superior court judge under Constitution Act, 1867, s. 99(1) — Joint address of both Houses only way to remove federally appointed judge under s. 99(1) — Definition of grounds for removal to be consistent with essential purpose of judicial independence — Incapacity due to infirmity preventing judge from holding office during good behaviour.

Juges et tribunaux — Demande de contrôle judiciaire d'une décision de mener une enquête relativement à l'allégation d'inaptitude, pour cause d'invalidité, à remplir utilement les fonctions de juge: Loi sur les juges, art. 65(2)a) — Le requérant, juge à la Cour de justice de l'Ontario, n'a pas travaillé depuis 1990 en raison d'une grave maladie — La compétence du Conseil canadien de la magistrature pour enquêter en vertu de l'art. 63(2) de la Loi est contestée — Le manquement à la bonne conduite représente, aux termes de l'art. 99(1) de la Loi constitutionnelle de 1867, l'unique motif de révocation d'un juge d'une cour supérieure — Suivant l'art. 99(1), la révocation d'un juge nommé par le fédéral ne peut se faire que sur adresse des deux Chambres du Parlement — Les motifs de révocation doivent s'accorder avec l'objet essentiel de l'indépendance judiciaire — L'inaptitude due à l'invalidité empêche un juge de rester en fonction durant bonne conduite.

Constitutional law — Judge seeking declaration Judges Act, ss. 63, 65 violate Constitution Act, 1867, s. 99(1), therefore of no force and effect — Judicial independence, public best served if superior court judges subject to removal only for breach of good behaviour — Parliament having legislative jurisdiction to enact provisions concerning judges' removal — No unlawful delegation of functions assigned to it by s. 99(1) — Maxim delegatus non potest delegare not applicable as Parliament not delegate — Role of two Houses of Parliament under s. 99 neither adjudicative nor legislative — Canadian Judicial Council entitled to recommend removal from office but Parliament having ultimate responsibility to use joint address as only constitutional device for removal.

Droit constitutionnel — Un juge sollicite un jugement déclarant que les art. 63 et 65 de la Loi sur les juges violent l'art. 99(1) de la Loi constitutionnelle de 1867 et sont en conséquence inopérants — L'indépendance judiciaire est le mieux assurée et le public le mieux servi si les juges des cours supérieures ne sont révocables que pour manquement à la bonne conduite — Le Parlement a compétence pour légiférer relativement à la révocation des juges — Il n'y a eu aucune délégation illégale des fonctions attribuées au Parlement par l'art. 99(1) — La maxime delegatus non potest delegare ne s'applique pas puisque le Parlement n'a pas qualité de délégué — Le rôle joué par les deux Chambres du Parlement en vertu de l'art. 99 n'est ni juridictionnel ni législatif — Le Conseil canadien de la magistrature est en droit de recommander la révocation, mais c'est au Parlement qu'incombe en dernière analyse la responsabilité de recourir à l'adresse du Sénat et de la Chambre des communes, qui est l'unique moyen de révocation qu'admette la Constitution.

This was an application for judicial review of a decision of an Inquiry Committee to conduct an inquiry into the allegation that the applicant may have become incapacitated from the due

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision, prise par un comité d'enquête, de mener une enquête relativement à l'allégation selon laquelle le requérant était peut-

execution of the office of judge by reason of infirmity within the meaning of subsection 65(2) of the *Judges Act*. The applicant is a judge of the Ontario Court of Justice (General Division) who was reportedly absent from work since early 1990 due to various medical problems including a severe stroke. The Canadian Judicial Council established an Inquiry Committee under subsection 63(3) of the Act to conduct an investigation into the allegation. The applicant challenged the constitutional validity of the proceedings before the Committee, but the latter ruled that Parliament had validly conferred authority on the Council and its Committee and that removal by the Governor General on the joint address of both Houses of Parliament is now the only method for removal of a judge. This application raised two main issues: 1) whether the tenure during good behaviour of a superior court judge established by section 99 of the *Constitution Act, 1867* can be terminated on the basis of incapacity due to infirmity, and 2) whether Parliament invalidly delegated its subsection 99(1) powers to the Council or its Committee.

Held, the investigation should be allowed to continue.

1) To deal with the first issue, two questions had to be answered. First, is breach of good behaviour the only ground for removal? It was agreed that the only procedure available for the removal of a federally appointed judge is by act of the Governor General on address of both Houses of Parliament under subsection 99(1) of the *Constitution Act, 1867*. Although the interpretation of the English *Act of Settlement (The)*, 1700 and reference to authors could be helpful in understanding the distinction between breach of good behaviour and other grounds for removal of judges, they are of little relevance today. Section 99 of the *Constitution Act, 1867* is a constitutional instrument which must be interpreted in a purposive way and in the Canadian context. The definition of the grounds for removal should be those consistent with the essential purpose of judicial independence. In the context of our present constitutional structure, judicial independence, and therefore the public, will be best served if superior court judges are deemed to be subject to removal only for a breach of good behaviour. Judicial independence is too important to the balancing of our Constitution to leave available, for future choice by Parliament, grounds for removal other than breach of good behaviour.

The second question to be answered is whether incapacity prevents holding office during good behaviour. In deciding as to whether a judge can constitutionally be removed because he is "incapacitated or disabled", the Inquiry Committee was "speaking of a permanent and not a temporary disability." The Committee was right in concluding that even if the only ground for removal on joint parliamentary address were breach of good behaviour, this would extend beyond "misbehaviour" to include "non-behaviour" or the incapacity to perform the office. If the criterion for removal by reason of infirmity is limited to permanent infirmity, a sufficient objective test is imposed for the two Houses of Parliament to apply. It is not

être, pour cause d'invalidité, inapte à remplir utilement ses fonctions de juge au sens du paragraphe 65(2) de la *Loi sur les juges*. Le requérant est un juge à la Cour de justice de l'Ontario (Division générale), qui n'aurait pas travaillé depuis le début de 1990 en raison de différents problèmes de santé, dont une grave attaque d'apoplexie. Le Conseil canadien de la magistrature a constitué en vertu du paragraphe 63(3) de la Loi un comité chargé d'enquêter sur l'allégation. Devant le comité, le requérant a contesté la constitutionnalité des procédures, mais le comité a conclu que le Parlement avait valablement conféré au Conseil et à son comité le pouvoir en question et qu'à l'heure actuelle un juge ne peut être révoqué que par le gouverneur général sur une adresse des deux Chambres du Parlement. Les deux questions principales qui se posent en l'espèce sont celles de savoir: 1) si l'inaptitude pour cause d'invalidité peut fonder la révocation d'un juge d'une cour supérieure qui, aux termes de l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, reste en fonction durant bonne conduite; (2) si le Parlement a fait au Conseil ou au comité de celui-ci une délégation invalide des pouvoirs conférés par le paragraphe 99(1).

Jugement: l'enquête doit pouvoir suivre son cours.

1) Pour trancher la première question, il fallait d'abord décider si le manquement à la bonne conduite constitue l'unique motif de révocation. Tous ont convenu qu'un juge nommé par le fédéral ne peut être révoqué que par le gouverneur général sur adresse des deux Chambres du Parlement conformément au paragraphe 99(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Quoique l'interprétation de l'*Act of Settlement (The)*, 1700 d'Angleterre ainsi que les commentaires des auteurs de doctrine puissent aider à comprendre la distinction entre le manquement à la bonne conduite et les autres motifs de révocation des juges, ils ne sont guère pertinents de nos jours. L'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* fait partie d'un document constitutionnel qui est à interpréter en fonction à la fois de l'objet qu'il vise et du contexte canadien. Les motifs de révocation doivent donc s'accorder avec l'objet essentiel de l'indépendance judiciaire. Dans l'actuel contexte constitutionnel au Canada, l'indépendance judiciaire sera le mieux assurée, et l'intérêt public sera en conséquence le mieux servi, si les juges des cours supérieures sont considérés comme n'étant révocables que pour manquement à la bonne conduite. L'indépendance judiciaire revêt trop d'importance pour le maintien de l'équilibre constitutionnel pour permettre que le Parlement puisse ultérieurement choisir des motifs de révocation autres que le manquement à la bonne conduite.

La seconde question à trancher est celle de savoir si l'inaptitude vient empêcher un juge de rester en fonction durant bonne conduite. En se prononçant sur la question de savoir si un juge peut constitutionnellement être révoqué pour cause d'inaptitude, le comité d'enquête envisageait «une incapacité permanente et non temporaire». Le comité a conclu avec raison que, même si le seul motif de révocation sur adresse parlementaire conjointe était le manquement à la bonne conduite, celui-ci s'étendrait au-delà de l'«inconduite» pour inclure l'«inexécution des fonctions» ou l'inaptitude à remplir ses fonctions. Pourvu que le critère pour déterminer s'il y a lieu à révocation pour cause d'invalidité se limite à l'invalidité permanente, il

conceivable that they would pronounce a judge to be permanently disabled without very clear medical evidence before them. This interpretation may require a reading down of the word "infirmity" in paragraph 65(2)(a) of the *Judges Act*. A superior court judge who is permanently disabled so as to be incapable of performing his functions as a judge may constitutionally be in breach of good behaviour.

2) Parliament had the legislative jurisdiction to enact provisions concerning the removal of judges. Moreover, in the exercise of this jurisdiction, Parliament has not unlawfully delegated the very functions assigned to it by subsection 99(1). The maxim *delegatus non potest delegare* could not apply in this case since Parliament of Canada does not have the status of delegate. In *Hodge v. Reg.*, the Judicial Committee of the Privy Council made it clear that the Parliament of Canada is not a delegate of the Imperial Parliament nor of any other institution with respect to the exercise of any of the authority conferred on it by the *Constitution Act, 1867*. It therefore has the power of a sovereign Parliament to delegate any of its functions. It is dangerous to characterize the role of the two Houses of Parliament under subsection 99(1) as "adjudicative". The two Houses should focus on whether the judge in question has committed a breach of good behaviour. In this they are, like a court, limited to applying to the facts a particular criterion for removal imposed by the Constitution and they cannot act at large choosing any reason they deem appropriate for removal. Thus it is not a legislative process. Nor do sections 63 to 65 of the *Judges Act* confer an adjudicative function on the Canadian Judicial Council or its committees. All the Council can do is to "recommend" to the Minister of Justice that the judge be removed from office. The power to recommend is not the power to make a binding decision. Parliament has the ultimate responsibility to decide whether to use the only constitutional device for removal, namely the joint address.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Act of Settlement (The), 1700 (U.K.), 12 & 13 Will. III, c. 2, s. 3.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 24, 91, 99.

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 38, 41, 43.

s'agit là d'un critère suffisamment objectif à appliquer par les deux Chambres du Parlement. Il est inconcevable qu'elles déclarent un juge inapte en permanence sans disposer d'une preuve médicale concluante. Cette interprétation nécessaire peut-être une atténuation du sens du mot «invalidité» à l'alinéa 65(2)a) de la *Loi sur les juges*. Un juge d'une cour supérieure qui se trouve dans un état d'inaptitude permanente le rendant incapable de remplir ses fonctions peut constitutionnellement faire l'objet d'une déclaration qu'il a manqué à la bonne conduite.

2) Le Parlement est investi du pouvoir d'adopter des dispositions relatives à la révocation des juges. De plus, en exerçant ce pouvoir, le Parlement n'a pas fait une délégation illégale des fonctions mêmes que lui attribue le paragraphe 99(1). La maxime *delegatus non potest delegare* ne s'applique pas en l'espèce puisque le Parlement du Canada n'a pas qualité de délégué. Dans l'arrêt *Hodge v. Reg.*, le Comité judiciaire du Conseil privé précise bien que le Parlement du Canada n'est le délégué ni du Parlement impérial ni de quelque autre institution en ce qui concerne l'exercice des pouvoirs dont l'investit la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le Parlement du Canada détient en conséquence le pouvoir souverain de déléguer n'importe laquelle de ses fonctions. Il y a danger à qualifier de «juridictionnel» le rôle joué par les deux Chambres du Parlement en vertu du paragraphe 99(1). Les deux Chambres devraient surtout examiner si le juge en question a manqué à la bonne conduite. Ce faisant, elles doivent, tout comme un tribunal, se borner à appliquer aux faits un critère particulier prescrit par la Constitution pour déterminer s'il y a lieu à révocation; elles n'ont pas toute latitude de choisir n'importe quel motif qui leur semble justifier la révocation. Il ne s'agit donc pas d'un processus de caractère législatif. Par ailleurs, les articles 63 à 65 de la *Loi sur les juges* ne sont nullement attributifs d'une fonction juridictionnelle au Conseil canadien de la magistrature ou à ses comités. Le Conseil doit s'en tenir à «recommander» la révocation au ministre de la Justice. Pouvoir de recommander n'emporte pas pouvoir de rendre une décision ayant force obligatoire. C'est au Parlement, finalement, de décider s'il y a lieu de recourir au seul mécanisme de révocation que prévoit la Constitution, à savoir l'adresse des Chambres du Parlement.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Act of Settlement (The), 1700 (R.-U.), 12 & 13 Will. III, ch. 2, art. 3.

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 24, 91, 99.

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 38, 41, 43.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1).

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1602(3) (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1618 (as enacted *idem*).

Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1, ss. 59(4), 63, 64, 65 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 27, s. 5), 69 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144), 71.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1).

Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 59(4), 63, 64, 65 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 27, art. 5), 69 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144), 71.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1602(3) (éditée par DORS/92-43, art. 19), 1618 (éditée, *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

MacKeigan v. Hickman, [1989] 2 S.C.R. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. (4th) 688; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81; *Hodge v. Reg.* (1883-84), 9 A.C. 117 (P.C.).

APPLIED:

Valente v. The Queen et al., [1985] 2 S.C.R. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79.

CONSIDERED:

Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada, [1930] A.C. 124 (P.C.).

REFERRED TO:

Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General), [1994] 2 F.C. 447 (C.A.); *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; 26 C.R.R. 59; *Landreville v. The Queen*, [1977] 2 F.C. 726; (1977), 75 D.L.R. (3d) 36 (T.D.); *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; (1992), 88 D.L.R. (4th) 110; 70 C.C.C. (3d) 1; *A.G. for Canada v. A.G. for Nova Scotia*, [1951] S.C.R. 31; [1950] 4 D.L.R. 369; *Initiative and Referendum Act, In re*, [1919] A.C. 935 (P.C.).

AUTHORS CITED

Anson, Sir William R. *The Law and Custom of the Constitution*, 4th ed. by A. B. Keith. Oxford: Clarendon Press, 1935.

Brazier, Rodney. *Constitutional Practice*. Oxford: Clarendon Press, 1988.

Cheffins, R. I. and R. N. Tucker. *The Constitutional Process in Canada*, 2nd ed. Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1976.

de Smith, S. A. *Constitutional and Administrative Law*, 2nd ed. Middlesex, England: Penguin Books, 1973.

Heard, Andrew David. *Canadian Constitutional Conventions: the Marriage of Law and Politics*. Toronto: Oxford University Press, 1991.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. (Supplemented). Toronto: Carswell, 1992.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

MacKeigan c. Hickman, [1989] 2 R.C.S. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. (4th) 688; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81; *Hodge v. Reg.* (1883-84), 9 A.C. 117 (P.C.).

DÉCISION APPLIQUÉE:

Valente c. La Reine et autres, [1985] 2 R.C.S. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79.

DÉCISION EXAMINÉE:

Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada, [1930] A.C. 124 (C.P.).

DÉCISIONS CITÉES:

Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général), [1994] 2 C.F. 447 (C.A.); *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; 26 C.R.R. 59; *Landreville c. La Reine*, [1977] 2 C.F. 726; (1977), 75 D.L.R. (3d) 36 (1^{re} inst.); *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; (1992), 88 D.L.R. (4th) 110; 70 C.C.C. (3d) 1; *A.G. for Canada v. A.G. for Nova Scotia*, [1951] R.C.S. 31; [1950] 4 D.L.R. 369; *Initiative and Referendum Act, In re*, [1919] A.C. 935 (C.P.).

DOCTRINE

Anson, Sir William R. *The Law and Custom of the Constitution*, 4th ed. par A. B. Keith. Oxford: Clarendon Press, 1935.

Brazier, Rodney. *Constitutional Practice*. Oxford: Clarendon Press, 1988.

Cheffins, R. I. et R. N. Tucker. *The Constitutional Process in Canada*, 2nd ed. Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1976.

de Smith, S. A. *Constitutional and Administrative Law*, 2nd ed. Middlesex, England: Penguin Books, 1973.

Heard, Andrew David. *Canadian Constitutional Conventions: the Marriage of Law and Politics*. Toronto: Oxford University Press, 1991.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. (Supplemented). Toronto: Carswell, 1992.

Kaufman, I. R. "Chilling Judicial Independence" 1979, 88 *Yale L.J.* 681.

Kennedy, W. P. M. *The Constitution of Canada 1534-1937*, 2nd ed. London: Oxford University Press, 1938.

Kurland, P. B. "The Constitution and the Tenure of Federal Judges: Some Notes from History" 1969, 36 *U. Chi. L. Rev.* 665. a

Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary" 1956, 34 *Can. Bar Rev.* 769.

Mallory, J. R. *The Structure of Canadian Government*, Rev. ed. Toronto: Gage.

Roberts-Wray, Sir Kenneth. *Commonwealth and Colonial Law*. London: Stevens & Sons, 1966. b

Russell, Peter H. *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government*. Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1987.

Shetreet, Shimon. *Judges on Trial*. New York: North-Holland Pub. Co., 1976. c

Todd, Alpheus. *On Parliamentary Government in England*, 2nd ed. London: Longmans, Green, and Co., 1889.

Wade, E. C. S. and A. W. Bradley. *Constitutional Law*, 8th ed. by G. Phillips. London: Longman, 1970. d

APPLICATION for judicial review of a decision to conduct an inquiry into the allegation that the applicant may have become incapacitated from the due execution of his office of judge by reason of infirmity under subsection 65(2) of the *Judges Act*. Application dismissed.

COUNSEL:

Ian G. Scott, Q.C. and *Martin J. Doane* for applicant.

Harvey W. Yarosky for respondent Canadian Judicial Council. g

Brian R. Evernden for respondent Attorney General of Canada.

M. James O'Grady, Q.C. and *Katherine J. Young* for intervenor Canadian Judges Conference. h

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for applicant. i

Yarosky, Daviault, LaHaye, Stober & Isaacs, Montréal, for respondent Canadian Judicial Council.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada. j

Kaufman, I. R. «Chilling Judicial Independence» 1979, 88 *Yale L.J.* 681.

Kennedy, W. P. M. *The Constitution of Canada 1534-1937*, 2nd ed. London: Oxford University Press, 1938.

Kurland, P. B. «The Constitution and the Tenure of Federal Judges: Some Notes from History» 1969, 36 *U. Chi. L. Rev.* 665.

Lederman, W. R. «The Independence of the Judiciary» 1956, 34 *R. du B. can.* 769.

Mallory, J. R. *The Structure of Canadian Government*, Rev. ed. Toronto: Gage.

Roberts-Wray, Sir Kenneth. *Commonwealth and Colonial Law*. London: Stevens & Sons, 1966.

Russell, Peter H. *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government*. Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1987.

Shetreet, Shimon. *Judges on Trial*. New York: North-Holland Pub. Co., 1976.

Todd, Alpheus. *On Parliamentary Government in England*, 2nd ed. London: Longmans, Green, and Co., 1889.

Wade, E. C. S. and A. W. Bradley. *Constitutional Law*, 8th ed. by G. Phillips. London: Longman, 1970.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de mener une enquête relativement à l'allégation selon laquelle le requérant était peut-être, pour cause d'invalidité, inapte à remplir utilement ses fonctions de juge au sens du paragraphe 65(2) de la *Loi sur les juges*. Demande rejetée.

AVOCATS:

Ian G. Scott, c.r. et *Martin J. Doane* pour le requérant.

Harvey W. Yarosky pour le Conseil canadien de la magistrature, intimé. g

Brian R. Evernden pour le procureur général du Canada, intimé.

M. James O'Grady, c.r. et *Katherine J. Young* pour la Conférence canadienne des juges, intervenante. h

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour le requérant. i

Yarosky, Daviault, LaHaye, Stober & Isaacs, Montréal, pour le Conseil canadien de la magistrature, intimé.

Le sous-procureur général du Canada pour le procureur général du Canada, intimé. j

O'Grady and Young, Ottawa, for intervenor
Canadian Judges Conference.

O'Grady and Young, Ottawa, pour la Confé-
rence canadienne des juges, intervenante.

*The following are the reasons for order rendered in
English by*

*Ce qui suit est la version française des motifs de
a l'ordonnance rendus par*

STRAYER J.:

LE JUGE STRAYER:

Relief Requested

Redressement sollicité

The applicant seeks judicial review of a decision
dated January 26, 1994 of an Inquiry Committee
appointed by the Canadian Judicial Council under
subsection 63(3) of the *Judges Act*¹ to conduct an
inquiry into the allegation that the applicant may
have become incapacitated or disabled from the due
execution of his office of judge by reason of infirmity
within the meaning of subsection 65(2) [as am. by
R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 27, s. 5] of the *Judges
Act*.

Le requérant demande le contrôle judiciaire d'une
décision en date du 26 janvier 1994 d'un comité
d'enquête constitué par le Conseil canadien de la
magistrature en vertu du paragraphe 63(3) de la *Loi
sur les juges*¹. Il s'agit d'une décision de mener une
enquête relativement à l'allégation selon laquelle le
requérant était peut-être, pour cause d'invalidité,
inapte à remplir utilement ses fonctions au sens du
paragraphe 65(2) [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.),
ch. 27, art. 5] de la *Loi sur les juges*.

The notice of motion seeks, *inter alia*, the follow-
ing relief:

L'avis de requête vise à obtenir, entre autres:

(a) an order setting aside the decision dated January 26,
1994 of the Inquiry Committee of the Respondent Canadian
Judicial Council appointed under s. 63(3) of the *Judges Act*,
R.S.C. 1985, c. J-1, as amended, in relation to the Investiga-
tion and the constitutional challenges by the Applicant to the
jurisdiction of the Respondent Canadian Judicial Council
and the Inquiry Committee;

a) une ordonnance annulant la décision en date du 26 janvier
1994 du comité d'enquête du Conseil canadien de la magis-
trature intimé, constitué en vertu du paragraphe 63(3) de la
Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1, et modifications,
laquelle décision porte sur l'enquête ainsi que sur la contesta-
tion par le requérant, fondée sur la Constitution, de la com-
pétence du Conseil canadien de la magistrature et du comité
d'enquête;

(b) a declaration that sections 63(2), 63(3), 65(1), and
65(2)(a) of the *Judges Act*, R.S.C. 1985, c. J-1, as amended,
violate the *Constitution Act, 1867*, and are therefore of no
force and effect;

b) un jugement déclarant que les paragraphes 63(2), 63(3) et
65(1) ainsi que l'alinéa 65(2)a de la *Loi sur les juges*,
L.R.C. (1985), ch. J-1, et modifications, violent la *Loi cons-
titutionnelle de 1867* et sont en conséquence inopérants;

(c) an order quashing or declaring unlawful the Investigation
commenced by the Respondent Canadian Judicial Council
pursuant to s. 63(2) of the *Judges Act*, R.S.C. 1985, c. J-1, as
amended, into whether the Applicant has become incapacitated
or disabled from the due execution of the office of
judge by reason of age or infirmity, pursuant to s. 65(2)(a)
of the *Judges Act*. . . .

c) une ordonnance annulant ou déclarant illégale l'enquête
ouverte par le Conseil canadien de la magistrature intimé en
vertu du paragraphe 63(2) de la *Loi sur les juges*, L.R.C.
(1985), ch. J-1, et modifications, sur la question de savoir si
le requérant est, pour cause d'âge ou d'invalidité, inapte à
remplir utilement ses fonctions au sens de l'alinéa 65(2)a
de la *Loi sur les juges* . . .

The hearing of this motion took place on April 27, 28
and 29, 1994. As a further hearing of the Inquiry
Committee was scheduled for late May a decision
was urgent. I therefore issued an order on May 6,
1994 disposing of the application. I indicated that
written reasons would follow. These are those rea-
sons.

La requête a été entendue les 27, 28 et 29 avril 1994.
Comme le comité d'enquête devait encore tenir une
audience vers la fin mai, une décision pressait. J'ai
rendu en conséquence le 6 mai 1994 une ordonnance
relative à ladite requête en indiquant que je rédigerai
ultérieurement des motifs. Voici donc ces motifs.

¹ R.S.C., 1985, c. J-1.

¹ L.R.C. (1985), ch. J-1.

Facts

The applicant is a judge of the Ontario Court of Justice (General Division) having been originally appointed as a judge of the District Court of Ontario on November 17, 1967. He became a member of the General Division upon court merger on September 1, 1990. On September 12, 1991 he elected to give up his regular judicial duties and to become a supernumerary judge in which position he would by law continue to receive a regular judicial salary. On September 28, 1992 the late Honourable F. W. Callaghan, Chief Justice of the Ontario Court, submitted to the Canadian Judicial Council a report that there was reason to believe that the applicant was

'incapacitated or disabled from the due execution of the office of judge by reason of age or infirmity' within the meaning of s. 65(1)(a) [sic] of the *Judges Act*.

He alleged that the applicant had not returned to work since early 1990, having suffered various medical problems and on March 13, 1990 a "severe and debilitating stroke."

The relevant provisions of the *Judges Act* are as follows:

63. . . .

(2) The Council may investigate any complaint or allegation made in respect of a judge of a superior or county court or of the Tax Court of Canada.

(3) The Council may, for the purpose of conducting an inquiry or investigation under this section, designate one or more of its members who, together with such members, if any, of the bar of a province, having at least ten years standing, as may be designated by the Minister, shall constitute an Inquiry Committee.

(4) The Council or an Inquiry Committee in making an inquiry or investigation under this section shall be deemed to be a superior court and shall have

(a) power to summon before it any person or witness and to require him to give evidence on oath, orally or in writing or on solemn affirmation if the person or witness is entitled to affirm in civil matters, and to produce such documents and evidence as it deems requisite to the full investigation of the matter into which it is inquiring; and

(b) the same power to enforce the attendance of any person or witness and to compel the person or witness to give evidence as is vested in any superior court of the province in which the inquiry or investigation is being conducted.

(5) The Council may prohibit the publication of any information or documents placed before it in connection with, or

Les faits

Le requérant est juge à la Cour de justice de l'Ontario, (Division générale), ayant été originairement nommé juge à la Cour de district de l'Ontario le 17 novembre 1967. Il est devenu membre de la Division générale lors de la fusion des cours opérée le 1^{er} septembre 1990. Le 12 septembre 1991, il a choisi de quitter ses fonctions ordinaires pour devenir juge surnuméraire. En cette qualité il allait, aux termes de la loi, continuer à toucher un salaire normal de juge. Le 28 septembre 1992, feu F. W. Callaghan, juge en chef de la Cour de l'Ontario, a présenté au Conseil canadien de la magistrature un rapport indiquant qu'il y avait lieu de croire que le requérant était

[TRADUCTION] «inapte, pour cause d'âge ou d'invalidité, à remplir utilement ses fonctions» au sens de l'alinéa 65(1)a) [sic] de la *Loi sur les juges*.

D'après le juge en chef Callaghan, le requérant n'avait pas repris ses fonctions depuis le début de 1990 et avait éprouvé différents problèmes de santé, dont une [TRADUCTION] «attaque d'apoplexie grave et invalidante» survenue le 13 mars 1990.

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les juges* sont les suivantes:

63. . . .

(2) Le Conseil peut en outre enquêter sur toute plainte ou accusation relative à un juge d'une juridiction supérieure, d'une cour de comté ou de la Cour canadienne de l'impôt.

(3) Le Conseil peut constituer un comité d'enquête formé d'un ou plusieurs de ses membres, auxquels le ministre peut adjoindre des avocats ayant été membres du barreau d'une province pendant au moins dix ans.

(4) Le Conseil ou le comité formé pour l'enquête est réputé constituer une juridiction supérieure; il a le pouvoir de:

a) citer devant lui des témoins, les obliger à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment—ou de l'affirmation solennelle dans les cas où elle est autorisée en matière civile—et à produire les documents et éléments de preuve qu'il estime nécessaires à une enquête approfondie;

b) contraindre les témoins à comparaître et à déposer, étant investi à cet égard des pouvoirs d'une juridiction supérieure de la province où l'enquête se déroule.

(5) S'il estime qu'elle ne sert pas l'intérêt public, le Conseil peut interdire la publication de tous renseignements ou docu-

arising out of, an inquiry or investigation under this section when it is of the opinion that the publication is not in the public interest.

(6) An inquiry or investigation under this section may be held in public or in private, unless the Minister requires that it be held in public.

64. A judge in respect of whom an inquiry or investigation under section 63 is to be made shall be given reasonable notice of the subject-matter of the inquiry or investigation and of the time and place of any hearing thereof and shall be afforded an opportunity, in person or by counsel, of being heard at the hearing, of cross-examining witnesses and of adducing evidence on his own behalf.

65. (1) After an inquiry or investigation under section 63 has been completed, the Council shall report its conclusions and submit the record of the inquiry or investigation to the Minister.

(2) Where, in the opinion of the Council, the judge in respect of whom an inquiry or investigation has been made has become incapacitated or disabled from the due execution of the office of judge by reason of

- (a) age or infirmity,
- (b) having been guilty of misconduct,
- (c) having failed in the due execution of that office, or
- (d) having been placed, by his conduct or otherwise, in a position incompatible with the due execution of that office,

the Council in its report to the Minister under subsection (1), may recommend that the judge be removed from office.

It is apparent that Chief Justice Callaghan was alleging that the applicant comes within paragraph 65(2)(a), namely that he is incapacitated from the due execution of the office of judge by reason of age or infirmity.

On November 12, 1992 the Judicial Conduct Committee of the Canadian Judicial Council established a panel to consider the allegation made by Chief Justice Callaghan. The panel concluded on November 20, 1992 that the applicant "may have become incapacitated or disabled from the due execution of the office of judge pursuant to subsection 65(2) . . . by reason of (a) infirmity and (c) having failed in the due execution of office." The Council considered the report of its panel on March 26, 1993 and decided that an investigation should be held pursuant to subsection 63(2) of the *Judges Act* into the allegation that the applicant "may have become incapacitated or disabled from the due execution of the office of judge pursuant to subsection 65(2) of the *Judges Act*." The Inquiry Committee established under subsection 63(3) consisted of The Honourable E. D. Bayda,

ments produits devant lui au cours de l'enquête ou découlant de celle-ci.

(6) Sauf ordre contraire du ministre, les enquêtes peuvent se tenir à huis clos.

64. Le juge en cause doit être informé, suffisamment à l'avance, de l'objet de l'enquête, ainsi que des date, heure et lieu de l'audition, et avoir la possibilité de se faire entendre, de contre-interroger les témoins et de présenter tous éléments de preuve utiles à sa décharge, personnellement ou par procureur.

65. (1) À l'issue de l'enquête, le Conseil présente au ministre un rapport sur ses conclusions et lui communique le dossier.

(2) Le Conseil peut, dans son rapport, recommander la révocation s'il est d'avis que le juge en cause est inapte à remplir utilement ses fonctions pour l'un ou l'autre des motifs suivants:

- a) âge ou invalidité;
- b) manquement à l'honneur et à la dignité;
- c) manquement aux devoirs de sa charge;
- d) situation d'incompatibilité, qu'elle soit imputable au juge ou à toute autre cause.

Or, de toute évidence, le juge en chef Callaghan prétendait que le cas du requérant était visé par l'alinéa 65(2)a), c'est-à-dire qu'il était, pour cause d'âge ou d'invalidité, inapte à remplir utilement ses fonctions.

Le 12 novembre 1992, le Comité sur la conduite des juges du Conseil canadien de la magistrature a constitué un groupe chargé d'examiner l'allégation du juge en chef Callaghan. Ce groupe a conclu, le 20 novembre 1992, que le requérant était [TRADUCTION] «peut-être inapte à remplir utilement ses fonctions au sens du paragraphe 65(2) . . . pour l'un ou l'autre des motifs suivants: a) invalidité; c) manquement aux devoirs de sa charge». Le Conseil, ayant étudié le rapport du groupe le 26 mars 1993, a décidé qu'il convenait de mener, en vertu du paragraphe 63(2) de la *Loi sur les juges*, une enquête sur l'allégation selon laquelle le requérant était [TRADUCTION] «peut-être inapte à remplir utilement ses fonctions au sens du paragraphe 65(2) de la *Loi sur les juges*». Le comité d'enquête mis sur pied conformément au paragraphe 63(3) était présidé par

Chief Justice of Saskatchewan, Chairman; Honourable B. Hewak, Chief Justice, Court of Queen's Bench of Manitoba; Honourable L. A. Poitras, Chief Justice, Superior Court of Quebec; and two Ontario barristers appointed by the Minister of Justice of Canada pursuant to his authority under subsection 63(3): namely, F. P. Kitley of Toronto and G. L. Guénette, Q.C. of Ottawa.

This Inquiry Committee met on November 1, 2 and 3, 1993 solely to deal with constitutional issues raised by the applicant. The Committee was advised at that time by Mr. Harvey Yarosky, Q.C., independent counsel retained by the Council, that the sole allegation before the Committee would be that Mr. Justice Gratton may have become incapacitated from execution of the office "by reason of infirmity." After hearing argument the Committee adjourned further proceedings pending a determination of the constitutional issues, and the hearing into the merits of the matter has yet to take place. It therefore must be emphasized that so far both the Committee and this Court are dealing with essentially a hypothetical question: namely, have the provisions of the *Judges Act* validly conferred upon the Inquiry Committee the authority to inquire, with the possible result of a recommendation by the Canadian Judicial Council to the Minister of Justice that a judge should be removed from office, into an allegation that such judge has become incapacitated or disabled from the due execution of his office by reason of infirmity? No evidence has been heard as to the actual condition of the applicant, the judge in question.

Before the Committee the applicant challenged the constitutional validity of the proceedings on grounds which I have summarized as follows:

(i) Parliament has unlawfully purported to give to the Council and its Committee authority which is vested solely in Parliament by subsection 99(1) of the *Constitution Act, 1867*.² That section of the Constitution provides as follows:

99. (1) Subject to subsection (2) of this section, the judges of the superior courts shall hold office during good behaviour, but

² 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item I [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]].

E. D. Bayda, juge en chef de la Saskatchewan, et se composait en outre de B. Hewak, juge en chef de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba; de L. A. Poitras, juge en chef de la Cour supérieure du Québec; et de deux avocats de l'Ontario nommés par le ministre de la Justice du Canada en vertu du paragraphe 63(3), soit F. P. Kitley de Toronto et G. L. Guénette, c.r., d'Ottawa.

Le comité d'enquête s'est réuni les 1^{er}, 2 et 3 novembre 1993 à seule fin de se pencher sur les questions constitutionnelles soulevées par le requérant. M^e Harvey Yarosky, c.r., un avocat indépendant dont les services avaient été retenus par le Conseil, a alors fait savoir au comité qu'il n'aurait à se pencher que sur l'allégation selon laquelle le juge Gratton était peut-être inapte à remplir ses fonctions «pour cause d'invalidité». Après avoir entendu des arguments, le comité a prononcé l'ajournement en attendant une décision sur les questions constitutionnelles, et l'affaire n'a toujours pas été entendue sur le fond. Il faut en conséquence souligner que, pour le moment, le comité et cette Cour se trouvent saisis d'une question essentiellement hypothétique, soit celle de savoir si la *Loi sur les juges* a validement conféré au comité d'enquête le pouvoir de faire enquête sur une allégation qu'un juge est, pour cause d'invalidité, inapte à remplir utilement ses fonctions, enquête par suite de laquelle le Conseil canadien de la magistrature pourrait recommander au ministre de la Justice la révocation de ce juge. Aucune preuve n'a été produite concernant l'état véritable du requérant, qui est le juge en cause.

Devant le comité, le requérant a contesté la constitutionnalité des procédures pour des motifs que je résume comme suit:

(i) Le Parlement a illicitement investi le Conseil et son comité d'un pouvoir que le paragraphe 99(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*² confère exclusivement au Parlement. L'article 99 de la Constitution est ainsi conçu:

99. (1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, les juges des cours supérieures resteront en fonction durant bonne

² 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n^o 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 5]].

shall be removable by the Governor General on address of the Senate and House of Commons.

(2) A judge of a superior court, whether appointed before or after the coming into force of this section, shall cease to hold office upon attaining the age of seventy-five years, or upon the coming into force of this section if at that time he has already attained that age.

(ii) The Inquiry Committee has been established as a superior court whereas it includes two non-judicial members who do not have the tenure guaranteed to superior court judges. Therefore the Committee is invalidly constituted.

(iii) The alleged ground of incapacity is not, constitutionally, a valid ground for removal of a judge as subsection 99(1) guarantees tenure to superior court judges until the age of seventy-five during "good behaviour." In the view of the applicant, incapacity based on infirmity does not constitute a breach of good behaviour.

With respect to the first objection, the Inquiry Committee concluded that Parliament had validly conferred the relevant authority on the Council and its Committee. It held that Parliament had implicit authority under subsection 99(1) and the opening words of section 91 of the *Constitution Act, 1867* to enact legislation providing for a process of investigation and recommendation to the Minister with respect to complaints against federally-appointed judges. The Committee appears to have taken the view that subsection 99(1) confers on Parliament a kind of adjudicative function, but one which had not been delegated by Parliament. That is, Parliament retained the ultimate authority to decide whether a judge should be removed. It held that Parliament had not abdicated its responsibility under subsection 99(1) and cited various authors and international instruments favouring the policy of investigation of complaints against the judiciary by members of the judiciary.

With respect to the second question, the Inquiry Committee found that it had not been made a superior court as it does not have the power to adjudicate dis-

conduite, mais ils pourront être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes.

(2) Un juge d'une cour supérieure, nommé avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, cessera d'occuper sa charge lorsqu'il aura atteint l'âge de soixante-quinze ans, ou à l'entrée en vigueur du présent article si, à cette époque, il a déjà atteint ledit âge.

(ii) Le comité d'enquête a été constitué à titre de cour supérieure mais comprend deux membres qui ne sont pas juges et qui ne jouissent pas de l'inamovibilité qui est garantie aux juges des cours supérieures. D'où il s'ensuit que le comité a été formé d'une manière invalide.

(iii) Du point de vue constitutionnel, la prétendue raison de l'inaptitude ne justifie pas la révocation d'un juge puisque le paragraphe 99(1) prévoit que les juges des cours supérieures resteront en fonction «durant bonne conduite» jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans. Or, d'après le requérant, l'inaptitude fondée sur l'invalidité ne constitue pas un manquement à la bonne conduite.

En ce qui concerne la première objection, le comité d'enquête a conclu que le Parlement avait validement conféré au Conseil et à son comité le pouvoir en question. Le comité a dit en effet que le paragraphe 99(1) et les mots liminaires de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* habilitaient implicitement le Parlement à légiférer de manière à prévoir un processus permettant d'enquêter sur les plaintes portées contre des juges nommés par le fédéral et de faire des recommandations au ministre concernant ces plaintes. Le comité semble avoir été d'avis que le paragraphe 99(1) confie au Parlement une espèce de fonction juridictionnelle, mais que le Parlement n'a pas déléguée. En d'autres termes, le Parlement conservait le pouvoir de décider en dernier ressort de la révocation d'un juge. Le comité a conclu que le Parlement n'avait pas abdiqué la responsabilité qui lui incombait aux termes du paragraphe 99(1) et a cité différents auteurs et divers actes internationaux à l'appui de la politique consistant à faire examiner par des juges les plaintes portées contre des juges.

Se penchant sur la deuxième question, le comité d'enquête a estimé qu'il n'avait pas été constitué en juridiction supérieure étant donné qu'il n'est pas

putes between parties. This issue has been abandoned by the applicant in the present proceedings.

With respect to the third constitutional issue raised before it, the Inquiry Committee concluded that removal by the Governor General on the joint address of both Houses of Parliament is now the only method for removal of a judge. The Committee was not unanimous, however, on the permissible grounds for removal. The majority took the view that grounds for removal are not limited to the breach of "good behaviour;" that other unspecified grounds were open to Parliament which would have to be "gleaned from common law, parliamentary tradition and any other consideration which would maintain and enhance the principle of judicial independence." Chief Justice Poitras dissented from this view. He was prepared to say only that:

[a] judge who is unable or unwilling to perform the duties of the office of judge fails to comply with the requirement of holding office "during good behaviour" and may thus be removed.

If I understand correctly, the rest of the Committee was in agreement that in any event "non-behaviour or the incapacity to perform the office" would be a ground for removal as a breach of good behaviour.

The applicant seeks to have these conclusions set aside, a declaration that the relevant parts of the *Judges Act* are invalid, and the quashing of the investigation. The matter comes before this Court on the submission of the applicant, which was not contested, that the Inquiry Committee is a "federal board, commission or other tribunal" within the meaning of section 2 of the *Federal Court Act*.³

Two days before the hearing of this motion was to commence the Canadian Judges Conference applied to be admitted as an intervenor. This is a voluntary organization of federally-appointed judges, of whom some 93% belong to the Conference. This somewhat untimely application was consented to by the parties. As a result I gave leave for the intervention on the basis that the Conference could make submissions at the hearing and participate in, but not initiate, an appeal.

³ R.S.C., 1985 c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1].

habilité à régler des différends entre des parties. Le requérant a abandonné cette question dans la présente instance.

a Le comité a conclu relativement à la troisième question constitutionnelle soulevée qu'à l'heure actuelle un juge ne peut être révoqué que par le gouverneur général sur une adresse des deux Chambres du Parlement. Il n'y a toutefois pas eu unanimité b parmi les membres du comité quant aux motifs justifiant la révocation. Selon les majoritaires, ces motifs ne se limitent pas au manquement à la «bonne conduite»; le Parlement peut aussi en invoquer d'autres, c non spécifiés, qui sont à «dégager de la common law, de la tradition parlementaire et de toute autre considération qui puisse préserver et renforcer le principe de l'indépendance judiciaire». Ce point de vue n'a d cependant pas été partagé par le juge en chef Poitras, qui s'est borné à l'affirmation suivante:

d Le juge inapte ou non disposé à s'acquitter de ses fonctions de juge ne respecte pas la condition relative à l'occupation «durant bonne conduite» et peut donc être révoqué.

e Or, si je comprends bien, les autres membres du comité convenaient que, de toute façon, «l'«inexécution des fonctions ou l'inaptitude à remplir [les] fonctions» constituerait un motif de révocation pour manquement à la bonne conduite.

f Le requérant cherche donc à faire écarter ces conclusions, à faire déclarer invalides les dispositions pertinentes de la *Loi sur les juges* et à faire annuler l'enquête. Cette Cour se trouve saisie de l'affaire par suite de l'assertion du requérant, incontestée d'ailleurs, que le comité est un «office fédéral» au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*.³

h Deux jours avant la date fixée pour l'audition de la présente requête, la Conférence canadienne des juges a demandé le statut d'intervenant. Il s'agit là d'un organisme bénévole composé de juges nommés par le i fédéral, dont environ 93 p. 100 y appartiennent. Comme les parties ont consenti à cette demande plutôt inopportune, j'ai autorisé l'intervention en précisant qu'il serait permis à la Conférence de présenter des observations à l'audience et de participer à un j appel, mais sans pouvoir elle-même interjeter appel.

³ L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1].

The original style of cause described the respondents as

THE CANADIAN JUDICIAL COUNCIL
BY ITS INDEPENDENT COUNSEL, HARVEY YAROSKY *a*
and THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

At the hearing before me Mr. Yarosky who appeared as counsel for the Canadian Judicial Council suggested that his name should be removed from the style of cause as he was not a party to the proceedings. I acceded to that request. I can understand the uncertainty which counsel for the applicant experienced in determining who should be named as respondents. As has been confirmed recently by the Federal Court of Appeal in *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*⁴ a tribunal should not be named as a party on a judicial review of its decision. That, as counsel for the applicant explained, is the reason why the Inquiry Committee was not named as a party. I believe however that it was appropriate to name the Canadian Judicial Council as a party pursuant to Rule 1602(3) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)] which provides:

Rule 1602. . . .

(3) Any interested person who is adverse in interest to the applicant in the proceedings before the federal board, commission or other tribunal shall be named as a respondent in the notice of motion.

It appears to me that the Canadian Judicial Council for all intents and purposes appeared before the Inquiry Committee in a position adverse to the interest of the applicant on the issues under judicial review. The Council obviously assumed in creating the Committee and referring this investigation to it that the Council had the jurisdiction to do so under the *Judges Act*. According to the report of the Committee, Mr. Yarosky was retained by the Canadian Judicial Council to act as an "independent counsel" before the Committee. It was his function to "gather, marshal and present any evidence relevant to the allegation." It appears that Mr. Yarosky took a position opposed to the applicant but supportive of the Council's position on the constitutional issues before the

⁴ [1994] 2 F.C. 447 (C.A.).

D'après l'intitulé primitif de la cause, les intimés étaient

LE CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE,
REPRÉSENTÉ PAR SON AVOCAT INDÉPENDANT
HARVEY YAROSKY, et LE PROCUREUR GÉNÉRAL
DU CANADA

À l'audience devant moi, M^e Yarosky, qui a comparu en qualité d'avocat du Conseil canadien de la magistrature, a proposé la radiation de son nom parce qu'il n'était pas partie à l'instance. J'ai accédé à sa demande. Je conçois bien cependant que l'avocat du requérant ait pu hésiter sur qui devait être désigné partie intimée. Comme l'a confirmé récemment la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*⁴, il ne convient pas de constituer un tribunal partie dans le cadre du contrôle judiciaire d'une décision de ce tribunal. C'est pour cette raison, a expliqué l'avocat du requérant, que le comité d'enquête n'a pas été constitué partie. Je crois cependant que, suivant la Règle 1602(3) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19)], il seyait de désigner à titre de partie le Conseil canadien de la magistrature. Le paragraphe (3) dispose comme suit:

Règle 1602. . . .

(3) Toute personne intéressée qui avait des intérêts opposés à ceux de la partie requérante lors de l'instance devant l'office fédéral est désignée à titre d'intimée dans l'avis de requête.

Il me semble en effet que, du point de vue pratique, le Conseil canadien de la magistrature a eu devant le comité d'enquête des intérêts opposés à ceux du requérant relativement aux questions faisant l'objet du contrôle judiciaire. Manifestement, en constituant le comité et en le chargeant de l'enquête en cause, le Conseil s'est dit habilité à le faire par la *Loi sur les juges*. D'après le rapport du comité, le Conseil avait retenu les services de M^e Yarosky pour qu'il fasse office d'«avocat indépendant» devant le comité. Il était à ce titre chargé «de recueillir, de rassembler et de présenter tout élément de preuve pertinent relativement à la plainte». Or, il appert que, devant le comité, M^e Yarosky a pris, relativement aux questions constitutionnelles, une position qui s'opposait à

⁴ [1994] 2 C.F. 447 (C.A.).

Committee, just as he did when he submitted argument on behalf of the Canadian Judicial Council before me. Therefore the Council was properly named as a party and it was not appropriate to add Mr. Yarosky as respondent as he personally has no interest in the matter beyond that of counsel. The Attorney General of Canada is of course an appropriate party because, *inter alia*, a declaration is being sought against the validity of an Act of Parliament.

Issues

The first issue which the applicant has identified in this application is the following:

- (1) Can the tenure during good behaviour of a superior court judge established by s. 99 of the *Constitution Act, 1867* be terminated on the basis of incapacity due to infirmity?

I believe to deal with this issue I must answer two questions:

- (a) Are there grounds for removal of a superior court judge other than breach of "good behaviour?"

- (b) If not, can an incapacity prevent a judge holding office "during good behaviour?"

It is assumed that this issue is relevant to the validity of the Inquiry Committee's process because if there is no constitutional possibility for removal of a judge simply for incapacity then no inquiry should be undertaken of that incapacity for the purpose of recommending removal. No one disputed this assumption.

The applicant describes the second issue as follows:

- (2) Does s. 99 of the *Constitution Act, 1867* authorize the introduction and involvement of the Judicial Council in the removal process of a superior court judge, including the commencement of proceedings against a judge prior to any motion in Parliament, the holding of an adjudicative hearing concerning the judge's right to continue [sic] in office, the making of a report to Parliament about the hearing, and

celle du requérant et qui appuyait celle du Conseil, tout comme il l'a fait en plaidant pour le Conseil canadien de la magistrature devant moi. D'où il s'ensuit que c'est à bon droit que le Conseil a été constitué partie et il ne convenait pas de désigner Me Yarosky partie intimée, car il n'avait aucun intérêt personnel dans l'affaire, si ce n'est en sa qualité d'avocat. Bien entendu, le procureur général du Canada a été à juste titre constitué partie parce qu'on demande notamment un jugement déclarant invalide une loi fédérale.

Les questions en litige

La première question soulevée par le requérant en l'espèce est la suivante:

- (1) L'incapacité pour cause d'invalidité peut-elle fonder la révocation d'un juge d'une cour supérieure qui, aux termes de l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, reste en fonction durant bonne conduite?

Je crois que, pour trancher cette question, je dois répondre à deux autres:

- a) Un juge d'une cour supérieure peut-il être révoqué pour des motifs autres que le manquement à la «bonne conduite»?

- b) Dans la négative, l'incapacité peut-elle venir empêcher un juge de rester en fonction «durant bonne conduite»?

On suppose que la première question en litige se rapporte à la validité de la façon de procéder du comité parce que, si la Constitution n'admet pas la possibilité de révoquer un juge pour simple incapacité, alors on ne devrait entreprendre aucune enquête sur cette incapacité en vue de recommander la révocation. Cette présomption n'a pas été contestée.

Le requérant formule comme suit la seconde question en litige:

- (2) L'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise-t-il la participation du Conseil de la magistrature au processus de révocation d'un juge d'une cour supérieure, participation consistant notamment à engager une procédure contre un juge avant qu'une motion ne soit déposée devant le Parlement, à tenir une audience en vue de rendre une décision concernant le droit du juge de rester en fonction, à faire un

a recommendation to Parliament about whether or not the judge should be removed from office?

rapport au Parlement au sujet de l'audience, et à lui recommander soit la révocation, soit le maintien en fonction?

Conclusions

Conclusions

Judicial Independence

L'indépendance judiciaire

I will not indulge in another panegyric on judicial independence, its meaning and its importance. Authoritative expressions of its nature and role can be found elsewhere.⁵ Suffice it to say that independence of the judiciary is an essential part of the fabric of our free and democratic society. It is recognized and protected by the law and the conventions of the Constitution as well as by statute and common law. Its essential purpose is to enable judges to render decisions in accordance with their view of the law and the facts without concern for the consequences to themselves. This is necessary to assure the public, both in appearance and reality, that their cases will be decided, their laws will be interpreted, and their Constitution will be applied without fear or favour. The guarantee of judicial tenure free from improper interference is essential to judicial independence.⁶ But it is equally important to remember that protections for judicial tenure were "not created for the benefit of the judges, but for the benefit of the judged".⁷

a
b
c
d
e
f
Je m'abstiens d'ajouter au nombre des apologies de l'indépendance judiciaire et de m'étendre sur la signification et l'importance de cette notion. On peut trouver ailleurs des énoncés faisant autorité relativement à sa nature et à son rôle⁵. Qu'il suffise de dire que l'indépendance judiciaire fait partie intégrante de notre société libre et démocratique. Elle est reconnue et sauvegardée par la Constitution et les conventions constitutionnelles, par les lois et par la common law. Elle sert essentiellement à permettre aux juges de rendre des décisions en conformité avec leur conception du droit et des faits, sans avoir à craindre de subir eux-mêmes des conséquences fâcheuses. Cela s'impose pour assurer au public que, tant en apparence qu'en réalité, leurs causes seront jugées, leurs lois interprétées et leur Constitution appliquée sans distinction de personnes. La garantie aux juges de pouvoir rester en poste sans subir d'ingérence irrégulière dans l'exercice de leurs fonctions est indispensable à l'indépendance judiciaire⁶. Mais il importe tout autant de se rappeler que la protection de l'inamovibilité [TRADUCTION] «vise à profiter non pas aux juges mais bien aux justiciables»⁷.

I have endeavoured to respect and apply this concept of judicial independence in the following analysis.

g
Dans l'analyse qui suit, je tente de respecter et d'appliquer cette conception de l'indépendance judiciaire.

(1) Good Behaviour Tenure Terminable for Incapacity from Infirmity

(1) L'inaptitude par suite de l'invalidité peut-elle donner lieu à révocation?

⁵ See e.g., *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673, at pp. 689-694; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at pp. 71-76.

⁶ In *Valente*, *ibid*, at pp. 694-712 Le Dain J. identified three essential elements of judicial independence; (1) security of tenure, which is the issue in the present case; (2) financial security; and (3) institutional independence in administration of the courts bearing on the exercise of the judicial function.

⁷ Kurland, "The Constitution and the Tenure of Federal Judges: Some Notes from History" (1969), 36 *U. Chi. L. Rev.* 665, at p. 698 quoted by Kaufman, "Chilling Judicial Independence" (1979), 88 *Yale L.J.* 681, at p. 690.

⁵ Voir, p. ex., *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673, aux p. 689 à 694; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, aux p. 71 à 76.

⁶ Dans l'arrêt *Valente*, précité, aux p. 694 à 712, le juge Le Dain a précisé trois éléments essentiels de l'indépendance judiciaire: (1) l'inamovibilité, ce dont il est question en l'espèce; (2) la sécurité financière; (3) l'indépendance institutionnelle relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l'exercice des fonctions judiciaires.

⁷ Kurland, «The Constitution and the Tenure of Federal Judges: Some Notes from History» (1969), 36 *U. Chi. L. Rev.* 665, à la p. 698, cité par Kaufman, «Chilling Judicial Independence», (1979), 88 *Yale L.J.* 681, à la p. 690.

(a) Is Breach of Good Behaviour the Only Ground for Removal?

This question is fundamental since, if the grounds are unlimited and in Parliament's discretion then the answer to the question raised in the applicant's first issue must be in the affirmative.

To determine what are the grounds for removal one must of course begin with subsection 99(1) of the *Constitution Act, 1867* which for convenience will be repeated here:

99. (1) Subject to subsection (2) of this section, the judges of the superior courts shall hold office during good behaviour, but shall be removable by the Governor General on address of the Senate and House of Commons.

Professor Peter Hogg has succinctly stated the problem of interpretation which subsection 99(1) presents:

The question is whether s. 99 provides for one mode of removal or two. It could be read as meaning that a judge may be removed only by joint parliamentary address and then only for bad behaviour. But the section could also be read as meaning that a judge may be removed for bad behaviour by the government without the need for a joint parliamentary address, and may in addition be removed for any reason whatsoever (not necessarily involving bad behaviour) by a joint parliamentary address. On principle, the former interpretation is preferable, because it is more apt to secure the independence of the judiciary, which is the purpose of the provision.⁸

In the present proceedings the applicant in essence adopts Professor Hogg's first possible interpretation: namely, that a judge can only be removed by joint address of Parliament and only for bad behaviour in the sense of some wilful misconduct. Therefore, he says, a judge cannot be removed because he is incapable of performing the office of judge. While the Canadian Judicial Council does not now contend that there is some procedure for removing judges other than upon joint address, its counsel argues that Parliament may remove a judge for any reason—such reasons to be defined and constrained by constitutional conventions. On the other hand the Attorney General takes the view that, whether or not there are other grounds for removal, an inability to perform the functions of the office preclude a judge from holding

⁸ *Constitutional Law of Canada* (3rd ed., Supplemented), Toronto: Carswell, 1992, vol. 1, at pp. 7-9.

a) Le manquement à la bonne conduite constitue-t-il l'unique motif de révocation?

Voilà une question fondamentale puisque, si les motifs de révocation sont illimités et ne tiennent qu'à la discrétion du Parlement, il faut répondre par l'affirmative à la première question du requérant.

Or, pour déterminer les motifs de révocation, on doit évidemment prendre pour point de départ le paragraphe 99(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* que, par souci de commodité, je reprends ici:

99. (1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, les juges des cours supérieures resteront en fonction durant bonne conduite, mais ils pourront être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes.

Le professeur Peter Hogg a formulé succinctement le problème d'interprétation que pose le paragraphe 99(1):

[TRADUCTION] L'article 99 établit-il un seul mode de révocation ou deux? On pourrait d'une part conclure qu'un juge ne peut être révoqué que sur une adresse parlementaire conjointe, et alors seulement pour mauvaise conduite. On pourrait d'autre part conclure que le juge peut être révoqué pour mauvaise conduite par le gouvernement, sans adresse parlementaire conjointe, et qu'il peut en outre être révoqué pour tout motif (pas nécessairement la mauvaise conduite) sur une adresse parlementaire conjointe. En principe, la première interprétation est préférable puisqu'elle est plus en mesure de réaliser l'objectif de l'article, savoir préserver l'indépendance du pouvoir judiciaire⁸.

En l'espèce, le requérant adopte essentiellement la première interprétation possible évoquée par le professeur Hogg, à savoir qu'un juge ne peut être révoqué que sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes et seulement pour inconduite délibérée. Par conséquent, soutient le requérant, un juge ne peut être révoqué du fait de son incapacité à remplir ses fonctions. Quoique le Conseil canadien de la magistrature ne prétende pas ici qu'un juge peut être révoqué autrement que sur adresse des deux Chambres, son avocat fait valoir que le Parlement peut le révoquer pour n'importe quelle raison, les raisons devant être définies par les conventions constitutionnelles et assujetties à celles-ci. Selon le procureur général, par contre, qu'il existe ou non d'autres motifs de révocation, l'incapacité de s'acquitter de

⁸ *Constitutional Law of Canada* (3^e éd., complétée), Toronto: Carswell, 1992, vol. 1, aux p. 7 à 9.

that office during good behaviour. The Canadian Conference of Judges contends that the only ground for removal is breach of good behaviour and the only method is a joint address.

Therefore all the parties and the intervenor agree that the only procedure available today for the removal of judges is by act of the Governor General on address of both Houses of Parliament. The possible existence of other procedures in the past is only marginally relevant to the interpretation of the Canadian Constitution but I will deal with it briefly since much stress has been placed in argument both before the Inquiry Committee and before this Court on the interpretation of the English *Act of Settlement (The)*, 1700.⁹ That statute provided that:

Judges Commission be made *quamdiu se bene gesserint*, and their Salaries be ascertained and established; but upon the address of both Houses of Parliament it may be lawful to remove them.

Counsel for the Canadian Judicial Council has cited numerous authors¹⁰ who to varying degrees support the following interpretation of the *The Act of Settlement*, 1700. In the century preceding its adoption the Stuart Kings had typically appointed judges during pleasure (*durante bene placito*) thus making them subject to dismissal by the king should he disapprove of their judgments. After the "Glorious Revolution" of 1688 the practice which had been followed during the Commonwealth was restored, namely appointment of judges during good behaviour (*quamdiu se bene gesserint*). This practice was formalized by *The*

⁹ 12 & 13 Will. III, c. 2, s. 3 (U.K.).

¹⁰ Shimon Shetreet, *Judges on Trial*, 1976, at pp. 92 and 93-94; W. R. Lederman, "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769, at p. 787; Peter Russell, *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government*, 1987, at p. 176; Sir Kenneth Roberts-Wray, *Commonwealth and Colonial Law*, 1966 at pp. 486-487; S. A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law*, (1973, 2nd ed.) at pp. 373-374; Wade, *Constitutional Law* (1970, 8th ed.) at p. 329; Sir William R. Anson, *The Law and Custom of the Constitution*, 4th ed. by A. B. Keith, vol. II, at p. 235. R. Brazier, *Constitutional Practice* (1988), at p. 252.

ses devoirs empêche un juge de rester en fonction durant bonne conduite. Quant à la Conférence canadienne des juges, elle affirme que l'unique motif de révocation est le manquement à la bonne conduite, et la seule méthode de révocation, une adresse du Sénat et de la Chambre des communes.

Toutes les parties et l'intervenante conviennent donc qu'à l'heure actuelle un juge ne peut être révoqué que par le gouverneur général sur adresse des deux Chambres du Parlement. Le fait qu'il ait pu exister par le passé d'autres modes de révocation n'a qu'une pertinence minimale en ce qui concerne l'interprétation de la Constitution canadienne, mais j'en traiterai brièvement étant donné qu'on a beaucoup insisté au cours des débats, tant devant le comité d'enquête que devant cette Cour, sur l'interprétation de l'*Act of Settlement (The)*, 1700⁹ d'Angleterre. Cette loi disposait comme suit:

[TRADUCTION] La nomination des juges est *quamdiu se bene gesserint* et leur salaire est fixé et établi; mais ils peuvent être révoqués sur adresse des deux Chambres du Parlement.

L'avocat du Conseil canadien de la magistrature a cité de nombreux auteurs¹⁰ qui, dans différentes mesures, appuient l'interprétation suivante de *The Act of Settlement*, 1700. Au cours du siècle qui a précédé son adoption, les rois Stuarts nommaient normalement les juges à titre amovible (*durante bene placito*), de sorte que le roi pouvait les révoquer s'il désapprouvait leurs jugements. À la suite de la «Glorieuse Révolution» de 1688, il y a eu rétablissement de la pratique suivie pendant le Commonwealth, c'est-à-dire que les juges étaient nommés à titre inamovible (*quamdiu se bene gesserint*). Cette pratique

⁹ 12 & 13 Will. III, ch. 2, art. 3 (R.-U.).

¹⁰ Shimon Shetreet, *Judges on Trial*, 1976, aux p. 92, 93 et 94; W. R. Lederman, «The Independence of the Judiciary» (1956), 34 *R. du B. can.* 769, à la p. 787; Peter Russell, *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government*, 1987, à la p. 176; Sir Kenneth Roberts-Wray, *Commonwealth and Colonial Law*, 1966, aux p. 486 et 487; S. A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law*, 1973, 2^e éd., aux p. 373 et 374; Wade, *Constitutional Law* (1970, 8^e éd.), à la p. 329; Sir William R. Anson, *The Law and Custom of the Constitution* 4^e éd. par A. B. Keith, 1935, vol. II, à la p. 235; R. Brazier, *Constitutional Practice* (1988), à la p. 252.

Act of Settlement, 1700 which came into operation upon the ascent of the House of Hanover in 1714. The Glorious Revolution marked the triumph of Parliament over the king and the provision in *The Act of Settlement*, 1700 must be read in that light. It had always been open to the king to have judges removed by the writ of *scire facias* by which the grant of any tenure could be terminated upon a breach of the conditions of the tenure. The grant was regarded as a form of property given for life but with title defeasible through breach of condition. This body of academic opinion therefore holds that the first part of the 1700 provision, “judges commissions be made *quamdiu se bene gesserint*” thus established the sole condition upon which the king could seek termination of a judicial commission, namely a failure to fulfil the condition of good behaviour. The second part of that provision, “but upon the address of both Houses of Parliament it may be lawful to remove them” must, it is said, be seen as in contrast to the limited right of the king to seek termination of a judicial appointment. Opened, as it is, by the word “but”, the second phrase must be read disjunctively as referring to a different procedure for removing judges to which no criteria were attached and which had nothing to do with the property grant conditional on good behaviour. That is, apart from the limited power of the king to seek termination only for lack of good behaviour, Parliament could remove judges for any reason. It is said that this interpretation is most consistent with the triumph of the English Parliament over the king at the end of the 17th Century. The implication is that whereas the king could formerly terminate “at pleasure” appointments at his will but could no longer do so, now Parliament could terminate judicial appointments for any reason subject only to such limitations as it imposed upon itself. One cannot minimize the importance of those self-denying limitations: I understand that there has been only one instance of the U.K. Parliament removing a judge since 1700 although several proceedings have been commenced in Parliament for that purpose.

a été consacrée par *The Act of Settlement*, 1700, qui a pris effet dès l’accession au trône de la maison de Hanovre en 1714. La Glorieuse Révolution a marqué le triomphe du Parlement sur le roi et c’est dans cette optique que doit s’interpréter la disposition précitée de *The Act of Settlement*, 1700. Il avait toujours été loisible au roi de faire révoquer des juges par voie de bref de *scire facias*, au moyen duquel tout juge qui violait les conditions selon lesquelles il occupait sa charge pouvait se voir démis de celle-ci. La charge était considérée comme une espèce de propriété conférée à vie, mais dont le titre était révocable du moment que le juge violait une condition. Donc, suivant cette opinion doctrinale, l’expression «la nomination des juges est *quamdiu se bene gesserint*» par laquelle commence la disposition en question de l’Acte de 1700 établissait l’unique motif que pouvait invoquer le roi pour demander la révocation d’un juge, à savoir le fait pour ce dernier d’avoir manqué à la bonne conduite. Quant à la seconde partie de cette disposition «mais ils peuvent être révoqués sur adresse des deux Chambres du Parlement», prétend-on, il faut la voir comme contrastant avec le droit limité du roi de demander la révocation d’un juge. Puisqu’il commence par le mot «mais», le second membre de phrase doit se lire indépendamment et être considéré comme visant une procédure différente de révocation des juges, procédure qui n’était soumise à aucune condition et qui n’avait rien à voir avec l’attribution d’un droit de propriété soumis à la condition de la bonne conduite. En d’autres termes, il existait, outre le pouvoir limité du roi de demander la révocation pour manquement à la bonne conduite, le pouvoir du Parlement de révoquer des juges pour n’importe quelle raison. C’est cette interprétation, soutient-on, qui reflète le mieux le triomphe du Parlement anglais sur le roi à la fin du XVII^e siècle. Voilà qui donne à entendre que le roi ne pouvait plus, comme il le faisait auparavant, mettre fin à son gré aux nominations «à titre amovible», mais que le Parlement était maintenant en mesure de prononcer la révocation des juges pour n’importe quelle raison, sous réserve seulement des restrictions qu’il s’imposait à lui-même. Pour ce qui est de ces restrictions, il ne faut pas en minimiser l’importance, car, si je comprends bien, il n’y a eu depuis 1700 qu’un seul cas où le Parlement britannique a révoqué un juge, quoique plusieurs procédures de révocation aient été engagées.

Two observations can be made on this body of learning as to the meaning of the *The Act of Settlement*, 1700. First, it is striking that all of the authors cited directly rely on the works of Alpheus Todd published in the 1880s¹¹ or cite as their authorities other authors who in turn relied on Todd. Yet when one examines Todd with particular reference to the problem before this Court, removal for incapacity, his authorities seem somewhat wanting. In a key passage he states that the grant of an office during good behaviour is the creation of an estate for life in the office. He then goes on to say:

Such an estate is terminable only by the grantee's incapacity from mental or bodily infirmity, or by his breach of good behaviour.¹²

Here Todd is speaking of the means for removing a judge other than by joint address of the Houses of Parliament. It will also be noted that he distinguishes between "mental or bodily infirmity" and "breach of good behaviour." He goes on to explain that "forfeiture must be enforced by a *scire facias*".¹³ Todd then goes on to discuss removal by joint address which he describes as a method additional to that already described. He says of the power conferred on the two Houses of Parliament by *The Act of Settlement*, 1700:

This power is not, in a strict sense, judicial; it may be invoked upon occasions when the misbehaviour complained of would not constitute a legal breach of the conditions on which the office is held. The liability to this kind of removal is, in fact, a qualification of, or exception from, the words creating a tenure during good behaviour, and not an incident or legal consequence thereof.¹⁴ [Emphasis added.]

As far as I can ascertain, Todd cites no direct authority for the distinction he makes between removal for want of good behaviour and the grounds open to the two Houses of Parliament for removal. The examples he cites of efforts (one successful) to

¹¹ A frequently quoted edition is *On Parliamentary Government in England*, 2nd ed., 1889.

¹² *Ibid.*, vol. 2, at p. 857.

¹³ *Ibid.*, vol. 2, at p. 858.

¹⁴ *Ibid.*, vol. 2, at p. 860.

En ce qui concerne cette interprétation de *The Act of Settlement*, 1700, deux points sont à souligner. Premièrement, il est frappant que tous les auteurs cités s'appuient directement sur les ouvrages d'Alpheus Todd parus dans les années 1880¹¹ ou invoquent d'autres auteurs qui, eux, se fondaient sur Todd. Pourtant, lorsqu'on examine ce que dit Todd concernant le problème particulier dont cette Cour se trouve présentement saisie, à savoir la révocation pour cause d'incapacité, son point de vue paraît plutôt mal appuyé. Il affirme en effet dans un passage clef que l'attribution d'une charge à occuper à titre inamovible crée un domaine viager à l'égard de cette charge. Puis, il ajoute:

[TRADUCTION] Il ne peut être mis fin [à ce domaine] que pour incapacité du titulaire due à une invalidité mentale ou physique, ou pour manquement à la bonne conduite¹².

Todd parle ici de la façon de révoquer un juge sans avoir recours à une adresse des deux Chambres du Parlement. Il est à noter également qu'il fait une distinction entre l'«invalidité mentale ou physique» et le «manquement à la bonne conduite». Il poursuit en expliquant que [TRADUCTION] «la déchéance doit être exécutée au moyen d'un bref de *scire facias*»¹³. Todd traite ensuite de la révocation par adresse des deux Chambres, dont il dit qu'il s'agit d'un moyen qui s'ajoute à celui déjà décrit. Au sujet du pouvoir conféré aux deux Chambres du Parlement par *The Act of Settlement*, 1700, Todd fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] Il ne s'agit pas à proprement parler d'un pouvoir judiciaire. Il peut être invoqué à des occasions où l'inconduite dont on se plaint ne constituerait pas, du point de vue juridique, une violation des conditions selon lesquelles la charge est occupée. La possibilité de révocation par cette méthode représente, en réalité, une restriction ou une exception aux mots prévoyant l'exercice des fonctions durant bonne conduite; elle ne découle pas de ceux-ci, ni accessoirement ni en tant que conséquence juridique¹⁴. [Je souligne.]

Autant que je puisse voir, Todd ne cite aucune source directe pour expliquer la distinction qu'il fait entre la révocation pour manquement à la bonne conduite et les motifs de révocation pouvant être invoqués par les deux Chambres du Parlement. Les

¹¹ Une édition souvent citée s'intitule *On Parliamentary Government in England*, 2^e éd, 1889.

¹² *Ibid.*, vol. 2, à la p. 857.

¹³ *Ibid.*, vol. 2, à la p. 858.

¹⁴ *Ibid.*, vol. 2, à la p. 860.

remove a judge through parliamentary action appear to me all to involve real or alleged misconduct amounting to a breach of good behaviour.

The more serious problem with adopting the Todd analysis is that it is, after all, an interpretation of the English *Act of Settlement (The)*, 1700 and not of section 99 of Canada's *Constitution Act, 1867*. The 1700 Act was an ordinary statute which in fact has been amended several times since to make it more responsive to contemporary needs. The problem it was said to have been intended to resolve was the elimination of the king's control over judges, replacing therefor Parliament's control which was acceptable because of Parliament's victory in the Glorious Revolution.

On the other hand, section 99 of the *Constitution Act, 1867* is a constitutional instrument which must be interpreted in a purposive way and in the Canadian context. No evidence was produced to me of contemporary opinion in 1867 to suggest that the Fathers of Confederation, in borrowing the language of *The Act of Settlement*, 1700, intended that this section of the Canadian Constitution should be construed as if adopted as part of the domestic statutory law of England in 1700. Judicial tenure during pleasure had been replaced by tenure during good behaviour in British North America well before Confederation.¹⁵ Judicial office was not treated as a form of property in Canada. There is certainly nothing to suggest that the writ of *scire facias* had ever been used in Canada either before or after Confederation for the removal of judges. (Indeed it seems generally accepted that in England by 1867 the writ of *scire facias* was no longer available even there.) Thus there is no reason to think that section 99 was a measure consciously adopted to ensure that Parliament could supplement the traditional proprietary conditions of tenure of judicial office by removing judges for any reason it thought appropriate. Nor does the subsequent practice in Canada suggest that Parliament understood itself to have the right to remove judges for any reason other than a breach of good behaviour. The only official statement brought to my attention as to an unlimited power of removal existing in Parliament was that

¹⁵ Lederman, *supra*, note 10, at pp. 1150-1158.

exemples qu'il mentionne de tentatives (dont une qui a réussi) par le Parlement de révoquer un juge me semblent tous être des cas d'inconduite, réelle ou pré-tendue, équivalant à un manquement à la bonne conduite.

L'adoption de l'analyse de Todd présente cependant un inconvénient encore plus grave en ce sens qu'il s'agit après tout d'une interprétation de l'*Act of Settlement (The)*, 1700 d'Angleterre et non pas de l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* du Canada. Or, l'Acte de 1700 était une loi ordinaire qui a en fait été modifiée à plusieurs reprises afin de mieux répondre aux besoins modernes. Il visait, disait-on, à éliminer l'autorité du roi sur les juges en y substituant celle du Parlement, ce qui était admissible compte tenu de la victoire du Parlement dans la Glorieuse Révolution.

L'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, par contre, fait partie d'un document constitutionnel qui est à interpréter en fonction à la fois de l'objet qu'il vise et du contexte canadien. On n'a produit devant moi aucune preuve établissant qu'il était estimé en 1867 qu'en reprenant les termes de *The Act of Settlement*, 1700, les Pères de la Confédération ont voulu que cet article de la Constitution canadienne s'interprète comme faisant partie des lois ordinaires en vigueur en Angleterre en 1700. De fait, en Amérique du Nord britannique, la nomination des juges à titre amovible avait cédé le pas à l'inamovibilité bien avant la Confédération¹⁵. Au Canada, la charge de juge n'était pas considérée comme une forme de propriété. Il n'y a certainement aucune indication qu'avant ou après la Confédération, on ait jamais eu recours, au Canada, au bref de *scire facias* pour la révocation de juges. (En fait, il semble être généralement admis qu'en 1867 on ne pouvait pas se servir de ce bref même en Angleterre.) Rien ne permet donc de croire que l'article 99 a été consciemment adopté afin d'assurer au Parlement la possibilité de suppléer, en révoquant les juges pour tout motif qui lui semblait bon, les conditions traditionnelles, liées à la notion de propriété, selon lesquelles était occupée la charge de juge. Par ailleurs, il n'y a dans la pratique suivie ultérieurement au Canada rien qui laisse entendre que le Parlement s'estimait investi du droit de révoquer les juges pour n'importe quelle raison autre que le man-

¹⁵ Lederman, précité, note 10, aux p. 1150 à 1158.

of a Justice Minister, Honourable Lucien Cardin, in the form of a letter to counsel for Mr. Justice Landreville in 1965. In rejecting the suggestion that the government refer to the Supreme Court of Canada the meaning of the words of section 99 “during good behaviour” the then Minister stated:

... it is open to Parliament to make an address for the removal of a judge on any ground it sees fit whether it constitutes misbehaviour in office or not.¹⁶

I am not aware of any endorsement of this very broad statement either in parliamentary addresses or constitutional convention.

All parties and the intervenor in these proceedings and the Inquiry Committee¹⁷ agree that *scire facias* is not available now and that the only method of removal of a federally appointed judge in Canada is by joint address under subsection 99(1). The Supreme Court has also confirmed that parliamentary action is the only method of removal.¹⁸ This suggests that all the ancient learning, even if it were valid, concerning the distinction between breach of good behaviour (a property condition enforceable by *scire facias*) and other grounds (only available in Parliament) is of little relevance today and that we should interpret subsection 99(1) in the context of the structure created by Confederation as it has evolved down to the present.

In this connection it is instructive, for those who seek their constitutional interpretations in English domestic law of bygone centuries, to consider the famous case of *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-*

¹⁶ Quoted in *Landreville v. The Queen*, [1977] 2 F.C. 726 (T.D.), at p. 740.

¹⁷ Decision, at p. 26.

¹⁸ *Valente*, supra, note 5, at p. 695.

quement à la bonne conduite. En fait, la seule déclaration officielle qu'on m'ait signalée qui évoque un pouvoir illimité de révocation conféré au Parlement est celle faite par l'honorable Lucien Cardin, ministre de la Justice, dans une lettre adressée à l'avocat du juge Landreville en 1965. En rejetant la proposition que le gouvernement renvoie à la Cour suprême du Canada la question du sens à prêter aux mots «durant bonne conduite» figurant à l'article 99, le ministre Cardin a dit:

[TRADUCTION] ... le Parlement a entière latitude pour rédiger une adresse visant à révoquer un juge pour tout motif qu'il juge à propos, qu'il constitue ou non une mauvaise conduite dans l'exercice de sa charge¹⁶.

À ma connaissance, cette déclaration de très large portée n'a jamais été sanctionnée ni dans une adresse du Parlement ni par voie de convention constitutionnelle.

Toutes les parties et l'intervenante en l'espèce ainsi que le comité d'enquête¹⁷ conviennent qu'on ne saurait à l'heure actuelle recourir au bref de *scire facias* et qu'un juge nommé par le gouvernement du Canada ne peut être révoqué que par adresse du Sénat et de la Chambre des communes en vertu du paragraphe 99(1). La Cour suprême a confirmé d'ailleurs que seul le Parlement peut procéder à la révocation¹⁸. Voilà donc qui porte à croire que toute la vieille doctrine (même en la supposant bien fondée) concernant la distinction entre le manquement à la bonne conduite (condition liée à un droit de propriété, dont l'exécution peut être assurée par voie de bref de *scire facias*) d'une part et les autres motifs (ne pouvant être invoqués que par le Parlement) d'autre part n'est guère pertinente de nos jours, et qu'il faut interpréter le paragraphe 99(1) dans le contexte de la structure mise en place par la Confédération, telle qu'elle a évolué jusqu'à maintenant.

À cet égard, il est instructif, pour quiconque cherche à interpréter la Constitution canadienne en fonction des règles de droit anglaises d'antan, de considérer la cause célèbre *Edwards, Henrietta Muir v.*

¹⁶ Cité dans *Landreville c. La Reine*, [1977] 2 C.F. 726 (1^{re} inst.), à la p. 740.

¹⁷ Décision, à la p. 28.

¹⁸ *Valente*, précité, note 5, à la p. 695.

General for Canada.¹⁹ That case was, of course, concerned with the interpretation to be given to section 24 of the *Constitution Act, 1867* which provides that "The Governor General shall from Time to Time . . . summon qualified Persons to the Senate". The question was whether "persons" could include women. The Judicial Committee of the Privy Council, acknowledging domestic British jurisprudence holding that "persons" did not include women particularly having regard to the common law disabilities of women, came to the conclusion that in the context of the Canadian Constitution "person" did include women. Lord Sankey L.C. wrote:

Over and above that, their Lordships do not think it right to apply rigidly to Canada of to-day the decisions and the reasons therefor which commended themselves, probably rightly, to those who had to apply the law in different circumstances, in different centuries, to countries in different stages of development.

The communities included within the Britannic system embrace countries and peoples in every stage of social, political and economic development and undergoing a continuous process of evolution. His Majesty the King in Council is the final Court of Appeal from all these communities, and this Board must take great care therefore not to interpret legislation meant to apply to one community by a rigid adherence to the customs and traditions of another.

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. "Like all written constitutions it has been subject to development through usage and convention": Canadian Constitutional Studies, Sir Robert Borden (1922), p. 55.

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.²⁰

The fact that this approach was frequently eschewed by other panels of the Judicial Committee does not detract from its inherent wisdom. Can Canadian courts ignore it?

¹⁹ [1930] A.C. 124 (P.C.).

²⁰ *Ibid.*, at pp. 134-136.

*Attorney-General for Canada*¹⁹. Il s'agissait là, évidemment, de l'interprétation de l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui dispose notamment que «le gouverneur-général mandera de temps à autre au Sénat . . . des personnes ayant les qualifications voulues». La question était de savoir si le terme «personnes» comprenait les femmes. Or, le Comité judiciaire du Conseil privé, tout en reconnaissant que, d'après la jurisprudence nationale britannique, ce terme n'englobait pas les femmes eu égard particulièrement aux incapacités de ces dernières en common law, a conclu que, dans le contexte de la Constitution canadienne, les femmes étaient bel et bien incluses. Le lord chancelier Sankey a écrit à ce propos:

[TRADUCTION] Qui plus est, leurs Seigneuries ne croient pas juste d'appliquer rigidement au Canada contemporain les décisions, ainsi que les motifs de ces décisions, qui, probablement avec raison, ont paru indiquées aux personnes appelées à appliquer la loi dans des circonstances différentes, à des époques différentes et dans des pays se trouvant à différents stades de développement.

Les collectivités soumises au système britannique comprennent des pays et des peuples à tous les stades du développement social, politique et économique; et ils sont en évolution constante. Sa Majesté le Roi en conseil est la cour de dernier recours pour toutes ces collectivités. Nous devons en conséquence avoir bien soin, dans l'interprétation d'une loi destinée à s'appliquer à une collectivité en particulier, de ne pas nous en tenir rigoureusement aux coutumes et aux traditions d'une autre collectivité.

L'Acte de l'Amérique du Nord britannique a planté un arbre au Canada. Cet arbre est vivant, il peut croître et se ramifier. L'acte avait pour but de donner une Constitution au Canada. «Comme toutes les constitutions écrites, elle a évolué par les usages et les conventions»: Canadian Constitutional Studies, Sir Robert Borden (1922), p. 55.

Leurs Seigneuries estiment qu'il n'est pas de leur devoir—et ce n'est sûrement pas leur désir—de limiter les dispositions de l'Acte au moyen d'une interprétation étroite et technique. Elles croient plutôt devoir interpréter l'Acte de façon large et libérale . . .²⁰.

Bien que souvent repoussé par d'autres formations du Comité judiciaire, ce point de vue n'en demeure pas moins fondamentalement sensé. Les tribunaux canadiens peuvent-ils se permettre de ne pas en tenir compte?

¹⁹ [1930] A.C. 124 (C.P.).

²⁰ *Ibid.*, aux p. 134 à 136.

Turning then to the particular context in which subsection 99(1) must operate, our Constitution has from its outset been federal in nature. The Houses of Parliament referred to in subsection 99(1) were not all-powerful as those referred to in *The Act of Settlement*, 1700. The powers of the Parliament of Canada were always limited to those areas not conferred on provincial legislatures. Unlike their English counterparts, the judges whose tenure was provided in our Constitution are obliged to adjudicate on the very limits of the powers of the Parliament which can remove them. This has always been the case in the judicial enforcement of federalism. More recently our courts have been given the responsibility for interpreting the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] which obliges them from time to time to determine whether Parliament and those responsible to it have intruded on the constitutionally guaranteed rights of the individual. All of these circumstances create infinitely more possibilities for the decisions of Canadian courts to conflict with the views of Canadian parliamentarians. In the course of doing their judicial duty judges may be obliged to make decisions which are seen as frustrating important public policy, forcing politically difficult decisions on parliamentarians through the striking down of laws, or seriously impacting on the revenues or expenditures of the government. In these circumstances, so remote from the expression of unbridled parliamentary sovereignty in England after the Glorious Revolution, it is not appropriate to interpret subsection 99(1) by the supposed meaning of the 1700 statute as derived from the hypotheses of learned authors; no matter how distinguished they may be, their views cannot be determinative of the present meaning of section 99 of the *Constitution Act, 1867*. Instead it is necessary to give a meaning to subsection 99(1) which, having regard to the role of Canadian superior courts as guardians of the constitutional constraints imposed on Parliament, will properly limit the grounds for removal and therefore the discretion of Parliament in the dismissal of superior court judges. The definition of the grounds for removal should be those consistent with the essential purpose of judicial independence. I respectfully adopt the language of the Inquiry Committee:

Passant donc au contexte particulier dans lequel doit jouer le paragraphe 99(1), signalons que notre Constitution a revêtu depuis le début un caractère fédéral. Les Chambres du Parlement visées au paragraphe 99(1) n'avaient pas la toute-puissance de celles dont il s'agit dans *The Act of Settlement*, 1700. En effet, les pouvoirs du Parlement du Canada se sont toujours restreints aux domaines de compétence non attribués aux assemblées législatives provinciales. À la différence de leurs homologues anglais, les juges dont la durée des fonctions est prescrite dans notre Constitution sont tenus de statuer sur l'étendue même des pouvoirs du Parlement qui est habilité à les révoquer. Il en a toujours été ainsi en ce qui concerne l'application du fédéralisme par les tribunaux. Plus récemment, nos tribunaux se sont vu conférer la responsabilité d'interpréter la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], ce qui les met parfois dans l'obligation de déterminer si le Parlement et ceux qui lui sont comptables ont empiété sur les droits individuels garantis par la Constitution. Voilà autant de circonstances qui engendrent infiniment plus de possibilités que les décisions des tribunaux canadiens entrent en conflit avec les opinions des parlementaires. Les juges peuvent être obligés, dans l'exercice de leurs fonctions, de rendre des décisions contrecarrant certaines mesures importantes d'ordre public, contraignant les parlementaires de prendre des décisions politiquement difficiles par suite de l'invalidation d'une loi ou ayant une incidence grave sur les recettes ou les dépenses du gouvernement. Dans ces circonstances, tellement étrangères à la suprématie absolue du Parlement en Angleterre au lendemain de la Glorieuse Révolution, il ne sied guère d'interpréter le paragraphe 99(1) par référence au sens prêté à l'Acte de 1700 par les auteurs de doctrine. Pour éminents que soient ces derniers, leurs vues ne sauraient être concluantes sur le sens actuel de l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il nous faut plutôt donner au paragraphe 99(1) un sens qui, eu égard au rôle que jouent les juridictions supérieures canadiennes en veillant à ce que le Parlement respecte les contraintes constitutionnelles qui lui sont imposées, limitera de façon appropriée les motifs de révocation et, par le fait même, le pouvoir discrétionnaire du Parlement en matière de révocation des juges de juridictions supé-

In the end, statutory interpretation, constitutional history, common law decisions, parliamentary debates and tradition and the views of legal writers all provide assistance. However, none of these provides a definitive answer to the question before us. In these circumstances, it is important to return to the underlying principle which is involved. The nature and importance of this principle was discussed in our introductory comments. In other words, what interpretation of section 99(1) best contributes to the maintenance and enhancement of the principle of Judicial independence in Canada today?

The principle of judicial independence is not an end in itself. Rather, it has the underlying purpose of providing service to the public.²¹

In my view, and with the greatest respect to those who hold a contrary view, in the context of our present constitutional structure judicial independence, and therefore the public, will be best served if the tenure of superior court judges is deemed to be subject only to removal for a breach of good behaviour. With respect I would decline, as did Chief Justice Poitras, to endorse the conclusion of the majority of the Inquiry Committee that subsection 99(1) allows Parliament to remove judges for reasons other than breach of good behaviour, the Committee declining to specify such grounds of removal but instead leaving them to

be gleaned from common law, parliamentary tradition and any other considerations which would maintain and enhance the principle of judicial independence.²²

Instead it appears to me that judicial independence is too important to the balancing of our Constitution to leave available, for future choice by Parliament, grounds for removal other than breach of good behaviour. I have seen no evidence that at the time of Confederation or thereafter there was any common understanding that Parliament's powers were so wide or that such wide powers were or are necessary. Notwithstanding the erudition of many authors, and notwithstanding certain syntactical arguments which one can apply in their support in the analysis of subsec-

²¹ Decision, at p. 34.

²² *Ibid.*, at p. 38.

rieures. Les motifs de révocation doivent donc s'accorder avec l'objet essentiel de l'indépendance judiciaire. À cet égard, je fais miens les propos tenus par le comité d'enquête:

^a En somme, l'interprétation statutaire, l'historique constitutionnel, les décisions en common law, les débats et la tradition parlementaires et les opinions des juristes sont tous d'un certain secours. Toutefois, aucun d'eux n'offre une réponse définitive à la question dont nous sommes saisis. Pour cette raison, ^b il importe de revenir au principe fondamental en cause. La nature et l'importance de ce principe ont été analysées dans nos commentaires introductifs. En d'autres termes, quelle interprétation du paragraphe 99(1) contribue le plus à préserver et à renforcer le principe de l'indépendance judiciaire au Canada aujourd'hui?

^c Le principe de l'indépendance judiciaire n'est pas une fin en soi. Au contraire, il vise fondamentalement à servir le public²¹.

^d À mon avis, et sauf le respect que je dois aux tenants du point de vue contraire, dans l'actuel contexte constitutionnel au Canada, l'indépendance judiciaire sera le mieux assurée, et l'intérêt public sera en conséquence le mieux servi, si les juges des cours supérieures sont considérés comme n'étant révoquables que pour manquement à la bonne conduite. En toute déférence, je rejette, comme le juge en chef Poitras, la conclusion des membres majoritaires du comité d'enquête selon laquelle le paragraphe 99(1) ^e autorise le Parlement à révoquer les juges pour d'autres motifs que celui-là. Le comité n'a pas d'ailleurs précisé ces motifs, préférant les

^f dégager de la common law, de la tradition parlementaire et de toute autre considération qui puisse préserver et renforcer le principe de l'indépendance judiciaire²².

Il me semble plutôt que l'indépendance judiciaire revêt trop d'importance pour le maintien de l'équilibre constitutionnel pour permettre que le Parlement puisse ultérieurement choisir des motifs de révocation autres que le manquement à la bonne conduite. Je n'ai vu aucune indication qu'au moment de la Confédération ou après, il était généralement entendu que le Parlement était investi d'aussi larges pouvoirs ou que de tels pouvoirs s'imposaient. Malgré les affirmations de nombreux auteurs érudits et en dépit de certains arguments syntaxiques pouvant être

²¹ Décision, à la p. 36.

²² *Ibid.*, à la p. 40.

tion 99(1), it appears to me that the commonly held understanding that section 99 protects the tenure of judges as long as they comply with the good behaviour requirement is also the constitutionally correct interpretation. In this I concur with the view of Professor Hogg, as quoted at the beginning of these reasons, that good behaviour is the only criterion for judicial tenure because that interpretation is "more apt to secure the independence of the judiciary, which is the purpose of the provision".²³ Several other authors appear to agree that good behaviour is the sole criterion.²⁴ This also seems consistent with the view of one of Canada's greatest constitutional scholars, W. P. M. Kennedy, who said that:

The judges of the superior courts hold office during good behaviour, and they can only be removed by the governor-general on address of the senate and house of commons.²⁵ [Emphasis added.]

(b) Does Incapacity Prevent Holding Office During Good Behaviour?

As a trial judge I am obliged to limit my decision to the facts of the case actually before me involving the particular decision under judicial review. The Inquiry Committee confirmed that in deciding as to whether a judge can constitutionally be removed because he is "incapacitated or disabled", they were "speaking of a permanent and not a temporary disability."²⁶ The Committee's conclusions as to the validity of their actions and of the provisions of the *Judges Act* must, I think, be understood within that context: namely that the permanent disability of a judge would constitutionally warrant his removal and that that is the

²³ *Supra*, note 8 and accompanying text.

²⁴ See e.g., Heard, *Canadian Constitutional Conventions: the Marriage of Law and Politics* (1991), at p. 121; Mallory, *The Structure of Canadian Government* (Rev. ed.), at p. 318; Cheffins and Tucker, *The Constitutional Process in Canada*, 2nd ed., at pp. 98-99.

²⁵ *The Constitution of Canada 1534-1937*, 2nd ed., 1938, at p. 394.

²⁶ Decision, at p. 23.

invoqués à l'appui de leur analyse du paragraphe 99(1), j'estime que l'opinion générale suivant laquelle l'article 99 permet aux juges de rester en fonction tant qu'ils satisfont à l'exigence de bonne conduite est aussi l'interprétation correcte sur le plan constitutionnel. À cet égard, je souscris au point de vue du professeur Hogg, énoncé au début des présents motifs, voulant que la bonne conduite soit l'unique condition à remplir pour que les juges restent en fonction. Si je me range à l'avis du professeur Hogg, c'est parce que son interprétation est «plus en mesure de réaliser l'objectif de l'article, savoir préserver l'indépendance du pouvoir judiciaire»²³. Plusieurs autres auteurs semblent s'accorder pour dire qu'il n'est d'autre critère que la bonne conduite²⁴. Voilà qui paraît également concorder avec l'opinion de l'un des plus grands experts constitutionnels canadiens, W. P. M. Kennedy, qui a dit:

[TRADUCTION] Les juges des cours supérieures restent en fonction durant bonne conduite, et ils ne sont révocables que par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes²⁵. [Je souligne.]

b) L'inaptitude empêche-t-elle de rester en fonction durant bonne conduite?

En tant que juge de première instance, je dois me borner aux faits de l'affaire dont je me trouve effectivement saisi, laquelle concerne la décision particulière faisant l'objet de contrôle judiciaire. Le comité d'enquête a confirmé qu'en se prononçant sur la question de savoir si un juge peut constitutionnellement être révoqué pour cause d'inaptitude, ce qu'il envisageait était «une incapacité permanente et non temporaire»²⁶. Les conclusions du comité sur la validité de ses actes et des dispositions de la *Loi sur les juges* doivent, je crois, être considérées dans ce contexte-là, c'est-à-dire que l'inaptitude permanente

²³ Note 8 ci-dessus et le texte qui l'accompagne.

²⁴ Voir, p. ex., Heard, *Canadian Constitutional Conventions: the Marriage of Law and Politics* (1991), à la p. 121; Mallory, *The Structure of Canadian Government* (éd. rev.), à la p. 318; Cheffins et Tucker, *The Constitutional Process in Canada*, 2^e éd., aux p. 98 et 99.

²⁵ *The Constitution of Canada 1534-1937* 2^e éd., 1938, à la p. 394.

²⁶ Décision, à la p. 24.

nature of the allegation with which the Inquiry Committee will be dealing.

On that basis, I respectfully agree with the unanimous view of the Inquiry Committee that:

Even if it were accepted that the only ground for removal on joint parliamentary address were breach of good behaviour, this would extend beyond “misbehaviour” to include “non-behaviour” or the incapacity to perform the office.²⁷

There is no authoritative jurisprudence in Canada on this question nor is there any extended analysis of it in the legal literature which has been brought to my attention.

Even going back to the interpretation of *The Act of Settlement*, 1700 there is confusion as to the connotation of good behaviour and what will constitute a lack of good behaviour. The venerable Todd stated, in a passage already quoted above:

The legal effect of the grant of an office during “good behaviour” is the creation of an estate for life in the office. Such an estate is terminable only by the grantee’s incapacity from mental or bodily infirmity, or by his breach of good behaviour. But like any other conditional estate, it may be forfeited by a breach of the condition annexed to it; that is to say, by misbehaviour.²⁸ [Emphasis added.]

As the Inquiry Committee observed, this passage is “difficult to comprehend.”²⁹ The Committee suggested an interpretation whereby two concepts are involved: that the office is “terminable” when the grantee is incapacitated by mental or physical infirmity or when the grantee is otherwise incapable of fulfilling the office (breach of good behaviour); and that the office may be “forfeited” for “misbehaviour.” Among the grounds rendering the office terminable, Todd appears to distinguish between incapacity and breach of good behaviour, the two concepts being separated by an or. It is helpful however to note that he does not equate “breach of good behaviour” with “misbehaviour.” While the latter, as explained by him subsequently, appears to involve some wilful act which might result in forfeiture of the office, there

d’un juge justifierait, du point de vue constitutionnel, la révocation de celui-ci, et que c’est là la nature de l’allégation sur laquelle se penchera le comité.

a Cela étant, je souscris en toute déférence à l’avis unanime du comité d’enquête que:

Même si l’on acceptait que le seul motif de révocation sur adresse parlementaire conjointe est le manquement à la bonne conduite, celui-ci s’étendrait au-delà de l’«inconduite» pour inclure l’«inexécution des fonctions» ou l’«inaptitude à remplir ses fonctions»²⁷.

Or, il n’existe aucune jurisprudence canadienne qui fasse autorité sur cette question; celle-ci ne fait d’ailleurs l’objet d’aucune analyse poussée dans la doctrine que l’on a portée à mon attention.

Même en ce qui concerne l’interprétation de *The Act of Settlement*, 1700, il règne une certaine confusion quant à ce que signifie la bonne conduite et quant à ce qui constitue un manquement à celle-ci. Le vénérable Todd a dit, dans un passage déjà cité plus haut:

[TRADUCTION] La nomination durant bonne conduite crée, sur le plan juridique, un domaine viager à l’égard des fonctions auquel il ne peut être mis fin que pour inaptitude du titulaire due à une invalidité mentale ou physique, ou pour manquement à la bonne conduite. Mais à l’instar de tout domaine conditionnel, le titulaire peut en être déchu pour manquement à la condition dont il est assorti, soit, en d’autres termes, pour inconduite.²⁸ [Je souligne.]

Comme l’a fait observer le comité d’enquête, ce passage est «difficile à comprendre»²⁹. Le comité a proposé une interprétation suivant laquelle deux éléments entreraient en jeu: premièrement, il y a lieu à révocation lorsque le titulaire de la charge est inapte pour cause d’invalidité mentale ou physique ou est par ailleurs incapable de remplir ses fonctions (manquement à la bonne conduite); deuxièmement, le titulaire peut se voir «déchu» de sa charge pour «inconduite». Parmi les motifs de révocation, Todd semble distinguer entre l’inaptitude et le manquement à la bonne conduite, car il sépare les deux concepts par la conjonction ou. Il convient cependant de souligner qu’il ne considère pas comme synonymes le «manquement à la bonne conduite» et l’«inconduite». Quoique l’inconduite, explique-t-il par la suite,

²⁷ Decision, at p. 38.

²⁸ *Supra*, note 10, at p. 857.

²⁹ Decision, at p. 26.

²⁷ Décision, à la p. 41.

²⁸ Note 10 ci-dessus, à la p. 857.

²⁹ Décision, à la p. 27.

seem to be situations, perhaps not amounting to wilful acts, which would amount to a breach of good behaviour and which would make the office terminable. Confirmation that the passage is indeed difficult is found in Professor Lederman's interpretation of it. He says that Todd means that:

... a grantee can fail in "good behaviour", that is to say, can fail to "well demean himself in his office", by "incapacity from mental or bodily infirmity" as well as by the wilful means mentioned.³⁰

In this Professor Lederman appears to equate incapacity with breach of good behaviour, even though Todd speaks of "the grantee's incapacity from ... infirmity, or by his breach of good behaviour".

Be that as it may, there is a strong suggestion in Todd and Lederman that one could fail to meet the requirement of good behaviour without wilful misconduct, even under *The Act of Settlement*, 1700. It appears to me that such an interpretation is fully appropriate today in relation to subsection 99(1) of the *Constitution Act, 1867*, at least to the extent that a permanent disability could give rise to a breach of good behaviour or, as the Inquiry Committee suggested, "non-behaviour." It is most consistent with meeting the purpose of judicial independence which is not only that the public should be served by decisions rendered without fear or favour but also that it should simply be served. I respectfully adopt the language of the Inquiry Committee:

We are of the view that it is important for continued public confidence in the administration of justice that a person who holds the office of judge not be permanently incapable of fulfilling the office of judge.³¹

At the same time it adequately protects judges from improper threats to their security of tenure. If the criterion for removal by reason of infirmity is limited to permanent infirmity then I believe a sufficiently objective test is imposed for the two Houses of Par-

paraisse comporter un acte délibéré susceptible d'entraîner la déchéance de la charge, il semble exister des situations où il n'y a peut-être aucun acte délibéré, qui constitueraient des manquements à la bonne conduite et qui donneraient lieu à la révocation. Que le passage en question soit effectivement difficile se trouve confirmé par l'interprétation qu'en donne le professeur Lederman. Selon lui, Todd a voulu dire que:

[TRADUCTION] ... le titulaire manque à la «bonne conduite», c'est-à-dire qu'il ne «se comporte pas bien dans l'exercice de ses fonctions», en raison de son «inaptitude due à une invalidité mentale ou physique» tout autant que par les moyens délibérés qui ont été mentionnés³⁰.

Le professeur Lederman semble donc considérer comme se valant l'inaptitude et le manquement à la bonne conduite, même si Todd parle en fait de révocation pour «inaptitude du titulaire due à une invalidité ... ou pour manquement à la bonne conduite».

Quoi qu'il en soit, Todd et Lederman laissent fortement entendre qu'on pourrait ne pas satisfaire à l'exigence de bonne conduite sans qu'il n'y ait inconduite délibérée, même sous le régime de *The Act of Settlement*, 1700. Pareille interprétation me paraît tout à fait indiquée de nos jours en ce qui concerne le paragraphe 99(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, du moins dans la mesure où l'inaptitude permanente pourrait entraîner soit un manquement à la bonne conduite, soit, comme l'a dit le comité, l'«inexécution des fonctions». C'est l'interprétation la plus propre à réaliser l'objet de l'indépendance judiciaire, qui est de faire en sorte non seulement que le public soit servi au moyen de décisions rendues sans distinction de personnes, mais qu'il soit servi tout simplement. J'adopte sur ce point les propos tenus par le comité d'enquête:

Nous sommes d'avis que, pour que la confiance du public dans l'administration de la justice soit maintenue, il importe que le titulaire d'un poste de juge ne soit pas, de façon permanente, inapte à remplir les fonctions de juge³¹.

En même temps, cette interprétation offre aux juges une protection suffisante contre toute menace illégitime de révocation. Pourvu que le critère pour déterminer s'il y a lieu à révocation pour cause d'invalidité se limite à l'invalidité permanente, je crois qu'il

³⁰ *Supra*, note 10, at p. 787.

³¹ *Decision*, at pp. 37-38.

³⁰ Note 10 ci-dessus, à la p. 787.

³¹ *Décision*, à la p. 40.

liament to apply. This will not invite allegations of temporary incapacity. Nor is it conceivable that the two Houses of Parliament would pronounce a judge to be permanently disabled without very clear medical evidence before them.

If this interpretation requires a reading down of the word “infirmity” in paragraph 65(2)(a) of the *Judges Act* then I am prepared to read it down. No specific argument was addressed to me on this point although counsel for the applicant by implication suggested that the bare word “infirmity” was overinclusive. He, however, was not prepared to concede that any form of infirmity should be the basis for removal.

It also appears to me that the interpretation of “good behaviour” as excluding non-behaviour for infirmity is consistent with Parliament’s own interpretation of that phrase as expressed in section 69 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144] of the *Judges Act*. Subsection 69(1) provides as follows, referring to the Judicial Council:

69. (1) The Council shall, at the request of the Minister, commence an inquiry to establish whether a person appointed pursuant to an enactment of Parliament to hold office during good behaviour . . .

should be removed from office for any of the reasons set out in paragraphs 65(2)(a) to (d). [Emphasis added.]

Paragraph 65(2)(a) provides of course that the Council may recommend removal of a judge who in its opinion “has become incapacitated or disabled from the due execution of the office . . . by reason of . . . infirmity.” This demonstrates that Parliament itself considers incapacity due to infirmity to amount to a breach of good behaviour or “non-behaviour”, since the procedure under section 69 applies only to those appointed to hold office during good behaviour. This should be an indication as to how the two Houses of Parliament would exercise their power of removal of judges for breach of good behaviour.

I am therefore of the view that a superior court judge who is permanently disabled so as to be incapable of performing his functions as a judge may

s’agit là d’un critère suffisamment objectif à appliquer par les deux Chambres du Parlement. Ainsi, on ne sera pas tenté de faire des allégations d’inaptitude temporaire. Il est par ailleurs inconcevable que les deux Chambres du Parlement déclarent un juge inapte en permanence sans disposer d’une preuve médicale concluante.

Or, si l’interprétation en question nécessite une atténuation du sens du mot «invalidité» à l’alinéa 65(2)a de la *Loi sur les juges*, je suis disposé à atténuer. Au cours des débats devant moi, on n’a pas abordé explicitement ce point, quoique l’avocat du requérant ait donné à entendre que le mot «invalidité» était en soi de portée trop large. Il n’était toutefois pas prêt à concéder que n’importe quel type d’invalidité devrait justifier la révocation.

De plus, il me semble qu’interpréter l’expression «bonne conduite» comme excluant l’inexécution des fonctions imputable à l’invalidité s’accorde avec l’interprétation que lui donne le Parlement lui-même à l’article 69 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144] de la *Loi sur les juges*. Le paragraphe 69(1) prescrit ce qui suit concernant le Conseil canadien de la magistrature:

69. (1) Sur demande du ministre, le Conseil enquête aussi sur les cas de révocation—pour les motifs énoncés au paragraphe 65(2)—des titulaires de poste nommés à titre inamovible aux termes d’une loi fédérale . . . [Je souligne.]

L’alinéa 65(2)a prévoit évidemment que le Conseil peut recommander la révocation d’un juge qui, d’après lui, «est inapte à remplir utilement ses fonctions pour . . . [cause d’]invalidité». Cela prouve donc que, selon le Parlement lui-même, l’inaptitude due à l’invalidité constitue un manquement à la bonne conduite ou l’«inexécution des fonctions», puisque la procédure visée à l’article 69 ne s’applique qu’aux personnes nommées à titre inamovible. Voilà qui devrait nous indiquer comment les deux Chambres du Parlement exerceraient leur pouvoir de révocation de juges pour manquement à la bonne conduite.

Je suis en conséquence d’avis qu’un juge d’une cour supérieure qui se trouve dans un état d’inaptitude permanente le rendant incapable de remplir ses

constitutionally be found to be in breach of good behaviour.

(2) Has Parliament Invalidly Delegated Its Subsection 99(1) Powers to the Council or its Committee?

The essential position taken by the applicant here is that:

Parliament must initiate, preside over and control all proceedings related to the removal of a superior court judge.³²

There are essentially two elements to this argument: that section 99 does not confer any legislative power on Parliament to provide for a system of investigation and recommendation by the Canadian Judicial Council in respect of the possible removal of a judge, as it has purportedly done in sections 63-65 of the *Judges Act*; and that the function imposed on the two Houses of Parliament by section 99 of the Constitution is an adjudicative function which cannot be delegated, as this would be contrary to the principle of *delegatus non potest delegare*. The Inquiry Committee, in rejecting similar arguments presented by the applicant before it, found that Parliament does have power to legislate with respect to the removal of federally appointed judges, that it is not precluded from having some of the preliminary processes carried out in another forum, and that there is no unlawful delegation because both legally and as a practical matter Parliament retains the ultimate authority to decide whether a judge should be removed. The Committee went on to identify and endorse what it viewed as a "sound policy reason for the introduction of a judicial element into the removal process".³³

I respectfully agree with the constitutional conclusions of the Inquiry Committee although my reasons may differ in certain respects.

I am satisfied that Parliament has the legislative jurisdiction to enact provisions concerning the removal of judges as it has done. Professor Lederman writing almost forty years ago expressed the view that:

³² Memorandum of points of argument, at para. 67.

³³ Decision, at p. 21, para. (e).

fonctions peut constitutionnellement faire l'objet d'une déclaration qu'il a manqué à la bonne conduite.

(2) Le Parlement a-t-il fait au Conseil ou au comité de celui-ci une délégation invalide des pouvoirs conférés par le paragraphe 99(1)?

Sur cette question, le requérant fait valoir essentiellement ce qui suit:

[TRADUCTION] C'est au Parlement qu'il incombe d'engager, de présider et de conduire toute procédure liée à la révocation d'un juge d'une cour supérieure³².

Cet argument comporte au fond deux volets: d'une part, l'article 99 n'investit pas le Parlement du pouvoir de légiférer, comme il l'a fait aux articles 63 à 65 de la *Loi sur les juges*, pour permettre au Conseil canadien de la magistrature de tenir une enquête portant sur la révocation éventuelle d'un juge et de recommander sa révocation; d'autre part, la fonction que l'article 99 de la Constitution attribue aux deux Chambres du Parlement est juridictionnelle et ne saurait en conséquence faire l'objet d'une délégation puisque cela irait à l'encontre du principe *delegatus non potest delegare*. Le comité d'enquête, en rejetant des arguments analogues avancés par le requérant, a conclu que le Parlement détient bel et bien le pouvoir de légiférer relativement à la révocation de juges nommés par le fédéral, que rien ne l'empêche de confier certaines procédures préliminaires à une autre instance et qu'il n'y a pas de délégation illégale parce que, sur le double plan juridique et pratique, c'est en dernière analyse le Parlement qui détient le pouvoir de décider de la révocation d'un juge. Le comité a poursuivi en énonçant et en approuvant ce qu'il considérait comme une «solide raison d'ordre public [permettant] l'introduction dans la procédure de révocation [d'] un élément judiciaire»³³.

En toute déférence, je souscris aux conclusions constitutionnelles du comité d'enquête, quoique pour des motifs qui peuvent à certains égards différer.

Je suis en effet convaincu que le Parlement est investi du pouvoir d'adopter, comme il l'a fait, des dispositions relatives à la révocation des juges. Il y a presque quarante ans, le professeur Lederman s'est dit d'avis que:

³² Exposé des points d'argument, au. par. 67.

³³ Décision, aux p. 21 et 22, al. e).

...the cumulative effect of sections 96 to 100 inclusive is to assign by necessary implication to the federal parliament legislative power over the appointment, tenure and removal of provincial superior-court judges, *subject to the limitations contained in these sections themselves*.³⁴

That “implication” is equally to the effect that provincial legislatures do not have any legislative authority in the matter. This view has been recently confirmed and enlarged in *obiter dicta* by La Forest J. in the Supreme Court decision of *MacKeigan v. Hickman*.³⁵ He expressed the view that as matters such as the removal of superior court judges fall outside the scope of provincial legislation, they are subjects upon which Parliament could legislate pursuant to its residual power under section 91 of the *Constitution Act, 1867* to make laws “in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces”. He also expressed the view that the specific power of removal conferred on the two Houses of Parliament in subsection 99(1) does not preclude Parliament from providing mechanisms:

... for dealing with inquiries or complaints relating to the performance of judicial functions that are either not sufficiently serious as to warrant proceedings for removal, or which may precede or assist the conduct but not constitute an impediment to the proper functioning of such proceedings, or effectively amount to a substitute for them.³⁶

I respectfully adopt this reasoning in finding that Parliament had legislative authority to enact the relevant provisions of the *Judges Act*.

Nor do I think Parliament in the exercise of this jurisdiction has unlawfully delegated the very functions assigned to it by subsection 99(1). There is a basic conceptual problem with trying to apply to Parliament the maxim *delegatus non potest delegare*, which is to say that a delegate may not delegate. Of whom, it may be asked, is the Parliament of Canada a delegate? I had thought that the notion of Canadian legislatures being “delegates” of the Imperial Parliament, which created or continued them by the *Constitution Act, 1867*, had been laid to rest over a century

[TRADUCTION] ... pris ensemble, les articles 96 à 100 inclusive ont pour effet de conférer implicitement et nécessairement au Parlement le pouvoir législatif relatif à la nomination des juges des cours supérieures provinciales, à la durée de leur charge et à leur révocation, *sous réserve des restrictions énoncées dans ces articles*³⁴.

Il se dégage «implicitement» aussi que les assemblées législatives provinciales ne détiennent aucun pouvoir législatif en la matière, point de vue qu’a récemment confirmé et développé le juge La Forest dans des opinions incidentes exprimées dans l’arrêt *MacKeigan c. Hickman*³⁵ de la Cour suprême. En effet, le juge La Forest s’est dit d’avis que, puisque les questions comme celle de la révocation des juges des cours supérieures échappent à la compétence des législateurs provinciales, le Parlement peut légiférer dans ces domaines grâce à son pouvoir résiduel, conféré par l’article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de légiférer «relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces». Il a en outre dit que le pouvoir particulier de révocation, dont le paragraphe 99(1) investit les deux Chambres du Parlement, n’empêche pas celui-ci de prévoir des mécanismes:

... permettant de traiter d’enquêtes ou de plaintes relatives à l’exercice de fonctions judiciaires qui ne sont pas assez sérieuses pour justifier des procédures de révocation, ou pouvant précéder ou faciliter la conduite de ces procédures sans toutefois empêcher leur bon fonctionnement ou les remplacer en réalité³⁶.

Faisant mien ce raisonnement, je conclus que le Parlement avait le pouvoir d’adopter les dispositions en cause de la *Loi sur les juges*.

Par ailleurs, je ne crois pas qu’en exerçant ce pouvoir le Parlement ait fait une délégation illégale des fonctions mêmes que lui attribuait le paragraphe 99(1). On se heurte à un problème fondamental d’ordre conceptuel lorsqu’on essaye d’appliquer au Parlement la maxime *delegatus non potest delegare*, c’est-à-dire que le délégué ne saurait lui-même déléguer. De qui, peut-on se demander, le Parlement du Canada est-il le délégué? Je croyais en fait que l’idée voulant que les assemblées législatives canadiennes soient les «délégués» du Parlement impérial,

³⁴ *Supra*, note 10, at p. 1160.

³⁵ [1989] 2 S.C.R. 796, at pp. 811-812.

³⁶ *Supra*, note 35.

³⁴ Note 10 ci-dessus, à la p. 1160.

³⁵ [1989] 2 R.C.S. 796, aux p. 811 et 812.

³⁶ Note 35 ci-dessus.

ago by the Judicial Committee of the Privy Council in *Hodge v. Reg.* In that case it was argued that the legislature of Ontario could not delegate to a board of license commissioners the power to pass resolutions regulating taverns and shops. The maxim *delegatus non potest delegare* was invoked. Sir Barnes Peacock, writing on behalf of the Judicial Committee, stated:

It appears to their Lordships, however, that the objection thus raised by the appellants is founded on an entire misconception of the true character and position of the provincial legislatures. They are in no sense delegates of or acting under any mandate from the Imperial Parliament. When the British North America Act enacted that there should be a legislature for Ontario, and that its legislative assembly should have exclusive authority to make laws for the Province and for provincial purposes in relation to the matters enumerated in sect. 92, it conferred powers not in any sense to be exercised by delegation from or as agents of the Imperial Parliament, but authority as plenary and as ample within the limits prescribed by sect. 92 as the Imperial Parliament in the plenitude of its power possessed and could bestow. Within these limits of subjects and area the local legislature is supreme, and has the same authority as the Imperial Parliament, or the Parliament of the Dominion, would have had under like circumstances to confide to a municipal institution or body of its own creation authority to make by-laws or resolutions as to subjects specified in the enactment, and with the object of carrying the enactment into operation and effect.³⁷ [Emphasis added.]

If this can be said of provincial legislatures it must, as the passage assumes, apply *a fortiori* to the Parliament of Canada which inherited all residual legislative powers in respect of Canada not specifically conferred on provincial legislatures. I am unaware of any authoritative jurisprudence which has since overruled or qualified the *Hodge* decision in this respect.

But, the applicant argues, the *Hodge* case dealt with the delegation of legislative power. What is involved in sections 63-65 of the *Judges Act* is the delegation of an adjudicative function of Parliament

qui les avait créées ou maintenues au moyen de la *Loi constitutionnelle de 1867*, avait été enterrée il y a plus d'un siècle par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Hodge v. Reg.*, où, invoquant la maxime *delegatus non potest delegare*, on a fait valoir que l'assemblée législative de l'Ontario ne pouvait déléguer à un bureau des commissaires aux permis le pouvoir d'adopter des résolutions réglementant les tavernes et les magasins. Sir Barnes Peacock, se prononçant au nom du Comité judiciaire, a écrit:

[TRADUCTION] Toutefois, il semble évident à leurs Seigneuries que l'objection ainsi soulevée par les appelants repose sur une conception tout à fait erronée du caractère et de la situation réels des législatures provinciales. Celles-ci ne sont en aucune façon les délégués du Parlement impérial; elles n'agissent pas non plus en vertu d'aucun mandat reçu de ce dernier. En décrétant que l'Ontario avait droit à une législature et qu'il appartenait en exclusivité à son Assemblée législative d'adopter des lois pour la province et pour des fins provinciales relativement aux catégories de sujets énumérés à l'article 92, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique lui conféra, non pas des pouvoirs qu'elle était censée exercer par délégation ou en qualité de représentant du Parlement impérial, mais une autorité aussi complète et aussi vaste, dans les limites prescrites par l'article 92, que le Parlement impérial, dans la plénitude de ses attributions, possédait et pouvait conférer. Dans les limites des sujets précités et à l'intérieur de ce cadre, la législature locale est souveraine et possède le même pouvoir que le Parlement impérial ou le Parlement du Dominion aurait, dans des circonstances analogues, de déléguer à une institution municipale ou à un organisme de sa création le pouvoir d'adopter des règlements ou résolutions quant aux sujets mentionnés dans la loi, en vue de la mise en vigueur et de l'application de ladite mesure.³⁷ [Je souligne.]

Or, s'il en est ainsi des législatures provinciales, il doit à plus forte raison, comme le laisse entendre le passage précité, en être de même du Parlement du Canada, qui s'est vu conférer la totalité des pouvoirs législatifs résiduels afférents au Canada qui n'ont pas fait l'objet d'une attribution expresse aux provinces. Je ne connais aucune décision faisant jurisprudence qui soit venue renverser ou modifier sur ce point l'arrêt *Hodge*.

Mais, soutient le requérant, l'arrêt *Hodge* porte sur la délégation du pouvoir législatif, tandis que ce dont il s'agit aux articles 63 à 65 de la *Loi sur les juges* est la délégation d'une fonction juridictionnelle du Parle-

³⁷ (1883-84), 9 A.C. 117 (P.C.), at p. 132.

³⁷ (1883-84), 9 A.C. 117 (C.P.), à la p. 132.

and *Hodge* does not deal with the delegation of adjudicative functions. Although the Inquiry Committee itself refers to Parliament's function in this respect as adjudicative,³⁸ I have, with respect, much difficulty in characterizing it as such. First, I put aside all lyrical descriptions of the House of Commons and the Senate as the "High Court of Parliament" as urged upon me on behalf of the applicant. This appellation when applied to the Parliament at Westminster has both historic and vestigial relevance to that institution. Parliament there grew out of the *Curia Regis* which was the origin of many courts and in which executive, legislative and judicial functions were intermixed. In its early stages of development, Parliament did on occasion function as an ordinary court. Some vestiges of judicial function still remain at Westminster, particularly in the Committee of the House of Lords which is the final appellate court and in certain archaic roles of the House of Lords in the trial of peers, etc. None of this has any relevance to the Parliament of Canada which sprang forth fully formed, *de novo*, from the *Constitution Act, 1867*. More importantly, to characterize the function of the two Houses under subsection 99(1) as "adjudicative" could lead to very serious implications. One can imagine for example that a judge whose removal was called for by the resolutions of both Houses might attack his removal as illegal on the basis that "he who decides must hear" and that not every member in each House who voted for the resolution had heard all of the evidence against the judge. It is difficult to imagine a hearing being carried out by the full membership of each House, perhaps over the course of some weeks, without absences of some of those who might ultimately vote on the resolution in reliance on Hansard as to what had transpired before. The "adjudicative" analysis would certainly put into question the right of Parliament to assign even to its own select committee, as the applicant suggests is the proper procedure, the hearing of evidence and argument for report back to the full House: if the applicant is correct that it is an adjudicative function conferred on the two Houses by section 99, and that adjudicative functions cannot be delegated, then it is difficult to see how the matter of a hearing could be assigned to a select committee. One can also imagine the infinite possibilities for allegations of appre-

³⁸ See e.g., pp. 17, 18, 20.

ment, et l'arrêt *Hodge* ne traite pas de la délégation de telles fonctions. Bien que le comité d'enquête lui-même qualifie de fonction de prise de décision la fonction en cause exercée par le Parlement³⁸, en toute déférence, j'ai bien du mal à la qualifier ainsi. J'écarte d'emblée toutes les descriptions lyriques qu'on m'a faites au nom du requérant et qui dépeignent la Chambre des communes et le Sénat comme la [TRADUCTION] «Haute Cour du Parlement». Appliquée au Parlement à Westminster, cette appellation possède une certaine pertinence historique, qu'elle conserve d'ailleurs sous une forme vestigiale. En effet, le Parlement britannique a pris naissance dans la *Curia Regis*, dont tirent leur origine bien des tribunaux et où se mêlaient les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Aux stades initiaux de son évolution, le Parlement faisait effectivement, parfois, office de tribunal ordinaire. Quelques vestiges de cette fonction judiciaire subsistent encore à Westminster, particulièrement au sein du Comité de la Chambre des lords qui constitue le tribunal d'appel de dernier recours ainsi que dans certains rôles archaïques joués par la Chambre des lords, notamment dans le cas de procès intentés aux pairs. Tout cela n'a cependant pas la moindre pertinence en ce qui concerne le Parlement du Canada, qui est issu, entièrement, de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce qu'il importe encore plus de signaler, c'est que de très graves conséquences pourraient s'ensuivre si la fonction remplie par les deux Chambres en vertu du paragraphe 99(1) était qualifiée de «juridictionnelle». On peut s'imaginer, par exemple, le cas où un juge dont la révocation était demandée par des résolutions des deux Chambres alléguerait l'illégalité de cette révocation en invoquant le principe selon lequel [TRADUCTION] «qui statue doit entendre» et en faisant valoir que les membres de chaque Chambre qui ont voté en faveur de la résolution n'avaient pas tous entendu la totalité de la preuve produite contre lui. Il est difficile en effet de concevoir qu'une audience puisse se dérouler devant chaque Chambre siégeant en séance plénière, peut-être sur une période de plusieurs semaines, sans que ne s'absentent quelques-uns de ceux qui pourraient finalement voter relativement à la résolution, s'en remettant alors au Hansard pour savoir ce qui s'était passé pendant leur absence. Chose certaine, la thèse de la fonction «juridictionnelle» mettrait en

³⁸ Voir, p. ex., les p. 17, 19, 21.

hended bias, interest, public commitment to a particular position prior to the hearing, etc. where the “adjudicators” number some 400 political figures.

It is therefore dangerous to characterize the role of the two Houses of Parliament under section 99 as “adjudicative.” It is true that there are certain aspects of that function which would be akin to a court proceeding. The two Houses should, consistently with my earlier conclusions, focus on whether the judge in question has committed a breach of good behaviour. In this the two Houses are, like a court, limited to applying to the facts a particular criterion for removal imposed by the Constitution and they cannot act at large choosing any reason they deem appropriate for removal. For this reason it is not a legislative process. Nor can a decision to remove be regarded as legislation since the process is one of resolution calling upon the Governor General to act, and not a process of enactment. In this respect it is not unique, the Constitution now providing also for constitutional amendment to be carried out on the basis of resolutions passed by the two Houses and by the legislative assemblies of the provinces.³⁹ There is little to gain, and considerable danger, in assigning a particular rubric to special functions of this sort conferred upon the two Houses of Parliament.

Even if it were a judicial power which those two Houses were given under section 99, sections 63-65

³⁹ See *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], at ss. 38, 41, 43, etc.

doute le droit du Parlement de charger même son propre comité spécial—et c’est là, d’après le requérant, la bonne façon de procéder— d’entendre la preuve et les arguments et de faire rapport à la Chambre siégeant en séance plénière. Or, si le requérant a raison de dire que l’article 99 attribue effectivement une fonction juridictionnelle aux deux Chambres et que les fonctions juridictionnelles ne sont pas susceptibles de délégation, on voit mal comment la tenue d’une audience pourrait être confiée à un comité spécial. De plus, dans un cas où les «juges» sont quelque 400 personnages politiques, on peut imaginer des possibilités infinies qu’on soulève la partialité appréhendée, l’intérêt, la prise de position, en public et avant l’audience, en faveur d’une conclusion particulière, etc.

Il y a en conséquence danger à qualifier de «juridictionnel» le rôle joué par les deux Chambres du Parlement en vertu de l’article 99. Sous certains aspects, la fonction ainsi exercée s’apparente certes à une procédure judiciaire. Les deux Chambres—conformément à mes conclusions précédentes—devraient surtout examiner si le juge en question a manqué à la bonne conduite. Ce faisant, elles doivent, tout comme un tribunal, se borner à appliquer aux faits un critère particulier prescrit par la Constitution pour déterminer s’il y a lieu à révocation; elles n’ont pas toute latitude de choisir n’importe quel motif qui leur semble justifier la révocation. Il ne s’agit donc pas d’un processus de caractère législatif. La décision de révocation ne saurait pas non plus être considérée comme une mesure législative puisque le processus consiste dans l’adoption d’une résolution demandant au gouverneur général d’agir; il n’est nullement question de l’adoption d’un texte législatif. À cet égard, le processus n’a rien d’unique, car l’amendement de la Constitution se fait aussi maintenant par voie de résolutions adoptées par les deux Chambres et par les assemblées législatives des provinces³⁹. Il y a en fait peu d’avantages, et passablement de danger, à donner un qualificatif particulier à des fonctions spéciales de ce genre confiées aux deux Chambres du Parlement.

Même à supposer que l’article 99 confère un pouvoir judiciaire aux deux Chambres, les articles 63 à

³⁹ Voir la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] art. 38, 41, 43, etc.

of the *Judges Act* do not confer an adjudicative function on the Canadian Judicial Council or its committees. It is true that a council can cause a committee to carry out an inquiry as to whether a judge should be removed, but ultimately all that the Council can do is to “recommend” to the Minister of Justice that the judge be removed from office. The power to recommend is not the power to make a binding decision.⁴⁰ It is surely a central requirement of adjudication that the tribunal in question have the power to make a binding decision. Parliament has not conferred that authority on the Canadian Judicial Council or its Inquiry Committee and therefore, even if Parliament can be said to have an adjudicative function, it has not delegated it. Again if it were thought to be an adjudicative power conferred on the Committee some practical problems could arise in particular cases. I will not comment on situations such as the present where the complaint is filed by a member of the Canadian Judicial Council, which Council appoints the majority of the Committee from its own membership.⁴¹ But I would draw attention to possible objections to the “adjudication” of a complaint brought by the Minister of Justice under subsection 63(1) where he could, as is his right under subsection 63(3), appoint on an *ad hoc* basis enough lawyers to constitute the majority of the Inquiry Committee for the hearing of his own complaint. This kind of structure, if adjudication were involved, would not pass muster as an independent tribunal even in a military setting.⁴² This reinforces the view that Parliament never intended the Inquiry Committee’s role to be adjudicative.

65 de la *Loi sur les juges* ne sont nullement attributifs d’une fonction juridictionnelle au Conseil canadien de la magistrature ou à ses comités. Le Conseil peut certes charger un comité de la tenue d’une enquête pour déterminer s’il y a lieu de révoquer un juge, mais doit en dernière analyse s’en tenir à «recommander» la révocation au ministre de la Justice. Or, pouvoir de recommander n’emporte pas pouvoir de rendre une décision ayant force obligatoire⁴⁰. Il faut assurément comme condition fondamentale de l’exercice d’une fonction juridictionnelle que le tribunal en question soit investi du pouvoir de rendre des décisions ayant force obligatoire. Ce pouvoir, le Parlement ne l’a conféré ni au Conseil canadien de la magistrature ni au comité d’enquête. Par conséquent, même si on pouvait dire du Parlement qu’il remplit une fonction juridictionnelle, c’est une fonction qui n’a fait l’objet d’aucune délégation. Qui plus est, même à supposer que le pouvoir accordé au comité soit juridictionnel, il pourrait tout de même surgir certains problèmes d’ordre pratique dans des cas particuliers. Je passe sous silence les situations, comme celle qui se présente en l’espèce, où une plainte est portée par un membre du Conseil canadien de la magistrature qui, lui, choisit parmi ses propres membres la majorité des membres du comité⁴¹. Je signale toutefois quelques objections possibles pouvant être opposées au fait qu’il soit «statué» sur une plainte qu’a portée le ministre de la Justice en vertu du paragraphe 63(1), celui-ci étant habilité par le paragraphe 63(3) à nommer spécialement pour entendre sa propre plainte assez d’avocats pour former la majorité du comité d’enquête. Or, s’il s’agissait de rendre une décision juridictionnelle, ce genre de structure ne pourrait être considérée comme constituant un tribunal indépendant, même si on se plaçait dans un contexte militaire⁴². Voilà qui vient donc renforcer le point de vue suivant lequel le Parlement n’a

⁴⁰ *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385.

⁴¹ The by-laws of the Council do provide that members of the panel of the Judicial Conduct Committee which give preliminary consideration to the complaint cannot serve on the Inquiry Committee, and prospective members of such a Committee can take no part in deliberations in Council in relation to that complaint.

⁴² See *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at pp. 302-304.

⁴⁰ *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l’Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385.

⁴¹ Le règlement administratif du Conseil prévoit en fait que les membres du Comité sur la conduite des juges qui font l’examen préliminaire d’une plainte ne peuvent être nommés au comité d’enquête, ni les membres éventuels de celui-ci participer aux délibérations du Conseil relatives à cette plainte.

⁴² Voir *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, aux p. 302 à 304.

Further, I do not accept the argument of the applicant that the *Hodge* case has no application to the delegation of powers by Parliament other than legislative powers. Even assuming that section 99 confers some adjudicative powers on Parliament and that it has purported to delegate that power, the maxim *delegatus non potest delegare* still has no application. It is fundamental to the decision in *Hodge v. Reg.* that the Parliament of Canada is not a delegate of the Imperial Parliament nor of any other institution with respect to the exercise of any of the authority conferred on it by the *Constitution Act, 1867*. Therefore it has the power as a sovereign Parliament to delegate any of its functions.

In this connection there are of course limitations on what Parliament can do. It clearly cannot transfer its power to a provincial legislature or *vice versa* since the Constitution prescribes the distribution of powers as between these two orders of government.⁴³ Nor can it, for example, provide for laws to be made without the participation of all three elements of Parliament as prescribed by the constitution, namely the Governor General, the Senate, and the House of Commons.⁴⁴ It was therefore, in my respectful view, appropriate for the Inquiry Committee to consider the question of whether Parliament had abdicated its functions under section 99 in favour of the Canadian Judicial Council. Counsel for the applicant regarded the abdication issue as irrelevant because, in his view, what was at issue was unlawful delegation and such delegation may be unlawful even if the ultimate power is not abdicated by the delegator. For reasons already stated, I consider the *delegatus non potest delegare* maxim to be irrelevant but do consider it necessary to ensure that Parliament has not abdicated the power specifically assigned to the two Houses of Parliament by section 99. Like the Inquiry Committee, I am satisfied that Parliament has not done so. It is for the Canadian Judicial Council to recommend removal, but Parliament has the ultimate responsibility

⁴³ *A.G. for Canada v. A.G. for Nova Scotia*, [1951] S.C.R. 31.

⁴⁴ Cf. *Initiative and Referendum Act, In re*, [1919] A.C. 935 (P.C.).

jamais voulu que le comité d'enquête joue un rôle juridictionnel.

En outre, je ne retiens pas l'argument du requérant voulant que l'arrêt *Hodge* ne s'applique pas à la délégation par le Parlement de pouvoirs autres que législatifs. Même à supposer que l'article 99 confère certains pouvoirs juridictionnels au Parlement et que celui-ci les ait délégués, la maxime *delegatus non potest delegare* ne s'applique pas de toute façon. En effet, l'arrêt *Hodge v. Reg.* pose comme principe fondamental que le Parlement du Canada n'est le délégué ni du Parlement impérial ni de quelque autre institution en ce qui concerne l'exercice des pouvoirs dont l'investit la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le Parlement du Canada détient en conséquence le pouvoir souverain de déléguer n'importe laquelle de ses fonctions.

Le Parlement est, bien entendu, soumis à des restrictions quant à ce qu'il peut faire à cet égard. De toute évidence, il ne saurait transférer ses pouvoirs à une législature provinciale ni se voir transférer les pouvoirs de celle-ci, car la Constitution prescrit le partage des compétences entre ces deux paliers de gouvernement⁴³. Il ne peut pas non plus, par exemple, prévoir l'adoption de lois sans le concours de chacune des trois composantes du Parlement suivant la Constitution, à savoir le gouverneur général, le Sénat et la Chambre des communes⁴⁴. J'estime donc, en toute déférence, qu'il convenait que le comité d'enquête se penche sur la question de savoir si le Parlement avait renoncé en faveur du Conseil canadien de la magistrature aux fonctions que lui attribuait l'article 99. L'avocat du requérant a tenu pour non pertinente la question de la renonciation parce que, selon lui, c'était la délégation illégale qui était en cause et il peut y avoir délégation illégale même si, en dernière analyse, le délégrant n'a pas renoncé à son pouvoir. Pour les motifs déjà exposés, je juge inapplicable la maxime *delegatus non potest delegare*, mais je pense qu'il est nécessaire de s'assurer que le Parlement n'a pas renoncé au pouvoir que l'article 99 confère expressément aux deux Chambres du Parlement. Comme le comité d'enquête, je suis

⁴³ *A.G. for Canada v. A.G. for Nova Scotia*, [1951] R.C.S. 31.

⁴⁴ Cf. *Initiative and Referendum Act, In re*, [1919] A.C. 935 (C.P.).

ity to decide whether to use the only constitutional device for removal, namely the joint address. There is nothing in the *Judges Act* which precludes Parliament considering the removal of a judge without any recommendation from the Council. Indeed section 71 of the *Judges Act* specifically preserves Parliament's power in this respect. With respect to the argument that Parliament cannot, as a practical matter, refuse to implement the recommendation of the Canadian Judicial Council, I believe this is only speculation: among other things, it ignores the great potential for inaction where there is little enthusiasm in Parliament for a particular decision to be taken.

The applicant raised certain essentially policy criticisms of the investigation process provided by the *Judges Act*, including the fact that in theory at least it exposes a judge to complaints by anyone including disgruntled litigants or those acting out of "malice or revenge." Such complaints may be taken up by the Canadian Judicial Council and publicly aired before an Inquiry Committee. Such hearings can be held in public or in private "unless the Minister requires that it be held in public." In theory at least the judge's reputation may be badly damaged by the mere holding of the inquiry no matter what its outcome. These are all important concerns as to how the system might operate, even though in fact the Council employs many safeguards. But at best such criticisms go to the wisdom of the particular provisions of the *Judges Act* and not to their constitutional validity.

The Inquiry Committee, and counsel for the Canadian Judicial Council before me, also treated as relevant what they regarded as some of the advantages of this system. I might therefore be permitted to make one or two observations on that subject. It is striking that subsection 63(3) of the *Judges Act* allows the

convaincu que le Parlement ne l'a pas fait. Il appartient au Conseil canadien de la magistrature de recommander la révocation, mais c'est au Parlement, finalement, de décider s'il y a lieu de recourir au seul mécanisme de révocation que prévoit la Constitution, à savoir l'adresse des Chambres du Parlement. Rien dans la *Loi sur les juges* n'empêche le Parlement d'envisager la révocation d'un juge sans recommandation émanant du Conseil. De fait, l'article 71 de la *Loi sur les juges* conserve explicitement le pouvoir du Parlement dans ce domaine. Pour ce qui est de l'argument voulant que, du point de vue pratique, le Parlement ne puisse refuser de donner suite à la recommandation du Conseil canadien de la magistrature, je crois qu'il est purement conjectural, car, entre autres choses, il ne tient pas compte des grandes possibilités d'inertie dans un cas où se manifeste parmi les parlementaires peu d'enthousiasme pour la prise d'une décision donnée.

Le requérant a formulé certaines critiques, portant essentiellement sur le processus d'enquête prévu par la *Loi sur les juges*, processus auquel il reproche notamment le fait que, en théorie du moins, il expose les juges aux plaintes de tout le monde, y compris les plaideurs mécontents ou les personnes mues par la [TRADUCTION] «malveillance ou le désir de se venger». De telles plaintes peuvent être prises en charge par le Conseil canadien de la magistrature et examinées publiquement devant un comité d'enquête. Ce genre d'audience peut se tenir à huis clos, «sauf ordre contraire du ministre». Théoriquement à tout le moins, la réputation du juge peut être gravement compromise du seul fait de la tenue d'une enquête, indépendamment de la décision rendue. Ce sont là des préoccupations importantes en ce qui concerne le fonctionnement éventuel du système, même si, dans les faits, le Conseil a mis en place de nombreuses sauvegardes. Mais, pareilles critiques mettent en doute, tout au plus, le caractère judiciaire des dispositions particulières de la *Loi sur les juges* dont il s'agit, et non pas leur constitutionnalité.

Le comité d'enquête ainsi que l'avocat du Conseil canadien de la magistrature devant moi ont également estimé pertinent ce qu'ils ont considéré comme certains avantages du système en question. Je me permets donc quelques observations sur ce point. Il est frappant que le paragraphe 63(3) de la *Loi sur les*

Judicial Council, where it thinks an inquiry or investigation should be held, to appoint as many members of the Council as it sees fit to be members of the committee. Members of the Council are, with rare exceptions⁴⁵ all chief justices. To this committee may be added, by the Minister of Justice, as many qualified members of the Bar as he sees fit to designate. Nowhere is there any provision for a puisne judge to be appointed to such a committee. One can only speculate as to the rationale for this structure, which seems to be based on military or bureaucratic models. Without minimizing in any way the important role and responsibility which fall to chief justices, nor the great experience and wisdom they can bring to the work of such committees, it appears passing strange that the perspective of puisne judges is not thought to be of as much value on such a committee as, for example, that of lawyers chosen *ad hoc* for the occasion by the Minister of Justice. Counsel for the Canadian Judicial Council invoked in aid of the Council's support for the present system certain international pronouncements on the removal of judges. For example the *Universal Declaration on the Independence of Justice* of 1983 states that proceedings for removal should be

held before a court or a board predominantly composed of members of the judiciary and selected by the judiciary.

The International Bar Association adopted a *Code of Minimum Standards of Judicial Independence* in 1982 which provides that legislatures may be vested with the powers to remove judges:

preferably upon a recommendation of a judicial commission.

While the Canadian system does involve members of the judiciary in this process, the international instruments do not appear to limit judicial membership in such bodies to chief justices.

Disposition

In my order of May 6, 1994 I therefore allowed the investigation to continue on the basis that a judge can only be removed for breach of good behaviour and

⁴⁵ See the provision for "substitute members" designated by their respective Chief Justices in s. 59(4) of the Act.

*juges autorise le Conseil, lorsque celui-ci juge opportun la tenue d'une enquête, à nommer au comité autant de ses membres que bon lui semble. Les membres du Conseil sont, à quelques rares exceptions près⁴⁵, tous des juges en chef. À ce comité peuvent être adjoints, par le ministre de la Justice, autant de membres qualifiés du barreau qu'il juge bon de nommer. Aucune disposition ne prévoit la nomination d'un juge puîné à un tel comité. On en est réduit aux conjectures quant à la raison d'être de cette structure, qui semble s'inspirer de modèles. Sans minimiser le moins le rôle et des responsabilités des juges en chef ni l'ampleur de l'expérience et de la sagesse qu'ils peuvent apporter à l'accomplissement des travaux de ce genre de comités, il semble fort étrange que, dans ce contexte, le point de vue des juges puînés soit considéré comme moins utile que, par exemple, celui des avocats choisis spécialement par le ministre de la Justice pour faire partie du comité. L'avocat du Conseil canadien de la magistrature a invoqué à l'appui de la position de celui-ci en faveur du système actuel certaines déclarations internationales touchant la révocation de juges. Par exemple, la *Déclaration universelle sur l'indépendance de la justice* de 1983 porte que la procédure de révocation doit être*

engagée devant un tribunal ou un conseil composé en majorité de membres de la magistrature choisis par leurs pairs.

*L'Association internationale du barreau a adopté en 1982 un *Code fixant des normes minimales en matière d'indépendance judiciaire*, qui prescrit que les législatures peuvent être investies du pouvoir de révoquer les juges, mais qu'il est*

préférable que ce pouvoir ne s'exerce que sur recommandation d'une commission judiciaire.

Le système canadien permet certes à des juges de prendre part à ce processus, mais les actes internationaux ne semblent pas limiter aux seuls juges en chef cette participation.

Dispositif

Dans mon ordonnance du 6 mai 1994, j'ai en conséquence permis que l'enquête suive son cours, mais en exigeant que l'on tienne compte du fait qu'un juge

⁴⁵ Voir l'art. 59(4) de la Loi, la disposition prévoyant le choix d'un membre «suppléant» par les différents juges en chef.

that the failure to perform the functions of the office of judge by reason of permanent infirmity would constitute a breach of that condition of tenure. The decision of the Committee was thereby modified to the extent that it is inconsistent with this finding. I declined to make any declaration or decision going beyond the requirements of the particular case before this Inquiry Committee.

As costs could only be awarded if there were “special reasons”, as prescribed by Rule 1618 [as enacted by SOR/92-43, s. 19], and as no such reasons were suggested to me, no costs were awarded.

ne peut être révoqué que pour manquement à la bonne conduite et que l’inexécution des fonctions de juge pour cause d’invalidité permanente constituerait un tel manquement. La décision du comité a donc été modifiée dans la mesure où elle était incompatible avec cette conclusion. Je me suis refusé à toute déclaration ou décision dont la portée aurait dépassé les besoins du cas particulier dont se trouvait saisi le comité d’enquête en l’espèce.

Suivant la Règle 1618 [éditée par DORS/92-43, art. 19], les dépens ne pouvaient être adjugés que s’il existait des «raisons spéciales» et comme aucune ne m’a été signalée, il n’y a pas eu d’adjudication de dépens.