

T-1324-20
2023 FC 31

T-1324-20
2023 CF 31

Democracy Watch and Duff Conacher (*Applicants*)

Démocratie en surveillance et Duff Conacher (*demandeurs*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: DEMOCRACY WATCH v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : DÉMOCRATIE EN SURVEILLANCE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Southcott J.—By videoconference, November 7, 2022; Ottawa, January 9, 2023.

Cour fédérale, juge Southcott—Par vidéoconférence, 7 novembre 2022; Ottawa, 9 janvier 2023.

Judges and Courts — Application challenging constitutional validity of Government of Canada’s federal judicial appointments system, judicial elevations system, for superior, appellate courts, Federal Court of Appeal, Federal Court, Tax Court of Canada — Authority to appoint judges to superior courts assigned to Governor General under Constitution Act, 1867 (Constitution), s. 96 — Federal judicial appointments made by Governor General on advice of Cabinet — In turn, Cabinet acting on advice of Minister of Justice (Minister), who receives list of recommendations from a Judicial Advisory Committee (JAC) — Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada (FJA) responsible for administering JACs — Applications for judicial appointment assessed by applicable JAC — Report of JAC’s assessment of each candidate provided to Minister — Before recommending that Cabinet make particular judicial appointment, Minister may consult with others — Much of disputed evidence in present application surrounded nature of those consultations — Applicants sought order and/or declaration stating that federal judicial appointments, elevations systems fail to comply or accord with Constitution, s. 96, Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), ss. 7, 11(d), 24(1), principles of fundamental justice, including unwritten constitutional principles of judicial independence and/or rule of law — Submitted, inter alia, that Minister’s involvement in appointment of majority of members of JACs, involvement of members of ruling party in consultations conducted by Minister in developing recommendations to Cabinet, demonstrating degree of political interference in federal judicial appointments process that violates principles of judicial independence, impartiality — Whether federal judicial appointments, elevations systems violating Constitution, s. 96, Charter, ss. 7, 11(d), 24(1), unwritten constitutional principles of judicial independence, rule of law — No constitutional violation found — Controversy related to process occurring between Minister’s receipt of JAC recommendations, Minister

Juges et Tribunaux — Demande contestant la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions aux cours supérieures et aux cours d’appel provinciales et territoriales, à la Cour d’appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l’impôt — Le gouverneur général détient le pouvoir de nommer les juges aux cours supérieures conformément à l’article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 (la Constitution) — Les nominations à la magistrature fédérale sont faites par le gouverneur général, sur l’avis du Cabinet — Le Cabinet, quant à lui, agit sur l’avis du ministre de la Justice (ministre), qui reçoit une liste de recommandations de la part d’un comité consultatif à la magistrature (CCM) — Le Commissariat à la magistrature fédérale Canada (CMF) est chargé d’administrer les CCM — Les candidatures pour une nomination à la magistrature sont évaluées par le CCM concerné — Le CCM prépare un rapport d’évaluation de chaque candidat pour le ministre — Le ministre peut consulter d’autres personnes avant de recommander au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature — La plupart des éléments de preuve contestés dans la présente demande concernaient la nature de ces consultations — Les demandeurs sollicitaient une ordonnance ou une déclaration selon laquelle les systèmes appliqués pour les nominations et les promotions au sein de la magistrature fédérale ne sont pas conformes à l’article 96 de la Constitution, à l’article 7, à l’alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés (Charte), ainsi qu’aux principes de justice fondamentale, notamment les principes constitutionnels non écrits de l’indépendance de la magistrature et de la primauté du droit — Ils ont soutenu, entre autres choses, que la part que prend le ministre dans la nomination de la majorité des membres des CCM puis celle que prennent des membres du parti au pouvoir dans les consultations menées par le ministre avant de formuler ses recommandations au Cabinet témoignent d’une

making recommendation to Cabinet on judicial appointment — Common ground that Minister may consult with anyone before making recommendation — Evidence supporting applicants' position that consultations conducted before Minister makes recommendation to Cabinet on judicial appointment can include consultations with other ministers, Members of Parliament in caucus of ruling party — Respondent argued that there is necessarily some level of political involvement in appointment process — Question was whether these features of process offend principles of judicial independence, impartiality — Test for judicial independence asking whether reasonable person, fully informed of all circumstances, would consider that particular court enjoys necessary independent status — There are three essential conditions or core characteristics of judicial independence — Applicants asked Court to find additional condition that would apply to particular process leading up to appointment — Design of appointment process not within Court's purview — In determining constitutionality, Court had to be principally guided by authorities that have considered, dimensioned, applied principles of judicial independence, impartiality — Authorities upon which applicants relied not supporting arguments seeking to add further pre-appointment condition — This not surprising given particular constitutional structure governing judicial appointments — Effect of s. 96 is that superior court judges are appointed by Cabinet, a political body — Political element "baked" into appointments process by Constitution's designation of Cabinet as appointing authority — Application dismissed.

Constitutional Law — Fundamental Principles — Applicants challenging constitutional validity of Government of Canada's federal judicial appointments system, judicial elevations system, for superior, appellate courts, Federal Court of Appeal, Federal Court, Tax Court of Canada — Authority to appoint judges to superior courts assigned to Governor General under Constitution Act, 1867 (Constitution), s. 96 — Federal judicial appointments made by Governor General on advice

certain ingérence politique dans le processus de nomination à la magistrature fédérale, ce qui contrevient aux principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires — Les systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale contreviennent-ils à l'article 96 de la Constitution, à l'article 7, à l'alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la Charte, ainsi qu'aux principes de justice fondamentale non écrits de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit? — Il n'y a eu aucune violation de la Constitution — Il y avait des divergences entre les parties en ce qui concerne le processus qui se déroule entre le moment où le ministre reçoit les recommandations des CCM et le moment où il recommande au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature — La preuve appuyait la thèse des demandeurs selon laquelle les consultations menées avant que le ministre formule une recommandation au Cabinet relativement à une nomination à la magistrature peuvent comprendre des consultations auprès d'autres ministres et députés faisant partie du groupe parlementaire du parti au pouvoir — Le défendeur a affirmé que le processus de nomination comporte forcément un certain degré d'intervention politique — La question était de savoir si ces caractéristiques du processus enfreignent les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires — Le critère de l'indépendance judiciaire pose la question de savoir si une personne raisonnable et bien informée de toutes les circonstances considérerait qu'un tribunal donné jouit du statut indépendant requis — Il y a trois conditions ou caractéristiques essentielles de l'indépendance judiciaire — Les demandeurs ont demandé à la Cour de reconnaître une condition supplémentaire qui s'appliquerait précisément au processus menant à une nomination — La forme du processus de nomination ne relève pas de la compétence de la Cour — Pour se prononcer sur la constitutionnalité, la Cour devait principalement se fonder sur la jurisprudence dans laquelle les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires ont été examinés, mesurés et appliqués — La jurisprudence invoquée par les demandeurs n'a pas étayé leur argument cherchant à ajouter une autre condition préalable à la nomination — Ceci n'était pas étonnant, compte tenu de la structure constitutionnelle particulière qui régit les nominations à la magistrature au Canada — L'article 96 a pour effet que les juges des cours supérieures sont nommés par le Cabinet, un organe politique — Le processus de nomination comporte un élément politique [TRADUCTION] « inextricable » du fait que la Constitution désigne le Cabinet comme étant l'autorité responsable des nominations — Demande rejetée.

Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Les demandeurs ont contesté la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions aux cours supérieures et aux cours d'appel provinciales et territoriales, à la Cour d'appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l'impôt — Le gouverneur général détient le pouvoir de nommer les juges aux cours supérieures conformément à l'article 96 de la

of Cabinet — In turn, Cabinet acting on advice of Minister of Justice (Minister), who receives list of recommendations from a Judicial Advisory Committee (JAC) — Applications for judicial appointment assessed by applicable JAC — Report of JAC's assessment of each candidate provided to Minister — Before recommending that Cabinet make particular judicial appointment, Minister may consult with others — Much of disputed evidence in present application surrounded nature of those consultations — Applicants sought order and/or declaration stating that federal judicial appointments, elevations systems fail to comply or accord with Constitution, s. 96 — Whether federal judicial appointments, elevations systems violating Constitution, s. 96, unwritten constitutional principles of judicial independence, rule of law — No constitutional violation found — Controversy related to process occurring between Minister's receipt of JAC recommendations, Minister making recommendation to Cabinet on judicial appointment — Design of appointment process not within Court's purview — In determining constitutionality, Court had to be principally guided by authorities that have considered, dimensioned, applied principles of judicial independence, impartiality — Effect of s. 96 is that superior court judges are appointed by Cabinet, a political body — Political element "baked" into appointments process by Constitution's designation of Cabinet as appointing authority — Changes to appointments process can be made that are not so fundamental as to require constitutional amendment — However, not Court's role to comment on such possibilities.

Practice — Parties — Standing — Applicants challenging constitutional validity of Government of Canada's federal judicial appointments system, judicial elevations system, for superior, appellate courts, Federal Court of Appeal, Federal Court, Tax Court of Canada — Applicants not asserting personal interest in judicial appointments or elevations process that they wished to challenge — Whether applicants should be granted public interest standing to bring application — Public interest standing granted to applicants — Applicants having genuine interest in issue raised herein — Constitutional issue surrounding judicial independence satisfied seriousness requirement — Determination of whether particular matter offending constitutional principles very much in Court's

Loi constitutionnelle de 1867 (la Constitution) — Les nominations à la magistrature fédérale sont faites par le gouverneur général, sur l'avis du Cabinet — Le Cabinet, quant à lui, agit sur l'avis du ministre de la Justice (ministre), qui reçoit une liste de recommandations de la part d'un comité consultatif à la magistrature (CCM) — Les candidatures pour une nomination à la magistrature sont évaluées par le CCM concerné — Le CCM prépare un rapport d'évaluation de chaque candidat pour le ministre — Le ministre peut consulter d'autres personnes avant de recommander au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature — La plupart des éléments de preuve contestés dans la présente demande concernaient la nature de ces consultations — Les demandeurs sollicitaient une ordonnance ou une déclaration selon laquelle les systèmes appliqués pour les nominations et les promotions au sein de la magistrature fédérale ne sont pas conformes à l'article 96 de la Constitution — Les systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale contreviennent-ils à l'article 96 de la Constitution, ainsi qu'aux principes de justice fondamentale non écrits de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit? — Il n'y a eu aucune violation de la Constitution — Des divergences existaient en ce qui concerne le processus qui se déroule entre le moment où le ministre reçoit les recommandations des CCM et le moment où il recommande au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature — La forme du processus de nomination ne relève pas de la compétence de la Cour — Pour se prononcer sur la constitutionnalité, la Cour devait principalement se fonder sur la jurisprudence dans laquelle les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires ont été examinés, mesurés et appliqués — L'article 96 a pour effet que les juges des cours supérieures sont nommés par le Cabinet, un organe politique — Le processus de nomination comporte un élément politique [TRADUCTION] « inextricable » du fait que la Constitution désigne le Cabinet comme étant l'autorité responsable des nominations — Des changements peuvent être apportés au processus de nomination à la magistrature fédérale qui ne sont pas si fondamentaux qu'ils nécessitent une modification constitutionnelle — Cependant, il n'appartenait pas à la Cour de formuler des observations sur ces possibilités.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Les demandeurs ont contesté la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions aux cours supérieures et aux cours d'appel provinciales et territoriales, à la Cour d'appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l'impôt — Les demandeurs n'ont pas fait valoir d'intérêt propre quant aux processus de nomination ou de promotion au sein de la magistrature qu'ils voulaient contester — La qualité pour agir dans l'intérêt public devait-elle être accordée aux demandeurs afin de présenter leur demande? — La qualité pour agir dans l'intérêt public a été reconnue aux demandeurs — Les deux demandeurs avaient un intérêt véritable dans la question soulevée en l'espèce — La

wheelhouse — This application did not address arguments advanced solely in hypothetical, abstract sense — Potential implications of issue did not make issue non-justiciable — Doctrine of necessity applied herein — Court not without factual matrix to support adjudication of issue.

Practice — Affidavits — Applicants challenging constitutional validity of Government of Canada's federal judicial appointments system, judicial elevations system, for superior, appellate courts, Federal Court of Appeal, Federal Court, Tax Court of Canada — Portions of applicants' affidavits struck as impermissible hearsay, impermissible opinion evidence — Affidavits referencing, appending as exhibits media articles that refer to statements by, inter alia, Government officials related to judicial appointments process — No evidence that applicants made efforts to obtain direct evidence — Applicants did not meet burden to establish that direct evidence was unavailable — Constitutional cases with wide implications should not be decided based on what one finds in newspapers.

This was an application challenging the constitutional validity of the Government of Canada's federal judicial appointments system and judicial elevations system.

The applicant Mr. Conacher is the coordinator of the other applicant, Democracy Watch, a not-for-profit organization that advocates for democratic reform, citizen participation in public affairs, and ethical behaviour in government and business in Canada. The applicants challenged the constitutionality of the process leading up to federal judicial appointments to provincial/territorial superior and appellate courts, the Federal Court of Appeal, the Federal Court, and the Tax Court of Canada. They also challenged the process for elevation of judges to appellate courts (both provincial/territorial appellate courts and the Federal Court of Appeal). The federal judicial appointments system is the process by which judges are appointed to the courts identified above. The authority to appoint judges to the superior courts is assigned to the Governor General under section 96 of the *Constitution Act, 1867* (Constitution). Section 101 of the Constitution empowers the Parliament of Canada to create courts for the better administration of the laws of Canada. Acting on this authority, Parliament created the Federal Court, the Federal Court of

question constitutionnelle se rapportant à l'indépendance judiciaire satisfaisait à l'exigence du sérieux — Il est du ressort de la Cour de décider si un élément donné contrevient aux principes constitutionnels — La présente demande ne soulevait pas des thèses formulées uniquement d'un point de vue hypothétique et abstrait — Les répercussions possibles de la question soulevée par les demandeurs ne rendaient pas cette question non justiciable — La théorie de la nécessité s'appliquait à l'espèce — La Cour disposait d'un cadre factuel lui permettant de se prononcer sur la question.

Pratique — Affidavits — Les demandeurs ont contesté la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions aux cours supérieures et aux cours d'appel provinciales et territoriales, à la Cour d'appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l'impôt — Certaines parties des affidavits des demandeurs ont été exclues parce qu'elles constituaient du oui-dire inadmissible et un témoignage d'opinion inadmissible — Les affidavits faisaient état et étaient assortis, à titre de pièces, de plusieurs articles de presse traitant, entre autres choses, de déclarations de représentants du gouvernement au sujet du processus de nomination à la magistrature — Aucune preuve ne démontrait que les demandeurs ont tenté d'obtenir des éléments de preuve directs — Les demandeurs ne se sont pas acquittés de leur fardeau de montrer qu'il n'existait pas d'éléments de preuve — Les affaires constitutionnelles ayant de vastes répercussions ne devraient pas être tranchées sur le fondement de ce qu'on peut lire dans les journaux.

Il s'agissait d'une demande contestant la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions au sein de la magistrature fédérale.

Le demandeur Duff Conacher est coordonnateur pour la codemanderesse, Démocratie en surveillance, un organisme sans but lucratif qui préconise la mise en place de réformes démocratiques, la participation citoyenne aux affaires publiques, ainsi que la conduite éthique au sein du gouvernement et du milieu des affaires au Canada. Les demandeurs ont contesté la constitutionnalité du processus aboutissant à la nomination des magistrats fédéraux aux cours supérieures et aux cours d'appel provinciales et territoriales, à la Cour d'appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l'impôt. Ils ont contesté également le processus de promotion des juges aux cours d'appel (à la fois les cours d'appel provinciales et territoriales et la Cour d'appel fédérale). Le système de nomination à la magistrature fédérale est le processus par lequel les juges sont nommés aux cours mentionnées précédemment. C'est le gouverneur général qui, conformément à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (la Constitution), détient le pouvoir de nommer les juges aux cours supérieures. L'article 101 de la Constitution habilite le Parlement du Canada à créer

Appeal, and the Tax Court of Canada. All federal judicial appointments are made by the Governor General on the advice of Cabinet. In turn, Cabinet acts on the advice of the Minister of Justice (Minister), who receives a list of recommendations from a Judicial Advisory Committee (JAC). Each province and territory has at least one JAC. The Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada (FJA) has responsibility for administering the JACs. Applications for judicial appointment are submitted to FJA, following which such applications are assessed by the applicable JAC. After the applicable JAC completes its review of the candidates and their applications, it will prepare a report of its assessment of each candidate. This report is provided to the Minister. Before recommending that Cabinet make a particular judicial appointment, the Minister may consult with others. However, much of the disputed evidence in this application surrounded the nature of those consultations. Elevations are made by the Governor General on the advice of Cabinet, which acts on the advice of the Minister.

The applicants sought an order and/or declaration stating that the Government's federal judicial appointments system and federal judicial elevations system fail to comply or accord with section 96 of the Constitution, section 7, subsection 11(d), and paragraph 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), and/or the principles of fundamental justice, including the unwritten constitutional principles of judicial independence and/or the rule of law; and directions with respect to changes to the federal judicial appointments system and federal judicial elevations system necessary to make them constitutionally compliant. Because neither of the applicants asserted a personal interest in the judicial appointments or elevations process that they wished to challenge, they also sought public interest standing to bring the present application. The applicants submitted, *inter alia*, that the Minister's involvement in the appointment of the majority of the members of the JACs, and the subsequent involvement of members of the ruling party in the consultations conducted by the Minister in developing recommendations to Cabinet, demonstrate a degree of political interference in the federal judicial appointments process that violates the principles of judicial independence and impartiality. The applicants also submitted that these systems have produced a judiciary membership in which women, visible minorities, and Indigenous people are underrepresented.

The main issues were whether the applicants should be granted public interest standing to bring the application, and whether the federal judicial appointments system and federal judicial elevations system violate section 96 of the Constitution,

des cours pour améliorer l'application des lois du Canada. Conformément à ce pouvoir, le Parlement a créé la Cour fédérale, la Cour d'appel fédérale et la Cour canadienne de l'impôt. Toutes les nominations à la magistrature fédérale sont faites par le gouverneur général, sur l'avis du Cabinet. Le Cabinet, quant à lui, agit sur l'avis du ministre de la Justice (ministre), qui reçoit une liste de recommandations de la part d'un comité consultatif à la magistrature (CCM). Chaque province et territoire compte au moins un CCM. Le Commissariat à la magistrature fédérale Canada (CMF) est chargé d'administrer les CCM. Les candidatures pour une nomination à la magistrature sont transmises au CMF; elles sont ensuite évaluées par le CCM concerné. Le CCM concerné, après avoir examiné les candidatures, prépare un rapport d'évaluation de chaque candidat. Ce rapport est remis au ministre. Le ministre peut consulter d'autres personnes avant de recommander au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature. Cependant, la plupart des éléments de preuve contestés dans la présente demande concernaient la nature de ces consultations. Les promotions sont faites par le gouverneur général, sur l'avis du Cabinet, qui agit sur l'avis du ministre.

Les demandeurs sollicitaient une ordonnance ou une déclaration selon laquelle les systèmes appliqués par le gouvernement pour les nominations et les promotions au sein de la magistrature fédérale ne sont pas conformes à l'article 96 de la Constitution, à l'article 7, à l'alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte), ainsi qu'aux principes de justice fondamentale, notamment les principes constitutionnels non écrits de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit; et des directives quant aux modifications à apporter aux systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale afin de les rendre conformes sur le plan constitutionnel. Les demandeurs souhaitent aussi se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de présenter la demande, étant donné qu'aucun d'eux n'a fait valoir d'intérêt propre quant aux processus de nomination ou de promotion au sein de la magistrature qu'ils voulaient contester. Les demandeurs ont soutenu, entre autres choses, que la part que prend le ministre dans la nomination de la majorité des membres des CCM puis celle que prennent des membres du parti au pouvoir dans les consultations menées par le ministre avant de formuler ses recommandations au Cabinet témoignent d'une certaine ingérence politique dans le processus de nomination à la magistrature fédérale, ce qui contrevient aux principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires. Les demandeurs ont aussi ajouté que ces systèmes ont créé une magistrature au sein de laquelle les femmes, les minorités visibles et les Autochtones sont sous-représentés.

Il s'agissait de déterminer principalement si les demandeurs devaient se voir accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de présenter la demande, et si les systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale

section 7, paragraph 11(d), and/or subsection 24(1) of the Charter, and/or the unwritten constitutional principles of judicial independence and/or the rule of law.

Held, the application should be dismissed.

At the outset, some portions of the applicants' affidavits were struck as impermissible hearsay and impermissible opinion evidence. These affidavits referenced and appended as exhibits a number of media articles that refer to statements by Government officials related to the judicial appointments process, as well as media articles and articles and public statements by lawyers, legal academics, and other sources. There was no evidence before the Court to the effect that the applicants made efforts to obtain direct evidence, for instance by approaching the relevant journalists, and were unable to do so. In the case at hand, the applicants did not meet their burden to establish that direct evidence was unavailable or would have been unduly difficult to obtain. Constitutional cases with wide implications should not be decided based on what one finds in a newspaper. The opinion evidence the applicants sought to adduce was irrelevant to the issue in this application.

Public interest standing was granted to the applicants. Both applicants had a genuine interest in the issue raised in this application. The constitutional issue surrounding judicial independence raised by this application was clearly an important one and satisfied the seriousness requirement. With respect to justiciability, the determination of whether a particular matter offends constitutional principles is very much in the Court's wheelhouse. In assessing the constitutionality of activity of the executive branch, the Court is not being asked to express an opinion informed by moral, political, or other policy considerations. Depending upon the nature of a constitutional violation identified in a particular matter, the Court can identify and dimension that violation to inform subsequent work by other branches of government to remedy the violation. This application did not address arguments that were advanced solely in the hypothetical and abstract sense. The potential implications of the issue raised by the applicants did not serve to make the issue non-justiciable. The Court was permitted, and arguably obliged, to adjudicate this application. This result followed from the doctrine of necessity. Although there is a general rule that a judge who is not impartial is disqualified from hearing a case, there is an exception to this rule that allows a judge who would otherwise be disqualified to hear the case nonetheless, if there is no impartial judge who can take their place. This doctrine should not be applied mechanically and will not apply in circumstances where its application would involve positive

contreviennent à l'article 96 de la Constitution, à l'article 7, à l'alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la Charte, ainsi qu'aux principes de justice fondamentale non écrits de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Dans un premier temps, certaines parties des affidavits des demandeurs ont été exclues parce qu'elles constituaient du ouï-dire inadmissible et un témoignage d'opinion inadmissible. Ces affidavits faisaient état et étaient assortis, à titre de pièces, de plusieurs articles de presse traitant de déclarations de représentants du gouvernement au sujet du processus de nomination à la magistrature, ainsi que d'articles de presse et de déclarations publiques d'avocats, de professeurs de droit et d'autres sources. La Cour ne disposait d'aucun élément de preuve montrant que les demandeurs ont tenté d'obtenir des éléments de preuve directs, par exemple en s'adressant aux journalistes concernés, mais n'y sont pas parvenus. En l'espèce, les demandeurs ne se sont pas acquittés de leur fardeau de montrer qu'il n'existait pas d'éléments de preuve directs ou qu'il aurait été excessivement difficile de les obtenir. Les affaires constitutionnelles ayant de vastes répercussions ne devraient pas être tranchées sur le fondement de ce qu'on peut lire dans les journaux. Les témoignages d'opinion que les demandeurs cherchaient à produire n'étaient pas pertinents par rapport à la question en litige dans la présente demande.

La qualité pour agir dans l'intérêt public a été reconnue aux demandeurs. Les deux demandeurs avaient un intérêt véritable dans la question soulevée en l'espèce. La question constitutionnelle se rapportant à l'indépendance judiciaire qui était soulevée dans la présente demande constituait de toute évidence une question importante et elle satisfaisait à l'exigence du sérieux. En ce qui concerne la justiciabilité, il est tout à fait du ressort de la Cour de décider si un élément donné contrevient aux principes constitutionnels. La Cour n'est pas appelée, lorsqu'elle se penche sur la constitutionnalité d'activités de la branche exécutive, à exprimer une opinion éclairée par des considérations morales ou politiques ou par d'autres considérations stratégiques. En fonction de la nature de la violation constitutionnelle constatée dans une affaire donnée, la Cour peut caractériser et mesurer cette violation de façon à éclairer les travaux que devront ensuite effectuer les autres branches du gouvernement afin d'y remédier. La présente demande ne soulevait pas des thèses formulées uniquement d'un point de vue hypothétique et abstrait. Les répercussions possibles de la question soulevée par les demandeurs ne rendaient pas cette question non justiciable. La Cour avait le droit et l'obligation de se prononcer sur la présente demande. Cette conclusion découlait de la théorie de la nécessité. La règle générale selon laquelle un juge qui n'est pas impartial est inhabile à entendre une affaire connaît une exception. Cette exception permet à un juge qui, sans elle, serait inhabile à connaître d'un litige

and substantial injustice or beyond the extent that necessity justifies. The Federal Court had exclusive jurisdiction in this matter. Any member of the Federal Court would equally have been subject to the impartiality concerns articulated in this case. As such, the doctrine of necessity applied to the case at hand. The Court was not without a factual matrix to support adjudication of the issue raised by the applicants.

No constitutional violation was found. There appeared to be little substantive controversy between the parties on the role and operation of the JACs. There was perhaps greater controversy related to the process that occurs between the Minister's receipt of JAC recommendations and the Minister making a recommendation to Cabinet on a judicial appointment. However, this controversy related more to the parties' characterization of the process than to the underlying facts. It was common ground between the parties that, between receiving JAC recommendations and deciding whom to recommend to Cabinet for appointment, the Minister may consult with anyone. There was evidence before the Court supporting the applicants' position that consultations conducted before the Minister makes a recommendation to Cabinet on a judicial appointment can include consultations with other ministers and Members of Parliament in the caucus of the ruling party. The respondent argued that, as Cabinet appoints judges and as Cabinet is a political body, there is necessarily some level of political involvement in the appointment process. The question was whether these features of the process offend the principles of judicial independence and impartiality. The test for judicial independence as determined by the Supreme Court in *Valente v. The Queen* asks whether a reasonable person, who is fully informed of all the circumstances, would consider that a particular court enjoys the necessary independent status. The three essential conditions or core characteristics of judicial independence are security of tenure, financial security and administrative independence. The applicants asked the Court to find an additional condition that would apply to the particular process leading up to the appointment. The design of the appointment process is not within the Court's purview, other than to the extent the current design renders it unconstitutional. In determining constitutionality, while taking into account the non-judicial sources upon which the applicants relied, the Court had to be principally guided by authorities that have considered, dimensioned, and applied the principles of judicial independence and impartiality when such matters have arisen before the courts. The authorities upon which the applicants relied did not support their arguments seeking to add a further pre-appointment condition. The lack of jurisprudential support for the applicant's position was not surprising given the particular constitutional structure that governs judicial appointments

d'entendre quand même cette affaire dans les cas où il n'y a pas de juge impartial en mesure de le remplacer. Cette théorie ne devrait pas être appliquée machinalement et ne s'applique pas dans les cas où elle entraînerait une injustice concrète et substantielle, ni au-delà de la mesure justifiée par la nécessité. La Cour fédérale avait compétence exclusive en l'espèce. Tout membre actuel de la Cour fédérale aurait également été visé par les préoccupations énoncées dans la présente affaire quant à l'impartialité. La théorie de la nécessité s'appliquait donc à l'espèce. La Cour disposait d'un cadre factuel lui permettant de se prononcer sur la question soulevée par les demandeurs.

Il n'y a eu aucune violation de la Constitution. Il n'y avait apparemment guère de controverse réelle entre les parties quant au rôle et au fonctionnement des CCM. Il y avait peut-être davantage de divergences entre les parties en ce qui concerne le processus qui se déroule entre le moment où le ministre reçoit les recommandations des CCM et le moment où il recommande au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature. Toutefois, ce débat était davantage lié à la façon dont les parties concevaient le processus qu'aux faits sous-jacents. Les parties s'entendaient sur le fait que le ministre peut consulter les personnes de son choix entre le moment où il reçoit les recommandations des CCM et le moment où il décide des candidats dont il recommandera la nomination au Cabinet. La Cour disposait d'éléments de preuve à l'appui de la thèse des demandeurs selon laquelle les consultations menées avant que le ministre formule une recommandation au Cabinet relativement à une nomination à la magistrature peuvent comprendre des consultations auprès d'autres ministres et députés faisant partie du groupe parlementaire du parti au pouvoir. Le défendeur a affirmé que le processus de nomination comporte forcément un certain degré d'intervention politique puisque les juges sont nommés par le Cabinet, qui est un organe politique. La question était de savoir si ces caractéristiques du processus enfreignent les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires. Le critère de l'indépendance judiciaire tel que déterminé par la Cour suprême dans l'arrêt *Valente c. La Reine* pose la question de savoir si une personne raisonnable et bien informée de toutes les circonstances considérerait qu'un tribunal donné jouit du statut indépendant requis. Les trois conditions ou caractéristiques essentielles de l'indépendance judiciaire sont l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative. Les demandeurs ont demandé à la Cour de reconnaître une condition supplémentaire qui s'appliquerait précisément au processus menant à une nomination. La forme du processus de nomination ne relève pas de la compétence de la Cour, sauf si cette forme rendait le processus inconstitutionnel. Pour se prononcer sur la constitutionnalité, bien qu'en tenant compte des sources non judiciaires sur lesquelles s'appuient les demandeurs, la Cour devait principalement se fonder sur la jurisprudence dans laquelle les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires ont été examinés, mesurés et appliqués lorsque de telles questions ont

in Canada. The provision of the Constitution most fundamental to this structure is section 96, which provides that “[t]he Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick.” The effect of section 96 is that superior court judges are appointed by Cabinet and Cabinet is inherently a political body. There is a political element “baked” into the appointments process by the Constitution’s designation of Cabinet as the appointing authority. As with the changes to the appointments process that were made in 2016 aimed at increasing diversity and transparency, changes can be made that are not so fundamental as to require a constitutional amendment. It may be that there would be merit to further changes. However, it is not the Court’s role to comment on such possibilities.

été portées devant les tribunaux. La jurisprudence invoquée par les demandeurs n’a pas étayé leur argument cherchant à ajouter une autre condition préalable à la nomination. Le manque de jurisprudence à l’appui de la thèse des demandeurs n’était peut-être pas étonnant, compte tenu de la structure constitutionnelle particulière qui régit les nominations à la magistrature au Canada. La disposition de la Constitution essentielle à cette structure est l’article 96, qui prévoit que « [l]e gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick. » L’article 96 a pour effet que les juges des cours supérieures sont nommés par le Cabinet et le Cabinet est fondamentalement un organe politique. Le processus de nomination comporte un élément politique [TRADUCTION] « inextricable » du fait que la Constitution désigne le Cabinet comme étant l’autorité responsable des nominations. Tout comme les changements au processus de nomination à la magistrature fédérale apportés en 2016 qui visaient à améliorer la diversité et la transparence, il est possible d’apporter des changements qui ne sont pas si fondamentaux qu’ils nécessitent une modification constitutionnelle. Il est possible qu’il y ait lieu d’apporter d’autres changements. Cependant, il n’appartenait pas à la Cour de formuler des observations sur ces possibilités.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- 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], ss. 1, 7, 11(d), 24(1).
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.
- 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. 96, 101.
- Constitutional Reform Act 2005* (U.K.), c. 4.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 312, Tariff B, Column III.
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21.
- Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, Part I.
- Queen’s Regulations and Orders for the Canadian Forces*, art. 111.22.
- Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- 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], art. 1, 7, 11(d), 24(1).
- Constitutional Reform Act 2005* (R.-U.), ch. 4.
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.
- 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. 96, 101.
- Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21.
- Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.
- Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, partie I.
- Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, art. 111.22.
- Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, tarif B, colonne III.

CASES CITED

APPLIED:

Valente v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 673, 24 D.L.R. (4th) 161; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, 122 D.L.R. (4th) 129; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 2 S.C.R. 484; *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772; *Forest Ethics Advocacy Association v. National Energy Board*, 2014 FCA 88; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3, 155 D.L.R. (4th) 1; *British Columbia (Attorney General) v. Trial Lawyers Association of British Columbia*, 2022 BCCA 354.

DISTINGUISHED:

MacBain v. Lederman, [1985] 1 F.C. 856 (C.A.).

CONSIDERED:

League for Human Rights of B’Nai Brith Canada v. Odynsky, 2010 FCA 307, *sub nom. League for Human Rights of B’nai Brith Canada v. Canada*, [2012] 2 F.C.R. 312; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, 94 D.L.R. (4th) 590; *Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 292; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees*, 2021 FCA 72, [2021] 3 F.C.R. 294; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, 61 D.L.R. (4th) 604; *Council of Canadians with Disabilities v. British Columbia (Attorney General)*, 2020 BCCA 241, 451 D.L.R. (4th) 225; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, 88 D.L.R. (4th) 110; *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 133, [2021] 2 F.C.R. D-11.

REFERRED TO:

Telus Communications Inc. v. Telecommunications Workers Union, 2005 FCA 262, [2006] 3 F.C.R. D-19; *Cabral v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FCA 4; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, 68 D.L.R. (3d) 716; *Boily v. Canada*, 2017 FC 1021, [2018] 3 F.C.R. D-9; *Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 43; *Smart Cloud Inc. v. International Business Machines Corporation*, 2021 FC 236; *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 1290;

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Valente c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 673; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Canadien Pacifique Ltée. c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 2 R.C.S. 484; *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772; *Forest Ethics Advocacy Association c. Office national de l’énergie*, 2014 CAF 88; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l’indépendance et à l’impartialité des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3; *British Columbia (Attorney General) v. Trial Lawyers Association of British Columbia*, 2022 BCCA 354.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

MacBain c. Lederman, [1985] 1 C.F. 856 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Ligue des droits de la personne de B’Nai Brith Canada c. Odynsky, 2010 CAF 307, *sub nom. Ligue des droits de la personne de B’nai Brith Canada c. Canada*, [2012] 2 R.C.F. 312; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *Bande Indienne Coldwater c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 292; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés*, 2021 CAF 72, [2021] 3 R.C.F. 294; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l’énergie, des mines et des ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Council of Canadians with Disabilities v. British Columbia (Attorney General)*, 2020 BCCA 241; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 133, [2021] 2 R.C.F. F-13.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Telus Communications Inc. c. Syndicat des travailleurs en télécommunications, 2005 CAF 262, [2006] 3 R.C.F. F-35; *Cabral c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CAF 4; *Committee for Justice and Liberty c. L’Office national de l’énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Boily c. Canada*, 2017 CF 1021, [2018] 3 R.C.F. F-9; *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 43; *Smart Cloud Inc. c. International Business Machines Corporation*, 2021 CF 236; *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 1290; *Démocratie*

Democracy Watch v. Canada (Attorney General), 2018 FC 1291; *Conacher v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 920, [2010] 3 F.C.R. 411, affd 2010 FCA 131, [2011] 4 F.C.R. 22; *British Columbia (Attorney General) v. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 SCC 20, [2020] 2 S.C.R. 506; *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, 83 D.L.R. (4th) 297; *Page v. Mulcair*, 2013 FC 402, sub nom. *Canada (Parliamentary Budget Officer) v. Canada (Leader of the Opposition)*, [2014] 4 F.C.R. 297; *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, 18 D.L.R. (4th) 481; *Tanudjaja v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 852, 123 O.R. (3d) 161; *Fortune Dairy Products Limited v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 540; *May v. CBC/Radio Canada*, 2011 FCA 130; *Mackay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, 61 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, 128 N.R. 1; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857; *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*; *Ontario Judges' Assn. v. Ontario (Management Board)*; *Bodner v. Alberta*; *Conférence des juges du Québec v. Québec (Attorney General)*; *Minc v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286; *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 194.

en surveillance c. Canada (Procureur général), 2018 CF 1291; *Conacher c. Canada (Premier ministre)*, 2009 CF 920, [2010] 3 R.C.F. 411, conf. par 2010 CAF 131, [2011] 4 R.C.F. 22; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 CSC 20, [2020] 2 R.C.S. 506; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Page c. Mulcair*, 2013 CF 402, sub nom. *Canada (Directeur parlementaire du budget) c. Canada (Chef de l'opposition)*, [2014] 4 R.C.F. 297; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Tanudjaja v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 852, 123 O.R. (3d) 161; *Fortune Dairy Products Limited c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 540; *May c. CBC/Radio Canada*, 2011 CAF 130; *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286; *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 194.

AUTHORS CITED

Arvay, Joseph, Sean Hern and Alison Latimer. “Why we need a constitutional challenge on judicial appointments”, opinion, *The Globe and Mail* (August 6, 2015).
 Canada. Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs. “Candidates: How to Apply – Questionnaire”, online: Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada.
 Canada. Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs. “Code of Ethics for Judicial Advisory Committee Members”, online: Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada.
 Canada. Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs. “Guide for Candidates”, online: Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada.
 Canada. Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs. “Guidelines for Judicial Advisory Committee Members”, online: Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada.
 Canada. Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs. “Overview of Federal Judicial Appointments”, online: Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada.
 Canadian Bar Association. “Statement from the CBA President on judicial appointments” (November 6, 2020), online: Canadian Bar Association.

DOCTRINE CITÉE

Arvay, Joseph, Sean Hern et Alison Latimer, “Why we need a constitutional challenge on judicial appointments”, opinion, *The Globe and Mail* (6 août 2015).
 Association du Barreau canadien. « Déclaration du président de l'ABC sur les nominations à la magistrature » (6 novembre 2020), en ligne : Association du Barreau canadien.
 Canada. Commissariat à la magistrature fédérale. « Aperçu du régime de nomination à la magistrature fédérale », en ligne : Commissariat à la magistrature fédérale Canada.
 Canada. Commissariat à la magistrature fédérale. « Candidats : Comment poser sa candidature – Questionnaire », en ligne : Commissariat à la magistrature fédérale Canada.
 Canada. Commissariat à la magistrature fédérale. « Code d'éthique pour membres des comités consultatifs », en ligne : Commissariat à la magistrature fédérale Canada.
 Canada. Commissariat à la magistrature fédérale. « Guide pour candidats », en ligne : Commissariat à la magistrature fédérale Canada.
 Canada. Commissariat à la magistrature fédérale. « Lignes directrices pour membres des comités consultatifs », en ligne : Commissariat à la magistrature fédérale Canada.
 Commission internationale des juristes (Section canadienne). « *Interim Report: The Canadian Federal Judicial Appointments Process and Opportunities for Reform* » (août 2016).

Canadian Judicial Council. News release, “Judicial Appointments: Perspective from the Canadian Judicial Council” (February 20, 2007).

Halsbury’s Laws of England, 4th ed., Vol. 1(1). London: Butterworths, 1989.

Harrington, Johanna. “From the U.K., a lesson on judicial appointments”, opinion, *The Globe and Mail* (July 29, 2015).

International Commission of Jurists Canada. “*Interim Report: The Canadian Federal Judicial Appointments Process and Opportunities for Reform*” (August 2016).

Letter to the Honourable David Lametti, P.C., M.P. Minister of Justice and Attorney-General of Canada, “Appointment of BIPOC judges to Canada’s federal courts” (September 14, 2020).

Conseil canadien de la magistrature. Communiqué, « Nominations à la magistrature : la perspective du Conseil canadien de la magistrature » (20 février 2007).

Halsbury’s Laws of England, 4^e éd., vol. 1(1). Londres : Butterworths, 1989.

Harrington, Joanna, “From the U.K., a lesson on judicial appointments”, opinion, *The Globe and Mail* (29 juillet 2015).

Lettre à l’honorable David Lametti, C.P., député, ministre de la Justice et procureur général du Canada, « Nomination de juges PANDC aux Cours fédérales » (14 septembre 2020).

APPLICATION challenging the constitutional validity of the Government of Canada’s federal judicial appointments system and judicial elevations system. Application dismissed.

DEMANDE contestant la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions au sein de la magistrature fédérale. Demande rejetée.

APPEARANCES

Ashley Wilson and Jennifer Zdriluk for applicants.

Andrea Burke, Christine Mohr and James Schneider for respondent.

ONT COMPARU :

Ashley Wilson et Jennifer Zdriluk pour les demandeurs.

Andrea Burke, Christine Mohr et James Schneider pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Ross & McBride LLP, Toronto, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Ross & McBride LLP, Toronto, pour les demandeurs.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendus par

SOUTHCOTT J.:

LE JUGE SOUTHCOTT :

I. Overview

[1] This decision relates to an application brought by the Applicants, Democracy Watch and Duff Conacher, under section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (Act), challenging the constitutional validity of the Government of Canada’s federal judicial appointments system and judicial elevations system.

I. Aperçu

[1] La Cour est saisie d’une demande, déposée en application de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (Loi), dans laquelle les demandeurs, Démocratie en surveillance et Duff Conacher, contestent la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions au sein de la magistrature fédérale.

[2] The Applicants assert that these systems are unconstitutional, because they are subject to too much discretionary political control, influence and interference by the Minister of Justice and the Governor in Council. Specifically, the Applicants allege that these systems therefore undermine the structural independence and impartiality of the judiciary in ways that violate section 96 of the *Constitution Act, 1867* (Constitution), sections 7, paragraph 11(d), and subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), and/or the constitutional principles of judicial independence and/or the rule of law.

[3] As explained in greater detail below, this application is dismissed because, applying the constitutional principles of judicial independence and impartiality as informed by the authorities and analysis set out in these Reasons, I find no constitutional violation.

II. Factual Background

[4] The Applicant, Duff Conacher, is a Ph.D. student at the University of Ottawa Faculty of Law. He has previously served as a part-time or visiting professor at the University of Toronto Faculty of Law and the University of Ottawa, including a cross appointment at the University of Ottawa Faculty of Law and School of Political Studies. Mr. Conacher is the coordinator of the other Applicant, Democracy Watch, a not-for-profit organization that advocates for democratic reform, citizen participation in public affairs, and ethical behaviour in government and business in Canada.

[5] The Applicants challenge the constitutionality of the process leading up to federal judicial appointments to provincial/territorial superior and appellate courts, the Federal Court of Appeal, the Federal Court, and the Tax Court of Canada. They also challenge the process for elevation of judges to appellate courts (both provincial/territorial appellate courts and the Federal Court of Appeal). They do not challenge appointments to the Court Martial Appeal Court of Canada (presumably

[2] Les demandeurs font valoir que ces systèmes sont inconstitutionnels parce qu'ils sont trop empreints d'influence, d'ingérence et de décisions politiques discrétionnaires de la part du ministre de la Justice et du gouverneur en conseil. Ils allèguent, plus précisément, que, de ce fait, ces systèmes nuisent à l'indépendance structurelle et à l'impartialité de la magistrature de façons qui contreviennent à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (Constitution), à l'article 7, à l'alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte), ainsi qu'aux principes constitutionnels de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit.

[3] Pour les motifs exposés plus en détail ci-dessous, la présente demande est rejetée. À la lumière des principes constitutionnels de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires, tels qu'ils ressortent de la jurisprudence et de l'analyse présentées ci-dessous, je conclus qu'il n'y a pas violation de droits constitutionnels.

II. Contexte factuel

[4] Le demandeur Duff Conacher est doctorant à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Il a déjà été professeur invité ou à temps partiel à la Faculté de droit de l'Université de Toronto et à l'Université d'Ottawa, et a notamment obtenu une nomination conjointe à la Faculté de droit et à l'École d'études politiques de l'Université d'Ottawa. M. Conacher est coordonnateur pour la codemanderesse, Démocratie en surveillance, un organisme sans but lucratif qui préconise la mise en place de réformes démocratiques, la participation citoyenne aux affaires publiques, ainsi que la conduite éthique au sein du gouvernement et du milieu des affaires au Canada.

[5] Les demandeurs contestent la constitutionnalité du processus aboutissant à la nomination des magistrats fédéraux aux cours supérieures et aux cours d'appel provinciales et territoriales, à la Cour d'appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l'impôt. Ils contestent également le processus de promotion des juges aux cours d'appel (à la fois les cours d'appel provinciales et territoriales et la Cour d'appel fédérale). Ils ne contestent pas les nominations à la Cour d'appel de

because its members are judges who have already been appointed to another court) or the Supreme Court of Canada (presumably because it is subject to a different appointment process).

[6] Later in these Reasons, I will address a motion by the Respondent, the Attorney General of Canada, seeking to strike portions of the Applicants' affidavit evidence. As is apparent from that motion, the parties disagree on the record that should inform the Court's analysis of their respective positions on the merits of this application. However, much of the factual background surrounding the federal judicial appointments and elevations processes is not controversial.

[7] The Respondent has filed in this application an affidavit of Philippe Lacasse, the Executive Director, Judicial Appointments and Senior Counsel in the Judicial Appointments Secretariat within the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada (FJA). As described in Mr. Lacasse's affidavit, FJA was created in 1978 to safeguard the independence of the judiciary and provide support for federally appointed judges. While the Commissioner acts as a deputy to the Minister of Justice for the purposes of carrying out Part I of the *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, FJA is separate and independent from the Department of Justice. The following summary of the federal judicial appointments and elevations processes is derived largely from the explanation of those processes contained in Mr. Lacasse's affidavit. I do not understand the following factual background to be contested by the Applicants.

[8] The federal judicial appointments system is the process by which judges are appointed to the courts identified above. The authority to appoint judges to the superior courts (for example, the Ontario Superior Court of Justice or the Alberta Court of King's Bench) is assigned to the Governor General under section 96 of the Constitution. In addition to these superior courts, section 101 of the Constitution empowers the Parliament of Canada to create courts for the better administration of the laws of Canada. Acting on this authority, Parliament

la cour martiale du Canada (probablement parce que ses membres sont des juges qui ont déjà été nommés à une autre cour) ni à la Cour suprême du Canada (vraisemblablement parce que le processus de nomination y est différent).

[6] J'examine, plus loin dans les présents motifs, une requête déposée par le défendeur, le procureur général du Canada, en vue d'obtenir la radiation de passages des éléments de preuve par affidavit des demandeurs. Il ressort de cette requête que les parties ne s'entendent pas sur le dossier dont devrait disposer la Cour pour analyser leurs thèses respectives quant au bien-fondé de la présente demande. Quoi qu'il en soit, une bonne partie du contexte factuel entourant les processus de nomination et de promotion à la magistrature fédérale n'est pas contestée.

[7] Le défendeur a déposé, en l'espèce, l'affidavit de Philippe Lacasse, directeur exécutif, Nominations à la magistrature et avocat principal au secrétariat des nominations judiciaires du Commissariat à la magistrature fédérale Canada (CMF). Comme l'a indiqué M. Lacasse dans son affidavit, le CMF a été créé en 1978 afin de préserver l'indépendance de la magistrature et d'appuyer les juges nommés par le gouvernement fédéral. Bien que le commissaire agisse en tant que délégué du ministre de la Justice pour l'application de la partie I de la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, le CMF est distinct et indépendant du ministère de la Justice. Le résumé qui suit des processus de nomination et de promotion à la magistrature fédérale repose en grande partie sur l'explication de ces processus donnée dans l'affidavit de M. Lacasse. Je crois comprendre que les demandeurs ne remettent pas en question le contexte factuel exposé ci-après.

[8] Le système de nomination à la magistrature fédérale est le processus par lequel les juges sont nommés aux cours mentionnées précédemment. C'est le gouverneur général qui, conformément à l'article 96 de la Constitution, détient le pouvoir de nommer les juges aux cours supérieures (comme la Cour supérieure de justice de l'Ontario ou la Cour du Banc du Roi de l'Alberta). Outre ces cours supérieures, l'article 101 de la Constitution habilite le Parlement du Canada à créer des cours pour améliorer l'application des lois du Canada. Conformément à

created the Federal Court, the Federal Court of Appeal, and the Tax Court of Canada. These courts are referred to as statutory courts. In accordance with the Act and the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, the Governor in Council (GIC) is responsible for appointing judges to these statutory courts.

[9] By constitutional convention, when appointing judges to provincial superior courts, the Governor General acts on the advice of the Committee of the Privy Council of Canada. Similarly, the GIC, which appoints judges to the Federal Court, the Federal Court of Appeal, and the Tax Court of Canada, is defined in the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, as the Governor General acting on the advice or consent of the Privy Council for Canada. The Privy Council is composed of all the ministers of the Crown, who meet in the body known as Cabinet (see *League for Human Rights of B’Nai Brith Canada v. Odymsky*, 2010 FCA 307, *sub nom. League for Human Rights of B’nai Brith Canada v. Canada*, [2012] 2 F.C.R. 312 (*B’Nai Brith*), at paragraph 77). As such, all federal judicial appointments are made by the Governor General on the advice of Cabinet. In turn, Cabinet acts on the advice of the Minister of Justice (Minister). (In the case of appointment of Chief Justices and Associate Chief Justices, it is the Prime Minister who provides the advice to Cabinet. For simplicity, these Reasons will refer to the advice to Cabinet being provided by the Minister.)

[10] Turning from constitutional and statutory provisions to current practice, the federal judicial appointments process involves the Minister receiving a list of recommendations from a Judicial Advisory Committee (JAC). Across Canada, there are 17 JACs, which communicate to the Minister their recommendations for judicial appointments in their respective regions of responsibility. Each province and territory has at least one JAC, as does the Tax Court of Canada. The following explanation relates to the functioning of the JACs under the practice as in place since 2016.

ce pouvoir, le Parlement a créé la Cour fédérale, la Cour d’appel fédérale et la Cour canadienne de l’impôt. On dit que ces cours sont des tribunaux d’origine législative. Conformément à la Loi et à la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, le gouverneur en conseil est responsable de la nomination des juges aux cours d’origine législative.

[9] Par convention constitutionnelle, lorsqu’il nomme des juges aux cours supérieures provinciales, le gouverneur général agit sur l’avis du comité du Conseil privé du Canada. De même, le gouverneur en conseil, qui nomme les juges à la Cour d’appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l’impôt, est défini dans la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, comme le gouverneur général agissant sur l’avis ou avec le consentement du Conseil privé. Le Conseil privé est composé de tous les ministres fédéraux, qui siègent au sein d’un organisme connu sous le nom de Cabinet (voir *Ligue des droits de la personne de B’Nai Brith Canada c. Odymsky*, 2010 CAF 307, *sub nom. Ligue des droits de la personne de B’nai Brith Canada c. Canada*, [2012] 2 R.C.F. 312 (*B’Nai Brith*), au paragraphe 77). Ainsi, toutes les nominations à la magistrature fédérale sont faites par le gouverneur général, sur l’avis du Cabinet. Le Cabinet, quant à lui, agit sur l’avis du ministre de la Justice (ministre). (S’agissant de la nomination des juges en chef et des juges en chef adjoints, l’avis au Cabinet est émis par le premier ministre. Par souci de simplicité, je désigne, dans les présents motifs, l’avis au Cabinet comme étant donné par le ministre.)

[10] Ayant fait état des dispositions constitutionnelles et législatives, je passe à l’usage actuel : dans le cadre du processus de nomination à la magistrature fédérale, le ministre reçoit une liste de recommandations de la part d’un comité consultatif à la magistrature (CCM). Il y a, au Canada, 17 CCM qui transmettent au ministre leurs recommandations concernant les nominations à la magistrature dans leurs régions respectives. Chaque province et territoire compte au moins un CCM. La Cour canadienne de l’impôt a également son propre CCM. L’explication qui suit porte sur le fonctionnement des CCM selon la pratique suivie depuis 2016.

[11] The provincial and territorial JACs each have seven members, comprised of:

- A. One nominee from the provincial or territorial Law Society;
- B. One nominee from the provincial or territorial branch of the Canadian Bar Association (CBA);
- C. One judge nominated by the Chief Justice of the province or territory;
- D. One nominee from the provincial Attorney General or the territorial Minister of Justice; and
- E. Three nominees of the Government of Canada (the Government) representing the general public.

[12] The nominees of the Government representing the general public are selected by the Minister in their sole discretion following an application process that is open to anyone. While the applicable Law Society, CBA branch, and provincial Attorney General or territorial Minister of Justice is each responsible for putting forward a list of three nominees for the JAC, the individuals appointed to the JAC are ultimately selected by the Minister from those nominees. JAC members are appointed for a two-year term, with the possibility of one term renewal.

[13] The JAC that provides recommendations for appointments to the Tax Court of Canada is comprised of five members, consisting of one judge nominated by the Chief Justice of the Court and four Government nominees.

[14] FJA has responsibility for administering the 17 JACs, including providing orientation training to new JAC members, consulting the JAC chairs, attending JAC meetings, drafting committee reports to the Minister outlining JAC findings, and acting as the contact person to address any questions from prospective candidates or other individuals concerning the federal judicial appointments process. Applications for judicial appointment are submitted to FJA, following which such applications are assessed by the applicable JAC.

[11] Les CCM provinciaux et territoriaux comptent chacun sept membres :

- A. un représentant du barreau de la province ou du territoire;
- B. un représentant de la division provinciale ou territoriale de l'Association du Barreau canadien (ABC);
- C. un juge désigné par le juge en chef de la province ou du territoire;
- D. un représentant du procureur général de la province ou du ministre de la Justice du territoire;
- E. trois représentants du grand public sélectionnés par le gouvernement du Canada (gouvernement).

[12] Les personnes sélectionnées par le gouvernement pour représenter le grand public sont choisies par le ministre, à sa seule discrétion, à la suite d'un processus de mise en candidature ouvert à tous. Bien qu'il incombe à chaque barreau, division de l'ABC et procureur général provincial ou ministre de la Justice territorial concerné de proposer une liste de trois candidats pour le CCM, les personnes nommées au CCM sont, au bout du compte, sélectionnées par le ministre parmi les candidats proposés. Les membres du CCM sont nommés pour deux ans et leur mandat est renouvelable une fois.

[13] Le CCM qui formule les recommandations pour les nominations à la Cour canadienne de l'impôt comprend cinq membres : un juge désigné par le juge en chef de la Cour canadienne de l'impôt et quatre représentants du gouvernement.

[14] Le CMF est chargé d'administrer les 17 CCM et notamment d'offrir une formation d'orientation aux nouveaux membres des CCM, de consulter les présidents des CCM, d'assister aux réunions des CCM, de rédiger à l'intention du ministre des rapports présentant les conclusions des CCM et d'agir à titre de personne-ressource pour répondre aux questions des éventuels candidats et d'autres personnes au sujet du processus de nomination à la magistrature fédérale. Les candidatures pour une nomination à la magistrature sont transmises au CMF; elles sont ensuite évaluées par le CCM concerné.

[15] After the applicable JAC completes its review of the candidates and their applications, including potentially consulting with members of both the legal and non-legal community, it will prepare a report of its assessment of each candidate and indicate whether the candidate is “recommended” or “highly recommended” or whether the JAC is “unable to recommend” the candidate. This report is provided to the Minister.

[16] It is common ground between the parties that, before recommending that Cabinet make a particular judicial appointment, the Minister may consult with others. However, much of the disputed evidence in this application surrounds the nature of those consultations. I will therefore address those details later in these Reasons.

[17] Once a candidate is appointed to the bench, the JACs are not involved in any subsequent decision to elevate the judge to an appellate court (either a provincial/territorial Court of Appeal or the Federal Court of Appeal). As with initial judicial appointments, elevations are made by the Governor General on the advice of Cabinet, which acts on the advice of the Minister.

III. Procedural Background

[18] In support of their application, the Applicants have filed two affidavits sworn by Mr. Conacher, the first on December 17, 2020 (the First Conacher Affidavit), and the second on August 26, 2021 (the Second Conacher Affidavit). These affidavits reference and append as exhibits a number of media articles that refer to statements by Government officials related to the judicial appointments process, as well as media articles and articles and public statements by lawyers, legal academics, and other sources. This evidence is intended to support the Applicants’ position that the extent of the discretionary political control, exerted by the Minister and Cabinet over the judicial appointments and elevations systems, violates the constitutional protection of judicial independence and impartiality at issue in this application.

[15] Le CCM concerné, après avoir examiné les candidatures, et après avoir éventuellement mené des consultations auprès de la communauté juridique et non juridique, prépare un rapport d’évaluation de chaque candidat auquel il attribue l’une des mentions suivantes : « recommandé », « fortement recommandé » ou « sans recommandation ». Ce rapport est remis au ministre.

[16] Il est acquis de part et d’autre que le ministre peut consulter d’autres personnes avant de recommander au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature. Cependant, la plupart des éléments de preuve contestés dans la présente demande concernent la nature de ces consultations. J’examine donc ces détails plus loin dans les présents motifs.

[17] Une fois qu’un candidat est nommé à la magistrature, les CCM ne prennent part à aucune décision touchant la promotion du juge à une cour d’appel (une cour d’appel provinciale ou territoriale, ou la Cour d’appel fédérale). Comme dans le cas des nominations initiales à la magistrature, les promotions sont faites par le gouverneur général, sur l’avis du Cabinet, qui agit sur l’avis du ministre.

III. Contexte procédural

[18] À l’appui de leur demande, les demandeurs ont déposé deux affidavits souscrits par M. Conacher; le premier date du 17 décembre 2020 (premier affidavit de M. Conacher) et le deuxième, du 26 août 2021 (deuxième affidavit de M. Conacher). Ces affidavits font état et sont assortis, à titre de pièces, de plusieurs articles de presse traitant de déclarations de représentants du gouvernement au sujet du processus de nomination à la magistrature, ainsi que d’articles de presse et de déclarations publiques d’avocats, de professeurs de droit et d’autres sources. Ces éléments de preuve visent à étayer la thèse des demandeurs voulant que le degré de pouvoir politique discrétionnaire exercé par le ministre et le Cabinet sur les systèmes de nomination et de promotion à la magistrature porte atteinte à la protection constitutionnelle de l’indépendance et de l’impartialité judiciaires en cause dans la présente demande.

[19] The Respondent takes the position that significant portions of the First Conacher Affidavit and the entirety of the Second Conacher Affidavit are inadmissible as impermissible hearsay and/or opinion evidence. In respect of the Second Conacher Affidavit, the Respondent also asserts delay on the Applicants' part in seeking to adduce that evidence.

[20] The parties' arguments on these issues were initially presented to Justice Aylen in her capacity as Case Management Judge. In respect of the First Conacher Affidavit, Justice Aylen concluded that the parties had not satisfied her that exceptional circumstances existed that would warrant an early determination of the issue. In respect of the Second Conacher Affidavit, Justice Aylen noted that its admissibility was inextricably linked to the admissibility of the First Conacher Affidavit. As such, she held that determination of the admissibility of both affidavits should be left to the judge hearing the application on its merits.

[21] Based on this reasoning, Justice Aylen issued an order dated August 16, 2021 (the Aylen Order), dismissing the Respondent's motion to strike the impugned portions of the First Conacher Affidavit and provisionally allowing the Applicants' motion for leave to file the Second Conacher Affidavit. This relief was ordered without prejudice to the Respondent's ability to challenge the admissibility of the two affidavits before the judge hearing the application.

[22] The parties presented arguments on the Respondent's motion to strike in the course of the hearing of this application. As such, these Reasons will address that motion before turning to the merits of the application.

IV. Relief Sought

[23] In this application, the Applicants seek the following relief:

- A. An order and/or declaration stating that the Government's federal judicial appointments system and federal judicial elevations system fail to comply or accord with section 96 of the Constitution, section 7, paragraph 11(d), and subsection 24(1) of

[19] Le défendeur soutient que des passages importants du premier affidavit de M. Conacher et l'intégralité du deuxième affidavit de M. Conacher sont irrecevables parce qu'ils constituent du oui-dire ou un témoignage d'opinion inadmissibles. Le défendeur ajoute que les demandeurs ont tardé à produire en preuve le deuxième affidavit de M. Conacher.

[20] Les arguments des parties sur ces points ont d'abord été présentés à la juge Aylen en sa qualité de juge chargée de la gestion de l'instance. En ce qui concerne le premier affidavit de M. Conacher, la juge Aylen a conclu que les parties ne l'avaient pas convaincue de l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant un règlement rapide de la question. Elle a également indiqué que l'admissibilité du deuxième affidavit de M. Conacher était inextricablement liée à l'admissibilité du premier affidavit de M. Conacher. Cela étant, elle a conclu qu'il conviendrait que le juge saisi de la demande sur le fond décide de l'admissibilité des deux affidavits.

[21] Suivant ce raisonnement, la juge Aylen a rendu, le 16 août 2021, une ordonnance (ordonnance de la juge Aylen) rejetant la requête du défendeur en vue de radier les passages contestés du premier affidavit de M. Conacher et accueillant provisoirement la requête des demandeurs sollicitant l'autorisation de déposer le deuxième affidavit de M. Conacher. Cette ordonnance n'empêchait pas le défendeur de contester l'admissibilité des deux affidavits devant le juge saisi de la demande.

[22] À l'audition de la présente demande, les parties ont présenté leurs arguments quant à la requête en radiation du défendeur. Ainsi, dans les présents motifs, j'examinerai cette requête avant d'étudier le bien-fondé de la demande.

IV. Mesure de réparation demandée

[23] Dans la présente demande, les demandeurs sollicitent les réparations suivantes :

- A. une ordonnance ou une déclaration selon laquelle les systèmes appliqués par le gouvernement pour les nominations et les promotions au sein de la magistrature fédérale ne sont pas conformes à l'article 96 de la Constitution, à l'article 7, à

the Charter, and/or the principles of fundamental justice, including the unwritten constitutional principles of judicial independence and/or the rule of law; and

- B. Directions with respect to changes to the federal judicial appointments system and federal judicial elevations system necessary to make them constitutionally compliant.

V. Issues

[24] Taking into account the parties' respective arguments on the Respondent's motion to strike and the main application, I would characterize the issues for the Court's determination as follows:

- A. Should portions of the First Conacher Affidavit and the entirety of the Second Conacher Affidavit be struck as impermissible hearsay?
- B. Should portions of the First Conacher Affidavit be struck as impermissible opinion evidence?
- C. Should the Second Conacher Affidavit be struck because of delay?
- D. Should the Applicants be granted public interest standing to bring the application?
- E. Do the federal judicial appointments system and federal judicial elevations system violate section 96 of the Constitution, section 7, paragraph 11(d), and/or subsection 24(1) of the Charter, and/or the unwritten constitutional principles of judicial independence and/or the rule of law?
- F. If the federal judicial appointments system and federal judicial elevations system violate the Charter, whether the infringement can be saved by section 1 of the Charter?

l'alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la Charte, ainsi qu'aux principes de justice fondamentale, notamment les principes constitutionnels non écrits de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit.

- B. des directives quant aux modifications à apporter aux systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale afin de les rendre conformes sur le plan constitutionnel.

V. Questions en litige

[24] À la lumière des arguments de chacune des parties sur la requête en radiation déposée par le défendeur et la demande principale, voici comment je formulerais les questions que la Cour doit trancher :

- A. Faut-il radier des passages du premier affidavit de M. Conacher et l'intégralité du deuxième affidavit de M. Conacher parce qu'ils constituent du ouï-dire inadmissible?
- B. Faut-il radier des passages du premier affidavit de M. Conacher parce qu'ils constituent un témoignage d'opinion inadmissible?
- C. Faut-il radier le deuxième affidavit de M. Conacher pour cause de retard?
- D. Les demandeurs devraient-ils se voir accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de présenter la demande?
- E. Les systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale contreviennent-ils à l'article 96 de la Constitution, à l'article 7, à l'alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la Charte, ainsi qu'aux principes de justice fondamentale non écrits de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit?
- F. Si les systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale contreviennent à la Charte, l'atteinte peut-elle se justifier au regard de l'article premier de la Charte?

G. To what remedy, if any, are the Applicants entitled?

G. À quelles réparations, s'il y a lieu, les demandeurs ont-ils droit?

VI. Analysis

VI. Discussion

A. *Should portions of the First Conacher Affidavit and the entirety of the Second Conacher Affidavit be struck as impermissible hearsay?*

A. *Faut-il radier des passages du premier affidavit de M. Conacher et l'intégralité du deuxième affidavit de M. Conacher parce qu'ils constituent du oui-dire inadmissible?*

[25] The Respondent takes the position that paragraphs 13 to 20, the first clause of the first sentence of paragraph 21, paragraphs 23 to 27, paragraphs 30 to 31, and Exhibits D to J, N to W, and Z to BB of the First Conacher Affidavit, and the entirety of the Second Conacher Affidavit, should be struck as impermissible hearsay.

[25] Le défendeur fait valoir que les paragraphes 13 à 20, la proposition subordonnée au début de la première phrase du paragraphe 21, les paragraphes 23 à 27, les paragraphes 30 à 31, ainsi que les pièces D à J, N à W, et Z à BB du premier affidavit de M. Conacher, de même que l'intégralité du deuxième affidavit de M. Conacher, devraient être radiés parce qu'ils constituent du oui-dire inadmissible.

[26] At the hearing of this application, the Applicants' counsel acknowledged that they seek to rely on the challenged evidence for a hearsay purpose, i.e., to establish the truth of the contents of the statements made or referenced in the impugned paragraphs and exhibits. However, the Applicants argue that the evidence is admissible under the principled exception to the hearsay rule, which allows for the admission of hearsay evidence if it is reliable and necessary to the case (see, e.g., *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, 94 D.L.R. (4th) 590 (*Smith*), at pages 930–934; *Telus Communications Inc. v. Telecommunications Workers Union*, 2005 FCA 262, [2006] 3 F.C.R. D-19, at paragraphs 25–26; *Cabral v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FCA 4, at paragraph 30).

[26] À l'audition de la présente demande, les avocates des demandeurs ont reconnu qu'elles cherchaient à se servir des éléments de preuve contestés à des fins de oui-dire, c'est-à-dire pour établir la véracité du contenu des déclarations faites ou mentionnées dans les pièces et paragraphes contestés. Cependant, les demandeurs prétendent que les éléments de preuve sont admissibles suivant l'exception raisonnée à la règle du oui-dire, qui permet l'admission d'éléments de preuve par oui-dire si les critères de la nécessité et de la fiabilité sont remplis (voir, p. ex., *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915 (*Smith*), aux pages 930–934; *Telus Communications Inc. c. Syndicat des travailleurs en télécommunications*, 2005 CAF 262, [2006] 3 R.C.F. F-35, aux paragraphes 25–26; *Cabral c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CAF 4, au paragraphe 30).

[27] As explained in *Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 292, at paragraphs 52–55 and 59, necessity must be given a flexible definition, which can potentially extend to expediency, such as promoting speed and efficiency by avoiding an impractically large number of affidavits. The Applicants argue that it is necessary that they introduce the evidence in the manner they have, because if every single source of the hearsay evidence were required to provide an affidavit speaking to their first-hand knowledge, the Court

[27] Comme l'a expliqué la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Bande indienne Coldwater c. Canada (Procureur Général)*, 2019 CAF 292, aux paragraphes 52–55 et 59, il faut donner au critère de la nécessité une définition souple, pouvant aller jusqu'à la commodité, par exemple en favorisant la rapidité et l'efficacité et en évitant la production d'un nombre important et difficilement réalisable d'affidavits. Les demandeurs font valoir qu'il était nécessaire de présenter les éléments de preuve comme ils l'ont fait; en effet, selon eux, s'il fallait accompagner

would be faced with an impractically large number of affidavits that would undermine the expeditious hearing of the application. The Applicants also argue that many of the media articles quote directly from Government documents, which are not available to the Applicants.

[28] The Respondent submits that none of the hearsay evidence is necessary, because the Court has the benefit of direct evidence from Mr. Lacasse, who has first-hand knowledge of the procedures and policies that apply to federal judicial appointments. I am not convinced that this argument engages with the meaning of necessity as prescribed by the jurisprudence. As explained in *Smith*, it would be illogical if uncorroborated hearsay evidence would be admissible, but could become inadmissible if corroborated by another source (at page 933). Rather, the question is whether the particular hearsay evidence that is impugned could not be otherwise made available as direct evidence (see *Smith*, at page 934).

[29] However, I find more compelling the Respondent's argument that there is no evidence before the Court to the effect that the Applicants made efforts to obtain direct evidence, for instance by approaching the relevant journalists, and were unable to do so. The Applicants' argument on necessity rests principally on the assertion that it would have been unduly burdensome to attempt to assemble direct evidence. In *Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees*, 2021 FCA 72, [2021] 3 F.C.R. 294 (*Canadian Council for Refugees*), the Federal Court of Appeal expressed concern about relying on media reports to prove country conditions where other better types of evidence were readily available (at paragraph 150). In the case at hand, the Applicants have not met their burden to establish that direct evidence is unavailable or would have been unduly difficult to obtain.

chaque source de preuve par ouï-dire d'un affidavit attestant d'une connaissance directe, la Cour se retrouverait face à un nombre important et difficilement réalisable d'affidavits qui ralentirait l'audition de la demande. Les demandeurs ajoutent que les articles de presse citent directement des documents gouvernementaux auxquels ils n'ont pas accès.

[28] Le défendeur affirme qu'aucun des éléments de preuve par ouï-dire n'est nécessaire puisque la Cour peut compter sur les éléments de preuve directs de M. Lacasse, qui a une connaissance personnelle des procédures et des politiques applicables aux nominations à la magistrature fédérale. Je ne suis pas convaincu que cet argument prend en compte le sens que la jurisprudence donne au mot « nécessité ». Selon les enseignements de l'arrêt *Smith*, il serait illogique que la preuve par ouï-dire non corroborée soit admissible, mais devienne inadmissible si elle est corroborée par une autre source (à la page 933). La question est plutôt de savoir si les éléments particuliers de preuve par ouï-dire contestés ne pourraient pas être disponibles autrement en tant qu'éléments de preuve directs (voir *Smith*, à la page 934).

[29] Cependant, je suis davantage convaincu par l'argument du défendeur selon lequel la Cour ne dispose d'aucun élément de preuve montrant que les demandeurs ont tenté d'obtenir des éléments de preuve directs, par exemple en s'adressant aux journalistes concernés, mais n'y sont pas parvenus. L'argument des demandeurs en ce qui concerne la nécessité repose principalement sur l'affirmation selon laquelle il aurait été trop contraignant de tenter de recueillir des éléments de preuve directs. Dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés*, 2021 CAF 72, [2021] 3 R.C.F. 294 (*Conseil canadien pour les réfugiés*), la Cour d'appel fédérale a formulé une mise en garde contre le recours à des articles de presse pour démontrer les conditions qui règnent dans un pays alors qu'il existe de meilleures sources de preuve (au paragraphe 150). En l'espèce, les demandeurs ne se sont pas acquittés de leur fardeau de montrer qu'il n'existe pas d'éléments de preuve directs ou qu'il aurait été excessivement difficile de les obtenir.

[30] Turning to reliability, the Applicants argue that much of the evidence comes from well-respected media outlets that hold themselves to the highest standards of journalistic integrity, in many cases quoting directly from material authored by individuals within the Government. They submit that both the particular journalists and their employers' outlets have an interest in protecting their reputations, which provides a guarantee of reliability.

[31] The Respondent emphasizes that it is not challenging the integrity of any of the media outlets responsible for the articles upon which the Applicants seek to rely. Rather, admitting media reports to prove the truth of their contents raises the sorts of dangers identified in *Canadian Council for Refugees* surrounding inaccuracy, partiality, and lack of opportunity for it to be tested and assessed. I agree with those concerns. As expressed by the Federal Court of Appeal, constitutional cases with wide implications should not be decided based on what one finds in a newspaper (at paragraph 150).

[32] One of the documents challenged by the Respondent is not a media article but rather a letter from the Canadian Judicial Council reporting on an investigation it had conducted. While the nature of that body assists with the reliability analysis, the Applicant has still offered no evidence to support a conclusion of necessity, particularly given that the complaint that was the subject of the investigation appears to have resulted from an article published in *The Globe and Mail*. Again, there is no evidence before the Court to the effect that the Applicants made efforts to obtain direct evidence, for instance by approaching the relevant journalist.

[33] In my view, this analysis results in exclusion of the articles attached as Exhibits D, E, F, G, H, I, J, N, O, S, T, U, V, Z, and BB to the First Conacher Affidavit and Exhibit A to the Second Conacher Affidavit because they are inadmissible hearsay. Paragraphs 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 (first clause of first sentence), 23, 26, 30, and the last sentence of paragraph 31 of the First Conacher Affidavit and paragraph 2 of the Second Conacher

[30] En ce qui concerne la fiabilité, les demandeurs prétendent que la plupart des éléments de preuve proviennent de médias respectés qui se conforment aux normes les plus élevées en matière d'intégrité journalistique et qu'on y cite directement, dans de nombreux cas, des documents rédigés par des agents du gouvernement. Ils affirment que les journalistes concernés, tout comme les médias qui les emploient, ont intérêt à préserver leur réputation, ce qui leur confère une garantie de fiabilité.

[31] Le défendeur rappelle qu'il ne remet en cause l'intégrité d'aucun des médias à l'origine des articles sur lesquels les demandeurs cherchent à s'appuyer. Il affirme plutôt qu'en admettant des articles de presse pour prouver la véracité de leur contenu, la Cour s'expose aux dangers relevés dans l'arrêt *Conseil canadien pour les réfugiés* quant à l'inexactitude, à la partialité et à l'impossibilité de soumettre les auteurs au contre-interrogatoire. Je partage ces craintes. Comme l'a indiqué la Cour d'appel fédérale, les affaires constitutionnelles ayant de vastes répercussions ne devraient pas être tranchées sur le fondement de ce qu'on peut lire dans les journaux (au paragraphe 150).

[32] L'un des documents contestés par le défendeur n'est pas un article de presse; il s'agit d'une lettre du Conseil canadien de la magistrature au sujet d'une enquête qu'il a menée. Bien que la nature de cet organisme contribue à l'analyse de la fiabilité, les demandeurs n'ont tout de même présenté aucun élément de preuve permettant de conclure à la nécessité, d'autant plus que la plainte qui a suscité l'enquête semble avoir découlé d'un article publié dans le journal *The Globe and Mail*. Encore une fois, la Cour ne dispose d'aucun élément de preuve indiquant que les demandeurs se sont efforcés d'obtenir des éléments de preuve directs, par exemple en s'adressant au journaliste concerné.

[33] À mon avis, cette analyse a pour effet d'exclure les articles joints en tant que pièces D, E, F, G, H, I, J, N, O, S, T, U, V, Z et BB au premier affidavit de M. Conacher, et en tant que pièce A au deuxième affidavit de M. Conacher, parce qu'ils constituent du ouï-dire irrecevable. Les paragraphes 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 (proposition subordonnée au début de la première phrase), 23, 26 et 30, ainsi que la dernière phrase du

Affidavit, which reference or rely on these excluded exhibits, are also inadmissible.

[34] The Respondent also seeks to strike as hearsay paragraph 13 of the First Conacher Affidavit, in which Mr. Conacher states that, after reviewing applications from people who apply to be judges, each jurisdiction's JAC submits a long list of nominated candidates to the Minister. I agree with the Applicants' position that paragraph 13 simply repeats the information set out in paragraph 10 of the affidavit, which the Respondent's own written representations state is not contentious because it is based on a description from the FJA website. I will not strike this paragraph.

[35] Exhibit B to the Second Conacher Affidavit is also inadmissible, as the Applicants' counsel confirmed at the hearing that the Applicants would not seek to rely on this exhibit, because it is illegible.

[36] Turning to the other exhibits to the Second Conacher Affidavit, in my view, three of these documents (Exhibits C, D and E) are admissible for a non-hearsay purpose—to demonstrate the fact that the communications reflected in those documents took place. Each of these documents is an email communication that the Applicants submit represents a request, or a response to a request, for input on one or more candidates for judicial appointments.

[37] As an example to illustrate this analysis, the email attached as Exhibit E is from the office of a Government minister stating that she does not know particular lawyers. The relevance of this document to the Applicants' arguments in this application is not whether the content of the email is true (i.e. that the minister does not know the lawyers) but rather the fact that the email reflects the consultation with the minister having taken place.

paragraphe 31 du premier affidavit de M. Conacher et le paragraphe 2 du deuxième affidavit de M. Conacher, qui renvoient à ces pièces exclues ou qui s'appuient sur elles, sont également irrecevables.

[34] Le défendeur demande également la radiation, au motif qu'il s'agit de ouï-dire, du paragraphe 13 du premier affidavit de M. Conacher, dans lequel ce dernier affirme qu'après avoir examiné les candidatures à la magistrature, le CCM de chaque province ou territoire remet au ministre une liste préliminaire de candidats désignés. Je conviens avec les demandeurs que le paragraphe 13 ne fait que reprendre l'information donnée au paragraphe 10 de l'affidavit qui, selon les observations du défendeur lui-même, n'est pas remis en question puisqu'il se fonde sur un descriptif donné sur le site Web du CMF. Je ne radie donc pas ce paragraphe.

[35] La pièce B du deuxième affidavit de M. Conacher est également irrecevable, les avocates des demandeurs ayant confirmé à l'audience que les demandeurs n'avaient pas l'intention de s'appuyer sur cette pièce étant donné qu'elle est illisible.

[36] Pour ce qui est des autres pièces jointes au deuxième affidavit de M. Conacher, je suis d'avis que trois de ces documents (pièces C, D et E) sont recevables à une fin qui n'est pas du ouï-dire, c'est-à-dire pour prouver que les communications indiquées dans ces documents ont bien eu lieu. Chacun de ces documents est une communication par courriel qui, aux dires des demandeurs, constitue une demande ou une réponse à une demande de commentaires au sujet d'un ou de plusieurs candidats à des postes de magistrats.

[37] Pour illustrer cette analyse, je donnerai l'exemple du courriel joint en tant que pièce E, envoyé par le bureau d'une ministre qui déclarait ne pas connaître les avocats dont il était question. La pertinence de ce document pour ce qui est des arguments des demandeurs en l'espèce n'est pas liée à la véracité du contenu du courriel (c.-à-d. que la ministre ne connaissait pas les avocats), mais plutôt au fait que le courriel indique que la ministre a été consultée.

[38] Exhibit F, however, does not fall into the same category, as it is a chart capturing the results of various alleged consultations and is therefore itself a hearsay statement by the unidentified author of the chart.

[39] To summarize the result of this aspect of the Respondent's motion, in relation to the Second Conacher Affidavit, Exhibits A, B and F, and the paragraphs that reference them (2, 3a and 3e), are inadmissible.

[40] Returning to the First Conacher Affidavit, the above analysis has not yet addressed Exhibits P, Q, R, W and AA, which are not media reports but which the Respondent argues are also inadmissible hearsay. Exhibit P is a document entitled "Interim Report: The Canadian Federal Judicial Appointments Process and Opportunities for Reform", dated August 2016, prepared by the International Commission of Jurists Canada (ICJ). This report sets out findings drawn from responses to questionnaires prepared by ICJ in relation to the Canadian federal judicial appointments process. Exhibits Q, R and W are documents authored by lawyers, legal academics and the CBA, expressing views on judicial appointments processes. Exhibit AA is a document authored by a large number of bar associations and legal organizations in Canada advocating for the appointment of Black, Indigenous and People of Colour (BIPOC) judges.

[41] While there are undoubtedly hearsay elements to each of these documents, they are of a different nature than the media reports, and the Applicants seek to rely upon them for purposes that arguably extended beyond the truth of their contents. As such, their admissibility is best examined in the next section of these Reasons, which addresses the Respondent's arguments that portions of the Applicants' evidence represent inadmissible opinion.

[38] La pièce F, en revanche, n'entre pas dans la même catégorie puisqu'il s'agit d'un diagramme présentant les résultats de diverses consultations alléguées, ce qui constitue une déclaration par ouï-dire de l'auteur non identifié du diagramme.

[39] En résumé, pour ce qui est de cet élément de la requête du défendeur en lien avec le deuxième affidavit de M. Conacher, je conclus que les pièces A, B et F, ainsi que les paragraphes qui y renvoient (2, 3a et 3e), sont irrecevables.

[40] Je reviens au premier affidavit de M. Conacher. L'analyse qui précède n'a pas traité des pièces P, Q, R, W et AA, qui ne sont pas des articles de presse, mais qui, selon le défendeur, constituent également du ouï-dire irrecevable. La pièce P est un document intitulé « Interim Report : The Canadian Federal Judicial Appointments Process and Opportunities for Reform » (rapport provisoire : processus de nomination à la magistrature fédérale canadienne et possibilités de réforme) datant d'août 2016 et préparé par la Commission internationale des juristes (Section canadienne) (CIJ). Ce rapport énonce les conclusions tirées de réponses à des questionnaires préparés par la CIJ sur le processus de nomination à la magistrature fédérale canadienne. Les pièces Q, R et W sont des documents rédigés par des avocats, des professeurs de droit et l'ABC, dans lesquels ces derniers expriment leurs points de vue quant aux processus de nomination à la magistrature. La pièce AA est un document produit par un grand nombre d'associations d'avocats et d'organismes juridiques au Canada, en faveur de la nomination à la magistrature de personnes autochtones, noires et de couleur (PANDC).

[41] Bien que tous ces documents comportent indéniablement des éléments de ouï-dire, ils sont d'une autre nature que les articles de presse, et les demandeurs tentent de les invoquer à des fins allant probablement au-delà de la véracité de leur contenu. Par conséquent, il convient d'en examiner la recevabilité dans la prochaine section des présents motifs, qui porte sur les arguments du défendeur voulant que certains passages des éléments de preuve présentés par les demandeurs constituent une opinion inadmissible.

B. *Should portions of the First Conacher Affidavit be struck as impermissible opinion evidence?*

[42] The Respondent takes the position that paragraphs 19 to 20 and 24 to 27, the first two sentences of paragraph 28, paragraphs 29 to 31, and Exhibits H to J, P to W, and Y to BB of the First Conacher Affidavit should be struck as impermissible opinion evidence.

[43] These exhibits represent a subset of the media reports submitted by the Applicants, as well as Exhibits P, Q, R, W and AA, described immediately above in these Reasons. The Respondent that takes the position that each of these documents represents an effort by the Applicants to introduce studies or other forms of opinion evidence related to the judicial appointments process.

[44] The Applicants do not dispute this characterization of the evidence. Rather, they take the position that such evidence is admissible under the principles that permit the admission of lay opinion evidence in limited circumstances and/or as evidence that is directly relevant and necessary to what the Applicants describe as the central issue in this application. The Applicants argue that the test for judicial independence and impartiality is whether the public perceives that a court enjoys the essential objective conditions or guarantees for such independence and impartiality. They say that such perception cannot be analysed without the benefit of evidence as to public opinion on the conditions and guarantee of judicial independence.

[45] I accept the Applicants' description of the test for judicial independence. As explained by the Supreme Court of Canada in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, 24 D.L.R. (4th) 161 (*Valente*), at page 689, the test for judicial independence and impartiality is whether the court may be reasonably perceived as independent, with the perception to be assessed being a perception of whether the court enjoys the essential objective conditions or guarantees of judicial independence. I will return to the details of this assessment later in these Reasons.

B. *Faut-il radier des passages du premier affidavit de M. Conacher parce qu'ils constituent un témoignage d'opinion inadmissible?*

[42] Le défendeur affirme que les paragraphes 19 à 20 et 24 à 27, les deux premières phrases du paragraphe 28, les paragraphes 29 à 31, ainsi que les pièces H à J, P à W et Y à BB du premier affidavit de M. Conacher devraient être radiés parce qu'ils constituent un témoignage d'opinion inadmissible.

[43] Ces pièces constituent une partie des articles de presse présentés par les demandeurs, tout comme les pièces P, Q, R, W et AA que je viens de mentionner. Le défendeur fait valoir qu'avec chacun de ces documents, les demandeurs tentent de présenter des études ou d'autres formes de témoignages d'opinion ayant trait au processus de nomination à la magistrature.

[44] Les demandeurs ne contestent pas cette qualification des éléments de preuve. Ils font plutôt valoir que ces éléments de preuve sont recevables conformément aux principes qui permettent la présentation de témoignages d'opinion de profanes dans des cas limités ou en tant qu'éléments de preuve directement pertinents et nécessaires à ce que les demandeurs présentent comme étant la question centrale en l'espèce. Les demandeurs soutiennent que le critère de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires consiste à savoir si le public a l'impression qu'un tribunal jouit des conditions ou garanties objectives essentielles à cette indépendance et à cette impartialité. Ils affirment que cette perception ne peut être analysée sans disposer d'éléments de preuve concernant l'opinion du public quant aux conditions et à la garantie d'indépendance judiciaire.

[45] Je souscris à la façon dont les demandeurs définissent le critère de l'indépendance judiciaire. Comme l'a expliqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673 (*Valente*), à la page 689, le critère de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires consiste à savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant, et comporte la perception d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire. Je reviens plus loin sur les détails de cette évaluation dans les présents motifs.

[46] However, I agree with the Respondent's position that this assessment is not intended to be performed by recourse to evidence of subjective public opinion. As expressed by the Supreme Court in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at paragraph 38 (relying on *Valente*, at page 689), the test for independence asks whether a reasonable person, who is fully informed of all the circumstances, would consider that a particular court enjoys the necessary independent status. As emphasized below, this test involves an objective analysis.

[47] As recognized in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, 122 D.L.R. (4th) 129 (*Matsqui*), the analysis is akin to the classic test for a reasonable apprehension of bias, which asks whether the apprehension of bias is a reasonable one, held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information (at paragraph 81, relying on *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, 68 D.L.R. (3d) 716, at page 394). Expressed differently but to similar effect in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, the reasonable apprehension of bias test contains a two-fold objective element: the person considering the alleged bias must be reasonable, and the apprehension of bias itself must be reasonable in the circumstances of the case. Further, the reasonable person must be an informed person, with knowledge of the relevant circumstances (at paragraph 111).

[48] These articulations of the required analysis all emphasize its objective nature. The reasonable perception of independence is not intended to be assessed through survey evidence or expressions of opinion, regardless of how voluminous or how arguably well-informed the individuals or bodies that express those opinions may be. Rather, applying the prescribed test requires an objective analytical exercise, to be conducted based on the relevant circumstances including in particular the conditions intended to achieve judicial independence.

[46] Toutefois, je conviens avec le défendeur que cette évaluation ne doit pas se faire en ayant recours à des éléments de preuve démontrant une opinion publique subjective. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, au paragraphe 38 (s'appuyant sur *Valente*, à la page 689), a déclaré que le critère de l'indépendance consiste à se demander si une personne raisonnable et bien informée de toutes les circonstances considérerait qu'un tribunal donné jouit du statut indépendant requis. Comme je le souligne ci-dessous, ce critère suppose une analyse objective.

[47] Ainsi qu'il a été reconnu dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée. c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3 (*Matsqui*), l'analyse se rapproche du critère classique permettant de déterminer l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, selon lequel la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet (au paragraphe 81, citant *Committee for Justice and Liberty c. L'Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394). La Cour suprême l'a exprimé d'une autre manière, mais pour arriver à un résultat semblable, dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, où elle a indiqué que le critère de la crainte raisonnable de partialité comporte un double élément objectif : la personne examinant l'allégation de partialité doit être raisonnable, et la crainte de partialité doit elle-même être raisonnable eu égard aux circonstances de l'affaire. La personne raisonnable doit de plus être une personne bien renseignée, au courant de l'ensemble des circonstances pertinentes (au paragraphe 111).

[48] Toutes ces formulations de l'analyse requise mettent l'accent sur sa nature objective. La perception raisonnable d'indépendance ne doit pas être évaluée au moyen d'éléments de preuve provenant de sondages ou d'opinions exprimées, même si ces éléments de preuve sont en grand nombre et même si les personnes ou organismes qui expriment ces opinions sont probablement bien informés. L'application du critère prescrit nécessite une analyse objective devant être menée en fonction des circonstances pertinentes, y compris, plus

[49] The analysis performed by the Supreme Court in *Matsqui* serves to illustrate the nature of the required assessment. *Matsqui* involved a challenge to the independence of appeal tribunals established under First Nations bands' property tax bylaws. Applying the principles derived from *Valente*, the Court explained its conclusion that a reasonable and right-minded person, viewing the whole procedure in the assessment bylaws, would have a reasonable apprehension that members of the appeal tribunals were not sufficiently independent (at paragraph 98). In other words, the Court performed an objective analysis based on the conditions existing under the applicable bylaws.

[50] I therefore agree with the Respondent's position that the opinion evidence the Applicants seek to adduce is irrelevant to the issue in this application. With respect to those components of that evidence that seek to introduce the results of surveys or other studies, I agree with the Respondent that this evidence is also inadmissible based on the principles explained in *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772, at paragraph 43. Even where relevant to an analysis the Court is required to perform, evidence of a survey of public opinion must be presented as expert evidence. Finally, to the extent that opinion evidence represents an opinion on the specific legal issue to be decided by the Court, it is also admissible on that basis (see *Boily v. Canada*, 2017 FC 1021, [2018] 3 F.C.R. D-9, at paragraph 32; *Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 43, at paragraph 18). This last point applies in particular to Exhibit Q, the opinion piece authored by three lawyers entitled "Why we need a constitutional challenge on judicial appointments".

particulièrement, les conditions destinées à assurer l'indépendance judiciaire.

[49] L'analyse de la Cour suprême dans l'arrêt *Matsqui* illustre la nature de l'évaluation requise. L'arrêt *Matsqui* portait sur une remise en question de l'indépendance des tribunaux d'appel constitués par des bandes des Premières Nations en application de leurs règlements administratifs concernant les impôts fonciers. La Cour, appliquant les principes dégagés de l'arrêt *Valente*, a expliqué sa conclusion selon laquelle une personne sensée et raisonnable qui considérerait dans son ensemble la procédure prévue dans les règlements d'évaluation craindrait raisonnablement que les membres des tribunaux d'appel ne soient pas suffisamment indépendants (au paragraphe 98). Autrement dit, la Cour a mené une analyse objective en fonction des conditions prévues par les règlements administratifs applicables.

[50] Je souscris donc au point de vue du défendeur selon lequel les témoignages d'opinion que les demandeurs cherchent à produire ne sont pas pertinents par rapport à la question en litige dans la présente demande. En ce qui concerne les composantes de ces éléments de preuve dont le but est de produire les résultats de sondages ou d'autres études, je conviens avec le défendeur que ces éléments de preuve sont irrecevables d'après les principes expliqués dans l'arrêt *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772, au paragraphe 43. Les éléments de preuve par sondage, même lorsqu'ils sont pertinents par rapport à une analyse que la Cour est tenue d'effectuer, doivent être présentés en tant que témoignages d'experts. Enfin, puisque les témoignages d'opinion représentent un avis sur la question juridique précise que doit trancher la Cour, ils sont également recevables pour ce motif (voir *Boily c. Canada*, 2017 CF 1021, [2018] 3 R.C.F. F-9, au paragraphe 32; *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 43, au paragraphe 18). Ce dernier point s'applique plus précisément à la pièce Q, un article d'opinion rédigé par trois avocats qui s'intitule « Why we need a constitutional challenge on judicial appointments » (Pourquoi une contestation constitutionnelle des nominations à la magistrature est-elle nécessaire?).

[51] Applying these principles, I find the exhibits and related paragraphs of the First Conacher Affidavit, challenged by the Respondent as opinion evidence, to be inadmissible as evidence in this application. In addition to exhibits and paragraphs found inadmissible through the hearsay analysis earlier in these Reasons, this conclusion applies to Exhibits P, Q, R, W, Y and AA of the First Conacher Affidavit and paragraphs 24, 25, 27, 29 and the last sentence of paragraph 31 therein that reference and rely on these exhibits. The first two sentences of paragraph 28 of the affidavit represent Mr. Conacher's own opinion and are also inadmissible.

[52] In arriving at this conclusion, I have considered the Applicants' argument that, in its analysis in the seminal case of *Valente*, the Supreme Court cited opinion evidence of the sort upon which the Applicants seek to rely. The Applicants refer to paragraphs of *Valente* that reference what appear to be legal academic books and articles, publications and declarations of international bodies, and a then-recent report of a CBA committee on judicial independence (see *Valente*, at pages 686–687, 691–692, 696–698, 700, 701 and 708–711).

[53] I agree with the Respondent's submission that the Supreme Court's references to this material does not represent reliance on opinion evidence relevant to findings of fact, but rather recourse to this material to inform its legal analysis and in particular its conclusions as to the content of the principle of judicial independence. In that respect, it is of course acceptable and not uncommon for a court to rely not only upon judicial authorities but also upon academic commentary to inform its analysis of the law including advancements therein.

[54] Viewed through that lens, I consider a limited number of the documents that will be excluded from evidence as inadmissible opinion to be appropriate for the Applicants to rely upon to support their submissions on what the law requires to secure judicial independence. In

[51] L'application de ces principes m'amène à conclure que les pièces et les paragraphes connexes du premier affidavit de M. Conacher, que le défendeur attaque et qualifie de témoignages d'opinion, sont irrecevables en tant qu'éléments de preuve en l'espèce. En plus des pièces et des paragraphes jugés irrecevables lors de l'analyse du ouï-dire effectuée précédemment dans les présents motifs, cette conclusion s'applique aux pièces P, Q, R, W, Y et AA jointes au premier affidavit de M. Conacher et aux paragraphes 24, 25, 27 et 29 ainsi qu'à la dernière phrase du paragraphe 31 du premier affidavit de M. Conacher, qui renvoient à ces pièces ou s'appuient sur celles-ci. Les deux premières phrases du paragraphe 28 de l'affidavit constituent l'opinion de M. Conacher et sont également irrecevables.

[52] Pour arriver à cette conclusion, j'ai examiné l'argument des demandeurs selon lequel, dans son analyse de l'arrêt *Valente*, qui fait autorité, la Cour suprême a cité des témoignages d'opinion du genre de ceux sur lesquels les demandeurs cherchent à s'appuyer en l'espèce. Les demandeurs invoquent des paragraphes de l'arrêt *Valente* qui renvoient à des ouvrages et à des articles rédigés par des juristes, à des publications et à des déclarations d'instances internationales, ainsi qu'à un rapport récent d'un comité de l'ABC sur l'indépendance de la magistrature (voir *Valente*, aux pages 686–687, 691–692, 696–698, 700, 701 et 708–711).

[53] Je souscris à l'observation du défendeur selon laquelle la Cour suprême, en mentionnant ces documents, ne se fonde pas sur des témoignages d'opinion pertinents ayant trait aux conclusions de fait, mais a plutôt recours à ces documents pour étayer son analyse juridique et, plus précisément, ses conclusions quant à la teneur du principe de l'indépendance judiciaire. Sur ce point, il est évidemment acceptable et courant qu'une cour s'appuie non seulement sur la jurisprudence, mais aussi sur la doctrine pour étayer son analyse du droit, et notamment de la progression de celui-ci.

[54] Dans cette optique, j'estime qu'un nombre limité des documents qui seront exclus de la preuve parce qu'ils constituent des opinions irrecevables peuvent être utilisés par les demandeurs à l'appui de leurs observations sur ce qu'exige la loi pour garantir l'indépendance

my view, the documents that are amenable to consideration in this manner are the following:

- A. Article by Joanna Harrington, a professor of law at the University of Alberta, entitled “From the U.K., a lesson on judicial appointments” (originally attached as Exhibit R to the First Conacher Affidavit) (Harrington Article);
- B. Statement from the CBA President on judicial appointments, dated November 6, 2020 (originally attached as Exhibit W to the First Conacher Affidavit) (CBA Statement); and
- C. Letter dated September 14, 2020, to Hon. David Lametti, described as on behalf of 36 bar associations and legal organizations from across Canada, with the subject line “Appointment of BIPOC judges to Canada’s federal courts” (originally attached as Exhibit AA to the First Conacher Affidavit) (BIPOC Letter).

[55] To be clear, while the previous paragraph identifies these documents by reference to exhibits to the First Conacher Affidavit, so as to situate them in the record, it remains my conclusion is that they are inadmissible as evidence. However, the Applicants are entitled to rely upon them in support of their legal submissions.

C. Should the Second Conacher Affidavit be struck because of delay?

[56] The Respondent notes the Aylen Order observes that, in order for a party to obtain leave to file additional evidence, it must first establish that the evidence is admissible and relevant. Given Justice Aylen’s determination that the admissibility of the Second Conacher Affidavit was linked to the admissibility of the First Conacher Affidavit, she provisionally allowed the evidence, without

judiciaire. À mon avis, les documents suivants peuvent être pris en considération de cette façon :

- A. un article de Joanna Harrington, professeure de droit à l’Université de l’Alberta, intitulé « From the U.K., a lesson on judicial appointments » (une leçon du Royaume-Uni en matière de nominations à la magistrature; initialement joint en tant que pièce R au premier affidavit de M. Conacher) (article de M^{me} Harrington);
- B. une déclaration du président de l’ABC sur les nominations à la magistrature datée du 6 novembre 2020 (initialement jointe en tant que pièce W au premier affidavit de M. Conacher) (déclaration de l’ABC);
- C. une lettre du 14 septembre 2020 adressée à l’honorable David Lametti, présentée comme étant rédigée au nom de 36 associations d’avocats et organismes juridiques de partout au Canada, dont l’objet était « Nomination de juges PANDC aux Cours fédérales »; initialement jointe en tant que pièce AA au premier affidavit de M. Conacher) (lettre sur les PANDC).

[55] En clair, bien que ces documents soient énumérés dans le paragraphe qui précède en faisant référence aux pièces jointes au premier affidavit de M. Conacher, afin de les situer dans le dossier, je maintiens ma conclusion selon laquelle ils ne sont pas recevables à titre d’éléments de preuve. Cependant, les demandeurs sont autorisés à les invoquer à l’appui de leurs observations juridiques.

C. Faut-il radier le deuxième affidavit de M. Conacher pour cause de retard?

[56] Le défendeur note qu’il est indiqué, dans l’ordonnance de la juge Aylen, qu’une partie doit démontrer que les éléments de preuve sont admissibles et pertinents afin d’obtenir l’autorisation de déposer des éléments de preuve supplémentaires. La juge Aylen ayant conclu que l’admissibilité du deuxième affidavit de M. Conacher dépendait de l’admissibilité du premier affidavit de M. Conacher,

prejudice to the Respondent's right to raise objections to its admissibility at the hearing of the application.

[57] Against that backdrop, the Respondent argues that, even if the Applicants establish that any portion of the Second Conacher Affidavit is otherwise admissible, they still bear the onus of establishing that the Court should exercise its discretion to admit that evidence, having regard to the Applicants' delay in filing it. They refer to the applicable test: (a) whether the evidence sought to be adduced was available when the party filed its affidavits or could have been available with the exercise of due diligence; (b) whether the evidence is sufficiently probative that it could affect the result; and (c) whether the evidence will cause substantial prejudice to the other party (see *Forest Ethics Advocacy Association v. National Energy Board*, 2014 FCA 88 (*Forest Ethics*), at paragraph 6).

[58] These three factors are not mandatory elements of a conjunctive test, such that each must be satisfied. Rather, they are factors that must be considered and balanced in the exercise of the Court's discretion under rule 312 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (see *Smart Cloud Inc. v. International Business Machines Corporation*, 2021 FC 236, at paragraph 39). The Respondent submits that the Applicants fail on the first two of these factors.

[59] In relation to the availability of the evidence, the Respondent notes that the media article attached as Exhibit A to the Second Conacher Affidavit was published on October 31, 2020. The Respondent further submits that, in his affidavit in the original motion for leave to adduce this evidence, Mr. Conacher stated that the article first came to his attention in December 2020 before the First Conacher Affidavit was sworn on December 17, 2020. However, he chose not to include this evidence. In addition, the Applicants do not set out any efforts they made to obtain the article or supporting information prior to December 17, 2020. Nor have the Applicants provided an explanation why the Second Conacher

elle a admis provisoirement les éléments de preuve sans que cela empêche le défendeur de s'opposer à leur admissibilité, à l'audition de la demande.

[57] Dans ce contexte, le défendeur affirme que, même si les demandeurs démontrent que des passages du deuxième affidavit de M. Conacher sont autrement admissibles, il leur incombe tout de même de prouver que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour accepter ces éléments de preuve, puisque les demandeurs ont tardé à les déposer. Il renvoie au critère applicable : a) est-ce que la partie avait accès aux éléments de preuve dont elle demande l'admission au moment où elle a déposé ses affidavits ou aurait-elle pu y avoir accès en faisant preuve de diligence raisonnable? b) la valeur probante des éléments de preuve est-elle suffisante pour influencer sur l'issue de l'affaire? et c) est-ce que l'admission des éléments de preuve entraîne un préjudice important ou grave pour l'autre partie? (voir *Forest Ethics Advocacy Association c. Office national de l'énergie*, 2014 CAF 88 (*Forest Ethics*), au paragraphe 6).

[58] Ces trois facteurs ne sont pas des éléments obligatoires d'un critère cumulatif et il n'est donc pas nécessaire de satisfaire à chacun d'entre eux. Il s'agit plutôt de facteurs qui doivent être examinés et soupesés dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour sous le régime de la règle 312 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, (voir *Smart Cloud Inc. c. International Business Machines Corporation*, 2021 CF 236, au paragraphe 39). Le défendeur prétend que les demandeurs ne respectent pas les deux premiers facteurs.

[59] En ce qui concerne l'accessibilité des éléments de preuve, le défendeur note que l'article de presse joint en tant que pièce A au deuxième affidavit de M. Conacher a été publié le 31 octobre 2020. Il ajoute que M. Conacher, dans l'affidavit qu'il a souscrit dans le cadre de la requête initiale pour obtenir l'autorisation de verser au dossier ces éléments de preuve, a déclaré avoir pris connaissance de l'article en décembre 2020, avant la souscription du premier affidavit de M. Conacher le 17 décembre 2020. Il a toutefois choisi de ne pas inclure ces éléments de preuve. En outre, les demandeurs ne font état d'aucun effort de leur part pour obtenir l'article ou des renseignements à l'appui avant le 17 décembre 2020. Ils n'ont

Affidavit was not sworn until August 2021, long after the Respondent's evidence was provided in February 2021.

[60] The Respondent also argues that the evidence is not sufficiently probative that it could affect the result, as there is no dispute that the Minister is permitted to consult on candidates following receipt of recommendations from a JAC. The Respondent submits that, at its highest, the Second Conacher Affidavit provides examples where the Minister may have engaged in such consultations.

[61] Under the first of the *Forest Ethics* factors, the Applicant responds that, while the media article attached as Exhibit A to the Second Conacher Affidavit could have been included in the First Conacher Affidavit, Mr. Conacher chose not to do so because he did not have confirmation of the information in the article until late January 2021, when he received from the journalist copies of the emails that are attached as the other exhibits to the affidavit.

[62] Regardless of the merit of this argument surrounding Exhibit A, it is clear that the emails were not available to Mr. Conacher when he filed the First Conacher Affidavit. It is only certain of those emails (Exhibits C, D, and E) that remain at issue, as I have found the others to be inadmissible hearsay. I accept the Respondent's argument that the Applicants have not explained the delay between the January 2021, when the emails were provided to Mr. Conacher, and August 2021, when the Second Conacher Affidavit was sworn. However, in my view, this further delay goes to prejudice, and the Respondent has not asserted any prejudice arising from the delay in filing the Second Conacher Affidavit, either from the time when the First Conacher Affidavit was filed or thereafter. As such, I find that the first and third *Forest Ethics* factors favour the Applicants.

[63] With respect to the second factor, I find that the evidence at issue will assist the Court, because it is

pas non plus expliqué pourquoi le deuxième affidavit de M. Conacher n'a été souscrit qu'en août 2021, bien après que les éléments de preuve du défendeur ont été fournis, en février 2021.

[60] Le défendeur affirme également que les éléments de preuve ne sont pas assez probants pour influencer sur l'issue de l'espèce, puisqu'il est admis que le ministre a le droit de mener des consultations au sujet des candidats après avoir reçu les recommandations d'un CCM. Le défendeur prétend que le deuxième affidavit de M. Conacher donne tout au plus des exemples de cas dans lesquels le ministre pourrait avoir entrepris de telles consultations.

[61] Selon le premier des facteurs énoncés dans l'arrêt *Forest Ethics*, les demandeurs répondent que, même si l'article de presse joint en tant que pièce A au deuxième affidavit de M. Conacher aurait pu être inclus dans le premier affidavit de M. Conacher, M. Conacher a choisi de ne pas l'inclure parce qu'il n'a obtenu la confirmation de l'exactitude des renseignements figurant dans l'article qu'à la fin de janvier 2021, lorsque le journaliste lui a transmis des copies des courriels qui constituent les autres pièces jointes à l'affidavit.

[62] Indépendamment de la valeur de cet argument concernant la pièce A, il ne fait aucun doute que M. Conacher n'avait pas accès aux courriels lorsqu'il a souscrit son premier affidavit. Seuls certains de ces courriels (les pièces C, D et E) restent en cause, puisque j'ai conclu que les autres constituaient du ouï-dire irrecevable. J'accepte l'argument du défendeur selon lequel les demandeurs n'ont pas expliqué le délai séparant la transmission des copies des courriels à M. Conacher en janvier 2021 et la souscription de son deuxième affidavit en août 2021. Je suis d'avis que ce délai supplémentaire renvoie à la question du préjudice; or le défendeur n'a allégué aucun préjudice découlant de la souscription tardive du deuxième affidavit de M. Conacher, que ce soit à partir du dépôt du premier affidavit de M. Conacher ou après. Ainsi, je conclus que les premier et troisième facteurs de l'arrêt *Forest Ethics* favorisent les demandeurs.

[63] En ce qui concerne le deuxième facteur, je conclus que les éléments de preuve en cause aideront la

relevant to the Applicants' position that the nature of the consultations conducted by the Minister, before recommending that Cabinet make a particular judicial appointment, undermines judicial independence. I understand the Respondent's argument questioning the probative value of this evidence, as the Respondent acknowledges that the process involves ministerial consultation. However, as the emails attached as the Exhibits C, D, and E represent examples of the particular sort of consultation that the Applicants argue to be problematic, admitting that evidence will assist the Court in considering the substantive issue raised in this application.

[64] In conclusion on this point, I find that the Second Conacher Affidavit should not be struck because of delay.

D. Should the Applicants be granted public interest standing to bring the application?

[65] Because neither of the Applicants asserts a personal interest in the judicial appointments or elevations process that they wish to challenge, they seek public interest standing to bring the present application. As explained in *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524 (*Downtown Eastside*), at paragraphs 35 to 37, granting public interest standing involves an exercise of discretion that considers three factors: (a) whether there is a serious justiciable issue raised; (b) whether the party seeking standing has a real stake or a genuine interest in that issue; and (c) whether, in all the circumstances, the proposed proceeding is a reasonable and effective way to bring the issue before the courts. These factors are intended to be applied purposively and flexibly.

(1) Real Stake or Genuine Interest

[66] As the Respondent does not advance arguments under the second of these factors, I will address it only

Cour puisqu'ils sont pertinents à la thèse des demandeurs selon laquelle l'indépendance judiciaire est minée par la nature des consultations entreprises par le ministre avant de recommander au Cabinet de procéder à une nomination donnée à la magistrature. Je comprends que le défendeur remette en cause la valeur probante de ces éléments de preuve puisqu'il reconnaît que le processus comporte des consultations par le ministre. Cependant, étant donné que les courriels joints en tant que pièces C, D et E constituent des exemples du type précis de consultation que les demandeurs jugent problématique, l'admission de ces éléments de preuve aidera la Cour à examiner la question de fond soulevée dans la présente demande.

[64] Pour conclure sur ce point, j'estime que le deuxième affidavit de M. Conacher ne devrait pas être radié pour cause de retard.

D. Les demandeurs devraient-ils se voir accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de présenter la demande?

[65] Les demandeurs souhaitent se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de présenter la demande, étant donné qu'aucun d'eux ne fait valoir d'intérêt propre quant aux processus de nomination ou de promotion au sein de la magistrature qu'ils veulent contester. Comme l'a expliqué la Cour suprême dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524 (*Downtown Eastside*), aux paragraphes 35 à 37, les tribunaux doivent prendre en compte trois facteurs lorsqu'ils exercent le pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir dans l'intérêt public : a) une question justiciable sérieuse est-elle soulevée? b) le demandeur a-t-il un intérêt réel ou véritable dans l'issue de cette question? et c) compte tenu de toutes les circonstances, le recours proposé constitue-t-il une manière raisonnable et efficace de soumettre la question aux tribunaux? L'application de ces facteurs doit être souple et tenir compte de l'objet visé.

1) Intérêt réel ou véritable

[66] Mon examen du deuxième de ces facteurs sera bref puisque le défendeur ne fait valoir aucun argument

briefly. Considering whether an applicant has a genuine interest or real stake in a proceeding is determined by weighing whether the applicant is genuinely engaged with the issue raised as opposed to being a “mere busybody.” In performing this assessment, a court will take into account the applicant’s mandate and experience (see *Downtown Eastside*, at paragraphs 43 and 58).

[67] The Applicant, Democracy Watch, submits that it fulfils this requirement, as it is an independent organization whose purpose is focused on government accountability, including transparent and accountable enforcement of Canada’s ethics rules. It actively participates in public policymaking and legislative processes in matters relating to government ethics rules and other areas of democratic reform and government accountability. Democracy Watch also regularly participates in judicial proceedings engaging these topics. While not binding on my decision whether to grant it public interest standing in the present application, I note that Democracy Watch has been granted public interest standing in previous applications, including judicial reviews before the Federal Court concerning the appointment process for the federal Conflict of Interest and Ethics Commissioner and the federal Commissioner of Lobbying in which, as in the present application, it was not the directly affected party (*Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 1290; *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 1291).

[68] The individual Applicant, Mr. Conacher, is a professor and scholar, as well as the Coordinator of Democracy Watch. In this role, he has monitored developments concerning Cabinet appointments, conflicts of interest, and judicial independence in Canada for several years. He has also made several written submissions concerning Cabinet appointment processes, conflict of interest issues, and the independence of law enforcement in Canada to House of Commons committees, Senate committees, and legislative committees in various provinces. Along with Democracy Watch, he has previously sought declaratory relief in this Court on constitutional issues surrounding

à cet égard. Pour déterminer si un demandeur a un intérêt réel ou véritable dans une instance, il faut évaluer s’il est véritablement engagé quant aux questions qu’il soulève et n’est pas un « simpl[e] trouble-fête ». Pour ce faire, un tribunal tient compte de l’objectif et de l’expérience du demandeur (voir *Downtown Eastside*, aux paragraphes 43 et 58).

[67] La demanderesse Démocratie en surveillance prétend qu’elle satisfait à cette exigence en tant qu’organisme indépendant qui se concentre sur la responsabilité de l’administration publique, ce qui comprend l’application transparente et responsable des règles d’éthique du Canada. Elle participe activement aux processus d’élaboration des politiques publiques et aux processus législatifs en ce qui concerne les règles d’éthique applicables au sein du gouvernement et d’autres domaines de réforme démocratique et de responsabilité de l’administration publique. Démocratie en surveillance participe aussi régulièrement aux débats judiciaires où ces sujets entrent en jeu. Bien que les cas précédents ne me lient aucunement dans ma décision d’accorder ou non la qualité pour agir dans l’intérêt public en l’espèce, je note que Démocratie en surveillance a obtenu la qualité pour agir dans l’intérêt public lors de demandes antérieures, notamment des contrôles judiciaires à la Cour fédérale portant sur le processus de nomination au Commissariat fédéral aux conflits d’intérêts et à l’éthique et au Commissariat au lobbying du Canada; dans ces décisions, comme en l’espèce, Démocratie en surveillance n’était pas la partie directement touchée (*Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 1290; *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 1291).

[68] Le particulier demandeur, M. Conacher, est professeur-chercheur en plus d’être coordonnateur de Démocratie en surveillance. À ce titre, il suit l’évolution de questions touchant les nominations au Cabinet, les conflits d’intérêts et l’indépendance judiciaire au Canada depuis plusieurs années. Il a également présenté à des comités de la Chambre des communes et du Sénat, ainsi qu’à des comités législatifs de diverses provinces, plusieurs mémoires au sujet des processus de nomination au Cabinet, de problèmes de conflits d’intérêts et de l’indépendance des fonctions d’application de la loi au Canada. Il a déjà, avec Démocratie en surveillance, demandé à

the separation of powers (*Conacher v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 920, [2010] 3 F.C.R. 411, aff'd 2010 FCA 131, [2011] 4 F.C.R. 22 (*Prime Minister*)).

[69] I am satisfied that both Applicants have a genuine interest in the issue raised in this application.

(2) Serious Justiciable Issue

[70] As the Applicants note, this factor involves two requirements: seriousness and justiciability. Seriousness involves consideration of whether the question raised represents a substantial or important constitutional issue and is far from frivolous on preliminary examination (see *Downtown Eastside*, at paragraph 42). The Respondent does not contest the seriousness of the question raised. The constitutional issue surrounding judicial independence raised by this application is clearly an important one and satisfies the seriousness requirement.

[71] With respect to justiciability, the Applicants submit that, as this application surrounds constitutional principles of judicial independence and the rule of law, informed by the Constitution and the Charter, it raises issues that are well suited to being determined by this Court. The Respondent disagrees. The Respondent submits that the Applicants are asking this Court to sanction their view as to how a constitutional democracy should address the appointment of judges, which is not a matter suitable for adjudication by the Court (Respondent's emphasis). Rather, it is a matter for political debate and, if determined advisable, for legislative or constitutional reform.

[72] To assess the Respondent's argument, it is useful first to canvass general principles surrounding the concept of justiciability, as set out in the Respondent's Memorandum of Fact and Law, and with which principles I agree. The three branches of government (the legislature, the executive, and the judiciary) are distinct (see

notre Cour de rendre un jugement déclaratoire sur des questions constitutionnelles entourant la séparation des pouvoirs (*Conacher c. Canada (Premier ministre)*, 2009 CF 920, [2010] 3 R.C.F. 411, conf. par 2010 CAF 131, [2011] 4 R.C.F. 22 (*Premier ministre*)).

[69] Je conclus que les deux demandeurs ont un intérêt véritable dans la question soulevée en l'espèce.

2) Question justiciable sérieuse

[70] Comme le mentionnent les demandeurs, ce facteur comporte deux exigences, à savoir que la question soit sérieuse et justiciable. Pour savoir si une question soulevée est sérieuse, il faut déterminer, lors d'un examen préliminaire, si elle constitue une question importante ou un point constitutionnel important et si elle est loin d'être futile (voir *Downtown Eastside*, au paragraphe 42). Le défendeur ne met pas en doute le sérieux de la question soulevée. La question constitutionnelle se rapportant à l'indépendance judiciaire qui est soulevée dans la présente demande constitue de toute évidence une question importante et elle satisfait à l'exigence du sérieux.

[71] En ce qui concerne la justiciabilité, les demandeurs affirment que notre Cour est bien placée pour trancher les questions soulevées par la présente demande puisque celle-ci concerne les principes constitutionnels de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit, qui sont fondés sur la Constitution et la Charte. Le défendeur n'est pas de cet avis. Il affirme que les demandeurs souhaitent que notre Cour approuve leur point de vue quant aux modalités qu'une démocratie constitutionnelle devrait appliquer pour la nomination des juges, ce qui n'est pas une question qu'il appartient à la Cour de trancher [souligné par le défendeur]. Cette question relèverait plutôt du débat politique et, si les élus le jugent bon, de la réforme législative ou constitutionnelle.

[72] Pour juger la thèse du défendeur, il convient tout d'abord d'examiner les principes généraux entourant la notion de justiciabilité, tels qu'ils sont exposés dans le mémoire des faits et du droit du défendeur, principes auxquels je souscris. Les trois branches du gouvernement (les branches législative, exécutive et judiciaire)

British Columbia (Attorney General) v. Provincial Court Judges' Association of British Columbia, 2020 SCC 20, [2020] 2 S.C.R. 506 (*BC Judges*), at paragraph 65). The legislature and executive balance competing political, economic and social considerations. Courts do not have the institutional capacity, nor is it their role, to perform this function. As expressed by the Supreme Court of Canada in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at pages 90 to 91, 61 D.L.R. (4th) 604:

... An inquiry into justiciability is, first and foremost, a normative inquiry into the appropriateness as a matter of constitutional judicial policy of the courts deciding a given issue or, instead, deferring to other decision-making institutions of the polity.

[73] In considering the appropriateness of judicial involvement in particular matters, Canadian courts have considered questions such as the following: (a) whether the case has a sufficient legal component that it can be resolved by the application of a legal standard (see *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at page 545, 83 D.L.R. (4th) 297); (b) whether the case is argued solely in the hypothetical and abstract sense (see *Page v. Mulcair*, 2013 FC 402, *sub nom. Canada (Parliamentary Budget Officer) v. Canada (Leader of the Opposition)*, [2014] 4 F.C.R. 297, at paragraphs 60–62); (c) whether the Court is being asked to express its opinion on the wisdom of governmental action (see *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at page 472, 18 D.L.R. (4th) 481 (*Operation Dismantle*)); (d) whether there are moral or political dimensions to the case that are inappropriate for the Court to decide (see *Operation Dismantle*, at page 465); (e) whether the relief sought impinges upon policy-making responsibilities of other branches of government (see *Tanudjaja v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 852, 123 O.R. (3d) 161 (*Tanudjaja*), at paragraphs 33–34); and (f) whether the relief sought would have any practical effect (see *Tanudjaja*, at paragraph 34).

sont distinctes (voir *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 CSC 20, [2020] 2 R.C.S. 506 (*BC Judges*), au paragraphe 65). Les branches législative et exécutive recherchent l'équilibre entre les considérations politiques, économiques et sociales. Les tribunaux n'ont pas la capacité institutionnelle d'exercer cette fonction, et ce n'est de toute façon pas leur rôle. Comme l'a indiqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'énergie, des mines et des ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, aux pages 90 et 91 :

... L'examen de la justiciabilité consiste, d'abord et avant tout, en un examen normatif de l'opportunité pour les tribunaux, sur le plan de la politique judiciaire constitutionnelle, de trancher une question donnée ou, au contraire, de la déferer à d'autres instances décisionnelles de l'administration politique.

[73] Pour déterminer si l'intervention des tribunaux était justifiée dans des affaires données, les tribunaux canadiens ont examiné diverses questions : a) l'affaire présente-t-elle un aspect suffisamment juridique pour être tranchée par l'application d'une norme juridique? (voir *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la page 545); b) l'affaire soulève-t-elle uniquement une question hypothétique ou abstraite? (voir *Page c. Mulcair*, 2013 CF 402, *sub nom. Canada (Directeur parlementaire du budget) c. Canada (Chef de l'opposition)*, [2014] 4 R.C.F. 297, aux paragraphes 60–62); c) demande-t-on à la Cour d'exprimer une opinion sur la sagesse de l'action du gouvernement? (voir *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441 (*Operation Dismantle*), à la page 472); d) le dossier comporte-t-il des dimensions morales ou politiques sur lesquelles il n'appartient pas à la Cour de statuer? (voir *Operation Dismantle*, à la page 465); e) la mesure de redressement demandée empiète-t-elle sur les responsabilités d'autres branches du gouvernement en matière d'élaboration de politiques? (voir *Tanudjaja v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 852, 123 O.R. (3d) 161 (*Tanudjaja*), aux paragraphes 33–34); f) la mesure de redressement demandée serait-elle susceptible d'avoir des effets concrets? (voir *Tanudjaja*, au paragraphe 34).

[74] Against this jurisprudential backdrop, the Respondent submits that this application has every hallmark of a non-justiciable case. The Respondent argues that the Applicants are asking the Court to opine on the entire process by which federally appointed judges are appointed and to issue directions to the executive concerning what the Applicants or the Court may consider would be a better appointments process. The Respondent submits that such an inquiry extends well beyond the proper purview of the judiciary.

[75] While I take no issue with any of the jurisprudential principles upon which the Respondent relies, I disagree with the Respondent's position that their application supports a conclusion that the issue before the Court is not justiciable. There may be merit to the Respondent's argument insofar as it extends to the details of the remedies the Applicants are seeking in this application. If the Court found that the current federal judicial appointments or elevations process was unconstitutional, it would clearly not be the Court's role to provide detailed direction as to how the process should be redesigned. Rather, I would regard the Court's role in such a situation to be the identification of the basis for the unconstitutionality, following which any resulting redesign of the appointments process would fall to other branches of government, with the benefit of the Court's reasons.

[76] However, the determination of whether a particular matter offends constitutional principles is very much in the Court's wheelhouse. Such a determination involves the application of a legal standard, informed by the relevant constitutional provisions or common law principles and applicable jurisprudence. In assessing the constitutionality of activity of the executive branch, the Court is not being asked to express an opinion informed by moral, political, or other policy considerations. Nor would I regard the resulting relief as necessarily devoid of practical effect. Depending upon the nature of a constitutional violation identified in a particular matter, the Court can identify and dimension that violation so as to inform subsequent work by other branches of government to remedy the violation.

[74] Sur le fondement de cette jurisprudence, le défendeur soutient que la présente demande possède toutes les caractéristiques de la question non justiciable. Il affirme que les demandeurs souhaitent que la Cour se prononce sur l'ensemble du processus de nomination des juges par le gouvernement fédéral et donne des directives à la branche exécutive quant à ce qui constituerait, selon les demandeurs ou la Cour, des améliorations au processus de nomination. Le défendeur affirme qu'une telle demande va bien au-delà de la compétence de la branche judiciaire.

[75] Bien que je ne m'oppose à aucun des principes jurisprudentiels sur lesquels s'appuie le défendeur, je ne souscris pas à sa position selon laquelle l'application de ces principes mène à la conclusion que la question dont est saisie la Cour n'est pas justiciable. La thèse du défendeur peut avoir un certain fondement en ce qui concerne les mesures de redressement que les demandeurs tentent d'obtenir en l'espèce. Si la Cour concluait à l'inconstitutionnalité du processus actuel de nomination ou de promotion à la magistrature fédérale, il ne reviendrait manifestement pas à la Cour de donner des directives détaillées quant au remaniement du processus. Je considère plutôt que le rôle de la Cour, dans une telle situation, serait de préciser le fondement de l'inconstitutionnalité; il reviendrait ensuite aux autres organes du gouvernement, à la lumière des motifs de la Cour, de procéder au remaniement du processus de nomination.

[76] Cependant, il est tout à fait du ressort de la Cour de décider si un élément donné contrevient aux principes constitutionnels. Pour rendre une telle décision, il faut appliquer une norme juridique en tenant compte des dispositions constitutionnelles ou des principes de common law pertinents, ainsi que de la jurisprudence applicable. La Cour n'est pas appelée, lorsqu'elle se penche sur la constitutionnalité d'activités de la branche exécutive, à exprimer une opinion éclairée par des considérations morales ou politiques ou par d'autres considérations stratégiques. Je ne considère pas non plus que la mesure de redressement qui en découlerait n'aurait aucun effet concret. En fonction de la nature de la violation constitutionnelle constatée dans une affaire donnée, la Cour peut caractériser et mesurer cette violation de façon à éclairer les travaux que devront ensuite effectuer les autres branches du gouvernement afin d'y remédier.

[77] As for whether the Court is being asked to address arguments that are advanced solely in the hypothetical and abstract sense, I do not regard this application as raising this sort of concern. As explained in *Council of Canadians with Disabilities v. British Columbia (Attorney General)*, 2020 BCCA 241, 451 D.L.R. (4th) 225, at paragraph 95, some constitutional principles are more general in their application than others, such that pleadings regarding the particular factual context of a specific individual's case is not always required for a matter to be justiciable.

[78] I have also considered the Respondent's argument that the process at issue in this application, leading to recommendations for appointments or elevations, lacks a sufficient legal component amenable to judicial review. The Respondent submits that recommendations made by the JACs to the Minister, and in turn by the Minister to Cabinet, can be reviewable only to the extent they affect the legality of the ultimate decision to appoint or elevate a particular judge. Simply put, the Respondent argues that while decisions relying on recommendations have legal effect, the recommendations themselves do not.

[79] This argument engages consideration of the Court's jurisdiction to conduct judicial review of Government activity. The Applicants' Amended Notice of Application states that they are bringing this application under section 18.1 of the Act. Subsection 18.1(1) provides that an application for judicial review may be made by anyone directly affected by the "matter" in respect of which relief is sought. Applicable jurisprudence has broadly defined a "matter", for purposes of this subsection, to embrace more than a decision and to include administrative action and anything in respect of which relief may be sought, including policy decisions and ongoing policies, where the allegation is that the policy is unlawful or unconstitutional (see *Fortune Dairy Products Limited v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 540 (*Fortune Dairy*), at paragraph 83; *May v. CBC/Radio Canada*, 2011 FCA 130 (*May*), at paragraph 10).

[77] Pour ce qui est de savoir si on demande à la Cour d'examiner des thèses formulées uniquement d'un point de vue hypothétique et abstrait, je ne crois pas que ce soit le cas en l'espèce. Comme il est écrit dans l'arrêt *Council of Canadians with Disabilities v. British Columbia (Attorney General)*, 2020 BCCA 241, 451 D.L.R. (4th) 225, au paragraphe 95, certains principes constitutionnels ont une application plus générale que d'autres, de sorte qu'il n'est pas toujours nécessaire, pour qu'une question soit justiciable, que l'instance porte sur des faits précis de la situation d'une personne donnée.

[78] J'ai également examiné la thèse du défendeur selon laquelle le processus en cause dans la présente demande, qui donne lieu aux recommandations quant aux nominations et aux promotions, ne présente pas d'aspect suffisamment juridique pour se prêter à un contrôle judiciaire. Le défendeur soutient que les recommandations formulées par les CCM au ministre, puis par le ministre au Cabinet, ne sont susceptibles de contrôle que dans la mesure où elles influent sur la légalité de la décision définitive de nommer ou de promouvoir un juge en particulier. En d'autres mots, le défendeur affirme que, bien que les décisions fondées sur les recommandations aient un effet juridique, les recommandations en tant que telles n'en ont pas.

[79] Il découle de cette thèse qu'il faut examiner la compétence qu'a la Cour de procéder au contrôle judiciaire des activités du gouvernement. Les demandeurs, dans leur avis de demande modifié, indiquent qu'ils déposent la présente demande en vertu de l'article 18.1 de la Loi. Le paragraphe 18.1(1) dispose qu'une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par quiconque est directement touché par l'« objet » de la demande. La jurisprudence applicable a donné une vaste portée au terme « objet », pour l'application de ce paragraphe, afin que cette disposition puisse viser non seulement les décisions, mais aussi les mesures administratives et toute question à l'égard de laquelle il est possible d'obtenir une réparation, y compris les décisions politiques et les politiques en vigueur dans les cas où il est allégué que la politique est illégale ou inconstitutionnelle (voir *Fortune Dairy Products Limited c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 540 (*Fortune Dairy*), au paragraphe 83; *May c. CBC/Radio Canada*, 2011 CAF 130 (*May*), au paragraphe 10).

[80] Based on the Respondent's submissions at the hearing of this application, I understand its arguments to be based at least in part on the position that the process that the Applicants seek to challenge does not represent a written policy. However, while the Applicants seek to rely on evidence as to the manner in which the process has been followed in particular instances, the general operation of the process is documented, as evidenced by exhibits attached to the affidavit of the Respondent's affiant, Mr. Lacasse.

[81] Mr. Lacasse explains that, as noted on the FJA's website, the federal judicial appointments process has been in place since 1988 and has been revised over the years. His affidavit includes several excerpts from FJA's website, including an excerpt from the webpage entitled *Overview of Federal Judicial Appointments*, a *Guide for Candidates* that summarizes the process, a *Questionnaire for Federal Judicial Appointments* that candidates must complete and submit to be considered for appointment, a *Code of Ethics* applicable to the operations of the JACs, and a set of *Guidelines for Judicial Advisory Committee Members*.

[82] The *Guide for Candidates* includes the following explanation of how federal judicial appointments are made following provision of recommendations by the relevant JAC:

Federal judicial appointments are made by the Governor General acting on the advice of the federal Cabinet. A recommendation for appointment is made to Cabinet by the Minister of Justice with respect to the appointment of puisne judges, and by the Prime Minister with respect to the appointment of Chief Justices and Associate Chief Justices.

The recommendation to Cabinet is made from amongst the names which have been previously reported by the committees to the Minister.

Before recommending an appointment to Cabinet, the Minister may consult with members of the judiciary and the bar, with his or her appropriate provincial or territorial counterparts, as well as with members of the public. With respect to provincial and territorial court judges who

[80] D'après les observations formulées par le défendeur à l'audience, je crois comprendre que sa thèse repose, du moins en partie, sur le fait que le processus que les demandeurs contestent ne soit pas une politique écrite. Cependant, bien que les demandeurs tentent de se fonder sur des éléments de preuve concernant la façon dont le processus a été suivi dans des cas précis, le fonctionnement général du processus est documenté, comme le montrent les pièces jointes à l'affidavit du témoin du défendeur, M. Lacasse.

[81] M. Lacasse explique, tel que l'indique le site Web du CMF, que le processus de nomination à la magistrature fédérale est en place depuis 1988 et a fait l'objet de révisions au fil des ans. Son affidavit comprend plusieurs extraits du site Web du CMF, notamment un extrait de la page Web intitulée *Aperçu du régime de nomination à la magistrature fédérale*, un *Guide pour candidats* qui résume le processus, un *Questionnaire pour les candidats à une nomination à la magistrature fédérale* que les candidats doivent remplir et présenter afin d'être pris en considération en vue d'une nomination, un *Code d'éthique* applicable aux activités des CCM, ainsi qu'un ensemble de *Lignes directrices pour membres des comités consultatifs*.

[82] Le *Guide pour candidats* explique la façon dont les nominations à la magistrature fédérale se font une fois que le CCM concerné a fourni des recommandations :

Les nominations à la magistrature fédérale sont faites par le gouverneur général sur l'avis du Cabinet fédéral. Les recommandations relatives aux nominations des juges puînés sont présentées au Cabinet par le ministre de la Justice, celles relatives aux juges en chef, et aux juges en chef associés étant la prérogative du premier ministre.

Les recommandations au Cabinet sont tirées de la liste des personnes mentionnées dans les rapports adressés au ministre par les comités.

Avant de faire une recommandation au Cabinet, le ministre peut consulter des membres de la magistrature et du Barreau, le procureur général de la province ou ministre de la Justice du territoire en cause, et des membres du grand public. Les juges de cours provinciales et territoriales qui

apply for appointment to a superior court, the Minister may consult with that candidate's current Chief Judge, colleagues on the bench, as well as with the Chief Justice of the court for which the candidate is being considered. The Minister also welcomes the advice of any group or individuals on the considerations which should be taken into account when filling current vacancies.

[83] I appreciate that the Applicants' submissions in support of their application rely on consultations by the Minister that arguably extend beyond those referenced in the above passage. Indeed, Mr. Lacasse's own affidavit evidence is expressed somewhat more broadly, stating that before recommending an appointment the Minister may consult with anyone, including members of the judiciary and the bar, provincial or territorial counterparts, colleagues, and members of the public (my emphasis). I also note that the Respondent's written representations in support of its motion to strike describe Mr. Lacasse's affidavit as having provided a fulsome explanation of the applicable procedures and policies for federal judicial appointments. Regardless of whether fully documented in the portions of the FJA website in the record before the Court, I see no reason why the process at issue in this application is not amenable to judicial review under the principles explained in *Fortune Dairy* and *May*. Moreover, the Applicants' arguments also focus significantly upon the role of the JACs, and the Minister's role in appointing the members of the JAC, which are well documented in the material published by FJA.

[84] Finally, in support of their position on justiciability, the Respondent argues that adjudication of the issue raised by this application would undermine the rule of law in Canada. The Respondent notes that the Applicants assert they are not seeking to impugn any current federal judicial appointment or invalidate any decision by a federally appointed judge. However, the Respondent argues that the Applicants' position contains an irreconcilable contradiction. The Respondent submits that, if the federal judicial appointments process is unconstitutional, then logically this defect cannot be cured in a manner

désirent être nommés à une cour supérieure, le ministre peut consulter le juge en chef de la cour où le juge exerce ses fonctions, ses collègues magistrats, ainsi que le juge en chef de la cour où il peut être nommé. Le ministre accueille également les avis des groupes ou personnes qui veulent faire valoir leurs points de vue quant aux facteurs dont il faudrait tenir compte pour combler les vacances existantes.

[83] Je reconnais que les observations des demandeurs à l'appui de leur demande découlent de consultations effectuées par le ministre qui vont sans doute au-delà de ce qui est présenté dans l'extrait qui précède. En effet, le propre témoignage par affidavit de M. Lacasse est un peu plus général; il indique qu'avant de recommander une nomination, le ministre peut consulter n'importe qui, y compris des membres de la magistrature ou du barreau, des homologues provinciaux ou territoriaux, des collègues et des membres du public (non souligné dans l'original). Je note également que le défendeur, dans ses observations écrites à l'appui de sa requête en radiation, indique que l'affidavit de M. Lacasse expliquait en détail les procédures et les politiques applicables aux nominations à la magistrature fédérale. Indépendamment de la question de savoir si les extraits du site Web du CMF figurant dans le dossier de la Cour présentent un portrait complet du processus en cause en l'espèce, je ne vois aucune raison de ne pas assujettir ce processus à un contrôle judiciaire conformément aux principes expliqués dans la décision *Fortune Dairy* et dans l'arrêt *May*. De plus, les arguments des demandeurs portent beaucoup sur le rôle des CCM ainsi que sur le rôle du ministre dans la nomination des membres des CCM, rôles qui sont bien expliqués dans les documents publiés par le CMF.

[84] Enfin, à l'appui de sa thèse concernant la justiciabilité, le défendeur affirme que la décision sur la question qui se pose en l'espèce ébranlerait la primauté du droit au Canada. Il note que les demandeurs font valoir qu'ils ne cherchent pas à contester des nominations actuelles à la magistrature fédérale, ni à invalider les décisions rendues par un juge nommé par le gouvernement fédéral. Toutefois, il affirme que la thèse des demandeurs présente une contradiction irrémédiable. Il prétend que, si le processus de nomination à la magistrature fédérale est inconstitutionnel, cette inconstitutionnalité ne peut pas

that effectively grandfather past appointments and past judicial decisions made by those judges.

[85] The Respondent notes that the federal judicial appointments process has been in place since 1988 and that the most recent changes made in 2016 were aimed at increasing diversity and transparency. The Applicants' record includes criticism and commentary of aspects of the process in place both before and after 2016. Accordingly, the Respondent argues that the declarations the Applicants seek would necessarily have implications for all federal judicial appointments since 1988 and their decisions, such that the declaration sought by the Applicants would undermine the rule of law in Canada and upend our constitutional democracy.

[86] I find little merit to the Respondent's argument that the potential implications of the issue raised by the Applicants serve to make the issue non-justiciable. Such arguments might be relevant to the remedy that the Court would fashion if it identified a constitutional violation. However, I would not conclude based on such arguments that the question as to whether a constitutional violation exists is not a justiciable question.

[87] Before leaving this point, I wish to observe that the Respondent's argument raises the possibility that the issue raised in this application could have personal and professional implications for all individual judges currently serving on the courts to which this application relates. Obviously, this includes me, the Federal Court judge to whom adjudication of the application happens to have been assigned, which could raise concerns about my impartiality. Neither party has raised any suggestion that I should recuse myself from adjudication of this application. However, I do wish that these Reasons reflect that I am conscious of this point.

[88] It is nevertheless my view that, subject to the Applicants being granted public interest standing after addressing the remaining factor of the test in the next portion

logiquement être corrigée d'une façon qui maintienne efficacement les nominations antérieures de juges et les décisions passées rendues par ces juges.

[85] Le défendeur note que le processus de nomination à la magistrature fédérale existe depuis 1988 et que les derniers changements, apportés en 2016, visaient à améliorer la diversité et la transparence. Le dossier des demandeurs comprend une critique et des observations quant à des aspects du processus en place avant et après 2016. Le défendeur affirme donc que le jugement déclaratoire sollicité par les demandeurs aurait forcément des répercussions sur toutes les nominations à la magistrature fédérale depuis 1988 et sur les décisions rendues par les juges nommés, de sorte qu'il ébranlerait la primauté du droit au Canada et bouleverserait notre démocratie constitutionnelle.

[86] Je juge peu fondée la thèse du défendeur selon laquelle les répercussions possibles de la question soulevée par les demandeurs rendent cette question non justiciable. Ce type d'argument pourrait être utile au regard de la mesure de redressement que la Cour établirait si elle devait constater une violation de la Constitution. Je n'irais cependant pas jusqu'à conclure, sur le fondement d'une telle thèse, que la question de savoir si une violation de la Constitution existe n'est pas une question justiciable.

[87] Avant de terminer sur ce point, je souhaite faire observer que la thèse du défendeur ouvre la possibilité que la question soulevée en l'espèce ait des conséquences sur les plans personnel et professionnel pour tous les juges siégeant actuellement aux cours visées par la présente demande. J'en fais bien entendu partie, en tant que juge de la Cour fédérale appelé à me prononcer sur la présente demande, ce qui pourrait mettre en doute mon impartialité. Les parties n'ont pas évoqué la possibilité que je doive me récuser et renoncer à me prononcer sur la présente demande. Toutefois, je tiens à ce que les présents motifs témoignent du fait que je suis conscient de cette situation.

[88] Je suis néanmoins d'avis que, sous réserve de l'obtention, par les demandeurs, de la qualité pour agir dans l'intérêt public une fois que le dernier facteur du

of these Reasons, I am permitted, and arguably obliged, to adjudicate this application. This result follows from the doctrine of necessity, a principle explained by the Supreme Court of Canada in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island; Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3, 155 D.L.R. (4th) 1 (*PEI Judges*). Although there is a general rule that a judge who is not impartial is disqualified from hearing a case, there is an exception to this rule that allows a judge who would otherwise be disqualified to hear the case nonetheless, if there is no impartial judge who can take their place (at paragraph 4). Referred to as the doctrine of necessity, *PEI Judges* (at paragraph 6) adopted the following articulation of the doctrine from *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., Vol. 1(1). London: Butterworths, 1989, at paragraph 93:

If all members of the only tribunal competent to determine the matter are subject to disqualification, they may be authorized and obliged to hear and determine the matter by virtue of the operation of the common law doctrine of necessity.

[89] This doctrine should not be applied mechanically and will not apply in circumstances where its application would involve positive and substantial injustice or beyond the extent that necessity justifies (see *PEI Judges*, at paragraph 7).

[90] Under subsection 18(1) of the Act, the Federal Court has exclusive jurisdiction in this matter. Any current member of the Federal Court would be equally subject to the impartiality concerns articulated above. As such, the doctrine of necessity applies to the case at hand.

(3) Reasonable and Effective Way to Bring the Issue Before the Courts

[91] Turning to the last factor of the test for public interest standing, the Respondent argues that this application is not a reasonable or effective way to address

critère aura été examiné dans la prochaine partie des présents motifs, j'ai le droit et, pourrait-on soutenir, l'obligation de me prononcer sur la présente demande. Cette conclusion découle de la théorie de la nécessité, un principe expliqué par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3 (*Juges de l'Î.-P.-É.*). La règle générale selon laquelle un juge qui n'est pas impartial est inhabile à entendre une affaire connaît une exception. Cette exception permet à un juge qui, sans elle, serait inhabile à connaître d'un litige d'entendre quand même cette affaire dans les cas où il n'y a pas de juge impartial en mesure de le remplacer (au paragraphe 4). L'arrêt *Juges de l'Î.-P.-É.* (au paragraphe 6) a adopté la théorie de la nécessité exposée de la manière suivante dans l'ouvrage *Halsbury's Laws of England* (4^e éd., vol 1(1), Londres : Butterworths, 1989, au paragraphe 93 :

[TRADUCTION] Si tous les juges du seul tribunal compétent pour trancher une affaire sont susceptibles d'être frappés d'inhabilité, ils peuvent néanmoins être autorisés à entendre et à trancher cette affaire – et même contraints de le faire – par l'application de la doctrine de la nécessité qui existe en common law.

[89] Cette théorie ne devrait pas être appliquée machinalement et ne s'applique pas dans les cas où elle entraînerait une injustice concrète et substantielle, ni au-delà de la mesure justifiée par la nécessité (voir *Juges de l'Î.-P.-É.*, au paragraphe 7).

[90] Le paragraphe 18(1) de la Loi confère à la Cour fédérale compétence exclusive à cet égard [c-à-d. en l'espèce]. Tout membre actuel de la Cour fédérale serait également visé par les préoccupations énoncées ci-dessus quant à l'impartialité. La théorie de la nécessité s'applique donc à l'espèce.

3) Manière raisonnable et efficace de soumettre la question aux tribunaux

[91] En ce qui concerne le dernier facteur du critère de la qualité pour agir dans l'intérêt public, le défendeur affirme que la présente demande ne constitue pas une

the issue the Applicants seek to raise. In particular, the Respondent argues that the Applicants have failed to put forward a proper evidentiary record, such that there are no concrete facts for the Court to adjudicate. The Respondent submits that the Court is being asked to address this application in a factual vacuum, contrary to the guidance in *Mackay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at pages 361–362, 61 D.L.R. (4th) 385.

[92] I disagree with the Respondent’s position that the Court is without a factual matrix to support adjudication of the issue raised by the Applicants. I appreciate that the bulk of the Applicants’ proposed evidence has been ruled inadmissible. However, in addition to the evidence that has survived the Respondent’s motion to strike, the Court has the benefit of the Respondent’s evidence, including Mr. Lacasse’s affidavit explaining the judicial appointments and elevations processes and the exhibits thereto, which speak in some detail to the functioning of the JACs. As previously noted, the Respondent’s submissions on the motion to strike included the argument that the Applicants’ evidence was unnecessary, because Mr. Lacasse has direct knowledge of the applicable procedures and policies for federal judicial appointments and has provided a fulsome explanation thereof.

[93] Having considered the parties’ arguments on the factors relevant to the test for public interest standing, I am satisfied that such standing should be granted to the Applicants.

E. *Do the federal judicial appointments system and federal judicial elevations system violate section 96 of the Constitution, section 7, paragraph 11(d), and/or subsection 24(1) of the Charter, unwritten constitutional principles of judicial independence and/or the rule of law?*

[94] This brings me to adjudication of the substantive issue raised by this application. While the above articulation of the issue identifies several sources of

manière raisonnable ni efficace d’examiner la question que les demandeurs veulent soulever. Plus précisément, le défendeur soutient que les demandeurs n’ont pas présenté de dossier de preuve approprié et que la Cour n’a donc pas de faits concrets à juger. Selon lui, on demande à la Cour d’examiner la présente demande hors de tout contexte factuel, contrairement aux enseignements de l’arrêt *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, aux pages 361–362.

[92] Je ne souscris pas à la position du défendeur selon laquelle la Cour ne dispose pas d’un cadre factuel lui permettant de se prononcer sur la question soulevée par les demandeurs. Je reconnais que l’essentiel des éléments de preuve proposés par les demandeurs a été jugé inadmissible. Cependant, en plus des éléments de preuve qui ont survécu à la requête en radiation du défendeur, la Cour peut compter sur les éléments de preuve du défendeur, notamment l’affidavit dans lequel M. Lacasse explique les processus de nomination et de promotion à la magistrature, ainsi que les pièces qui y sont jointes, qui traitent de manière assez détaillée du fonctionnement des CCM. Comme je l’ai indiqué plus haut, les observations du défendeur quant à la requête en radiation comprenaient l’argument selon lequel les éléments de preuve des défendeurs n’étaient pas nécessaires parce que M. Lacasse a une connaissance directe des procédures et des politiques applicables aux nominations à la magistrature fédérale et en a donné une explication complète.

[93] Après avoir examiné les thèses des parties quant aux facteurs applicables au critère de la qualité pour agir dans l’intérêt public, je conclus que cette qualité doit être reconnue aux demandeurs.

E. *Les systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale contreviennent-ils à l’article 96 de la Constitution, à l’article 7, à l’alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la Charte, ainsi qu’aux principes de justice fondamentale non écrits d’indépendance de la magistrature et de primauté du droit?*

[94] Cela m’amène à trancher la question de fond soulevée par la présente demande. Bien que la formulation de la question ci-dessus renvoie à plusieurs sources de

constitutional law on the subject of judicial independence, the Applicants rely on the sources simply to support their assertion that the Constitution, the Charter, and related common law principles all require and depend on an independent and impartial judiciary. I do not understand the Respondent to take issue with the assertion that the requirement for judicial independence and impartiality is a constitutional imperative in Canada. Indeed, the Respondent describes judicial independence as a cornerstone of Canadian democracy. It is accordingly not necessary for the Court to engage in any detailed analysis of the particular provisions of the Constitution or the Charter referenced by the Applicants in order to arrive at this conclusion.

[95] I will shortly turn to applicable jurisprudence that has dimensioned the principles of judicial independence and impartiality and how they are applied in Canadian law. However, it is useful first to articulate with some precision my understanding of how the Applicants frame their position that the federal judicial appointments and elevations systems infringe these principles. I will then canvass the evidence relevant to the Applicant's arguments. To the extent that their position relies on evidence that has been excluded, I will not include those aspects of the Applicants' arguments.

[96] The Applicants submit that the Minister's involvement in the appointment of the majority of the members of the JACs, and the subsequent involvement of members of the ruling party in the consultations conducted by the Minister in developing recommendations to Cabinet, demonstrate a degree of political interference in the federal judicial appointments process that violates the principles of judicial independence and impartiality. The Applicants also emphasize that, as there is no JAC involvement in the judicial elevations process, the Minister is solely responsible for developing recommendations to Cabinet for elevations. The Applicants argue that, as a result of these characteristics of the appointments and elevations processes, a reasonable, well-informed person would conclude that partisan and political influence and interference form part of the processes, giving rise to an appearance of institutional bias.

droit constitutionnel sur l'indépendance judiciaire, les demandeurs ne les invoquent que pour étayer leur thèse selon laquelle la Constitution, la Charte et les principes connexes de common law nécessitent tous l'indépendance et l'impartialité des magistrats et en dépendent. Je crois comprendre que le défendeur ne conteste pas l'affirmation selon laquelle l'indépendance et l'impartialité judiciaires sont un impératif constitutionnel au Canada. En effet, le défendeur affirme que l'indépendance judiciaire est un des fondements de la démocratie canadienne. La Cour n'a donc pas besoin, pour parvenir à cette conclusion, de se livrer à une analyse détaillée des dispositions précises de la Constitution ou de la Charte invoquées par les demandeurs.

[95] J'examine un peu plus loin la jurisprudence applicable qui a établi la portée des principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires, ainsi que la façon dont ils sont appliqués en droit canadien. Toutefois, il convient d'abord d'exposer précisément mon interprétation de la façon dont les demandeurs présentent leur thèse selon laquelle les systèmes de nomination et de promotion à la magistrature fédérale violent ces principes. Ensuite, j'examine les éléments de preuve se rapportant aux observations des demandeurs. Étant donné qu'ils appuient leur position sur des éléments de preuve qui ont été exclus, je n'examine pas ces aspects des observations des demandeurs.

[96] Les demandeurs soutiennent que la part que prend le ministre dans la nomination de la majorité des membres des CCM puis celle que prennent des membres du parti au pouvoir dans les consultations menées par le ministre avant de formuler ses recommandations au Cabinet témoignent d'une certaine ingérence politique dans le processus de nomination à la magistrature fédérale, ce qui contrevient aux principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires. Ils soulignent également que, puisque les CCM ne participent pas au processus de promotion au sein de la magistrature, le ministre assume seul la responsabilité de formuler des recommandations au Cabinet en ce qui concerne les promotions. Ils soutiennent que ces caractéristiques des processus de nomination et de promotion amèneraient une personne raisonnable et bien informée à conclure que l'influence et l'ingérence politiques et partisans font partie

[97] The Applicants also submit that these systems have produced a judiciary membership in which women, visible minorities, and Indigenous people are underrepresented. They argue that, particularly given the overrepresentation of groups such as Black and Indigenous people before the courts, a judiciary in which these groups are significantly underrepresented risks undermining or actually undermines public confidence in the impartiality of the judiciary.

[98] Turning to the evidence, there appears to be little substantive controversy between the parties on the role and operation of the JACs. The Applicants' submissions focus on the fact that three members (from the general public) of each seven-member JAC are appointed outright by the Minister, without the benefit of any nomination process other than the applications by the members of the public who are interested in participating on the JAC. The Applicants further emphasize that three other members of each JAC, while chosen from a list of nominations by each of the provincial or territorial law society, the provincial or territorial branch of the CBA, and the provincial Attorney General or territorial Minister of Justice, are also ultimately appointed by the Minister. I do not understand the Respondent to dispute any of this evidence, although the Respondent emphasizes that, although the Minister appoints the latter three JAC members referenced above, the Minister must choose from the list provided by the nominating body.

[99] There is perhaps greater controversy between the parties related to the process that occurs between the Minister's receipt of JAC recommendations and the Minister making a recommendation to Cabinet on a judicial appointment (or the Minister making a recommendation to Cabinet on a judicial elevation). However, on the evidence before the Court, this controversy relates more to the parties' characterization of the process than to the underlying facts.

du processus, ce qui donne une apparence de partialité institutionnelle.

[97] Les demandeurs ajoutent que ces systèmes ont créé une magistrature au sein de laquelle les femmes, les minorités visibles et les Autochtones sont sous-représentés. Ils soutiennent que, particulièrement au vu de la surreprésentation de groupes tels que les Noirs et les Autochtones devant les tribunaux, la sous-représentation de ces groupes au sein de la magistrature risque de nuire ou nuit effectivement à la confiance du public en l'impartialité des juges.

[98] En ce qui concerne les éléments de preuve, il n'y a apparemment guère de controverse réelle entre les parties quant au rôle et au fonctionnement des CCM. Les observations des demandeurs portent principalement sur le fait que les trois membres (issus du grand public) de chaque CCM, comptant sept membres, sont nommés directement par le ministre, sans qu'il y ait de processus de nomination autre que les candidatures présentées par les membres du public qui souhaitent faire partie du CCM. Les demandeurs soulignent de plus que la décision de nommer trois autres membres de chaque CCM revient également au ministre, bien que ces personnes soient choisies dans une liste de noms préparée par chacun des barreaux provinciaux ou territoriaux, la division provinciale ou territoriale de l'ABC, ainsi que le procureur général provincial ou le ministre de la Justice territorial. Il ne me semble pas que le défendeur conteste ces éléments de preuve, même s'il insiste sur le fait que le ministre, bien qu'il nomme ces trois derniers membres des CCM, fait son choix à partir de la liste fournie par l'organisme qui prépare les candidatures.

[99] Les parties expriment peut-être davantage de divergences en ce qui concerne le processus qui se déroule entre le moment où le ministre reçoit les recommandations des CCM et le moment où il recommande au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature (ou le moment où il recommande au Cabinet qu'un juge fasse l'objet d'une promotion). Toutefois, au vu des éléments de preuve dont dispose la Cour, ce débat est davantage lié à la façon dont les parties conçoivent le processus qu'aux faits sous-jacents.

[100] It is common ground between the parties that, between receiving JAC recommendations and deciding whom to recommend to Cabinet for appointment, the Minister may consult with anyone. The Applicants argue that this stage of the process introduces concerns about political interference and influence in the appointment process. To support this concern, the Applicants rely on Exhibits C, D, and E of the Second Conacher Affidavit as demonstrating consultation with persons connected to the ruling party. These exhibits demonstrate the following:

- A. Exhibit C—On April 12, 2018, the Policy and Parliamentary Affairs Advisor in the Office of the Minister sent an email to an individual who appears to be Counsel with the Canada Revenue Agency, asking him to check with his boss as to whether she has any issues with a particular candidate for an appointment. The Second Conacher Affidavit describes this individual as the Senior Communications Advisor and Issues Manager for the Minister of National Revenue. The email chain demonstrates that this individual agreed to check with his boss and revert.
- B. Exhibit D—On August 14, 2018, an individual whom the Second Conacher Affidavit describes as the Advisor, Public Appointments at the Prime Minister’s Office sent an email to individuals described in the Second Conacher Affidavit as the Judicial Appointment Coordinator and the Regional and Parliamentary Affairs Advisor at the Minister’s office, identifying what is referred to as missing “caucus feedback” concerning certain candidates for judicial appointments. The Second Conacher Affidavit describes this email as requesting an update on consultations with Liberal Party Members of Parliament. One of the persons, from whom the email identifies feedback to be missing, is expressly described as an “MP”.

[100] Les parties s’entendent sur le fait que le ministre peut consulter les personnes de son choix entre le moment où il reçoit les recommandations des CCM et le moment où il décide des candidats dont il recommandera la nomination au Cabinet. Les demandeurs soutiennent que cette étape du processus soulève des doutes quant à l’ingérence et à l’influence politiques dans le processus de nomination. À l’appui, ils se fondent sur les pièces C, D et E du deuxième affidavit de M. Conacher, qui selon eux prouvent que des consultations sont menées auprès de personnes liées au parti au pouvoir. Il ressort ce qui suit de ces pièces :

- A. Pièce C : le 12 avril 2018, le conseiller des politiques et affaires parlementaires au sein du Bureau du ministre a envoyé un courriel à une personne qui serait un avocat à l’Agence du revenu du Canada, dans lequel il lui demandait de se renseigner auprès de sa supérieure pour savoir si la nomination d’un certain candidat lui posait problème. Selon le deuxième affidavit de M. Conacher, cette personne est le conseiller principal aux communications et gestionnaire des enjeux de la ministre du Revenu national. L’échange de courriels montre que cette personne a accepté de se renseigner auprès de sa supérieure et de redonner des nouvelles à ce sujet.
- B. Pièce D : le 14 août 2018, une personne présentée dans le deuxième affidavit de M. Conacher comme étant le conseiller en nominations publiques au bureau du premier ministre a envoyé un courriel à des personnes présentées dans le deuxième affidavit de M. Conacher comme étant le coordonnateur aux nominations à la magistrature et le conseiller aux affaires régionales et parlementaires au bureau du ministre, dans lequel il était question de l’absence de [TRADUCTION] « commentaires du groupe parlementaire » au sujet de certains candidats à des postes de magistrat. Selon le deuxième affidavit de M. Conacher, on demandait dans ce courriel les dernières nouvelles sur les consultations menées auprès des députés libéraux. Il est mentionné expressément dans le courriel que l’une des personnes qui n’auraient pas fourni de commentaires était un député.

C. Exhibit E—On November 23, 2018, the Office Director and Political Attaché for the Minister of International Development sent an email to an individual described in the Second Conacher Affidavit as the Parliamentary Affairs Advisor and Parliamentary Secretary Assistant at the Minister’s office, stating that the Minister of International Development does not know any of the three lawyers mentioned yesterday. The subject line of this email suggests that the inquiry relates to candidates for a judicial appointment.

[101] Based on these exhibits, I accept that there is evidence before the Court supporting the Applicants’ position that consultations conducted before the Minister makes a recommendation to Cabinet on a judicial appointment can include consultations with other ministers and Members of Parliament in the caucus of the ruling party. However, my understanding is that the Respondent does not particularly dispute that consultations of this nature may occur. As previously noted, the Respondent’s evidence acknowledges that the Minister may consult with anyone. Moreover, in oral submissions the Respondent did not take the position that the Minister’s consultations do not extend to other politicians. Rather, the Respondent argues that, as Cabinet appoints judges and as Cabinet is a political body, there is necessarily some level of political involvement in the appointment process.

[102] The question for the Court’s determination is whether these features of the process offend the principles of judicial independence and impartiality. Both for its explanation of these principles and in support of their position that these principles are violated, the Applicant relies significantly on the analysis in *Valente*. In that case, the Supreme Court was tasked to determine what was meant by an independent tribunal for purposes of paragraph 11(d) of the Charter (the right of a person charged with an offence to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal). In arriving at that determination, Justice Le Dain (writing for the

C. Pièce E : le 23 novembre 2018, le directeur du bureau et attaché politique du ministre du Développement international a envoyé un courriel à une personne présentée dans le deuxième affidavit de M. Conacher comme étant le conseiller aux affaires parlementaires et assistant du secrétaire parlementaire au bureau du ministre, dans lequel il est écrit que le ministre du Développement international ne connaissait aucun des trois avocats mentionnés la veille. D’après la ligne d’objet de ce courriel, la demande de renseignements concerne des candidats à des postes de magistrat.

[101] Sur le fondement de ces pièces, je reconnais que la Cour dispose d’éléments de preuve à l’appui de la thèse des demandeurs selon laquelle les consultations menées avant que le ministre formule une recommandation au Cabinet relativement à une nomination à la magistrature peuvent comprendre des consultations auprès d’autres ministres et députés faisant partie du groupe parlementaire du parti au pouvoir. Cependant, je crois comprendre que le défendeur ne conteste pas précisément le fait que ce type de consultation ait lieu. Comme je l’ai déjà indiqué, les éléments de preuve du défendeur montrent que le ministre peut consulter qui bon lui semble. En outre, dans ses observations orales, le défendeur n’a pas fait valoir que les consultations menées par le ministre n’incluaient pas de consultations auprès d’autres politiciens. Il affirme plutôt que le processus de nomination comporte forcément un certain degré d’inter-vention politique puisque les juges sont nommés par le Cabinet, qui est un organe politique.

[102] La question que la Cour doit trancher est de savoir si ces caractéristiques du processus enfreignent les principes d’indépendance et d’impartialité judiciaires. Les demandeurs, pour expliquer ces principes et étayer leur thèse concernant la violation de ces principes, s’appuient fortement sur l’analyse effectuée dans l’arrêt *Valente*. Dans cet arrêt, la Cour suprême devait déterminer le sens des mots « tribunal indépendant » pour l’application de l’alinéa 11d) de la Charte (le droit d’un inculpé d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l’issue d’un procès public et équitable). Pour ce faire, le juge Le Dain (s’exprimant

Court) canvassed in considerable detail the meaning of judicial independence. As the Applicants note, the Court explained as follows the distinction between the related concepts of judicial impartiality and judicial independence (at page 685):

... Although there is obviously a close relationship between independence and impartiality, they are nevertheless separate and distinct values or requirements. Impartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case. The word “impartial” as Howland C.J.O. noted, connotes absence of bias, actual or perceived. The word “independent” in s. 11(d) reflects or embodies the traditional constitutional value of judicial independence. As such, it connotes not merely a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, but a status or relationship to others, particularly to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees.

[103] As identified earlier in these Reasons, Justice Le Dain’s subsequent analysis confirmed that, as with impartiality, the test for judicial independence requires assessment of the public perception, that is whether the public would perceive that a court enjoys essential objective conditions or guarantees of such independence (at page 689):

Although judicial independence is a status or relationship resting on objective conditions or guarantees, as well as a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, it is sound, I think, that the test for independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter* should be, as for impartiality, whether the tribunal may be reasonably perceived as independent. Both independence and impartiality are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case but also to individual and public confidence in the administration of justice. Without that confidence the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its effective operation. It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial, and that the test for independence should include that perception. The perception must, however, as I have suggested, be a perception of whether the tribunal enjoys the essential objective conditions or guarantees of judicial independence, and not a perception of how it will in fact act, regardless of whether it enjoys such conditions or guarantees.

au nom de la Cour) a analysé minutieusement ce que signifie « indépendance judiciaire ». Comme le notent les demandeurs, la Cour a expliqué de la façon suivante la distinction entre les notions connexes d’impartialité judiciaire et d’indépendance judiciaire (à la page 685) :

... Même s’il existe de toute évidence un rapport étroit entre l’indépendance et l’impartialité, ce sont néanmoins des valeurs ou exigences séparées et distinctes. L’impartialité désigne un état d’esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme « impartial », comme l’a souligné le juge en chef Howland, connote une absence de préjugé, réel ou apparent. Le terme « indépendant », à l’al. 11(d), reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu’est l’indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d’esprit ou une attitude dans l’exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l’organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives.

[103] Tel que je l’ai indiqué plus haut, le juge Le Dain a ensuite confirmé dans son analyse que, tout comme pour l’impartialité, le critère relatif à l’indépendance judiciaire nécessite que soit évaluée la perception du public, c’est-à-dire de savoir si le public estimerait qu’un tribunal jouit des conditions ou garanties objectives essentielles d’indépendance judiciaire (à la page 689) :

Même si l’indépendance judiciaire est un statut ou une relation reposant sur des conditions ou des garanties objectives, autant qu’un état d’esprit ou une attitude dans l’exercice concret des fonctions judiciaires, il est logique, à mon avis, que le critère de l’indépendance aux fins de l’al. 11(d) de la *Charte* soit, comme dans le cas de l’impartialité, de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant. Tant l’indépendance que l’impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l’individu comme du public dans l’administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l’acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu’un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu’impartial et que le critère de l’indépendance comporte cette perception qui doit toutefois, comme je l’ai proposé, être celle d’un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d’indépendance judiciaire, et non pas une perception de la manière dont il agira en fait, indépendamment de la question de savoir s’il jouit de ces conditions ou garanties.

[104] As observed earlier in these Reasons, the test for independence therefore asks (similar to the classic test for a reasonable apprehension of bias) whether a reasonable person, who is fully informed of all the circumstances, would consider that a particular court enjoys the necessary independent status.

[105] As the Applicants note, both judicial independence and judicial impartiality have individual and institutional aspects (see *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at page 140, 128 N.R. 1 (*Lippé*)). It is in relation to the institutional aspect that the Applicants assert their position in the case at hand. As with institutional independence, the test for institutional impartiality is that described in *Valente* (see *Lippé*, at page 143).

[106] After identifying the applicable test, *Valente* analysed what should be considered as the essential conditions of judicial independence. Noting that the concept of judicial independence has been an evolving one, Justice Le Dain reviewed relevant constitutional and statutory provisions, academic commentary, and reports (including the report of a CBA committee on judicial independence mentioned earlier in these Reasons) and identified the following three essential conditions or core characteristics of judicial independence (at pages 691–712):

- A. security of tenure—a tenure that is secure against interference by the executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner (at page 698);
- B. financial security—security of salary or other remuneration and, where appropriate, security of pension, established by law and not subject to arbitrary interference by the executive (at page 704); and
- C. administrative independence—institutional independence of the tribunal with respect to matters of administration bearing directly on the exercise of its judicial function (at page 708).

[104] Comme je l’ai fait observer plus haut dans les présents motifs, le critère de l’indépendance pose la question de savoir (comme le critère classique de la crainte raisonnable de partialité) si une personne raisonnable et bien informée de toutes les circonstances considérerait qu’un tribunal donné jouit du statut indépendant requis.

[105] Les demandeurs notent que l’indépendance judiciaire, tout comme l’impartialité judiciaire, comporte un aspect individuel aussi bien qu’institutionnel (voir *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114 (*Lippé*), à la page 140). En l’espèce, la thèse des demandeurs se rapporte à l’aspect institutionnel. Comme pour l’indépendance institutionnelle, le critère applicable à l’impartialité institutionnelle est celui énoncé dans l’arrêt *Valente* (voir *Lippé*, à la page 143).

[106] Une fois le critère applicable défini, les juges dans l’arrêt *Valente* ont analysé ce qui devrait être considéré comme étant les conditions essentielles de l’indépendance judiciaire. Soulignant que la notion d’indépendance judiciaire a évolué, le juge Le Dain a examiné les dispositions constitutionnelles et légales pertinentes, la doctrine et les rapports (notamment le rapport d’un comité de l’ABC sur l’indépendance de la magistrature mentionné plus haut dans les présents motifs) et a établi trois conditions ou caractéristiques essentielles de l’indépendance judiciaire (aux pages 691–712) :

- A. inamovibilité — charge à l’abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l’exécutif ou de l’autorité responsable des nominations (à la page 698);
- B. sécurité financière — un traitement ou une autre rémunération assurés et, lorsqu’il y a lieu, une pension assurée, qui soient prévus par la loi et ne soient pas assujettis aux ingérences arbitraires de l’exécutif (à la page 704);
- C. indépendance administrative — indépendance institutionnelle du tribunal relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l’exercice de ses fonctions judiciaires (à la page 708).

[107] These conditions have been confirmed and applied in numerous subsequent authorities (see, e.g., *PEI Judges*, at paragraphs 115–117; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857, at paragraph 28; *Provincial Court Judges’ Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*; *Ontario Judges’ Assn. v. Ontario (Management Board)*; *Bodner v. Alberta*; *Conférence des juges du Québec v. Québec (Attorney General)*; *Minc v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286, at paragraph 7; *BC Judges*, at paragraph 31).

[108] The Respondent notes that the Applicants do not allege that the judicial appointments or elevations processes compromise any of these three core characteristics or conditions of judicial independence. Rather, the Applicants ask the Court to find an additional condition that, unlike the characteristics identified in the jurisprudence that achieve independence through their operation following judicial appointment, would apply to the particular process leading up to the appointment. The Respondent submits that there is no authority supporting the imposition of such a condition and that such a condition would be contrary to the role the Constitution assigns to the Cabinet in the appointment of judges.

[109] The Applicants argue that there is authority for their position, found both in applicable jurisprudence and in other sources of the sort canvassed in *Valente*. Indeed, they submit that *Valente* itself supports their position, citing the following passage from Justice Le Dain’s analysis (at page 692):

Conceptions have changed over the years as to what ideally may be required in the way of substance and procedure for securing judicial independence in as ample a measure as possible. Opinions differ on what is necessary or desirable, or feasible. This is particularly true, for example, of the degree of administrative independence or autonomy it is thought the courts should have. It is also true of the extent to which certain extra-judicial activity of judges may be perceived as impairing the reality or perception of judicial independence. There is renewed concern about the procedure and criteria for the appointment of judges as that may bear on the perception of judicial

[107] Ces conditions ont été confirmées et appliquées dans de nombreuses décisions subséquentes (voir, p. ex., *Juges de l’Î.-P.-É.*, aux paragraphes 115–117; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857, au paragraphe 28; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l’Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286, au paragraphe 7; *BC Judges*, au paragraphe 31).

[108] Le défendeur note que les demandeurs ne prétendent pas que les processus de nomination ou de promotion à la magistrature manquent à ces trois conditions ou caractéristiques essentielles de l’indépendance judiciaire. Les demandeurs souhaitent plutôt que la Cour reconnaisse une condition supplémentaire qui s’appliquerait précisément au processus menant à une nomination, contrairement aux caractéristiques définies dans la jurisprudence, lesquelles assurent l’indépendance judiciaire par leur application après la nomination à la magistrature. Le défendeur soutient qu’aucun précédent ne justifie l’imposition d’une telle condition, qui irait à l’encontre du rôle que la Constitution attribue au Cabinet en ce qui concerne la nomination des juges.

[109] Les demandeurs soutiennent qu’il existe des précédents au soutien de leur thèse, à la fois dans la jurisprudence applicable et dans d’autres sources comme celles examinées dans l’arrêt *Valente*. En effet, ils affirment que l’arrêt *Valente* lui-même étaye leur thèse et citent, à cet égard, ce passage de l’analyse effectuée par le juge Le Dain (à la page 692) :

Les idées ont évolué au cours des années sur ce qui idéalement peut être requis, sur le plan du fond comme sur celui de la procédure, pour assurer une indépendance judiciaire aussi grande que possible. Les opinions diffèrent sur ce qui est nécessaire ou souhaitable, ou encore réalisable. Cela est particulièrement vrai, par exemple, en ce qui concerne le degré d’indépendance ou d’autonomie que les tribunaux, pense-t-on devraient avoir sur le plan administratif. Cela est vrai aussi de la mesure dans laquelle certaines activités extrajudiciaires des juges peuvent être perçues comme portant atteinte à la réalité ou à la perception de l’indépendance judiciaire. Il y a un

independence. Professional and lay concern about judicial independence has increased with the new power and responsibility given to the courts by the *Charter*. Reports and speeches on the subject of judicial independence in recent years have urged the general adoption of the highest standards or safeguards, not only with respect to the traditional elements of judicial independence, but also with respect to other aspects now seen as having an important bearing on the reality and perception of judicial independence.... [Emphasis added]

[110] Turning first to the non-judicial sources upon which the Applicants rely, I note that, in addition to the Harrington Article, the CBA Statement, and the BIPOC Letter, the Applicants seek to rely on a document they included in their Book of Authorities—a press release by the Canadian Judicial Council (CJC) dated February 20, 2007, and entitled “Judicial Appointments: Perspective from the Canadian Judicial Council” (CJC Press Release). The Respondent takes issue with the Applicants’ inclusion of this document as an authority when it is not in evidence. I disagree with the Respondent’s position, as I regard the role of this document to be the same as those identified above—i.e., to potentially inform an assessment of the legal content of the principle of judicial independence the Court is required to apply in adjudicating this application.

[111] It appears from the CJC Press Release that it was prompted by changes made in 2006 to the composition and functioning of the JACs. In particular, the changes eliminated the distinction between “recommended” and “highly recommended” for the assessment of candidates. These changes also increased the number of members serving on a JAC and eliminated the vote previously afforded to the member representing the judiciary, such that the Government was appointing a majority of the voting members. In that context, the CJC expressed concerns that the JACs may neither be, nor be seen to be, fully independent of the Government.

regain d’intérêt pour la procédure et les critères de nomination des juges, car ils peuvent avoir un effet sur la perception de l’indépendance judiciaire. Les préoccupations des juristes et des profanes concernant l’indépendance judiciaire se sont accrues avec les nouvelles attributions et responsabilités que la *Charte* a conférées aux tribunaux. Dans des rapports et des discours sur l’indépendance judiciaire, on a réclamé, ces dernières années, l’adoption généralisée des plus hautes normes ou garanties, non seulement à l’égard des éléments traditionnels de l’indépendance judiciaire, mais aussi à l’égard des autres aspects considérés aujourd’hui comme ayant un effet important sur la réalité et la perception de l’indépendance judiciaire. [...] [Non souligné dans l’original.]

[110] Tout d’abord, en ce qui a trait aux sources non judiciaires sur lesquelles s’appuient les demandeurs, je note qu’en plus de l’article de M^{me} Harrington, de la déclaration de l’ABC et de la lettre sur les PANDC, les demandeurs veulent se fonder sur un document qu’ils ont inclus dans leur recueil de jurisprudence, à savoir un communiqué de presse du Conseil canadien de la magistrature daté du 20 février 2007 et intitulé « Nominations à la magistrature : la perspective du Conseil canadien de la magistrature » (communiqué de presse du Conseil canadien de la magistrature). Le défendeur s’oppose à ce que les demandeurs incluent ce document comme s’il s’agissait d’un article de doctrine alors qu’il ne fait pas partie des éléments de preuve. Je ne souscris pas à la position du défendeur puisque je considère que ce document a le même rôle que ceux mentionnés plus haut, c’est-à-dire qu’il est susceptible de guider l’appréciation du contenu juridique du principe d’indépendance judiciaire que la Cour doit appliquer pour se prononcer sur la présente demande.

[111] Le communiqué de presse du Conseil canadien de la magistrature semble découler de changements apportés à la composition et au fonctionnement des CCM en 2006. Plus précisément, un des changements a été de supprimer la distinction entre « recommandé » et « fortement recommandé » lors de l’évaluation des candidats. Un autre changement a été l’augmentation du nombre de membres nommés à un CCM et la suppression du droit de vote dont bénéficiait auparavant le représentant de la magistrature, ce qui a eu pour conséquence que le gouvernement nommerait désormais la majorité des membres votants. Dans ce contexte, le Conseil canadien

[112] Obviously, commentary from a body such as the CJC, which is composed of Chief Justices and Associate Chief Justices across Canada, is worthy of attention. However, I agree with the Respondent's position that, because the CJC Press Release is 15 years old and was commenting upon an earlier version of the federal judicial appointments process, its persuasiveness for purposes of the issue presently before the Court is necessarily limited. The Court does not have the benefit of evidentiary details surrounding the detailed composition and functioning of the JACs before and after the 2006 changes referenced by the CJC. For instance, it is not clear whether the then new structure upon which the CJC was commenting involved appointments by Government from a short list of nominees by independent bodies such as provincial or territorial law societies, the CBA, or a relevant provincial government.

[113] The other non-judicial sources upon which the Applicants rely are more current. The CBA Statement is dated November 6, 2020, and advocates for an open, transparent and apolitical process for the appointment of qualified candidates to the bench. The CBA welcomed the changes to the appointments process introduced in 2016, including an open application process, publicized selection criteria, and advisory committees that are more diverse and less ideological, with stakeholders, including nominees of the Minister, the courts, the legal communities, and the public. However, the CBA noted that, no matter how independent the shortlist of candidates, vetting those candidates for party support makes the decision a political one. The CBA expressed that prior political involvement should not exclude prospective applicants from the bench, as such involvement is one indication of community engagement that may point to a good judge. However, it expressed concern about partisan activity becoming the deciding factor in an appointment.

de la magistrature s'est inquiété du fait que les CCM puissent ne pas être complètement indépendants du gouvernement et ne pas être perçus comme tels.

[112] De toute évidence, les commentaires d'un organisme tel que le Conseil canadien de la magistrature, qui est composé de juges en chef et de juges en chef adjoints de partout au Canada, méritent qu'on y porte attention. Cependant, je conviens avec le défendeur que le fait que le communiqué de presse du Conseil canadien de la magistrature a été publié il y a 15 ans et qu'il portait sur une version antérieure du processus de nomination à la magistrature fédérale limite forcément son caractère probant pour ce qui est de la question dont la Cour est actuellement saisie. La Cour ne dispose pas d'éléments de preuve expliquant en détail la composition et le fonctionnement des CCM avant et après les changements de 2006 mentionnés par le Conseil canadien de la magistrature. On ne sait pas clairement, par exemple, si la nouvelle structure dont parlait le Conseil canadien de la magistrature prévoyait que le gouvernement procède à des nominations à partir d'une liste restreinte de candidats dressée par des organismes indépendants tels que les barreaux provinciaux ou territoriaux, l'ABC ou le gouvernement provincial concerné.

[113] Les autres sources non judiciaires sur lesquelles se fondent les demandeurs sont plus récentes. La déclaration de l'ABC date du 6 novembre 2020. L'ABC y préconisait un processus ouvert, transparent et apolitique de nomination à la magistrature de candidats qualifiés. Elle se réjouissait des changements apportés au processus de nomination mis en place en 2016, notamment un processus de dépôt de candidatures ouvert, des critères de sélection publiés et des comités consultatifs plus diversifiés et moins axés sur les idéologies, avec des intervenants, y compris les personnes mises en candidature par le ministre de la Justice, les tribunaux, la communauté juridique et le public. Toutefois, l'ABC notait que, quel que soit le degré d'indépendance dans l'établissement de la liste de candidats recommandés, le fait qu'on vérifie l'appui du parti envers ces candidats donne à la décision un caractère politique. L'ABC estimait que les activités politiques antérieures ne devraient pas empêcher quiconque de se porter candidat à la magistrature, estimant qu'il s'agissait d'une indication de l'engagement

[114] As previously noted, the BIPOC Letter, dated September 14, 2020, was written on behalf of a number of legal organizations. These include bar associations (e.g., the Canadian Association of Black Lawyers and the Indigenous Bar Association), legal organizations (e.g., the Canadian Association of Refugee Lawyers and the Canadian Environmental Law Association) and specialty and community clinics (e.g., Black Legal Action Centre (Ontario) and Clinique juridique de Saint-Michel). This letter advocates for the appointment of candidates from BIPOC communities to then present vacancies on the Federal Court, emphasizing that a significant volume of this Court's docket is composed of immigration, refugee and Indigenous cases, in which almost all applicants are from BIPOC communities. The letter also advocates for revised assessment criteria for judicial appointments to recognize systemic barriers that prevent the appointment of BIPOC judges.

[115] Finally, the Applicants rely on the explanation in the Harrington Article, described in the First Conacher Affidavit as dated July 2, 2015, for its explanation of changes that were made approximately 10 years previously to the judicial appointments process in England and Wales. Professor Harrington explains that, with the passage of the *Constitutional Reform Act 2005*, an independent body for the appointment of judges and tribunal members was created to ensure that those holding judicial office are selected solely based on merit, through a fair and open competition. The members of the Judicial Appointments Commission are themselves selected through open competition, other than three members from the judiciary. Professor Harrington prefaces her explanation of these changes with a comment that there is a lesson in here for Canada.

de cette personne au sein de la communauté, ce qui peut être le signe qu'elle ferait un bon juge. Elle se montrait cependant préoccupée par la possibilité que des activités partisans deviennent le facteur déterminant de la nomination.

[114] Comme je l'ai indiqué plus haut, la lettre sur les PANDC, datée du 14 septembre 2020, a été écrite au nom de plusieurs organismes juridiques : des associations d'avocats (p. ex., l'Association des avocats noirs du Canada et l'Association du barreau autochtone), des organismes juridiques (p. ex., l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés et l'Association canadienne du droit de l'environnement), ainsi que des cliniques spécialisées et des cliniques de quartier (p. ex., le Black Legal Action Centre, en Ontario, et la Clinique juridique de Saint-Michel). Cette lettre, en faveur de la nomination de PANDC aux postes alors vacants à la Cour fédérale, insiste sur le fait qu'un volume important des dossiers de notre Cour porte sur des questions d'immigration ou concerne des réfugiés ou des Autochtones et que, dans ces dossiers, presque tous les demandeurs sont des PANDC. La lettre est également favorable à une révision des critères d'évaluation pour les nominations à la magistrature afin qu'il y soit tenu compte des obstacles systémiques qui empêchent la nomination de PANDC à des postes de juges.

[115] Enfin, les demandeurs s'appuient sur l'explication donnée dans l'article de M^{me} Harrington, dont il est question dans le premier affidavit de M. Conacher daté du 2 juillet 2015, en ce qui concerne les changements apportés au processus de nomination à la magistrature environ dix ans auparavant en Angleterre et au pays de Galles. M^{me} Harrington explique qu'à la suite de l'adoption de la *Constitutional Reform Act 2005* (Loi sur la réforme constitutionnelle de 2005), un organe indépendant chargé de la nomination des juges et des membres des tribunaux a été créé pour veiller à ce que les personnes exerçant une fonction judiciaire soient sélectionnées uniquement en fonction de leur mérite, à la fin d'un processus concurrentiel ouvert et équitable. Les membres de la commission de nomination à la magistrature, outre trois membres issus de la magistrature, sont eux-mêmes sélectionnés selon un processus concurrentiel ouvert. Avant d'expliquer les changements apportés au processus,

[116] I note that the Applicants' written submissions also include references to the provisions of the *Constitutional Reform Act 2005* (U.K. Public General Acts, 2005, c. 4) that implemented the changes described in the Harrington Article. The Applicants also refer the Court to variations in the judicial appointment process in various Canadian provincial jurisdictions.

[117] While it was almost 40 years ago that Justice Le Dain made the comment referenced by the Applicants (*Valente*, at page 692) about having identified expressions of concern surrounding the procedure and criteria for the appointment of judges as that may bear on the perception of judicial independence, the CBA Statement clearly represents a relatively recent expression of similar concern. The BIPOC Letter does not speak directly to the subject of judicial independence. However, as the Respondent notes in its materials, the Government has recognized that diversity on the bench is important, and I accept the logic of the Applicants' argument that a judiciary that reflects the diversity of the country it serves can enhance public confidence in the institution.

[118] I also recognize that the details of the judicial appointment processes in other jurisdictions vary from the process for federal appointments to Canadian superior courts. However, whether those variations represent better processes, in pursuit of the objectives identified in the other sources canvassed above or otherwise, is not the question before the Court in this application. Consistent with the Respondent's position on its motion to strike, as analyzed earlier in these Reasons, the design of the appointment process is not within the Court's purview, other than to the extent the current design renders it unconstitutional. In determining constitutionality, while I take into account the non-judicial sources upon which the Applicants rely, I must be principally guided by authorities that have considered, dimensioned, and applied the principles of judicial independence and impartiality when such matters have arisen before the courts.

M^{me} Harrington indique que le Canada pourrait en tirer une leçon.

[116] Je note que les demandeurs, dans leurs observations écrites, renvoient à des dispositions de la Loi sur la réforme constitutionnelle de 2005 (U.K. Public General Acts, 2005, c. 4) qui a mis en œuvre les changements exposés dans l'article de M^{me} Harrington. Les demandeurs attirent également l'attention de la Cour sur des différences entre les processus de nomination à la magistrature dans diverses provinces canadiennes.

[117] Bien que le juge Le Dain ait formulé il y a près de 40 ans les observations auxquelles ont renvoyé les demandeurs (*Valente*, à la page 692) quant à l'intérêt pour la procédure et les critères de nomination des juges étant donné qu'ils peuvent avoir un effet sur la perception de l'indépendance judiciaire, la déclaration de l'ABC constitue clairement une expression assez récente d'un intérêt semblable. La lettre sur les PANDC ne se rapporte pas directement à la question de l'indépendance judiciaire. Cependant, comme le note le défendeur dans ses observations écrites, le gouvernement a reconnu l'importance de la diversité au sein de la magistrature et je souscris au raisonnement des demandeurs selon lequel le fait que la magistrature reflète la diversité du pays qu'elle sert peut améliorer la confiance du public en l'institution.

[118] Je reconnais également que les processus de nomination judiciaire suivis dans d'autres provinces ou territoires sont différents du processus de nomination des magistrats fédéraux aux cours supérieures canadiennes. Toutefois, la question dont la Cour est saisie dans la présente demande n'est pas de savoir si ces différences révèlent des améliorations qui permettraient d'atteindre les objectifs énoncés dans les autres sources examinées plus haut ou ailleurs. Conformément à la thèse adoptée par le défendeur dans sa requête en radiation et à l'analyse effectuée plus haut dans les présents motifs, la forme du processus de nomination ne relève pas de la compétence de la Cour, sauf si cette forme rendait le processus inconstitutionnel. Pour me prononcer sur la constitutionnalité, bien que je tienne compte des sources non judiciaires sur lesquelles s'appuient les demandeurs, je dois principalement me fonder sur la jurisprudence

[119] Returning to *Valente*, as previously noted, the Applicants submit that, by virtue of Justice Le Dain's analysis at page 692 (quoted above), this seminal authority itself supports their position in this application. I accept that Justice Le Dain refers to the potential for pre-appointment considerations to affect the perception of judicial independence. However, notwithstanding that comment, such considerations did not form part of the essential conditions for judicial independence identified by the Supreme Court in that case. I will therefore review the other judicial authorities upon which the Applicants rely to support their position.

[120] The Applicants note that, in *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856 (C.A.) (*MacBain*), which considered the independence of the Canadian Human Rights Tribunal, the Federal Court of Appeal held that the offensive portion of the relevant statutory scheme was the appointment of the tribunal by the Canadian Human Rights Commission, as the Commission was also the prosecutor (at page 884). The Applicants argue that this analysis similarly applies to the federal judicial appointment system, because the Minister appoints both judges and the head of the federal Public Prosecution Service.

[121] I do not find this argument particularly compelling. In *MacBain*, the Federal Court of Appeal relied on the decision of the Court of Appeal for Ontario that was affirmed in *Valente* and distinguished it on two bases: (a) unlike the appointment of judges on a permanent basis in most Canadian jurisdictions, the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6] contemplated the appointment of temporary "judges" on a case-by-case basis; and (b) the lack of independence in adjudicative administrative matters including the assignment of judges to cases (at pages 870–871). While the Court's analysis referred to the Commission both appointing tribunal members and prosecuting the cases before those

dans laquelle les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires ont été examinés, mesurés et appliqués lorsque de telles questions ont été portées devant les tribunaux.

[119] Pour revenir à l'arrêt *Valente*, comme je l'ai noté plus haut, les demandeurs affirment qu'en raison de l'analyse du juge Le Dain à la page 692 (extrait précité), cet arrêt fondateur lui-même étaye leur thèse en l'espèce. Je reconnais que le juge Le Dain renvoie à la possibilité que des considérations préalables à la nomination aient un effet sur la perception d'indépendance judiciaire. Cependant, malgré cette observation, ces considérations ne faisaient pas partie des conditions essentielles à l'indépendance judiciaire définies par la Cour suprême dans cet arrêt. J'examinerai donc les autres décisions faisant autorité qu'invoquent les demandeurs à l'appui de leur thèse.

[120] Les demandeurs notent que, dans l'arrêt *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856 (C.A.) (*MacBain*), qui portait sur l'indépendance du Tribunal canadien des droits de la personne, la Cour d'appel fédérale a conclu que la partie préjudiciable du mécanisme pertinent prévu par la loi était la constitution du Tribunal par la Commission canadienne des droits de la personne puisque cette dernière était aussi la partie plaignante (à la page 884). Les demandeurs affirment que cette analyse s'applique également au système de nomination à la magistrature fédérale, étant donné que le ministre nomme à la fois les juges et le chef du service fédéral des poursuites pénales.

[121] Je ne trouve pas cet argument particulièrement convaincant. Dans l'arrêt *MacBain*, la Cour d'appel fédérale s'est fondée sur la décision de la Cour d'appel de l'Ontario confirmée dans l'arrêt *Valente* et a établi une distinction pour deux raisons : a) le fait que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoyait la nomination, au cas par cas, de « juges » temporaires alors que la nomination des juges est permanente dans la plupart des provinces et territoires du Canada; b) l'absence d'indépendance dans les décisions de nature administrative, notamment l'affectation des juges aux diverses causes (aux pages 870–871). Bien que la Cour, dans son analyse, ait mentionné le fait que la Commission se charge à

tribunal members, the lack of independence turned significantly on tribunal members' security of tenure and the lack of administrative independence, two of the essential conditions for judicial independence subsequently articulated in *Valente*.

[122] The Applicants also rely on *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, 88 D.L.R. (4th) 110 (*Généreux*), a case concerning appointments to Canada's military courts, in which the Supreme Court concluded that the appointment of the judge advocate by the Judge Advocate General undermined the institutional independence of the General Court Martial (at page 309 [of S.C.R.]):

Secondly, the appointment of the judge advocate by the Judge Advocate General (art. 111.22 Q.R. & O.), undermines the institutional independence of the General Court Martial. The close ties between the Judge Advocate General, who is appointed by the Governor in Council, and the executive, are obvious. To comply with s. 11(d) of the *Charter*, the appointment of a military judge to sit as judge advocate at a particular General Court Martial should be in the hands of an independent and impartial judicial officer. The effective appointment of the judge advocate by the executive could, in objective terms, raise a reasonable apprehension as to the independence and impartiality of the tribunal. However, as I have concluded above, I consider that the new arts. 4.09 and 111.22 of the amended Q.R. & O. have largely remedied this defect to the extent required in the context of military tribunals.

[123] While this passage refers to the process for appointment of judge advocates (i.e. military judges), it is clear from reading both this passage and the broader decision that the concern expressed by the Court was with the *Valente* factor of administrative independence surrounding the adjudicative function. Like *Valente*, this case concerned compliance with paragraph 11(d) of the *Charter*, and the Court concluded that such compliance required the appointment of a military judge to sit as judge advocate at a particular General Court Marshal to be in the hands of an independent and impartial judicial officer (at page 309).

[124] In other words, administrative independence requires that the selection of the judge who will hear and

la fois de nommer les membres du tribunal et de diriger les poursuites criminelles dont sont saisis ces membres du tribunal, la question de l'absence d'indépendance concernait largement l'inamovibilité des membres du tribunal et l'absence d'indépendance administrative, qui sont deux des conditions essentielles à l'indépendance judiciaire énoncées par la suite dans l'arrêt *Valente*.

[122] Les demandeurs se sont également appuyés sur l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259 (*Généreux*), qui concernait les nominations dans les tribunaux militaires du Canada. Dans cet arrêt, la Cour suprême a conclu que la nomination du juge-avocat par le juge-avocat général sapait l'indépendance institutionnelle de la cour martiale générale (à la page 309) :

Deuxièmement, la nomination du juge-avocat par le juge-avocat général (art. 111.22 O.R.F.C.) sape l'indépendance institutionnelle de la cour martiale générale. Les rapports étroits entre le juge-avocat général, qui est nommé par le gouverneur en conseil, et l'exécutif, sont évidents. Pour être conforme à l'al. 11d) de la *Charte*, la nomination d'un juge militaire pour occuper la charge de juge-avocat à une cour martiale générale donnée devrait incomber à un officier de justice indépendant et impartial. La nomination effective du juge-avocat par l'exécutif pourrait, objectivement, faire naître une crainte raisonnable quant à l'indépendance et à l'impartialité du tribunal. Toutefois, comme je l'ai conclu plus haut, je considère que les nouveaux art. 4.09 et 111.22 des O.R.F.C. ont remédié en grande partie à cette lacune dans la mesure où c'était nécessaire dans le contexte des tribunaux militaires.

[123] Bien que cet extrait porte sur le processus de nomination des juges-avocats (soit des juges militaires), il ressort clairement de ce passage et de la décision dans son ensemble que les réserves exprimées par la Cour se rapportaient au facteur de l'indépendance administrative énoncé dans l'arrêt *Valente* relativement à la fonction décisionnelle. Comme l'arrêt *Valente*, cet arrêt portait sur le respect de l'alinéa 11d) de la *Charte* et la Cour a conclu que, pour être conforme à cet alinéa, la nomination d'un juge militaire à la charge de juge-avocat d'une cour martiale générale donnée devrait incomber à un officier de justice indépendant et impartial (à la page 309).

[124] Autrement dit, pour assurer l'indépendance administrative, il faut que le juge qui entendra et tranchera

decide a particular matter must be made by the administration of the relevant court or tribunal, not by the executive. This interpretation of the Court's reasoning is also clear from its conclusion that the new article 111.22 of the amended Queen's Regulations and Orders (which provided to the Chief Military Trial Judge the authority to appoint a judge advocate at a General Court Martial) had remedied the defect the Court identified (at pages 305 and 309). The Applicants' position is not supported by its reliance on *Généreux*.

[125] The Applicants also refer the Court to *Matsqui*, arguing that the Supreme Court ruled in that case that appearance of or actual institutional bias in the appointment process must be taken into account when assessing the protection of the independence and impartiality of administrative tribunals. This case involved an assessment of the independence of tribunals appointed under First Nations bands' bylaws governing the levying of taxes against real property on reserve lands. However, as with the other authorities on which the Applicants rely, this decision turned on application of the essential conditions of independence identified in *Valente*. The Court identified a lack of financial security and lack of security of tenure on the part of tribunal members, as well as the fact that the chiefs and band council select the members of their tribunals (at paragraphs 92–95).

[126] I return to the fundamentals of the Applicants' argument and the guiding authorities. The Applicants submit that the Minister's role in appointing members to the JACs, as well as political influence upon the role of the Minister and ultimately the Cabinet in appointing judges following receipt of recommendations from the JACs and in elevating judges without the benefit of JAC involvement, render the federal judicial appointments and elevations processes unconstitutional. In assessing these arguments, I must consider whether the public would perceive that a court whose members are selected through these processes enjoy the essential objective conditions or guarantees of such independence.

une affaire donnée soit choisi par l'administration de la cour ou du tribunal concerné, et non par l'exécutif. Cette interprétation du raisonnement de la Cour ressort par ailleurs clairement de sa conclusion selon laquelle le nouvel article 111.22 de la version modifiée des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (qui investit le juge militaire en chef du pouvoir de nommer le juge-avocat à la cour martiale générale) a remédié en grande partie à la lacune relevée par la Cour (aux pages 305 et 309). L'arrêt *Généreux* n'étaye pas la thèse des demandeurs.

[125] Les demandeurs renvoient également la Cour à l'arrêt *Matsqui* et affirment que la Cour suprême y a conclu qu'il faut tenir compte de l'apparence de partialité ou de la partialité réelle sur le plan institutionnel dans le processus de nomination lorsqu'on évalue la protection de l'indépendance et de l'impartialité des tribunaux administratifs. Dans cette affaire, la Cour suprême devait se pencher sur l'indépendance de tribunaux constitués en application de règlements administratifs de bandes des Premières Nations régissant l'imposition de taxes sur les biens immeubles situés dans la réserve. Toutefois, comme le reste de la jurisprudence sur laquelle s'appuient les demandeurs, cet arrêt portait sur l'application des conditions d'indépendance essentielles définies dans l'arrêt *Valente*. La Cour a constaté que les membres des tribunaux n'avaient aucune sécurité financière, que leur inamovibilité n'était pas prévue et que les chefs et les conseils de bande choisissaient les membres de leurs tribunaux (aux paragraphes 92–95).

[126] Je reviens aux éléments principaux de la thèse des demandeurs et de la jurisprudence qui doit nous guider. Les demandeurs soutiennent que les processus de nomination et de promotion à la magistrature fédérale sont inconstitutionnels en raison du rôle du ministre quant à la nomination des membres des CCM, de même que l'influence politique sur le rôle du ministre et, au bout du compte, du Cabinet quant à la nomination des juges après l'obtention des recommandations des CCM et à la promotion des juges sans la participation des CCM. Pour juger ces observations, je dois examiner si le public estimerait qu'un tribunal dont les membres sont sélectionnés en suivant ces processus jouirait des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire.

[127] The nature of such objective conditions or guarantees has been canvassed in numerous authorities, which invariably focus upon post-appointment conditions as the means by which judicial independence is secured. As the Respondent puts it, the Applicants' arguments seek to add a further pre-appointment condition. However, the authorities upon which they rely do not support their arguments. The Applicants have identified no precedents in which the appointment processes resulted in a finding of constitutional violation in the absence of a problem with the post-appointment *Valente* conditions.

[128] The lack of jurisprudential support for the Applicants' position is perhaps not surprising given the particular constitutional structure that governs judicial appointments in Canada. As previously noted, the provision of the Constitution most fundamental to this structure is section 96, which provides as follows:

96 The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick.

[129] As canvassed earlier in these Reasons, the effect of section 96 is that superior court judges are appointed by Cabinet and, as the Respondent submits, Cabinet is inherently a political body. As expressed by Justice Stratas in *B'nai Brith* in reliance on relevant academic authorities, Cabinet is "to a unique degree the grand co-ordinating body for the divergent provincial, sectional, religious, racial and other interests throughout the nation" (at paragraph 77). As the Respondent expressed the point at the hearing of this application, there is a political element "baked" into the appointments process by the Constitution's designation of Cabinet as the appointing authority. I note that the legislation, which the Applicants cite as enacting the changes to the United Kingdom judicial appointments process explained by Professor Harrington, is styled the *Constitutional Reform Act 2005*. At least on its face, the title of this legislation suggests that those changes required amendment of the constitutional structure as it is understood in the United Kingdom.

[127] La nature de ces conditions ou garanties objectives a été examinée à de nombreuses reprises dans la jurisprudence, dans laquelle l'indépendance judiciaire passe invariablement par les conditions post-nomination. Comme l'affirme le défendeur, le but de la thèse des demandeurs est d'ajouter une autre condition préalable à la nomination. Cependant, la jurisprudence qu'ils invoquent n'étaye pas leur thèse. Les demandeurs n'ont renvoyé à aucun précédent dans lequel le processus de nomination aurait justifié une conclusion de violation de la Constitution sans manquement aux conditions post-nomination établies dans l'arrêt *Valente*.

[128] Le manque de jurisprudence à l'appui de la thèse des demandeurs n'est peut-être pas étonnant, compte tenu de la structure constitutionnelle particulière qui régit les nominations à la magistrature au Canada. Comme je l'ai indiqué plus haut, la disposition de la Constitution essentielle à cette structure est l'article 96 :

96 Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.

[129] Comme nous l'avons vu plus haut dans les présents motifs, l'article 96 a pour effet que les juges des cours supérieures sont nommés par le Cabinet et, comme l'affirme le défendeur, le Cabinet est fondamentalement un organe politique. Comme l'a expliqué le juge Stratas dans l'arrêt *B'nai Brith* en se fondant sur les ouvrages de doctrine pertinents, le Cabinet est, [TRADUCTION] « dans une mesure hors du commun, l'organe supérieur de coordination des intérêts provinciaux, régionaux, religieux, raciaux et autres propres à l'ensemble de la nation » (au paragraphe 77). Comme l'a fait observer le défendeur à l'audience, le processus de nomination comporte un élément politique [TRADUCTION] « inextricable » du fait que la Constitution désigne le Cabinet comme étant l'autorité responsable des nominations. Je note que la loi citée par les demandeurs comme apportant au processus de nomination à la magistrature du Royaume-Uni les changements expliqués par M^{me} Harrington, s'intitule *Constitutional Reform Act 2005*, qui peut se traduire par Loi sur la réforme constitutionnelle de 2005. Le titre de cette loi indique, du moins à première vue, que ces changements ont nécessité la modification de la structure constitutionnelle telle qu'on l'entend au Royaume-Uni.

[130] Of course, as with the changes to the appointments process that were made in 2016, changes can be made that are not so fundamental as to require a constitutional amendment. It may be that there would be merit to further changes and that a government that implements such changes may be rewarded at the ballot box. However, consistent with the separation of powers underlying the justiciability analysis set out earlier in these Reasons, it is not the Court's role to comment on such possibilities. Applying the constitutional principles of judicial independence and impartiality as informed by the authorities and analysis set out above, I find no constitutional violation, and this application for judicial review must therefore be dismissed.

F. *If the federal judicial appointments system and federal judicial elevations system violate the Charter, whether the infringement can be saved by section 1 of the Charter?*

[131] Given my finding above, this issue does not arise.

G. *To what remedy, if any, are the Applicants entitled?*

[132] Similarly, as this application will be dismissed, there is no need for the Court to consider remedies.

VII. Costs

[133] Typically, costs in an application for judicial review follow the result, meaning that the successful party receives an award of costs intended to provide some measure of compensation for legal expenses incurred in advancing its position in the matter. Consistent therewith, the Respondent explained at the hearing of this application that, if the Court decided to dismiss the application, the Respondent would be claiming costs calculated in accordance with Column III of Tariff B of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106.

[130] Bien entendu, comme ce fut le cas lors de la modification du processus de nomination en 2016, il est possible d'apporter des changements qui ne sont pas si fondamentaux qu'ils nécessitent une modification constitutionnelle. Il est possible qu'il y ait lieu d'apporter d'autres changements et qu'un gouvernement à l'origine de tels changements se voie récompensé lors des élections. Cependant, vu la séparation des pouvoirs sur laquelle repose l'analyse de la justiciabilité énoncée plus haut dans les présents motifs, il n'appartient pas à la Cour de formuler des observations sur ces possibilités. Ayant appliqué les principes constitutionnels d'indépendance et d'impartialité judiciaires en tenant compte de la jurisprudence et de l'analyse exposées plus haut, je conclus qu'il n'y a aucune violation de la Constitution et que la présente demande de contrôle judiciaire doit donc être rejetée.

F. *Si les systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale contreviennent à la Charte, l'atteinte peut-elle se justifier au regard de l'article premier de la Charte?*

[131] Compte tenu de la conclusion que j'ai tirée ci-dessus, la question ne se pose pas.

G. *À quelles réparations, s'il y a lieu, les demandeurs ont-ils droit?*

[132] De même, puisque la présente demande sera rejetée, la Cour n'a pas besoin d'examiner la question des réparations.

VII. Dépens

[133] Habituellement, les dépens dans les demandes de contrôle judiciaire suivent l'issue de l'affaire, c'est-à-dire que la partie qui obtient gain de cause se voit adjuger les dépens, pour qu'elle soit dans une certaine mesure indemnisée des frais juridiques qu'elle a engagés pour faire valoir sa cause. Ainsi, le défendeur a expliqué à l'audience que, si la Cour décidait de rejeter la demande, il demanderait des dépens calculés conformément à la colonne III du tarif B des *Règles des Cours fédérales*.

[134] The Applicants explained that they would not be seeking costs regardless of the outcome of the application. They take the position that, given the nature of this matter as a piece of public interest litigation, no costs should be awarded to either party. The Applicants refer the Court to other examples of public interest litigation in which no costs were awarded against them, notwithstanding that they were unsuccessful in the position advanced (see, e.g., *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 194, at paragraph 50).

[135] The Respondent recognizes the existence of jurisprudential support for the Court declining to award costs in the context of public interest litigation. However, it argues that, in the circumstances of this particular matter, costs should be imposed, because the Applicants have previously advanced unsuccessful litigation surrounding separation of powers and, in light of the explanations in the resulting first instance and appellate decisions (see *Prime Minister*), the Applicants should not have pursued the matter now before the Court. The Respondent also relies on *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 133, [2021] 2 F.C.R. D-11, in which an issue raised by the Applicants on judicial review was found not to be justiciable and the application was dismissed with costs against the Applicants.

[136] The latter authority cited by the Respondent does not apply to the case at hand, as I have found that the issue raised by the Applicants is justiciable. Nor do I consider the Applicants' involvement in the former authority to support the Respondent's position, as the issue surrounding separation of powers advanced in that matter was quite different from that raised in the present application.

[137] In its recent decision in *British Columbia (Attorney General) v. Trial Lawyers Association of British Columbia*, 2022 BCCA 354, the British Columbia Court of Appeal applied the following factors in assessing whether a public interest litigant should be insulated from an adverse costs award (at paragraph 21):

[134] Les demandeurs ont indiqué qu'ils ne demanderaient pas les dépens, quelle que soit l'issue de la cause. Ils sont d'avis que, puisque l'espèce est une cause d'intérêt public, les dépens ne devraient être adjugés à ni l'une ni l'autre des parties. Les demandeurs renvoient la Cour à d'autres exemples de causes d'intérêt public dans lesquelles ils n'ont pas été condamnés aux dépens, même s'ils avaient été déboutés (voir, p. ex., *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 194, au paragraphe 50).

[135] Le défendeur reconnaît qu'il existe de la jurisprudence justifiant que la Cour refuse d'adjuger des dépens dans une cause d'intérêt public. Il soutient cependant que, compte tenu des circonstances, des dépens devraient être imposés parce que les demandeurs avaient déjà été déboutés de procédures qu'ils avaient intentées concernant la séparation des pouvoirs et parce que, compte tenu des motifs exposés dans les décisions rendues en première instance et en appel, ils n'auraient pas dû porter l'affaire devant la Cour (voir *Premier ministre*). Le défendeur invoque également l'arrêt *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 133, [2021] 2 R.C.F. F-13, dans lequel une question soulevée par les demandeurs dans une demande de contrôle judiciaire a été jugée non justiciable et la demande a été rejetée avec dépens à l'encontre des demandeurs.

[136] Ce dernier arrêt auquel a renvoyé le défendeur ne s'applique pas à l'espèce puisque, comme je l'ai conclu, la question soulevée par les demandeurs était justiciable. Je n'estime pas non plus que la participation des demandeurs dans ce dernier arrêt étaye la thèse des défendeurs, puisque la question de la séparation des pouvoirs qui y a été débattue différerait considérablement de celle soulevée en l'espèce.

[137] Récemment, dans l'arrêt *British Columbia (Attorney General) v. Trial Lawyers Association of British Columbia*, 2022 BCCA 354, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué les critères suivants pour déterminer si une partie qui agit dans l'intérêt public devrait être protégée contre une adjudication des dépens défavorable (au paragraphe 21) :

[TRANSDUCTION]

- | | |
|--|--|
| <p>(a) The proceeding involves issues the importance of which extend beyond the immediate interests of the parties involved.</p> <p>(b) The person has no personal, proprietary or pecuniary interest in the outcome of the proceeding, or, if they have an interest, it clearly does not justify the proceeding economically.</p> <p>(c) The issues have not been previously determined by a court in a proceeding against the same defendant.</p> <p>(d) The defendant has a clearly superior capacity to bear the costs of the proceeding.</p> <p>(e) The plaintiff has not engaged in vexatious, frivolous or abusive conduct.</p> | <p>a) l'instance se rapporte à des questions dont l'importance s'étend au-delà des intérêts immédiats des parties en cause;</p> <p>b) la personne en cause n'a aucun intérêt personnel, propriété ou pécuniaire dans le résultat de l'instance ou, si elle en a un, cela ne justifie clairement pas l'introduction de l'instance sur le plan financier;</p> <p>c) aucun tribunal n'a déjà statué sur les questions en litige dans une instance contre le même défendeur;</p> <p>d) le défendeur est clairement davantage en mesure de supporter les dépenses de l'instance;</p> <p>e) le demandeur n'a pas agi d'une façon vexatoire, futile ou abusive.</p> |
|--|--|

[138] In my view, these factors all favour the Court declining to award costs against the Applicants in this matter. My Judgment will accordingly make no order as to costs.

[138] À mon avis, ces facteurs jouent tous en faveur d'un refus de la Cour d'adjudger des dépens à l'encontre des demandeurs en l'espèce. Je n'adjudgerai donc pas de dépens.

JUDGMENT in T-1324-20JUGEMENT dans le dossier T-1324-20

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

LA COUR STATUE :

- | | |
|---|---|
| <p>1. The Respondent's motion is granted in part and the following evidence is struck from the record:</p> <p>a. Paragraphs 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 (first clause of first sentence), 23, 24, 25, 26, 27, 28 (first two sentences), 29, and 31 of the First Conacher Affidavit;</p> <p>b. Exhibits D, E, F, G, H, I, J, N, O, P, Q, R, S, T, U, V, W, Y, Z, AA, and BB to the First Conacher Affidavit;</p> <p>c. Paragraphs 2, 3a, and 3e of the Second Conacher Affidavit; and</p> | <p>1. La requête du défendeur est accueillie en partie et les éléments de preuve suivants sont radiés du dossier :</p> <p>a. les paragraphes 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 (la proposition subordonnée au début de la première phrase), 23, 24, 25, 26, 27, 28 (deux premières phrases), 29 et 31 du premier affidavit de M. Conacher;</p> <p>b. les pièces D, E, F, G, H, I, J, N, O, P, Q, R, S, T, U, V, W, Y, Z, AA et BB du premier affidavit de M. Conacher;</p> <p>c. les paragraphes 2, 3a et 3e du deuxième affidavit de M. Conacher;</p> |
|---|---|

- | | |
|---|--|
| d. Exhibits A, B and F of the Second Conacher Affidavit. | d. les pièces A, B et F du deuxième affidavit de M. Conacher. |
| 2. The Applicants are granted public interest standing in this application. | 2. La Cour reconnaît aux demandeurs la qualité pour agir dans l'intérêt public dans la présente demande. |
| 3. This application is dismissed. | 3. La présente demande est rejetée. |
| 4. There is no order as to costs. | 4. Aucuns dépens ne sont adjugés. |