

A-20-98

A-20-98

Michael Taylor (*Appellant*)**Michael Taylor** (*appelant*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)**Procureur général du Canada** (*intimé*)

and

et

The Canadian Jewish Congress (*Intervener*)**Le Congrès juif canadien** (*intervenant*)**INDEXED AS: TAYLOR v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**
(C.A.)**RÉPERTORIÉ: TAYLOR c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**
(C.A.)Court of Appeal, Robertson, Sexton and Evans JJ.A.
—Toronto, January 27; Ottawa, March 6, 2000.Cour d'appel, juges Robertson, Sexton et Evans,
J.C.A.—Toronto, 27 janvier; Ottawa, 6 mars 2000.

Judges and Courts — Judicial immunity from suit — Appeal from dismissal of application for judicial review of CHRC's decision not having jurisdiction to deal with complaint about Ontario Court, General Division Judge's ruling regarding wearing of religious head coverings by spectators at criminal trial — CHRC holding Judge protected by absolute immunity of judges — Appeal dismissed — If judges could be sued for decisions, would be no certain end to disputes, cases would take longer to be heard, resolved, judicial independence would be severely compromised — Need to protect public, not judges, basis for judicial immunity — Judicial immunity not applicable where judge knowingly acting beyond jurisdiction — Impugned order not within exception because Judge not only had jurisdiction under Criminal Code, s. 486 to make order, even if erred in exercise of discretion, thought had jurisdiction — Because order within inherent jurisdiction of court, not administrative act not protected by judicial immunity — Exception to judicial immunity not opening floodgates to vexatious claims as system (motion to strike, summary judgment award of costs) guarding against vexatious claims.

Juges et tribunaux — Immunité judiciaire face à toute poursuite — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la CCDP qu'elle n'avait pas compétence pour enquêter sur la plainte portant sur la décision d'un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale) au sujet du port d'un couvre-chef pour des motifs religieux par des membres du public assistant à un procès criminel — La CCDP a conclu que le juge était protégé par l'immunité absolue reconnue aux juges — Appel rejeté — Si on pouvait poursuivre les juges pour leurs décisions, il n'y aurait pas de finalité aux décisions réglant les différends, les affaires mettraient encore plus de temps à se rendre à l'audience et au jugement, et l'indépendance judiciaire serait sérieusement battue en brèche — L'immunité judiciaire est fondée sur le besoin de protéger le public et non les juges — L'immunité judiciaire n'est pas acquise à un juge qui savait ne pas agir dans les limites de sa compétence — L'ordonnance contestée n'est pas visée par l'exception, parce que le juge avait la compétence requise de rendre l'ordonnance en cause en vertu de l'art. 486 du Code criminel, même s'il a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, et il croyait avoir compétence — Comme l'ordonnance se situe dans le cadre du pouvoir inhérent de la Cour, il ne peut s'agir d'un acte administratif non couvert par l'immunité judiciaire — L'exception à l'immunité judiciaire ne donnera pas lieu à une avalanche de réclamations vexatoires, notre système (requête en radiation, jugement sommaire, octroi des dépens) fournissant une protection contre les réclamations vexatoires.

Constitutional law — Fundamental principles — Judicial immunity not inconsistent with Charter equality rights as itself fundamental constitutional principle — In light of constitutional importance of judicial immunity, "bad faith" exception to judicial immunity narrow — Not engaged merely where error in exercise of judicial discretion, as

Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — L'immunité judiciaire n'est pas incompatible avec les droits à l'égalité garantis par la Charte, puisqu'elle est un principe constitutionnel fondamental — Au vu de l'importance constitutionnelle de l'immunité judiciaire, l'exception de «mauvaise foi» à l'immunité judiciaire est d'application

herein — Recognition of exception to judicial immunity not opening floodgates to vexatious claims — Legal system providing sufficient protection against totally unmeritorious claims.

Human rights — Appeal from dismissal of application for judicial review of CHRC's decision not having jurisdiction to deal with complaint concerning Ontario Court, General Division Judge's ruling regarding wearing of religious head coverings in Court — O.C.A. holding Judge may have created impression of insensitivity to minority rights, erred in suggesting only certain religious groups protected by Charter — CHRC holding Judge protected by absolute immunity of judges — Neither CHRC nor CHRT providing sufficient safeguards to protect integrity of principle of judicial independence — To afford Commission power to investigate whether Judge acting in judicial capacity would completely destroy judicial immunity, independence — Remedies under CHRA, s. 53(2) if complaint substantiated harmful to unwritten principle of judicial independence — CHRA, s. 41(1)(c), requiring Commission to deal with complaints except those beyond its jurisdiction, preventing Commission from dealing with complaint.

This was an appeal from the Trial Division's dismissal of an application for judicial review of the Canadian Human Rights Commission's decision that it did not have jurisdiction to deal with the applicant's complaint. During the course of a criminal trial, Whealy J. of the Ontario Court, General Division ordered that spectators wearing hats either remove them or leave. The applicant refused to remove his headdress which he wore as part of his religious practice as a Muslim. On a motion by counsel for the accused to permit anyone wearing a head covering for religious reasons to do so during the trial, Whealy J. ordered that the wearing of a headdress would be permitted in court only if it was an article of faith demanded by a well-established and recognizable religious community. Whealy J. also dismissed a second application, supported by the applicant's sworn affidavit explaining the religious purpose of his head covering, to permit the applicant to attend the trial. The applicant complained to both the Canadian Judicial Council and to the Canadian Human Rights Commission. The Council refused to take any action, giving as a reason that Whealy J.'s authority to make the rulings involved legal rights that could not be decided by the Council. The Ontario Court of Appeal allowed the accused's appeal on other grounds, but held that Whealy J. erred in suggesting that only certain religious communities were within the purview of the Charter and in excluding certain members of the public from the courtroom, and that in so doing, he may

très limitée — Elle ne peut être invoquée simplement par suite d'une erreur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge, comme en l'instance — La reconnaissance d'une exception à l'immunité judiciaire ne donnera pas lieu à une avalanche de réclamations vexatoires — Notre système judiciaire fournit un niveau suffisant de protection face aux revendications totalement injustifiées.

Droits de la personne — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la CCDP qu'elle n'avait pas compétence pour enquêter sur la plainte portant sur la décision d'un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale) au sujet du port au tribunal d'un couvre-chef pour des motifs religieux — La C.A.O. a conclu que le juge avait pu donner l'impression qu'il ne s'intéressait pas aux droits des minorités en laissant entendre, par erreur, que seules certaines communautés religieuses sont protégées par la Charte — La CCDP a conclu que le juge était protégé par l'immunité absolue reconnue aux juges — Ni la CCDP, ni le TCDP n'offrent de garanties suffisantes pour protéger le principe de l'indépendance judiciaire — Le fait d'accorder à la Commission le pouvoir d'enquêter pour déterminer si le juge a agi en tant que juge détruirait complètement l'immunité judiciaire et l'indépendance de la magistrature — Les réparations prévues à l'art. 53(2) de la LCDP si la plainte est justifiée seraient néfastes pour le principe non écrit de l'indépendance de la magistrature — L'art. 41(1)(c) de la LCDP, qui exige que la Commission enquête sur toute plainte sauf celles qui ne sont pas de sa compétence, exclut toute enquête de la Commission sur la plainte.

En l'espèce, appel est interjeté de la décision prise par la Section de première instance rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne qu'elle n'avait pas compétence pour enquêter sur la plainte du demandeur. Durant un procès criminel, le juge Whealy, de la Cour de l'Ontario (Division générale), a ordonné que les membres du public qui portaient des chapeaux les enlèvent ou sortent. Le demandeur a refusé, déclarant qu'il était de religion musulmane et que le port de son couvre-chef faisait partie de sa pratique religieuse. Suite à une requête présentée par l'avocat de l'accusé pour obtenir que toute personne portant un couvre-chef pour des motifs religieux puisse assister au procès sans avoir à le retirer, le juge Whealy a décidé que les couvre-chefs ne seraient permis en présence du tribunal que s'il s'agissait d'une marque de foi exigée par une communauté religieuse bien établie et reconnue. Le juge Whealy a aussi rejeté une deuxième requête, appuyée par un affidavit souscrit par le demandeur expliquant l'aspect religieux de son couvre-chef, demandant qu'il soit autorisé à assister au procès. Le demandeur a porté plainte au Conseil canadien de la magistrature et à la Commission canadienne des droits de la personne. Le Conseil n'a pris aucune mesure, au motif que les décisions en cause du juge Whealy impliquaient des droits légaux qui ne peuvent faire l'objet d'une décision du Conseil. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel de l'accusé pour d'autres motifs,

have inadvertently created the impression of an insensitivity as to the rights of minority groups. Following upon the adverse comments of the Court of Appeal, the Council reconsidered the complaint, ultimately expressing disapproval of Whealy J.'s remarks, but not considering the conduct to be sufficiently serious to warrant any further action. The Canadian Human Rights Commission decided not to deal with the complaint based on the common law principle of absolute immunity of judges. The Federal Court, Trial Division held that Whealy J.'s ruling was made in his capacity as a judge and he was therefore protected by reason of judicial immunity from suit.

The issue was whether the complaint was within the Commission's jurisdiction or was it barred by common law judicial immunity.

Held, the appeal should be dismissed.

Should this Court conclude that the Commission does not have jurisdiction to review Whealy J.'s conduct, the applicant was not left without a remedy. It appears that he could have appealed the order directly to the Supreme Court of Canada by applying for leave to appeal pursuant to *Supreme Court Act*, section 40. He has already lodged a complaint with the Canadian Judicial Council.

If judges could be sued for their decisions, there would be no certain end to disputes, cases would take longer to be heard and resolved thus wasting already scarce judicial resources, and judicial independence would be severely compromised. Accordingly, the basis for judicial immunity is rooted in the need to protect the public, not in a need to protect judges.

It has been suggested that there are limits to judicial immunity. In *Sirros v. Moore*, Lord Denning held that nothing will make a judge liable unless it be shown that he knowingly acted beyond his jurisdiction. While it cannot be said that the Supreme Court of Canada has definitively decided the point, this Court was inclined to accept Lord Denning's exception as good law in Canada. The order did not fall within the "bad faith" exception to judicial immunity because Whealy J. had jurisdiction to make the order under *Criminal Code*, subsection 486(1), which permits a judge to exclude members of the public from the court room where it is in the interest of the maintenance of order, even if it was later determined that he had erred in the exercise of his discretion. Whealy J. made the order because he thought it was necessary to maintain order in the courtroom. Accordingly, Whealy J. had jurisdiction by reason of

mais a déclaré que le juge Whealy avait commis une erreur en laissant entendre que seules certaines communautés religieuses peuvent se prévaloir de la Charte et en interdisant l'accès à la salle d'audience à certains membres du public, et que ce faisant il a pu inadvertance donner l'impression qu'il ne s'intéressait pas aux droits des minorités. Suite aux commentaires négatifs de la Cour d'appel, le Conseil a réexaminé la plainte et a exprimé sa désapprobation face aux commentaires du juge Whealy, mais il n'a pas jugé cette conduite suffisamment sérieuse pour justifier une action ultérieure de sa part. La Commission canadienne des droits de la personne a décidé de ne pas enquêter sur la plainte, compte tenu de l'immunité absolue reconnue aux juges par la common law. La Section de première instance de la Cour fédérale a conclu que la décision du juge Whealy avait été prise en sa qualité de juge et qu'il était en conséquence protégé face à toute poursuite du fait de son immunité judiciaire.

La question en appel est la suivante: la plainte est-elle de la compétence de la Commission, ou est-elle irrecevable du fait de l'immunité judiciaire prévue par la common law?

Arrêt: l'appel est rejeté.

Si la Cour décide que la Commission n'avait pas compétence pour examiner la conduite du juge Whealy, le demandeur n'est pas privé de tout recours. Il appert qu'il aurait pu en appeler de l'ordonnance directement à la Cour suprême du Canada, en demandant l'autorisation d'en appeler en vertu de l'article 40 de la *Loi sur la Cour suprême*. Il a déjà présenté une plainte au Conseil canadien de la magistrature.

Si on pouvait poursuivre les juges pour leurs décisions, il n'y aurait pas de finalité aux décisions réglant les différends, les affaires mettraient encore plus de temps à se rendre à l'audience et au jugement, gaspillant ainsi des ressources judiciaires déjà rares, et l'indépendance judiciaire serait sérieusement battue en brèche. En conséquence, l'immunité judiciaire est fondée sur le besoin de protéger le public et non les juges.

On a dit que l'immunité judiciaire n'est pas absolue. Dans *Sirros v. Moore*, lord Denning a déclaré que rien ne peut rendre un juge sujet à des poursuites sauf la démonstration qu'il savait ne pas agir dans les limites de sa compétence. Bien qu'on ne puisse dire que la Cour suprême du Canada a tranché la question de façon définitive, notre Cour croit qu'il y a lieu d'accepter que l'exception de lord Denning fait partie du droit canadien. L'ordonnance n'est pas visée par l'exception de «mauvaise foi» à l'immunité judiciaire, puisque le juge Whealy avait la compétence requise de rendre l'ordonnance en cause en vertu du paragraphe 486(1) du *Code criminel*, qui autorise un juge à exclure des membres du public d'une salle d'audience dans l'intérêt du maintien de l'ordre, même si on a déterminé plus tard qu'il avait commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Le juge Whealy a rendu l'ordonnance qui lui

Criminal Code, subsection 486(1) and he clearly thought that he had jurisdiction. Thus it was not strictly necessary to decide whether any “bad faith” exception applied to the principle of judicial immunity.

The intervener, Canadian Jewish Congress, submitted that the Court should adopt a distinction between administrative acts, where no judicial immunity applies and judicial acts, where judicial immunity does apply. Whealy J.’s order was not an administrative act. It was judicial and was made with jurisdiction, albeit jurisdiction which the Ontario Court of Appeal concluded had been wrongly exercised. Something that is within the inherent jurisdiction of a Court cannot be an administrative act.

In support of its argument that judicial immunity should be modified to better accord with the Charter and human rights legislation, the intervener relied upon a statement in the Supreme Court of Canada decision in *Nelles v. Ontario* that to accord absolute immunity to prosecutors would strike at the very principle of equality of the law. *Nelles* did not deal with judicial immunity. And judicial immunity is not inconsistent with the Charter as judicial immunity itself is a fundamental constitutional principle. Finally, the exception to absolute immunity established in *Sirroos v. Moore* is extremely narrow. Rarely will a plaintiff be able to show that a judge acted with the knowledge that he or she had no jurisdiction. In light of the constitutional importance of judicial immunity, the “bad faith” exception to judicial immunity cannot be engaged merely where a judge errs in the exercise of discretion, as was the case herein. Nor does the recognition of an exception to judicial immunity open the floodgates to vexatious claims. Our legal system provides a sufficient level of protection: frivolous claims can be struck before trial, a defendant can move for summary judgment before trial, and costs can be awarded to discourage totally unmeritorious claims.

As to the proposition that judges may be subject to the provisions of the *Canadian Human Rights Act*, neither the Canadian Human Rights Commission nor the Canadian Human Rights Tribunal possesses sufficient safeguards to protect the integrity of the principle of judicial independence. To afford the Commission the power to investigate whether Whealy J. had acted in a judicial capacity would completely destroy judicial immunity and judicial independence. Once the Commission was seized of an investigation, it could request the Canadian Human Rights Tribunal to inquire into Mr. Taylor’s complaint so long as the Commis-

semblait nécessaire au maintien de l’ordre dans la salle d’audience. En conséquence, le juge Whealy avait compétence en vertu du paragraphe 486(1) du *Code criminel* et il est clair qu’il croyait avoir compétence. Il n’est donc absolument pas nécessaire de décider si le principe de l’immunité judiciaire comporte une exception de «mauvaise foi».

Le Congrès juif canadien, intervenant, soutient que la Cour devrait adopter une distinction entre les actes administratifs, qui ne sont pas couverts par l’immunité judiciaire, et les actes judiciaires, qui sont couverts par l’immunité judiciaire. L’ordonnance du juge Whealy n’était pas un acte administratif. Elle était de nature judiciaire et elle se situait dans le cadre de sa compétence, même si la Cour d’appel de l’Ontario a jugé qu’il avait commis une erreur en l’exerçant. Un acte qui se situe dans le cadre du pouvoir inhérent de la Cour ne peut évidemment pas être un acte administratif.

À l’appui de sa position que l’immunité judiciaire devrait être modifiée pour mieux s’aligner sur la Charte et sur la législation en matière des droits de la personne, l’intervenant cite la Cour suprême du Canada, qui a déclaré dans l’arrêt *Nelles c. Ontario* que le fait d’accorder l’immunité absolue aux poursuivants irait à l’encontre du principe même de l’égalité devant la loi. *Nelles* ne traitait pas de l’immunité judiciaire. L’immunité judiciaire n’est pas incompatible avec la Charte, puisque l’immunité judiciaire est un principe constitutionnel fondamental. Finalement, l’exception à l’immunité absolue établie dans *Sirroos v. Moore* est d’application très limitée. Les affaires où un demandeur pourra démontrer qu’un juge a agi en sachant qu’il n’avait pas compétence seront très, très rares. Au vu de l’importance constitutionnelle de l’immunité judiciaire, l’exception de «mauvaise foi» à l’immunité judiciaire ne peut être invoquée simplement parce qu’un juge a commis une erreur dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, ce qui est arrivé en l’instance. De plus, la reconnaissance d’une exception à l’immunité judiciaire ne donnera pas lieu à une avalanche de réclamations vexatoires. Notre système juridique fournit un niveau suffisant de protection: les réclamations frivoles peuvent être radiées avant la tenue d’une instruction, un défendeur peut présenter une requête en jugement sommaire avant la tenue de l’instruction, et les dépens peuvent être accordés de façon à prévenir les revendications totalement injustifiées.

Quant à la suggestion que les juges peuvent être soumis aux dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, ni la Commission canadienne des droits de la personne, ni le Tribunal canadien des droits de la personne n’offrent des garanties suffisantes pour protéger l’intégrité du principe de l’indépendance judiciaire. Le fait d’accorder à la Commission le pouvoir d’enquêter sur le juge Whealy pour déterminer s’il agissait en tant que juge détruirait complètement l’immunité judiciaire et l’indépendance de la magistrature. Une fois la Commission saisie d’une enquête, elle pourrait demander au Tribunal canadien des droits de la

sion was satisfied, having regard to all the circumstances of the complaint, that an inquiry was warranted. If the Tribunal heard the complaint the consequences for judicial independence would be no less dire. Subsection 53(2) of the *Canadian Human Rights Act* establishes several broad remedies made available to the Tribunal if it concludes that a complaint is substantiated. These remedies would be equally harmful to the unwritten constitutional principle of judicial independence, and further serve to highlight the necessity that the principle of judicial immunity applies so as to prevent proceedings against judges before the Commission.

Canadian Human Rights Act, paragraph 41(1)(c) prevents the Commission from dealing with Mr. Taylor's complaint as beyond its jurisdiction.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- 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].
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 5, 41(1)(c), 43(2.2) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 63), 49(1) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27), 53(2)(a) (as am. *idem*), (b) (as am. *idem*), (c) (as am. *idem*), (e) (as am. *idem*).
- 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].
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 203).
- Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 37).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81; *Sirros v. Moore*, [1974] 3 All ER 776 (C.A.); *Scott v. Stansfield* (1868), L.R. 3 Ex. 220; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. (4th) 688; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*, [1997] 3 S.C.R. 3; (1997), 204 A.R.

personne d'instruire la plainte de M. Taylor si elle est convaincue, compte tenu des circonstances relatives à celle-ci, que l'instruction est justifiée. Si le Tribunal était éventuellement saisi de la plainte, les conséquences sur l'indépendance de la magistrature seraient tout aussi catastrophiques. Le paragraphe 53(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit plusieurs réparations que le Tribunal peut obtenir s'il conclut qu'une plainte est justifiée. Ces réparations seraient tout aussi néfastes pour le principe constitutionnel non écrit de l'indépendance de la magistrature et elles permettent d'illustrer pourquoi il est essentiel que l'immunité judiciaire soit invoquée pour empêcher que des procédures soient engagées contre des juges devant la Commission.

L'alinéa 41(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* exclut toute enquête de la Commission sur la plainte de M. Taylor, parce qu'elle n'est pas de leur compétence.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- 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].
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 203).
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 5, 41(1)(c) (mod. par L.C. 1995, ch. 44, art. 49), 43(2.2) (édité par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 63), 49(1) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27), 53(2)(a) (mod., *idem*), (b) (mod., *idem*), (c) (mod., *idem*), (e) (mod., *idem*).
- 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].
- Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 37).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81; *Sirros v. Moore*, [1974] 3 All ER 776 (C.A.); *Scott v. Stansfield* (1868), L.R. 3 Ex. 220; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. (4th) 688; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3; (1997),

1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; [1997] 10 W.W.R. 417; 121 Man. R. (2d) 1; 49 Admin. L.R. (2d) 1; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1.

DISTINGUISHED:

Nelles v. Ontario, [1989] 2 S.C.R. 170; (1989), 60 D.L.R. (4th) 609; 41 Admin. L.R. 1; 37 C.P.C. (2d) 1; 71 C.R. (3d) 358; 42 C.R.R. 1; 98 N.R. 321; 35 O.A.C. 161.

CONSIDERED:

R. v. Laws (1998), 41 O.R. (3d) 499; 165 D.L.R. (4th) 301; 18 C.R. (5th) 257 (C.A.); *Bradley v. Fisher* (1872), 13 Wall. 335 (U.S.S.C.); *McC v. Mullan*, [1984] 3 All ER 908 (H.L.); *Morier et al. v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; (1985), 23 D.L.R. (4th) 1; 17 Admin. L.R. 230; 64 N.R. 46; revg [1983] C.A. 334 (Que. C.A.); *Royer v. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670; (1988), 50 D.L.R. (4th) 345; 32 C.R.R. 1; 13 Q.A.C. 39 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied [1988] 1 S.C.R. xiii; 50 D.L.R. (4th) viii; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 419; (1997), 145 D.L.R. (4th) 394 (C.A.).

REFERRED TO:

Garnett v. Ferrant (1827), 6 B. & C. 611; 108 E.R. 576 (K.B.); *McCann v. The Queen*, [1975] F.C. 272 (C.A.); *Forrester v. White*, 484 U.S. 219 (1988).

AUTHORS CITED

Brun, Henri et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, Cowansville (Qué.) : Éditions Yvon Blais, 1982.
 Friedland, Martin L. *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*. Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995.
Halsbury's Laws of England, vol. 1, 4th ed. London: Butterworths, 1973.

APPEAL from the Trial Division's dismissal of an application for judicial review of the Canadian Human Rights Commission's decision that it did not have jurisdiction to deal with a complaint regarding a ruling by a Justice of the Ontario Court, General Division concerning the wearing of religious head coverings by spectators at a criminal trial (*Taylor v. Canada (Attorney General)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 740 (F.C.T.D.)). Appeal dismissed.

204 A.R. 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; [1997] 10 W.W.R. 417; 121 Man. R. (2d) 1; 49 Admin. L.R. (2d) 1; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Nelles c. Ontario, [1989] 2 R.C.S. 170; (1989), 60 D.L.R. (4th) 609; 41 Admin. L.R. 1; 37 C.P.C. (2d) 1; 71 C.R. (3d) 358; 42 C.R.R. 1; 98 N.R. 321; 35 O.A.C. 161.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. v. Laws (1998), 41 O.R. (3d) 499; 165 D.L.R. (4th) 301; 18 C.R. (5th) 257 (C.A.); *Bradley v. Fisher* (1872), 13 Wall. 335 (U.S.S.C.); *McC v. Mullan*, [1984] 3 All ER 908 (H.L.); *Morier et autre c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; (1985), 23 D.L.R. (4th) 1; 17 Admin. L.R. 230; 64 N.R. 46; inf. [1983] C.A. 334 (C.A. Qué.); *Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670; (1988), 50 D.L.R. (4th) 345; 32 C.R.R. 1; 13 Q.A.C. 39 (C.A.); autorisation d'appel à la C.S.C. refusée [1988] 1 R.C.S. xiii; 50 D.L.R. (4th) viii; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 419; (1997), 145 D.L.R. (4th) 394 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Garnett v. Ferrant (1827), 6 B. & C. 611; 108 E.R. 576 (K.B.); *McCann c. La Reine*, [1975] C.F. 272 (C.A.); *Forrester v. White*, 484 U.S. 219 (1988).

DOCTRINE

Brun, Henri et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, Cowansville (Qué.) : Éditions Yvon Blais, 1982.
 Friedland, Martin L. *Une place à part: l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*. Ottawa: Conseil canadien de la magistrature, 1995.
Halsbury's Laws of England, vol. 1, 4th ed. London: Butterworths, 1973.

APPEL d'une décision de la Section de première instance rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne qu'elle n'avait pas compétence pour enquêter sur une plainte concernant une ordonnance d'un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale), portant sur le port de couvre-chefs pour des motifs religieux par des membres du public assistant à un procès criminel (*Taylor c. Canada (Procureur général)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 740 (C.F. 1^{re} inst.)). Appel rejeté.

COUNSEL:

Peter M. Rosenthal and J. R. Richards for appellant.
Richard A. Kramer and Michael H. Morris for respondent.
Ed Morgan for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

African Canadian Legal Clinic, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Ed Morgan, Toronto, for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

SEXTON J.A.:

INTRODUCTION

[1] Judges are human. Judges make mistakes. While a person generally has a right to appeal a decision that the person considers to be wrong, a corresponding right to sue the judge or to complain to the Canadian Human Rights Commission of the judge's conduct raises many difficult issues.

[2] In our adversarial system, persons frequently feel aggrieved by a judge's decision. If a judge knows that a mistaken decision can lead to personal liability, this could influence his or her decision. A judge may be reluctant to find against the more powerful side.

[3] The matter becomes more complicated when one considers what might constitute an actionable mistake, providing a right to make a claim against a judge. Has a judge made such a mistake if he or she is reversed on appeal? What if the trial judgment is restored on a further appeal? Have the appeal judges committed an actionable mistake? What if both a trial judge and a Court of Appeal are reversed by the Supreme Court of

ONT COMPARU:

Peter M. Rosenthal et J. R. Richards pour l'appellant.
Richard A. Kramer et Michael H. Morris pour l'intimé.
Ed Morgan pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

African Canadian Legal Clinic, Toronto, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.
Ed Morgan, Toronto, pour l'intervenant.

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

LE JUGE SEXTON, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] Les juges sont des êtres humains. Les juges font des erreurs. Bien que toute personne ait généralement le droit d'en appeler d'une décision qu'elle considère être erronée, la question de savoir s'il existe un droit de poursuivre un juge ou de se plaindre à la Commission canadienne des droits de la personne de la conduite d'un juge soulève maintes questions difficiles.

[2] Dans notre système contradictoire, il arrive souvent qu'une personne soit mécontente de la décision d'un juge. Si un juge savait qu'une décision erronée pourrait se traduire par une responsabilité personnelle, cela pourrait influencer sa décision. Un juge pourrait avoir des réserves lorsqu'il s'agit de donner tort à la partie la plus puissante.

[3] La question se complique si l'on examine ce qui pourrait constituer une erreur ouvrant droit à des poursuites contre un juge. L'erreur existe-t-elle lorsqu'un juge voit son jugement infirmé en appel? Qu'arrive-t-il si le jugement en première instance est rétabli lors d'un appel ultérieur? Les juges d'appel ont-ils commis une erreur ouvrant droit à une poursuite? Qu'arrive-t-il si le juge de première instance ainsi

Canada? Is there liability on the part of the trial and Appeal Court judges?

[4] Among the most important attributes that judges owe to the public are objectivity, independence and impartiality. These attributes must be protected and any innovative legal principle which permits a litigant to invoke an administrative proceeding that encroaches on these attributes must be carefully scrutinized.

BACKGROUND FACTS

[5] On November 15, 1993, Whealy J. of the Ontario Court, General Division was scheduled to preside over the criminal trial of Dudley Laws. When the courtroom session began, Whealy J. noted that he saw some people wearing hats in the courtroom. He ordered that either the hats be removed or that the people wearing them leave.

[6] On November 22, 1993, the appellant, Mr. Taylor, attended Mr. Laws' trial. After he had been sitting in court for about five minutes, he was approached by a court officer and was told that Whealy J. did not permit persons to wear "hats" in his court. Mr. Taylor told the officer that he was a Muslim and that the headdress was part of his religious practice. The officer told him that there were no exceptions, and that he had to either remove his headdress or leave the court. Mr. Taylor left.

[7] That same day, Whealy J. ruled on a motion brought by Mr. Laws' counsel, who sought an order directing that any person who wore a hat or other head covering for religious reasons could wear such a hat or head covering during Mr. Laws' trial.

[8] In his ruling, Whealy J. held that "it cannot be doubted that a presiding judge not only has the authority but also the duty to oversee the demeanour, solemnity and dignity which must prevail in a superior

que la Cour d'appel voient leur décision commune infirmée par la Cour suprême du Canada? Le juge de première instance et les juges de la Cour d'appel sont-ils susceptibles de poursuites?

[4] Les attributs les plus importants des juges face au public sont l'objectivité, l'indépendance et l'impartialité. Ces attributs doivent être protégés et il y a lieu d'examiner très attentivement tout principe de droit novateur qui autoriserait un justiciable à invoquer une procédure administrative qui empiéterait sur ces attributs.

LE CONTEXTE

[5] Le 15 novembre 1993, le juge Whealy, de la Cour de l'Ontario (Division générale), devait présider le procès criminel de Dudley Laws. À l'ouverture, le juge Whealy a noté le fait que certains membres du public portaient des chapeaux dans la salle d'audience. Il a ordonné qu'on enlève ces chapeaux ou que ceux qui les portaient sortent.

[6] Le 22 novembre 1993, l'appellant, M. Taylor, s'est rendu au procès de M. Laws. Alors qu'il était dans la salle d'audience depuis à peu près cinq minutes, un agent de la Cour s'est approché de lui pour lui dire que le juge Whealy ne permettait pas qu'on porte des «chapeaux» dans la salle d'audience. M. Taylor a déclaré à l'agent qu'il était de religion musulmane et que le port de son couvre-chef faisait partie de sa pratique religieuse. L'agent lui a déclaré qu'on ne faisait aucune exception et que s'il n'enlevait pas son couvre-chef il devrait quitter la salle d'audience. M. Taylor est alors sorti.

[7] Le même jour, le juge Whealy a tranché une requête présentée par l'avocat de M. Laws. Ce dernier cherchait à faire établir que toute personne portant un chapeau, ou autre couvre-chef, pour des motifs religieux, pouvait assister au procès de M. Laws sans avoir à le retirer.

[8] Dans son jugement, le juge Whealy a conclu qu'on [TRADUCTION] «ne pouvait mettre en doute que le juge qui préside avait non seulement la compétence, mais aussi le devoir, d'assurer le respect de la

court of law.”¹ He outlined suitable dress code criteria, one of which was that “male heads must be bare and that if females wear head cover, it must not interfere with other members of the public or be flamboyant.”² He then addressed the circumstances under which members of the public could wear religious head coverings in his courtroom:

Some head coverings, by their shape, colour and design, are obvious and easily recognizable as signalling to the eye an adherent of a well established and recognizable race, culture, national or religious community; one of those communities who is clearly within the purview of the Charter. I am unable to think of any such community who has adopted a headdress which lacks the dignity and uniformity that I have been speaking of. Even among those communities, headdress in court will only be permitted if it is an article of faith demanded by that well established and recognizable religious community.

[9] On November 25, 1993, Mr. Taylor again attempted to enter Whealy J.’s courtroom, and was again denied entry by a court officer.

[10] Mr. Taylor asked Mr. Laws’ counsel to bring a second application to permit him to attend Mr. Laws’ trial. Mr. Laws’ counsel agreed to do so. In support of the motion, Mr. Taylor swore an affidavit explaining the religious purpose of his head covering. Again, Whealy J. dismissed this application, and gave substantially the same reasons offered in his earlier ruling. At trial, Mr. Laws was eventually convicted of most of the offences with which he was charged.³

[11] Mr. Taylor filed a complaint regarding Whealy J.’s conduct with the Ontario Human Rights Commission. The Ontario Human Rights Commission concluded that it could not investigate the complaint because it did not have jurisdiction to do so. It justified its conclusion by reason of the fact that the Ontario Human Rights Commission only has jurisdiction over provincial matters, and that Ontario Court—General Division judges are appointed by the federal government.

solennité et de la dignité dans les comportements devant une cour supérieure de justice»¹. Il a énoncé les critères applicables au protocole vestimentaire, notamment que [TRADUCTION] «les hommes doivent avoir la tête nue; quant aux femmes, si elles portent un couvre-chef, ce dernier ne doit pas être ostentatoire ou gêner les autres membres du public»². Il a alors indiqué dans quelles circonstances les membres du public pouvaient porter des couvre-chefs ayant une signification religieuse dans la salle d’audience:

[TRADUCTION] Certains couvre-chefs sont facilement reconnaissables par leur forme, leur couleur ou leur style, et ils indiquent que la personne qui les porte est membre d’une race, culture, communauté nationale ou religieuse qui est bien établie et reconnue; il s’agit de ces communautés qui sont clairement couvertes par la Charte. Il ne me vient pas à l’esprit qu’aucune de ces communautés aurait adopté un couvre-chef qui n’a pas l’aspect digne et uniforme que je viens de mentionner. Même parmi ces communautés, les couvre-chefs ne seront permis en présence du tribunal que s’il s’agit d’une marque de foi exigée par une communauté religieuse bien établie et reconnue.

[9] Le 25 novembre 1993, M. Taylor a fait une nouvelle tentative pour entrer dans la salle d’audience du juge Whealy et il a été refoulé par un agent de la Cour.

[10] M. Taylor a demandé à l’avocat de M. Laws de présenter une deuxième requête demandant qu’il soit autorisé à assister au procès de ce dernier. L’avocat de M. Laws a accepté de le faire. À l’appui de cette requête, M. Taylor a souscrit un affidavit expliquant l’aspect religieux de son couvre-chef. Le juge Whealy a à nouveau rejeté cette demande, essentiellement pour les mêmes motifs que la première fois. Au procès, M. Laws a été trouvé coupable de la plupart des infractions dont on l’accusait³.

[11] M. Taylor s’est plaint de la conduite du juge Whealy à la Commission ontarienne des droits de la personne. La Commission ontarienne des droits de la personne a conclu qu’elle n’avait pas compétence pour enquêter sur la plainte, au motif que sa compétence ne portait que sur les questions provinciales et que les juges de la Cour de l’Ontario (Division générale) sont nommés par le gouvernement fédéral.

[12] Mr. Taylor then complained of Whealy J.'s conduct to both the Canadian Judicial Council (the Council) and to the Canadian Human Rights Commission (the Commission).

[13] The Council advised Mr. Taylor that it would not take any action on his complaint, saying that "it is apparent that Mr. Justice Whealy took the steps he considered necessary to maintain order in his courtroom." It concluded that "his authority to make these rulings . . . involved legal rights that cannot be decided or reviewed by this Council." It advised him that Whealy J.'s rulings could only be challenged by way of appeal to the Ontario Court of Appeal, something that Mr. Laws, the accused from whose trial Mr. Taylor was excluded, was pursuing.

[14] Mr. Taylor asked the Council to reconsider its refusal to take no action. The Council refused to do so, saying that "rulings made by judges in the independent discharge of their judicial function are best left with the appeal courts." The Council added, however, that "if the Court of Appeal should comment adversely about the conduct of a judge, this Council could well consider whether that conduct was such as would engage the jurisdiction of the Council which, as you know, is to determine whether a recommendation should be made that a judge should be removed from office."

[15] At the Court of Appeal, one of the grounds of appeal raised by Mr. Laws was that Whealy J.'s order to exclude members of the public who wore head coverings "undermined the appearance of a fair trial."⁴ On September 9, 1998, the Ontario Court of Appeal released its decision in Mr. Laws' appeal, in which it quashed Mr. Laws' conviction and ordered a new trial.

[16] In its reasons, the Court of Appeal did not "consider it necessary to form a concluded view"⁵ on whether the exclusion of members of the public who

[12] M. Taylor a alors adressé sa plainte au sujet de la conduite du juge Whealy au Conseil canadien de la magistrature (le Conseil) et à la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission).

[13] Le Conseil a informé M. Taylor qu'il ne prendrait aucune mesure suite à sa plainte, déclarant qu'il [TRADUCTION] «était évident que M. le juge Whealy avait pris les mesures qu'il considérait nécessaires pour assurer le maintien de l'ordre dans la salle d'audience». Il ajoutait en conclusion que [TRADUCTION] «son autorité de prendre les décisions en cause [. . .] implique des droits légaux qui ne peuvent faire l'objet d'un examen ou d'une décision du Conseil». Le Conseil a dit à M. Taylor que les décisions du juge Whealy ne pouvaient être contestées que par la voie d'un appel à la Cour d'appel de l'Ontario. Cette procédure était déjà amorcée à la demande de M. Laws, l'accusé au procès duquel M. Taylor n'avait pu assister.

[14] M. Taylor a demandé au Conseil de réexaminer son refus d'agir. Le Conseil n'a pas donné suite, déclarant que [TRADUCTION] «les décisions prises par des juges lorsqu'ils agissent indépendamment dans le cadre de leurs fonctions judiciaires sont du ressort des cours d'appel». Toutefois, le Conseil a ajouté que [TRADUCTION] «si la Cour d'appel devait faire un commentaire négatif quant à la conduite d'un juge, le Conseil pourrait examiner si cette conduite était d'une nature telle qu'elle serait de la compétence du Conseil qui, comme vous le savez, consiste à déterminer si une recommandation devrait être présentée pour qu'un juge soit révoqué».

[15] En Cour d'appel, un des motifs d'appel présenté par M. Laws était que l'ordonnance du juge Whealy visant à exclure les membres du public qui portaient des couvre-chefs [TRADUCTION] «compromettait l'apparence d'un procès juste»⁴. Le 9 septembre 1998, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu sa décision dans l'appel de M. Laws, annulant sa déclaration de culpabilité et ordonnant un nouveau procès.

[16] Dans ses motifs, la Cour d'appel n'a pas [TRADUCTION] «jugé nécessaire d'arriver à une conclusion»⁵ quant à savoir si l'exclusion des membres du

wore head coverings “is in itself sufficient to constitute reversible error,”⁶ in light of its decision to accept Mr. Laws’ appeal on other grounds.⁷ Still, the Court of Appeal did hold that Whealy J. erred in “the exercise of his discretion”⁸ when he distinguished “between a requirement of a particular faith and a chosen religious practice,”⁹ since “[f]reedom of religion under the *Charter* surely extends beyond obligatory doctrine.”¹⁰ The Court also held that Whealy J. erred “in suggesting that only certain communities are clearly within the purview of the *Charter*,”¹¹ adding that “[n]o individuals or religious communities enjoy any less *Charter* protection than the major and recognizable religions.”¹² The Court concluded that “the trial judge erred in excluding certain members of the public from the courtroom,”¹³ and that in so doing, he “may well have inadvertently created the impression of an insensitivity as to the rights of minority groups.”¹⁴

[17] In light of the Court of Appeal’s judgment and the Council’s earlier statement that it could well consider whether Whealy J.’s conduct would engage the jurisdiction of the Council if the Court of Appeal commented adversely about the conduct of a judge, Mr. Taylor wrote to the Council shortly after the Ontario Court of Appeal’s decision was released, and asked that the Council reconsider his complaint.

[18] The Council did so. It sought comments from Whealy J., who advised the Council that he “sincerely regretted if the impression was created that I am insensitive to the rights of minority groups,” and “that is not the case and was never my intent.”

[19] In its review of Mr. Taylor’s complaint, the Council expressed disapproval of the comments Whealy J. made during Mr. Laws’ trial. It did not, however, consider the conduct to be sufficiently serious to warrant any further action by the Council,

public qui portent un couvre-chef [TRADUCTION] «est suffisante en soi pour établir l’existence d’une erreur justifiant une annulation»⁶, compte tenu de sa décision d’accueillir l’appel de M. Laws pour d’autres motifs⁷. Toutefois, la Cour d’appel a décidé que le juge Whealy avait commis une erreur dans [TRADUCTION] «l’exercice de son pouvoir discrétionnaire»⁸ lorsqu’il a établi une distinction [TRADUCTION] «entre les exigences d’une religion particulière et celles d’une pratique religieuse choisie»⁹, puisque [TRADUCTION] «la liberté de religion prévue à la *Charte* couvre certainement beaucoup plus qu’une doctrine obligatoire»¹⁰. La Cour a aussi décidé que le juge Whealy avait commis une erreur [TRADUCTION] «en laissant entendre que seules certaines communautés peuvent se prévaloir de la *Charte*»¹¹, et elle a ajouté que [TRADUCTION] «aucune personne ou communauté religieuse n’est moins protégée par la *Charte* que les grandes religions reconnues»¹². La Cour a conclu que [TRADUCTION] «le juge de première instance avait commis une erreur en interdisant l’accès de la salle d’audience à certains membres du public»¹³ et que, ce faisant, [TRADUCTION] «il a pu par inadvertance donner l’impression qu’il ne s’intéressait pas aux droits de minorités»¹⁴.

[17] Étant donné le jugement de la Cour d’appel et la déclaration du Conseil qu’elle pouvait examiner la question de savoir si la conduite du juge Whealy était de la compétence du Conseil si la Cour d’appel faisait un commentaire négatif au sujet de la conduite d’un juge, M. Taylor a écrit au Conseil peu de temps après la décision de la Cour d’appel de l’Ontario pour demander qu’on réexamine sa plainte.

[18] C’est ce que le Conseil a fait. Il a sollicité le point de vue du juge Whealy. Ce dernier a déclaré au Conseil qu’il [TRADUCTION] «regrettait sincèrement d’avoir pu donner l’impression qu’il ne s’intéressait pas aux droits des minorités [ce qui] n’est pas le cas et n’était certainement pas mon intention».

[19] Dans son examen de la plainte de M. Taylor, le Conseil a exprimé sa désapprobation face aux commentaires faits par le juge Whealy durant le procès de M. Laws. Toutefois, il n’a pas jugé cette conduite suffisamment sérieuse pour justifier une action ultérieure.

such as recommending that Whealy J. be removed from office. The Council's decision is currently the subject of an application for judicial review by Mr. Taylor.

[20] Mr. Taylor's complaint to the Canadian Human Rights Commission was not successful. The Commission decided, pursuant to paragraph 41(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*,¹⁵ not to deal with the complaint because it considered that the complaint was beyond its jurisdiction. It concluded that it did not have jurisdiction because Whealy J. benefited from the common law absolute immunity for judges.

[21] Mr. Taylor sought judicial review of that decision to the Federal Court, Trial Division [(1997), 155 D.L.R. (4th) 740], which dismissed the application on the basis that Whealy J.'s ruling was made in his capacity as a judge and he was therefore protected by reason of judicial immunity from suit. Mr. Taylor now appeals that decision to this Court. The Canadian Jewish Congress (CJC) was granted leave to intervene in the appeal.

DECISION UNDER APPEAL

[22] In his decision, Dubé J. [at page 744] relied on *Sirros v. Moore*¹⁶ for the proposition that "a judge of a superior court is protected when he is acting in the *bona fide* exercise of his office and under the belief that he has jurisdiction."¹⁷ He held that "[i]t is common ground in the instant case that Judge Whealy acted in the course of duty and, therefore, could not be subjected to an action in damages."¹⁸ He added that section 5 of the *Canadian Human Rights Act*, which makes it a discriminatory practice to deny the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the public on a prohibited ground of discrimination, "appear[ed] to be directed to commercial premises,"¹⁹ and "could hardly be said to encompass the conduct of a judge in [a] courtroom."²⁰ Ultimately, he concluded that the Council would be a better forum in which to address Mr. Taylor's

rière de sa part, telle qu'une recommandation que le juge Whealy soit révoqué. La décision du Conseil fait présentement l'objet d'une demande de contrôle judiciaire présentée par M. Taylor.

[20] La plainte de M. Taylor à la Commission canadienne des droits de la personne n'a pas été couronnée de succès. La Commission a décidé qu'en vertu de l'alinéa 41(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹⁵, elle ne pouvait enquêter sur cette plainte parce qu'elle n'avait pas compétence. Elle a conclu à cette absence de compétence du fait que le juge Whealy bénéficiait de l'immunité absolue reconnue aux juges par la common law.

[21] M. Taylor a demandé le contrôle judiciaire de cette décision à la Section de première instance de la Cour fédérale [(1997), 155 D.L.R. (4th) 740]. Cette dernière a rejeté la demande au motif que la décision du juge Whealy avait été prise en sa qualité de juge et qu'il était en conséquence protégé face à toute poursuite civile du fait de son immunité judiciaire. C'est cette décision que M. Taylor porte maintenant en appel devant notre Cour. Le Congrès juif canadien (CJC) a obtenu l'autorisation d'intervenir dans cet appel.

LA DÉCISION PORTÉE EN APPEL

[22] Dans sa décision, le juge Dubé [à la page 744] s'est appuyé sur *Sirros v. Moore*¹⁶ où l'on trouve que [TRADUCTION] «les juges des cours supérieures sont protégés lorsqu'ils exercent leurs fonctions de bonne foi et qu'ils croient avoir compétence»¹⁷. Il a conclu qu'il «est bien établi en l'espèce que le juge Whealy a agi dans l'exercice de ses fonctions et qu'il ne peut donc pas faire l'objet d'une action en dommages-intérêts»¹⁸. Il a ajouté que l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui porte qu'un fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement offerts au public, qui en prive un individu commet un acte discriminatoire, lui semblait «viser les locaux commerciaux»¹⁹, et qu'«on pourrait difficilement affirmer qu'elle s'étend à la conduite d'un juge dans [une] salle d'audience»²⁰. En définitive, il a conclu que le Conseil serait l'instance

complaint. Obviously, Dubé J.'s judgment was released before the Council's final decision summarized above was released.

ISSUE ON APPEAL

Does Mr. Taylor's complaint fall within the jurisdiction of the Commission, or is it barred by common law judicial immunity?

ANALYSIS

Was Mr. Taylor without a remedy?

[23] The CJC began its submissions with the proposition that the harm complained of by Mr. Taylor has been compounded by the fact that he was left without a traditional right to appeal Whealy J.'s decision. The CJC explains that because Mr. Taylor was not a party to the criminal trial that he sought to attend, Mr. Taylor had no recourse to a right of appeal. Accordingly, the CJC submits that should this Court conclude that the Commission may not review Whealy J.'s conduct, Mr. Taylor will be left without a just and appropriate remedy. This, of course, ignores the remedy of lodging a complaint to the Canadian Judicial Council, a remedy of which Mr. Taylor availed himself.

[24] In any event, it appears that Mr. Taylor could have appealed Whealy J.'s order. In *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*,²¹ Lamer C.J. considered the method that third parties should adopt to appeal publication bans made under "common law or legislated discretionary authority."²² He concluded that where a provincial superior court judge issued such a publication ban, the media (and other third parties) could challenge the ban directly to the Supreme Court of Canada by applying for leave to appeal to the Supreme Court, pursuant to section 40 of the *Supreme Court Act*.²³ Therefore, *Dagenais* demonstrates that Mr. Taylor could have sought to appeal Whealy J.'s order, made pursuant to legislated discretionary authority, directly to the Supreme Court of Canada. Mr. Taylor did not do so.

indiquée pour l'examen de la plainte de M. Taylor. Il va de soi que le juge Dubé a rendu son jugement avant la décision finale du Conseil qui est résumée ci-haut.

LA QUESTION EN APPEL

La plainte de M. Taylor est-elle de la compétence de la Commission, ou est-elle irrecevable du fait de l'immunité judiciaire prévue par la common law?

ANALYSE

M. Taylor était-il privé de tout recours?

[23] Le CJC a d'abord soutenu que le préjudice dont M. Taylor se plaint était d'autant plus grand qu'il n'avait pas le recours traditionnel d'en appeler de la décision du juge Whealy. Le CJC explique que, comme M. Taylor n'était pas partie au procès criminel auquel il voulait assister, il n'a aucun droit d'appel. En conséquence, le CJC soumet que si notre Cour décide que la Commission ne peut examiner la conduite du juge Whealy, M. Taylor n'aura alors droit à aucune réparation juste et appropriée. Cette déclaration ne tient pas compte, bien sûr, de la réparation qui consiste à présenter une plainte au Conseil canadien de la magistrature. M. Taylor s'est prévalu de ce droit.

[24] De toute façon, il appert que M. Taylor aurait pu en appeler de l'ordonnance du juge Whealy. Dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*²¹, le juge en chef Lamer a analysé comment les tiers pouvaient en appeler des ordonnances de non-publication prises en vertu d'un «pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative»²². Il a conclu que lorsqu'un juge d'une cour supérieure d'une province prononce une telle ordonnance de non-publication, les médias (et les tiers en général) peuvent demander l'autorisation d'en appeler directement à la Cour suprême en vertu de l'article 40 de la *Loi sur la Cour suprême*²³. Par conséquent, l'arrêt *Dagenais* démontre que M. Taylor aurait pu en appeler de l'ordonnance du juge Whealy, prise en vertu d'un pouvoir discrétionnaire d'origine législative, directement à la Cour suprême du Canada. Il ne l'a pas fait.

The ambit of judicial immunity

[25] Litigants turn to courts and judges to resolve difficult problems where all other means of resolving the dispute have failed. Consequently, as the United States Supreme Court held in *Bradley v. Fisher*,²⁴ courts are often asked to decide cases “involving not merely great pecuniary interests, but the liberty and character of the parties, and consequently exciting the deepest feelings.”²⁵ As that Court also noted, such litigation inevitably produces at least one losing party, who is likely to be disappointed with the result.

[26] Consider what might happen if judges could be regularly sued for decisions that stirred such disappointment. One potential consequence is that a certain end to disputes, one of the primary advantages of resolving disputes by resort to the courts, would never occur. If one action against a judge was dismissed by another judge, the second judge might well be added as a party to the action, and so on, and so on. This consequence was highlighted in *Bradley v. Fisher*, where Field J. commented that an appellate judge who decided that a judge of an inferior jurisdiction was protected by judicial immunity “would be subjected to a similar burden, as he in his turn might also be held amenable by the losing party.”²⁶

[27] Similarly, if judges could be sued by disappointed litigants for damages for allegedly erroneous decisions, every judge would be required to preserve “a complete record of all the evidence produced before him in every litigated case, and of the authorities cited and arguments presented, in order that he might be able to show to the judge before whom he might be summoned by the losing party . . . that he had decided as he did with judicial integrity.”²⁷ If a suit was eventually begun against a judge, much of that judge’s time and energy would then be devoted to defending the suit, rather than to his or her judicial work. Already scarce judicial resources would be lost, and court cases would take even longer to be heard and to be resolved.

La portée de l’immunité judiciaire

[25] Les justiciables se tournent vers les juges et les tribunaux pour obtenir le règlement de problèmes difficiles lorsque toutes les autres voies de règlement d’un litige sont épuisées. En conséquence, comme la Cour suprême des États-Unis l’a constaté dans *Bradley v. Fisher*²⁴, les tribunaux doivent souvent décider d’affaires qui [TRADUCTION] «mettent non seulement en cause des intérêts financiers importants, mais aussi la liberté et la réputation des parties, suscitant ainsi des émotions fortes»²⁵. Elle a aussi noté que de tels litiges se soldent inévitablement par le fait qu’il y a un perdant, qui sera vraisemblablement déçu du résultat.

[26] Voyons ce qui pourrait arriver si on pouvait poursuivre les juges pour leurs décisions en cas de déception. Une des conséquences possibles est que l’un des principaux avantages de recourir aux tribunaux pour régler les différends, savoir la finalité de leurs décisions, disparaîtrait. Si la poursuite contre un juge était rejetée par un autre juge, ce dernier pourrait très bien devenir partie à la poursuite et ainsi de suite. Cette conséquence est mentionnée expressément dans *Bradley v. Fisher*, où le juge Field a déclaré qu’un juge d’appel qui décidait qu’un juge d’instance inférieure était protégé par l’immunité judiciaire [TRADUCTION] «aurait un fardeau similaire, puisqu’à son tour il pourrait être tenu responsable par le perdant»²⁶.

[27] De la même façon, si les justiciables déçus pouvaient poursuivre les juges en dommages-intérêts pour des décisions qu’ils considèrent erronées, chaque juge devrait garder [TRADUCTION] «un dossier complet de toute la preuve qui lui a été présentée dans toutes les affaires qu’il a entendues, ainsi que de la jurisprudence citée et des arguments avancés, afin de pouvoir démontrer à un juge saisi par la partie qui n’a pas eu gain de cause [. . .] que sa décision respectait l’intégrité judiciaire»²⁷. Si une telle poursuite était engagée contre un juge, une bonne partie du temps et de l’énergie de ce dernier devrait être consacrée à sa défense, plutôt qu’à son travail judiciaire. On se priverait ainsi de ressources judiciaires, qui sont déjà rares, et les affaires devant les tribunaux mettraient encore plus de temps à se rendre à l’audience et au jugement.

[28] Finally, the most serious consequence of permitting judges to be sued for their decisions is that judicial independence would be severely compromised. If judges recognized that they could be brought to account for their decisions, their decisions might not be based on a dispassionate appreciation of the facts and law related to the dispute. Rather, they might be tempered by thoughts of which party would be more likely to bring an action if they were disappointed by the result, or by thoughts of whether a groundbreaking but just approach to a difficult legal problem might be later impugned in an action for damages against that judge, all of which would be raised by the mere threat of litigation. In Lord Denning's words, a judge would "turn the pages of his books with trembling fingers, asking himself: 'If I do this, shall I be liable in damages?'"²⁸

[29] Accordingly, the basis for judicial immunity is rooted in the need to protect the public, not in a need to protect judges. In other words, as Lord Denning explained in *Sirros v. Moore*, judicial immunity does not exist because a "judge has any privilege to make mistakes or to do wrong."²⁹ Rather, he held that judges should be free from actions for damages to permit judges to perform their duty "with complete independence and free from fear."³⁰ Similarly, in *Scott v. Stansfield*,³¹ it was explained that judicial immunity is not meant to protect malicious or corrupt judges, but to protect the public:

It is essential in all courts that the judges who are appointed to administer the law should be permitted to administer it under the protection of the law independently and freely, without favour and without fear. This provision of the law is not for the protection or benefit of a malicious or corrupt judge, but for the benefit of the public, whose interest it is that the judges should be at liberty to exercise their functions with independence and without fear of consequences.³²

The "bad faith" exception to judicial immunity

[30] It has been suggested that there are limits to judicial immunity. For instance, in an extract from *Halsbury's Laws of England*,³³ the authors noted:

[28] Finalement, la conséquence la plus grave d'autoriser les poursuites contre les juges suite à leurs décisions est que l'indépendance judiciaire serait sérieusement battue en brèche. Si les juges savaient qu'on peut les poursuivre suite à leurs décisions, celles-ci ne seraient peut-être pas fondées sur un examen objectif des faits et du droit en cause. Elles pourraient peut-être plutôt être influencées par la réalisation que l'une des parties serait plus disposée que l'autre à engager une poursuite si elle était déçue du résultat, ou par l'idée qu'une approche juste, mais innovatrice, à un problème juridique difficile pourrait être contestée par la suite dans une poursuite en dommages-intérêts contre le juge. Tout cela à cause d'une simple menace de procès. Comme le dit lord Denning, un juge devrait [TRADUCTION] «feuilleter ses recueils en tremblant et en se demandant: "Si je prends ce parti, suis-je exposé à une action en responsabilité?"»²⁸.

[29] En conséquence, l'immunité judiciaire est fondée sur le besoin de protéger le public et non les juges. En d'autres mots, comme lord Denning l'a expliqué dans *Sirros v. Moore*, l'immunité judiciaire n'existe pas parce qu'un [TRADUCTION] «juge a le droit de se tromper ou de commettre un impair»²⁹. Plutôt, il a conclu que les juges devraient être immunisés contre toute poursuite en dommages-intérêts afin qu'ils puissent s'acquitter de leurs fonctions [TRADUCTION] «en toute indépendance et sans crainte»³⁰. De la même façon, on a expliqué dans *Scott v. Stansfield*³¹ que l'immunité judiciaire n'a pas pour but de protéger les juges malveillants ou corrompus, mais bien les membres du public:

[TRADUCTION] Dans toutes les cours, il est essentiel que les juges qui ont pour fonction d'appliquer la loi puissent le faire sous la protection de la loi, en toute indépendance et en toute liberté, sans préférence et sans crainte. Cette disposition de la loi n'a pas pour objectif de protéger les juges malveillants ou corrompus, mais bien de protéger le public, dont l'intérêt est que les juges aient toute liberté pour exercer leurs fonctions avec indépendance et sans crainte des conséquences³².

L'exception de «mauvaise foi» à l'immunité judiciaire

[30] On a dit que l'immunité judiciaire n'est pas absolue. Par exemple, on trouve ceci dans *Halsbury's Laws of England*³³:

Whenever protection of the exercise of judicial powers applies, it is so absolute that no allegation that the acts or words complained of were done or spoken *mala fide*, maliciously, corruptly, or without reasonable or probable cause suffices to found an action. The protection does not, however, extend to acts purely extra-judicial or alien to the judicial duty of the defendant

[31] Another view is expressed in H. Brun and G. Tremblay's textbook *Droit constitutionnel*,³⁴ where the authors state that [TRANSLATION] "absolute immunity is a rule of the common law applicable to superior court judges even where bad faith has been alleged."³⁵

[32] In *Sirroos v. Moore*, Lord Denning held [at page 785]:

Each [judge] should be protected from liability to damages when he is acting judicially. Each should be able to do his work in complete independence and free from fear. . . . So long as he does his work in the honest belief that it is within his jurisdiction, then he is not liable to an action. He may be mistaken in fact. He may be ignorant in law. What he does may be outside his jurisdiction—in fact or in law—but so long as he honestly believes it to be within his jurisdiction, he should not be liable. Once he honestly entertains this belief, nothing else will make him liable. He is not to be plagued with allegations of malice or ill-will or bias or anything of the kind. Actions based on such allegations have been struck out and will continue to be struck out. Nothing will make him liable except it be shown that he was not acting judicially, knowing that he had no jurisdiction to do it.

[33] In *McC v. Mullan*, Lord Bridge said:³⁶

It is, of course, clear that the holder of any judicial office who acts in bad faith, doing what he knows he has no power to do, is liable in damages. If the Lord Chief Justice himself, on the acquittal of a defendant charged before him with a criminal offence, were to say, "That is a perverse verdict," and thereupon proceed to pass a sentence of imprisonment, he could be sued for trespass. But, as Lord Esher MR said in *Anderson v. Gorrie* [1895] 1 QB 668 at 670:

“. . . the question arises whether there can be an action against a judge of a Court of Record for doing something

[TRADUCTION] Où que la protection des pouvoirs judiciaires s'applique, elle est si absolue qu'aucune allégation que les actes ou omissions dont on se plaint ont été accomplis ou dits de mauvaise foi, avec malveillance, par corruption ou sans cause raisonnable ou probable suffit à fonder une action. Toutefois, la protection ne s'étend pas aux actes purement extrajudiciaires ou étrangers au devoir judiciaire du défendeur [. . .]

[31] On trouve un autre point de vue dans le manuel de H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*³⁴, où les auteurs déclarent que «l'immunité judiciaire est un principe de common law applicable aux juges des cours supérieures même en présence d'allégations de mauvaise foi»³⁵.

[32] Dans *Sirroos v. Moore*, lord Denning déclare ceci [à la page 785]:

[TRADUCTION] Tout juge doit être à l'abri de toute action en responsabilité lorsqu'il agit de façon judiciaire. Tout juge devrait être en mesure de travailler en toute indépendance et à l'abri de toute crainte. [. . .] Pour autant qu'il exerce ses fonctions de bonne foi et sincèrement convaincu d'agir dans les limites de sa compétence, il est à l'abri de toute poursuite. Il peut commettre une erreur sur les faits, il peut ne pas connaître le droit, ce qu'il fait peut être hors de sa compétence, en fait ou en droit, mais pour autant qu'il est sincèrement convaincu d'agir dans les limites de sa compétence, il ne doit pas être recherché en responsabilité. Dès qu'il en est sincèrement convaincu, rien d'autre ne peut le rendre sujet à poursuite. Il ne peut être inquiété par des allégations de mauvaise foi, de préjudice ou d'autre chose de semblable. On a déjà radié des actions fondées sur ces allégations et on continuera de le faire. Rien ne peut le rendre sujet à des poursuites sauf la démonstration qu'il n'exerçait pas une fonction judiciaire, en sachant qu'il n'avait pas la compétence d'agir.

[33] Dans *McC v. Mullan*, lord Bridge dit ceci³⁶:

[TRADUCTION] Il est bien sûr manifeste que le titulaire d'un office judiciaire qui agit de mauvaise foi, qui fait quelque chose qu'il sait ne pas avoir la compétence de faire, est sujet à des poursuites en responsabilité. Si le lord juge en chef lui-même, après l'acquiescement d'un prévenu accusé devant lui d'un acte criminel devait dire: «Le verdict est injustifié» et tout de suite condamner le prévenu à une sentence d'emprisonnement, il serait susceptible de poursuite pour atteinte à la personne. Mais, comme le dit le maître de rôles lord Esher, dans l'arrêt *Anderson v. Gorrie* [1895] 1 QB 668, à la p. 670:

«[. . .] la question se pose de savoir s'il est possible de poursuivre un juge d'une cour d'archives qui a fait

within his jurisdiction, but doing it maliciously and contrary to good faith. By the common law of England it is the law that no such action will lie.”³⁷

[34] In *Morier et al. v. Rivard*,³⁸ the Supreme Court of Canada quoted all of the above passages without clearly saying which it agreed with. *Morier et al. v. Rivard* was an appeal from the Quebec Court of Appeal [[1983] C.A. 334]. In its decision, the Quebec Court of Appeal had cited *Sirroos v. Moore* for the proposition that the action at issue should not be dismissed by reason of judicial immunity, since “[j]udicial attitudes to its scope have evolved.”³⁹ It held that “[t]he immunity does not seem to be absolute but to depend largely on the *ultra vires* of the act committed by the judge and on the knowledge which he has that he lacked jurisdiction.”⁴⁰

[35] On appeal to the Supreme Court of Canada, Chouinard J. disagreed with the Quebec Court of Appeal. He concluded that “*Sirroos* does not support the proposition of the Court of Appeal that the immunity is not absolute.”⁴¹ However, later in his judgment, he noted:

It should be noted that neither Lord Bridge of Harwich nor Lord Denning cited authorities in support of the qualification made by them. In any case, it is not necessary to decide the merits of that for the purposes of this appeal.⁴²

[36] Chouinard J. decided it was not necessary in the context of a motion to dismiss, where one must assume that “the facts alleged are true,”⁴³ to determine whether judicial immunity would not apply where it is shown that a judge “was not acting judicially, knowing that he had no jurisdiction to do it”.⁴⁴ He arrived at that conclusion despite the fact that one of the allegations in the plaintiff’s statement of claim was that the defendants, members of the Commission de police du Québec who benefited from a statutory provision that conferred on its members “the same protection and privileges as are conferred upon judges of the Superior Court, for any act done or omitted in the execution of their duty,”⁴⁵ had “knowingly committed a fraud on the law.”⁴⁶

[37] Since *Morier et al. v. Rivard* was decided, the Quebec Court of Appeal has accepted that an

quelque chose qui relève de sa compétence, mais qu’il l’a fait de mauvaise foi et avec malveillance. En vertu de la common law d’Angleterre, il est de règle qu’il ne peut y avoir de poursuite»³⁷.

[34] Dans *Morier et al. c. Rivard*³⁸, la Cour suprême du Canada a cité tous les passages précités sans dire clairement lesquels elle adoptait. *Morier et al. c. Rivard* était une affaire en appel de la Cour d’appel du Québec [[1983] C.A. 334]. Dans sa décision, la Cour d’appel du Québec s’était appuyée sur *Sirroos v. Moore* pour déclarer que la poursuite en cause ne devait pas être rejetée en vertu de l’immunité judiciaire, puisque «[l]a jurisprudence quant à son étendue a évolué»³⁹. Elle a décidé que «[l]’immunité ne serait pas absolue mais dépendrait grandement de l’*ultra vires* de l’acte posé par le juge et de la connaissance que celui-ci avait de l’absence de sa compétence»⁴⁰.

[35] En Cour suprême du Canada, le juge Chouinard a exprimé son désaccord avec la Cour d’appel du Québec. Il a conclu que «*Sirroos* n’appuie pas la proposition de la Cour d’appel à l’effet que l’immunité ne serait pas absolue»⁴¹. Toutefois, il déclare plus loin dans son jugement que:

Il convient de signaler que ni lord Bridge of Harwich, ni lord Denning ne citent d’autorités à l’appui de la réserve qu’ils formulent. Il n’est pas nécessaire de toute façon pour les fins de ce pourvoi d’en décider le bien-fondé.⁴²

[36] Le juge Chouinard a décidé qu’il n’était pas nécessaire dans le cadre d’une requête en irrecevabilité, où l’on doit présumer que «les faits allégués [sont] vrais»⁴³, de décider si l’immunité judiciaire continue à s’appliquer lorsqu’on a démontré qu’un juge «n’exerçait pas une fonction judiciaire, en sachant qu’il n’avait pas la compétence d’agir»⁴⁴. Il est arrivé à cette conclusion, nonobstant le fait que la déclaration du demandeur alléguait notamment que les défendeurs, des membres de la Commission de police du Québec, qui bénéficiaient de la disposition législative accordant à ses membres «la même immunité et [l]es mêmes privilèges que les juges de la Cour supérieure, pour tout acte fait ou omis dans l’exécution de leurs devoirs»⁴⁵, avaient «sciemment commis une fraude à la loi»⁴⁶.

[37] Depuis l’arrêt *Morier et al. c. Rivard*, la Cour d’appel du Québec a décidé qu’il y avait effectivement

exception to judicial immunity indeed exists. In *Royer v. Mignault*,⁴⁷ Rothman J.A. cited *Sirroos v. Moore*; *McC v. Mullan*; and *Morier et al. v. Rivard*, and concluded:

. . . a Superior Court judge is protected by absolute immunity from any civil liability for anything he does or says in the performance of his functions as a judge. He will not be liable in damages unless he acts outside of his jurisdiction knowing that he has no power to do what he does.⁴⁸

[38] Similarly, Professor Friedland in his report *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*, implicitly supports the notion of a bad faith exception to the absolute immunity rule.⁴⁹

[39] More recently, in *Proulx c. Québec (Procureur général)*,⁵⁰ the Quebec Court of Appeal reiterated its commitment to the *Sirroos v. Moore* exception to judicial immunity:

. . . it cannot be clearly inferred from *Morier* that Chouinard J. adopted the reservations expressed by Lord Denning in *Sirroos v. Moore*, . . . and Lord Bridge of Harwich in *McC v. Mullan*, . . . to the effect that the immunity given the members of the superior courts would not stand in the way of an action in damages against “a judge who in bad faith did something which he knew he did not have the jurisdiction to do” or “a judge who was not acting in the course of his judicial duties knowing that he had no jurisdiction to act” . . . this Court acknowledged the limits to immunity contemplated by the English cases in *Royer v. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670, 50 D.L.R. (4th) 345 (C.A.); *Lachance v. Québec*, no. 200-09-000278-942, July 5, 1994 . . .⁵¹

[40] In oral argument, Mr. Taylor and the CJC submitted that Whealy J.’s conduct falls within the bad faith exception to judicial immunity. They conceded that this argument was being raised for the first time in this Court and that it had not been raised in their written material or before Dubé J. They also conceded that the complaint Mr. Taylor had made to the Commission on October 28, 1994, did not allege that Whealy J. had acted in bad faith.

une exception à l’immunité judiciaire. Dans *Royer c. Mignault*⁴⁷, le juge d’appel Rothman a cité *Sirroos v. Moore*; *McC v. Mullan*; et *Morier et al. c. Rivard*, pour conclure que:

[TRADUCTION] [. . .] un juge de la Cour supérieure est protégé par une immunité absolue de toute responsabilité civile, pour tout ce qu’il dit ou fait dans l’exercice de ses fonctions de juge. Il ne peut être poursuivi en dommages-intérêts à moins d’agir hors de sa compétence, en sachant qu’il n’a pas la compétence de faire ce qu’il fait⁴⁸.

[38] De la même façon, dans son rapport *Une place à part: l’indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, le professeur Friedland accorde un appui implicite à l’existence d’une exception de mauvaise foi à la règle de l’immunité absolue⁴⁹.

[39] Récemment, la Cour d’appel du Québec a réitéré l’existence de l’exception à l’immunité judiciaire prévue dans *Sirroos v. Moore*, dans l’arrêt *Proulx c. Québec (Procureur général)*⁵⁰:

Bien que l’on ne puisse clairement déduire de l’arrêt *Morier* que le juge Chouinard ait adopté les réserves émises par lord Denning dans l’arrêt *Sirroos c. Moore* [. . .] et lord Bridge of Harwich dans *McC v. Mullan* [. . .] à l’effet que l’immunité reconnue aux membres des cours supérieures n’empêcherait pas de poursuivre en dommages «un juge qui de mauvaise foi ferait quelque chose qu’il sait ne pas avoir la compétence de faire» ou encore «un juge qui n’agissait pas dans l’exécution de ses fonctions judiciaires sachant qu’il n’avait aucune compétence pour agir» [. . .] Notre Cour a admis les limites à l’immunité envisagée par la jurisprudence anglaise dans *Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670, 50 D.L.R. (4th) 345 (C.A.); *Lachance c. Québec*, n° 200-09-000278-942, 5 juillet 1994 [. . .]⁵¹.

[40] Dans leur plaidoirie, M. Taylor et le CJC ont soutenu que la conduite du juge Whealy tombe sous le coup de l’exception de «mauvaise foi» à l’immunité judiciaire. Ils ont admis qu’ils soulèvent cet argument pour la première fois en cette Cour, et qu’il n’en avait pas été question dans leurs documents ou devant le juge Dubé. Ils admettent aussi que la plainte présentée par M. Taylor à la Commission le 28 octobre 1994 ne comportait aucune allégation que le juge Whealy aurait agi de mauvaise foi.

Conclusion on the “bad faith” exception

[41] While it cannot be said that the Supreme Court of Canada has definitively decided the point, I am inclined to accept the proposition that Lord Denning’s exception to judicial immunity is good law in Canada: that is, judicial immunity does not apply where it is shown that a judge knowingly acts beyond his jurisdiction.

Does Judge Whealy’s order fall within the “bad faith” exception?

[42] I do not think that Whealy J.’s order falls within the “bad faith” exception to judicial immunity. The exception does not apply because Whealy J. had jurisdiction to make the order he made.

[43] Whealy J.’s order was authorized by subsection 486(1) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 203)]. In *R. v. Laws*, the Ontario Court of Appeal recognized that “[t]he relevant statutory enactment regarding exclusion of the public from a courtroom is s. 486(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46,”⁵² which states:

486. (1) Any proceedings against an accused shall be held in open court, but where the presiding judge, provincial court judge or justice, as the case may be, is of the opinion that it is in the interest of public morals, the maintenance of order or the proper administration of justice to exclude all or any members of the public from the court room for all or part of the proceedings, he may so order.

[44] The Ontario Court of Appeal accepted that Whealy J. erred by excluding Mr. Taylor from the courtroom. Nevertheless, subsection 486(1) of the *Criminal Code* gave him jurisdiction to make the order, even if it was later determined that he had erred in the exercise of his discretion. Indeed, in its reasons in *Laws*, the Ontario Court of Appeal noted that Whealy J. had made an error “in relation to the exercise of his discretion.”⁵³

Conclusion au sujet de l’exception de «mauvaise foi»

[41] Bien qu’on ne puisse dire que la Cour suprême du Canada a tranché la question de façon définitive, je crois qu’il y a lieu d’accepter que l’exception de lord Denning à l’immunité judiciaire fait partie du droit canadien, savoir que l’immunité judiciaire ne joue pas lorsqu’on peut démontrer qu’un juge a agi hors de sa compétence en toute connaissance de cause.

L’ordonnance du juge Whealy tombe-t-elle sous le coup de l’exception de «mauvaise foi»?

[42] Je ne crois pas que l’ordonnance du juge Whealy soit visée par l’exception de «mauvaise foi» à l’immunité judiciaire. Cette exception ne s’applique pas, puisque le juge Whealy avait la compétence requise de rendre l’ordonnance en cause.

[43] L’ordonnance du juge Whealy trouve sa justification au paragraphe 486(1) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 203)]. Dans *R. v. Laws*, la Cour d’appel de l’Ontario a reconnu que [TRADUCTION] «la disposition législative pertinente au sujet du droit d’exclure le public d’une salle d’audience se trouve au paragraphe 486(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46»⁵², qui porte que:

486. (1) Les procédures dirigées contre un prévenu ont lieu en audience publique, mais lorsque le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix qui préside est d’avis qu’il est dans l’intérêt de la moralité publique, du maintien de l’ordre ou de la bonne administration de la justice, d’exclure de la salle d’audience l’ensemble ou l’un quelconque des membres du public, pour toute ou partie de l’audience, il peut en ordonner ainsi.

[44] La Cour d’appel de l’Ontario a convenu que le juge Whealy a commis une erreur en excluant M. Taylor de la salle d’audience. Néanmoins, le paragraphe 486(1) du *Code criminel* lui donnait compétence de rendre une telle ordonnance, même si on a déterminé plus tard qu’il a commis une erreur dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. En fait, la Cour d’appel de l’Ontario a indiqué, dans le cadre de ses motifs dans l’arrêt *Laws*, que le juge Whealy a commis une erreur [TRADUCTION] «dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire»⁵³.

[45] In the reasons offered for his first ruling, Whealy J. held that “it cannot be doubted that a presiding judge not only has the authority but also the duty to oversee the demeanour, solemnity and dignity which must prevail in a superior court of law,”⁵⁴ language that parallels subsection 486(1) of the *Criminal Code*. It is clear from the following quote that Judge Whealy was making the order because he thought it was necessary to maintain order in the courtroom, one of the purposes of subsection 486(1):

There are, as well, many self-proclaimed and unrecognized forms of religion or cults claiming to be religious which have occurred not only this year, but throughout history. They come and go. Often, to attract attention and new adherents, bizarre, intrusive or simply impolite attire is worn. These religions may exist and may have limited *Charter* protection, but the *Charter* does not guarantee some right to enter and remain in a courtroom where the result is disruptive.

[46] Accordingly, in my view, Whealy J. did not act outside of his jurisdiction. His actions did not reach the point in the example offered above by Lord Bridge, where jurisdiction was clearly lacking.

[47] In his second ruling, Whealy J. noted that “absolutely no case law was put forward to support any of the submissions made by the accused, whether concerning the court’s authority to govern its own process or concerning religious discrimination or any other aspect of the accused’s submissions, even though the court specifically enquired if there was to be any.”⁵⁵ Similarly, in its reasons in *Laws*, the Ontario Court of Appeal noted that any impression of insensitivity created by Whealy J.’s order was inadvertent.⁵⁶ Accordingly, in my view, this is not a case where Whealy J. neither believed he was without jurisdiction nor lacked jurisdiction. Rather, he in fact did have jurisdiction by reason of subsection 486(1) of the *Criminal Code*, and he clearly thought he had jurisdiction. Thus, in this case, it is strictly not necessary to decide whether any “bad faith” exception applies to the principle of judicial immunity.

[45] Dans les motifs qu’il a présentés pour sa première décision, le juge Whealy a conclu qu’on [TRADUCTION] «ne pouvait mettre en doute que le juge qui préside avait non seulement la compétence, mais aussi le devoir, d’assurer le respect de la solennité et de la dignité dans les comportements devant une cour supérieure de justice»⁵⁴. Cette formulation ressemble à celle du paragraphe 486(1) du *Code criminel*. La citation suivante des motifs du juge Whealy fait ressortir clairement que l’ordonnance qu’il a rendue lui semblait nécessaire au maintien de l’ordre dans la salle d’audience, un des objectifs visés par le paragraphe 486(1):

[TRADUCTION] On trouve aussi plusieurs formes de religions, ou de cultes prétendant être des religions qui ne sont pas reconnus, non seulement en ce moment mais à travers l’histoire. Elles apparaissent et disparaissent. Souvent, dans le but d’attirer l’attention ou l’adhésion de nouveaux membres, leurs adhérents portent des vêtements bizarres, choquants ou simplement discourtois. Ces religions peuvent exister et avoir une protection limitée en vertu de la *Charte*, mais la *Charte* ne donne à personne le droit de pénétrer et de rester dans une salle d’audience lorsque le résultat est le désordre.

[46] En conséquence, je suis d’avis que le juge Whealy n’a pas agi hors de sa compétence. Ses actions ne sont pas de la même nature que celles citées par lord Bridge dans l’exemple susmentionné, où la compétence était simplement inexistante.

[47] Dans sa deuxième décision, le juge Whealy a souligné que [TRADUCTION] «aucune jurisprudence n’a été présentée à l’appui de l’une quelconque des prétentions de l’accusé, qu’il s’agisse de l’autorité de la Cour de mener sa propre procédure, d’une discrimination religieuse ou de tout autre aspect des prétentions de l’accusé, même si la Cour a spécifiquement demandé s’il y en avait»⁵⁵. De la même façon, la Cour d’appel de l’Ontario, en motivant son arrêt dans *Laws*, a souligné que c’était par inadvertance que l’ordonnance du juge Whealy avait pu donner l’impression d’un manque d’intérêt pour les droits des minorités⁵⁶. En conséquence, je suis d’avis qu’il ne s’agit pas en l’instance d’une affaire où le juge Whealy aurait pu croire ne pas avoir compétence ou aurait pu ne pas avoir compétence. Au contraire, il avait compétence en vertu du paragraphe 486(1) du *Code criminel* et il est clair qu’il croyait avoir compétence. En l’instance, il

n'est donc absolument pas nécessaire de décider si le principe de l'immunité judiciaire comporte une exception de «mauvaise foi».

Administrative acts

[48] The CJC submits that this Court should adopt a distinction between administrative acts, where no judicial immunity applies, and judicial acts, where judicial immunity does apply. The distinction appears to have been drawn in some U.S. cases.⁵⁷ However, none of the U.S. cases were concerned with the maintenance of order and decorum in the courtroom. They were rather concerned with what were clearly administrative acts, not involving the exercise of judicial functions.

[49] I do not agree with the proposition that Whealy J.'s order constituted an administrative act. His order was judicial and was made with jurisdiction, albeit jurisdiction that the Ontario Court of Appeal concluded he had wrongly exercised. This conclusion is supported by the Federal Court of Appeal's judgment in *McCann v. The Queen*,⁵⁸ where the Court held that it was within the inherent jurisdiction of the Court "to make orders for the control of order and decorum in the Court room during the course of the trial." In that sense, something that is within the inherent jurisdiction of a Court cannot be an administrative act.

Does the Charter require that judicial immunity be relaxed?

[50] Mr. Taylor submits that should judicial immunity serve to immunize federally appointed judges from the *Canadian Human Rights Act*, any such principle should be modified to accord with basic Charter [*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]] values.

[51] Similarly, the CJC submits that the purpose of judicial immunity is to protect judges from civil suits, not from an administrative human rights proceeding.

Les actes administratifs

[48] Le CJC soutient que notre Cour devrait adopter une distinction entre les actes administratifs, qui ne sont pas couverts par l'immunité judiciaire, et les actes judiciaires, qui sont couverts par l'immunité judiciaire. Cette distinction paraît avoir été faite dans certaines affaires aux États-Unis⁵⁷. Toutefois, aucune de ces affaires ne portait sur le maintien de l'ordre et du décorum dans une salle d'audience. Elles portaient sur des actes qui étaient clairement de nature administrative et qui ne comportaient pas l'exercice d'une fonction judiciaire.

[49] Je ne suis pas d'avis que l'ordonnance du juge Whealy était un acte administratif. Son ordonnance était de nature judiciaire et elle se situait dans le cadre de sa compétence, même si la Cour d'appel de l'Ontario a jugé qu'il avait commis une erreur en l'exerçant. Cette conclusion s'appuie sur l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *McCann c. La Reine*⁵⁸ où il a été décidé que la Cour avait un pouvoir inhérent «de rendre des ordonnances pour assurer l'ordre et le décorum dans les salles d'audience au cours des débats». Un acte qui se situe dans le cadre d'un pouvoir inhérent de la Cour ne peut évidemment pas être un acte administratif.

La Charte exige-t-elle qu'on dilue l'immunité judiciaire?

[50] M. Taylor soutient que si l'immunité judiciaire fait que les juges nommés par le gouvernement fédéral ne sont pas soumis à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, ce principe devrait être modifié pour s'aligner sur les valeurs de base de la Charte [*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]].

[51] Dans la même veine, le CJC soutient que l'objectif de l'immunité judiciaire est de protéger les juges face à des poursuites civiles et non face à des

Like Mr. Taylor, the CJC also submits that judicial immunity has been or ought to be modified to better accord with human rights legislation and the Charter. CJC submits that judicial authority would be better served by subjecting federally-appointed judges to a human rights process than it would be if it were not.

[52] I do not agree with these submissions. The primary authority cited for these propositions is the Supreme Court of Canada's decision in *Nelles v. Ontario*.⁵⁹ In that case, the Supreme Court considered whether several parties, including the Attorney General for Ontario, benefited from a common law absolute immunity from civil liability in a suit for malicious prosecution.

[53] In his reasons, Lamer J. (as he then was) concluded that to provide absolute immunity to prosecutors would strike at equality under the law:

The existence of an absolute immunity strikes at the very principle of equality under the law and is especially alarming when the wrong has been committed by a person who should be held to the highest standards of conduct in exercising a public trust.⁶⁰

[54] Accordingly, he concluded that the Attorney General did not benefit from absolute immunity to claims of malicious prosecution.

[55] In its reasons, the Supreme Court noted that a plaintiff must meet four tests to successfully establish malicious prosecution. One of these tests requires demonstrating that a prosecutor brought proceedings against a person with "malice, or a primary purpose other than that of carrying the law into effect,"⁶¹ something that Lamer J. characterized as having "a wider meaning than spite, ill-will or a spirit of vengeance, and includes any other improper purpose, such as to gain a private collateral advantage."⁶²

procédures administratives prises dans le cadre de la protection des droits de la personne. Le CJC soutient, comme M. Taylor, que l'immunité judiciaire a été ou devrait être modifiée pour mieux s'aligner sur la législation en matière de droits de la personne et avec la Charte. Le CJC soutient que l'autorité judiciaire serait mieux servie si on soumettait les juges nommés par le gouvernement fédéral au processus administratif en matière des droits de la personne que si on ne le faisait pas.

[52] Je ne suis pas de cet avis. La jurisprudence principale citée à l'appui de ce point de vue est l'arrêt *Nelles c. Ontario*⁵⁹ de la Cour suprême du Canada. Dans cette affaire, la Cour suprême a examiné la question de savoir si certaines parties au pourvoi, notamment le procureur général de l'Ontario, jouissaient d'une immunité absolue en common law contre une action pour poursuites abusives.

[53] Dans ses motifs, le juge Lamer (tel était alors son titre) a conclu qu'accorder l'immunité absolue aux poursuivants irait à l'encontre de l'égalité devant la loi:

L'immunité absolue va à l'encontre du principe même de l'égalité devant la loi et elle est particulièrement inquiétante lorsqu'il s'agit d'une faute commise par une personne qui devrait être tenue à une conduite exemplaire dans l'exercice de sa charge publique⁶⁰.

[54] Il a décidé en conséquence que le procureur général ne jouissait pas d'une immunité absolue contre une action pour poursuites abusives.

[55] Dans ses motifs, la Cour suprême a souligné qu'un demandeur doit prouver quatre éléments pour établir l'existence de poursuites abusives. Un de ces éléments est la démonstration qu'un poursuivant a intenté des procédures contre quelqu'un avec une «intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l'application de la loi»⁶¹, ce que le juge Lamer a décrit comme voulant «dire davantage que la rancune, le mauvais vouloir ou un esprit de vengeance, et comprend tout autre but illégitime, par exemple, celui de se ménager accessoirement un avantage personnel»⁶².

[56] Firstly, it must be pointed out that the Supreme Court of Canada in *Nelles* was not dealing with “judicial immunity” but rather immunity for prosecutorial officers.

[57] Secondly, I conclude that judicial immunity is not inconsistent with the Charter, since judicial immunity itself is a fundamental constitutional principle. In *MacKeigan v. Hickman*,⁶³ McLachlin J. (as she then was) held that “[t]he analysis in *Beauregard v. Canada* supports the conclusion that judicial immunity is central to the concept of judicial independence.”⁶⁴

[58] Lamer C.J. held in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*, that judicial independence is an unwritten constitutional principle, recognized by the preamble to the *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]].⁶⁵ He also said that “[j]udicial independence is valued because it serves important societal goals”⁶⁶ one of which is “the maintenance of public confidence in the impartiality of the judiciary, which is essential to the effectiveness of the court system.”⁶⁷

[59] Accordingly, judicial immunity is itself a constitutional principle, contrary to the proposition submitted by Mr. Taylor and the CJC that judicial immunity is inconsistent with the enactment of the Charter and quasi-constitutional human rights legislation.

[60] Finally, in my view, the exception to absolute immunity established in *Sirros v. Moore* is an extremely narrow one. It will be the rare case indeed where a plaintiff can show that a judge acted with the knowledge that he or she had no jurisdiction. The example cited by Lord Bridge in *McC v. Mullan* demonstrates both the need for an exception to the judicial immunity principle, as well as the limited nature of the exception.

[56] Je dois souligner premièrement que la Cour suprême du Canada ne traitait pas dans *Nelles* de «l’immunité judiciaire», mais bien de l’immunité des agents de la poursuite.

[57] Deuxièmement, je conclus que l’immunité judiciaire n’est pas incompatible avec la Charte, puisque l’immunité judiciaire est un principe constitutionnel fondamental. Dans *MacKeigan c. Hickman*⁶³, le juge McLachlin (tel était alors son titre) a déclaré que «[l]’analyse faite dans [. . .] *Beauregard* [. . .] appuie la conclusion que l’immunité judiciaire est au cœur du concept de l’indépendance judiciaire»⁶⁴.

[58] Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (I.-P.É.)*, le juge en chef Lamer a décidé que l’indépendance de la magistrature est un principe constitutionnel non écrit, reconnu par le préambule de la *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]]⁶⁵. Il a aussi déclaré que «l’indépendance des tribunaux est précieuse parce qu’elle sert des objectifs sociétaux importants»⁶⁶, dont «le maintien de la confiance du public dans l’impartialité de la magistrature, élément essentiel à l’efficacité du système judiciaire»⁶⁷.

[59] En conséquence, l’immunité judiciaire est un principe constitutionnel, ce qui va à l’encontre des prétentions de M. Taylor et du CJC que l’immunité judiciaire serait contraire à la Charte et à la législation quasi constitutionnelle en matière de droits de la personne.

[60] Finalement, je suis d’avis que l’exception à l’immunité absolue établie dans *Sirros v. Moore* est d’application très limitée. Les affaires où un demandeur pourra démontrer qu’un juge a agi en sachant qu’il n’avait pas compétence seront très, très rares. L’exemple donnée par lord Bridge dans *McC v. Mullan* démontre à la fois la nécessité d’une exception au principe de l’immunité judiciaire et la nature limitée de cette exception.

[61] *Nelles* also demonstrates just how narrow the exception to judicial immunity is. In *Nelles*, Lamer J. narrowly circumscribed the malicious prosecution exception to prosecutorial immunity. He held that malicious prosecution was not concerned with instances of mere “second-guessing a Crown Attorney’s judgment in the prosecution of a case.”⁶⁸ Rather, he held that malicious prosecution dealt with “allegations of misuse and abuse of the criminal process and of the office of the Crown Attorney”:⁶⁹ something that Lamer J. described as “the deliberate and malicious use of the office for ends that are improper and inconsistent with the traditional prosecutorial function.”⁷⁰

[62] Lamer J. held that in the context of a claim for malicious prosecution, “a plaintiff . . . has no easy task.”⁷¹ He held that “the burden on the plaintiff is onerous and strict.”⁷² He added that a claim for malicious prosecution required a plaintiff to demonstrate “improper motive or purpose,”⁷³ and that “errors in the exercise of discretion and judgment are not actionable.”⁷⁴ In that sense, *Nelles* is consistent with the proposition that the “bad faith” exception to judicial immunity cannot be engaged merely where a judge errs in the exercise of his or her discretion, as happened in the present case.

[63] In light of the constitutional importance of judicial immunity, I conclude that any “bad faith” exception to judicial immunity that exists is just as narrow, if not more so, than the exception to prosecutorial immunity addressed in *Nelles*.

[64] I also disagree with the proposition that to recognize any exception to judicial immunity would open the flood-gates to vexatious claims. Lord Denning decided *Sirros v. Moore* in 1974, and the flood-gates have not opened.

[65] The flood-gates argument was advanced in *Nelles*, where the Attorney General for Ontario

[61] *Nelles* démontre aussi jusqu’à quel point l’exception à l’immunité judiciaire est limitée. Dans *Nelles*, le juge Lamer a circonscrit de façon très stricte l’exception à l’immunité de la poursuite pour poursuites abusives. Il a déclaré qu’une action pour poursuites abusives ne pouvait porter sur «une simple évaluation rétrospective de la sagesse de la décision du procureur de la Couronne d’engager des poursuites»⁶⁸. Au contraire, il a décidé qu’une poursuite abusive supposait des «allégations d’abus du processus criminel et des pouvoirs du procureur de la Couronne»⁶⁹, ce que le juge Lamer a décrit comme «l’exercice délibéré et malveillant de ses pouvoirs pour des fins illégitimes et incompatibles avec le rôle traditionnel du poursuivant»⁷⁰.

[62] Le juge Lamer a décidé que, dans le contexte d’une réclamation pour poursuites abusives, «un demandeur [. . .] ne se lance pas dans une entreprise facile»⁷¹. Il a déclaré que «la charge de la preuve incombant au demandeur est lourde et stricte»⁷². Il a ajouté qu’une réclamation pour poursuites abusives exigeait que le demandeur apporte la preuve «d’un motif ou d’un but illégitimes»⁷³ et que «les erreurs commises dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire et les erreurs de jugement ne donnent pas lieu à des actions en justice»⁷⁴. Dans ce sens, l’arrêt *Nelles* confirme le fait que l’exception de «mauvaise foi» à l’immunité judiciaire ne peut pas être invoquée simplement parce qu’un juge a commis une erreur dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, ce qui est arrivé en l’instance.

[63] Au vu de l’importance constitutionnelle de l’immunité judiciaire, je conclus que toute exception de «mauvaise foi» à celle-ci est au moins aussi restrictive, sinon plus, que l’exception à l’immunité de la poursuite dont il est question dans *Nelles*.

[64] Je ne suis pas d’accord non plus avec l’idée que la reconnaissance d’une exception à l’immunité judiciaire donnerait lieu à une avalanche de réclamations vexatoires. Lord Denning a rendu sa décision dans *Sirros v. Moore* en 1974, et il n’y a pas eu d’avalanche.

[65] L’argument d’une avalanche a été utilisé dans *Nelles*, où le procureur général de l’Ontario a soutenu

submitted that to provide prosecutors with anything less than absolute immunity “would act as a ‘chilling effect’ on the Crown Attorney’s exercise of discretion” or would raise a “flood-gates” of unmeritorious claims.⁷⁵ Lamer J. rejected these arguments, highlighting the strict burden summarized above that plaintiffs must fulfill to establish malicious prosecution. He also noted that frivolous claims could be “struck before trial as a matter of substantive inadequacy,”⁷⁶ or that a defendant could “move for summary judgment before a full-fledged trial takes place.”⁷⁷ He added that “the potential that costs will be awarded to the defendant if an unmeritorious claim is brought acts as financial deterrent to meritless claims.”⁷⁸ Accordingly, he concluded that “ample mechanisms exist within the system to ensure that frivolous claims are not brought.”⁷⁹

[66] Since these same protective mechanisms would apply to claims made in the name of judicial “bad faith,” I also conclude that our system provides a sufficient level of protection to guard against totally unmeritorious claims.

Does judicial immunity apply to complaints brought before the Canadian Human Rights Commission?

[67] Mr. Taylor and the CJC rely on the following excerpt from McLachlin J.’s judgment in *MacKeigan* for the proposition that judges may be subject to the provisions of the *Canadian Human Rights Act*:

I do not say that the power in the courts to control their own administration is absolute, if by absolute what is meant is that in no circumstances can the Legislature or Parliament enact laws relating to the functioning of the courts or enquire into the conduct of particular judges. As noted earlier, Parliament and the Legislatures have long enacted legislation establishing courts and setting general guidelines as to how they function. Nor is there any doubt that Parliament may impeach a federally appointed judge for dereliction of duty. To this extent the fundamental principle of judicial independence must leave scope for another cardinal doctrine—the principle of Parliamentary supremacy.⁸⁰

qu’à défaut d’accorder une immunité absolue à la poursuite, il y «aurait un «effet paralysant» sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur de la Couronne» et par suite une «avalanche» de revendications injustifiées⁷⁵. Le juge Lamer a rejeté ces arguments, soulignant le fardeau très strict, que j’ai mentionné plus tôt, qui incombe aux demandeurs qui veulent démontrer l’existence d’une poursuite abusive. Il a aussi indiqué que toute réclamation frivole pourrait être «radiée pour absence de fondement suffisant»⁷⁶, ou qu’un défendeur pouvait «présenter une requête en jugement sommaire avant la tenue d’une instruction complète»⁷⁷. Il a ajouté que «la possibilité de l’adjudication de dépens au défendeur aura un effet préventif contre les poursuites frivoles»⁷⁸. En conséquence, il a conclu qu’«[j] existe donc à l’intérieur du système tous les mécanismes voulus pour prévenir les actions frivoles»⁷⁹.

[66] Comme ces mêmes mécanismes de protection s’appliqueraient aux actions présentées pour établir la «mauvaise foi» judiciaire, je conclus aussi que le système fournit un niveau suffisant de protection pour prévenir les actions totalement frivoles.

L’immunité judiciaire s’applique-t-elle aux plaintes présentées à la Commission canadienne des droits de la personne?

[67] M. Taylor et le CJC s’appuient sur l’extrait suivant des motifs du juge McLachlin dans *MacKeigan* pour établir que les juges peuvent être soumis aux dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*:

Je ne dis pas que le pouvoir des tribunaux de contrôler leur propre administration est absolu, si, par absolu, on veut dire que l’Assemblée législative ou le Parlement ne peut en aucun cas adopter des lois relatives au fonctionnement des tribunaux ni enquêter sur la conduite de certains juges. Comme je l’ai déjà souligné, le Parlement et les assemblées législatives ont depuis longtemps adopté des lois créant des tribunaux et établissant des lignes directrices générales concernant leur fonctionnement. Il ne fait également pas de doute que le Parlement peut destituer un juge nommé par le fédéral pour manquement à son devoir. Dans cette mesure, le principe fondamental de l’indépendance judiciaire doit laisser place à un autre principe essentiel, celui de la suprématie du Parlement⁸⁰.

[68] In *MacKeigan*, McLachlin J. concluded that she would “leave to other cases the determination of whether judges might be called on matters such as these before other bodies . . . which possess sufficient safeguards to protect the integrity of the principle of judicial independence.”⁸¹ Presumably, the Canadian Judicial Council would qualify as such a “body.”

[69] I do not think that the Canadian Human Rights Commission or the Canadian Human Rights Tribunal possess such safeguards. If the Commission were afforded the opportunity to investigate Mr. Taylor’s complaint, an investigator could be afforded the power to obtain a warrant, which would authorize the investigator to “enter and search [any] premises” where there is “any evidence relevant to the investigation of a complaint.”⁸² The warrant may be obtained on an *ex parte* application to a Federal Court judge where the judge “is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds to believe that there is in any premises any evidence relevant to the investigation of a complaint.” Essentially, such an *ex parte* order would permit the Commission to search through Whealy J.’s chambers, his files, his draft reasons, and so on. In my view, to even afford the Commission the power to investigate whether Whealy J. was acting in a judicial capacity would completely destroy judicial immunity and judicial independence.

[70] Once the Commission was seized of an investigation, it could request the Canadian Human Rights Tribunal to inquire into Mr. Taylor’s complaint so long as the Commission was satisfied, “having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry is warranted.”⁸³ If the Tribunal eventually heard Mr. Taylor’s complaint, the consequences for judicial independence would be no less dire. Subsection 53(2) of the *Canadian Human Rights Act* establishes several broad remedies made available to the Tribunal if it concludes that a complaint is substantiated. The subsection permits the Tribunal to require, *inter alia*, “that the person compensate the victim for any or all of the wages that the victim was deprived of”⁸⁴ or “that the person compensate the victim, by an amount

[68] Dans *MacKeigan*, le juge McLachlin a conclu comme suit: «[j]e m’abstiens en l’espèce de trancher la question de savoir si des juges pourraient être appelés à témoigner sur des questions comme celle-ci devant d’autres organismes [. . .] qui offrent des garanties suffisantes pour protéger l’intégrité du principe de l’indépendance judiciaire»⁸¹. On peut présumer que le Conseil canadien de la magistrature est un tel «organisme».

[69] Je ne crois pas que la Commission canadienne des droits de la personne ou le Tribunal canadien des droits de la personne offre de telles garanties. Si la Commission pouvait enquêter sur la plainte de M. Taylor, un enquêteur serait en mesure d’obtenir un mandat l’autorisant à «perquisitionner dans [les] locaux», où il y a des «éléments de preuve utiles à l’enquête»⁸². Un tel mandat peut être obtenu sur demande *ex parte* à un juge de la Cour fédérale, s’il est «convaincu, sur la foi d’une dénonciation sous serment, qu’il y a des motifs raisonnables de croire à la présence dans des locaux d’éléments de preuve utiles à l’enquête». En fait, une telle ordonnance *ex parte* permettrait à la Commission de perquisitionner dans le bureau du juge Whealy et de prendre connaissance de ses dossiers, de ses projets de motifs, et ainsi de suite. À mon avis, le seul fait d’accorder à la Commission le pouvoir d’enquêter sur le juge Whealy pour déterminer s’il agissait en tant que juge détruirait complètement l’immunité judiciaire et l’indépendance de la magistrature.

[70] Une fois la Commission saisie de l’enquête, elle pourrait demander au Tribunal des droits de la personne d’instruire la plainte de M. Taylor, si elle est convaincue «compte tenu des circonstances relatives à celle-ci, que l’instruction est justifiée»⁸³. Si le Tribunal était éventuellement saisi de la plainte de M. Taylor, les conséquences sur l’indépendance de la magistrature seraient tout aussi catastrophiques. Le paragraphe 53(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit plusieurs réparations que le Tribunal peut obtenir s’il conclut qu’une plainte est justifiée. Ce paragraphe autorise le Tribunal à exiger entre autres de «la personne [. . .] d’indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction de pertes de salaire» qu’elle a subies⁸⁴ ou d’ «indemniser jusqu’à

not exceeding twenty thousand dollars, for any pain and suffering that the victim experienced as a result of the discriminatory practice.”⁸⁵ The Tribunal may also require that “the person cease the discriminatory practice,” and adopt “a special program . . . to redress the practice or to prevent the same or a similar practice from occurring in the future.”⁸⁶ Other remedies include the requirement that a person “make available to the victim of the discriminatory practice, on the first reasonable occasion, the rights, opportunities or privileges that are being or were denied the victim as a result of the practice.”⁸⁷ These remedies would be no less harmful to the unwritten constitutional principle of judicial independence, and further serve to highlight the necessity that the principle of judicial immunity applies so as to prevent proceedings against judges before the Commission.

CONCLUSION

[71] Accordingly, I do not think that Dubé J. or the Commission erred in concluding that paragraph 41(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* prevents the Commission from dealing with Mr. Taylor’s complaint because it was beyond their jurisdiction. I would dismiss the appeal with costs.

[72] The Attorney General of Canada will not be awarded costs against the CJC, in light of Noël J.A.’s order dated August 28, 1998, which granted the CJC leave to intervene in the appeal, and which ordered that the Attorney General shall not seek costs against the CJC in any event of the appeal.

ROBERTSON J.A.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

concurrence de 20 000 \$ la victime qui a souffert un préjudice moral» suite à l’acte discriminatoire⁸⁵. Le Tribunal peut aussi ordonner «à la personne [. . .] de mettre fin à l’acte» et de prendre «des mesures de redressement ou des mesures destinées à prévenir des actes semblables»⁸⁶. Les autres réparations comprennent l’exigence pour la personne «d’accorder à la victime, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont l’acte l’a privée»⁸⁷. Ces réparations seraient tout aussi néfastes pour le principe constitutionnel de l’indépendance de la magistrature et elles permettent d’illustrer pourquoi il est essentiel que l’immunité judiciaire soit invoquée pour empêcher que des procédures soient engagées contre des juges devant la Commission.

DISPOSITIF

[71] En conséquence, je suis d’avis que le juge Dubé et la Commission n’ont pas commis d’erreur en concluant que l’alinéa 41(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* exclut toute enquête de la Commission sur la plainte de M. Taylor, parce qu’elle n’est pas de leur compétence. Je suis d’avis de rejeter l’appel avec dépens.

[72] Le procureur général du Canada n’a pas droit aux dépens de la part du CJC, compte tenu de l’ordonnance du 28 août 1998 du juge Noël, qui autorisait le CJC à intervenir en cet appel et prévoyait que le procureur général ne réclamerait aucuns dépens au CJC, quelle que soit l’issue de l’appel.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je suis d’accord avec ces motifs.

LE JUGE EVANS, J.C.A.: Je suis d’accord avec ces motifs.

¹ Appeal Book, at p. 60.

² *Ibid.*, at p. 61.

³ *R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499 (C.A.), at p. 502.

⁴ *Ibid.*, at p. 509.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

¹ Dossier d’appel, à la p. 60.

² *Ibid.*, à la p. 61.

³ *R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499 (C.A.), à la p. 502.

⁴ *Ibid.*, à la p. 509.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

- ⁸ *Ibid.*, at p. 508 (emphasis added).
- ⁹ *Ibid.*
- ¹⁰ *Ibid.*
- ¹¹ *Ibid.*
- ¹² *Ibid.*
- ¹³ *Ibid.*, at p. 509.
- ¹⁴ *Ibid.*, at p. 508 (emphasis added).
- ¹⁵ R.S.C., 1985, c. H-6 [as am. by S.C. 1995, c. 44, s. 49].
- ¹⁶ [1974] 3 All ER 776 (C.A.).
- ¹⁷ *Ibid.*, at p. 781.
- ¹⁸ *Taylor v. Canada (Attorney General)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 740 (F.C.T.D.), at p. 745.
- ¹⁹ *Ibid.*, at p. 747.
- ²⁰ *Ibid.*
- ²¹ [1994] 3 S.C.R. 835.
- ²² *Ibid.*, at p. 856.
- ²³ R.S.C., 1985, c. S-26.
- ²⁴ (1872), 13 Wall. 335 (U.S.S.C.).
- ²⁵ *Ibid.*, at p. 348.
- ²⁶ *Ibid.*, at p. 349.
- ²⁷ *Ibid.*
- ²⁸ *Sirros*, *supra*, note 16, at p. 785.
- ²⁹ *Ibid.*, at p. 782.
- ³⁰ *Ibid.*
- ³¹ (1868), L.R. 3 Ex. 220.
- ³² *Ibid.*, at p. 223. See also *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, at pp. 625-626; 108 E.R. 576 (K.B.), at p. 581: "This freedom from action and question at the suit of an individual is given by the law to the Judges, not so much for their own sake as for the sake of the public, and for the advancement of justice, that being free from actions they may be free in thought and independent in judgment, as all who are to administer justice ought to be."
- ³³ 4th ed., Vol. 1, London: Butterworths, 1973, at pp. 197 *et seq.*
- ³⁴ H. Brun & G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 1982).
- ³⁵ *Ibid.*, at p. 514.
- ³⁶ [1984] 3 All ER 908 (H.L.).
- ³⁷ *Ibid.*, at p. 916.
- ³⁸ [1985] 2 S.C.R. 716.
- ³⁹ *Ibid.*, at p. 723.
- ⁴⁰ *Ibid.*
- ⁴¹ *Ibid.*, at p. 740.
- ⁴² *Ibid.*, at p. 744.
- ⁴³ *Ibid.*, at p. 745.
- ⁴⁴ *Ibid.*, at p. 740.
- ⁴⁵ *Ibid.*, at p. 723.
- ⁴⁶ *Ibid.*, at p. 721.
- ⁸ *Ibid.*, à la p. 508 (le souligné est de moi).
- ⁹ *Ibid.*
- ¹⁰ *Ibid.*
- ¹¹ *Ibid.*
- ¹² *Ibid.*
- ¹³ *Ibid.*, à la p. 509.
- ¹⁴ *Ibid.*, à la p. 508 (le souligné est de moi).
- ¹⁵ L.R.C. (1985), ch. H-6 [mod. par L.C. 1995, ch. 44, art. 49].
- ¹⁶ [1974] 3 All ER 776 (C.A.).
- ¹⁷ *Ibid.*, à la p. 781.
- ¹⁸ *Taylor c. Canada (Procureur général)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 740 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 745.
- ¹⁹ *Ibid.*, à la p. 747.
- ²⁰ *Ibid.*
- ²¹ [1994] 3 R.C.S. 835.
- ²² *Ibid.*, à la p. 856.
- ²³ L.R.C. (1985), ch. S-26.
- ²⁴ (1872), 13 Wall. 335 (U.S.S.C.).
- ²⁵ *Ibid.*, à la p. 348.
- ²⁶ *Ibid.*, à la p. 349.
- ²⁷ *Ibid.*
- ²⁸ *Sirros*, précité, note 16, à la p. 785.
- ²⁹ *Ibid.*, à la p. 782.
- ³⁰ *Ibid.*
- ³¹ (1868), L.R. 3 Ex. 220.
- ³² *Ibid.*, à la p. 223. Voir aussi *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, aux p. 625 et 626; 108 E.R. 576 (K.B.), à la p. 581: [TRADUCTION] «La loi accorde aux juges cette immunité à l'égard de poursuites et de contestations de la part des particuliers non pas tellement pour leur propre avantage que pour celui de la société et pour l'avancement de la justice, parce que s'ils sont à l'abri des poursuites, ils peuvent être libres d'esprit et indépendants de pensée, comme devraient l'être tous ceux qui administrent la justice.»
- ³³ 4^e éd., vol. 1, Londres: Butterworths, 1973, à la p. 197 et suivantes.
- ³⁴ H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 1982).
- ³⁵ *Ibid.*, à la p. 514.
- ³⁶ [1984] 3 All ER 908 (H.L.).
- ³⁷ *Ibid.*, à la p. 916.
- ³⁸ [1985] 2 R.C.S. 716.
- ³⁹ *Ibid.*, à la p. 723.
- ⁴⁰ *Ibid.*
- ⁴¹ *Ibid.*, à la p. 740.
- ⁴² *Ibid.*, à la p. 744.
- ⁴³ *Ibid.*, à la p. 745.
- ⁴⁴ *Ibid.*, à la p. 740.
- ⁴⁵ *Ibid.*, à la p. 723.
- ⁴⁶ *Ibid.*, à la p. 721.

⁴⁷ [1988] R.J.Q. 670 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. denied [1988] 1 S.C.R. xiii.

⁴⁸ *Ibid.*, at p. 675.

⁴⁹ Martin L. Friedland, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada* (Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995), at pp. 35-36.

⁵⁰ (1997), 145 D.L.R. (4th) 394 (Que. C.A.).

⁵¹ *Ibid.*, at p. 405.

⁵² *R. v. Laws*, *supra*, note 3, at p. 505.

⁵³ *Ibid.*, at p. 508.

⁵⁴ Appeal Book, at p. 60.

⁵⁵ *Ibid.*, at p. 83.

⁵⁶ *Laws*, *supra*, note 3, at p. 508.

⁵⁷ See generally *Forrester v. White*, 484 U.S. 219 (1988).

⁵⁸ [1975] F.C. 272 (C.A.), at p. 276.

⁵⁹ [1989] 2 S.C.R. 170.

⁶⁰ *Ibid.*, at p. 195.

⁶¹ *Ibid.*, at p. 193.

⁶² *Ibid.*

⁶³ [1989] 2 S.C.R. 796.

⁶⁴ *Ibid.*, at p. 830.

⁶⁵ [1997] 3 S.C.R. 3, at pp. 77-78.

⁶⁶ *Ibid.*, at p. 34.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Supra*, note 59, at p. 196.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*, at pp. 196-197.

⁷¹ *Ibid.*, at p. 194.

⁷² *Ibid.*, at p. 197.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, at p. 196.

⁷⁶ *Ibid.*, at p. 197.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *MacKeigan*, *supra*, note 63, at p. 832.

⁸¹ *Ibid.*, at pp. 833-834.

⁸² *Canadian Human Rights Act*, s. 43(2.2) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 63].

⁸³ *Ibid.*, s. 49(1) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27].

⁸⁴ *Ibid.*, s. 53(2)(c) [as am. *idem*].

⁸⁵ *Ibid.*, s. 53(2)(e) [as am. *idem*].

⁸⁶ *Ibid.*, s. 53(2)(a) [as am. *idem*].

⁸⁷ *Ibid.*, s. 53(2)(b) [as am. *idem*].

⁴⁷ [1988] R.J.Q. 670 (C.A.); autorisation d'en appeler à la C.S.C. refusée [1988] 1 R.C.S. xiii.

⁴⁸ *Ibid.*, à la p. 675.

⁴⁹ Martin L. Friedland, *Une place à part: l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* (Ottawa: Conseil canadien de la magistrature, 1995), aux p. 35 et 36.

⁵⁰ [1997] R.J.Q. 419 (C.A.).

⁵¹ *Ibid.*, à la p. 430.

⁵² *R. v. Laws*, précité, note 3, à la p. 505.

⁵³ *Ibid.*, à la p. 508.

⁵⁴ Dossier d'appel, à la p. 60.

⁵⁵ *Ibid.*, à la p. 83.

⁵⁶ *Laws*, précité, note 3, à la p. 508.

⁵⁷ Voir à ce sujet *Forrester v. White*, 484 U.S. 219 (1988).

⁵⁸ [1975] C.F. 272 (C.A.), à la p. 276.

⁵⁹ [1989] 2 R.C.S. 170.

⁶⁰ *Ibid.*, à la p. 195.

⁶¹ *Ibid.*, à la p. 193.

⁶² *Ibid.*

⁶³ [1989] 2 R.C.S. 796.

⁶⁴ *Ibid.*, à la p. 830.

⁶⁵ [1997] 3 R.C.S. 3, aux p. 77 et 78.

⁶⁶ *Ibid.*, à la p. 34.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Précité, note 59, aux p. 196 et 197.

⁶⁹ *Ibid.*, à la p. 196.

⁷⁰ *Ibid.*, à la p. 197.

⁷¹ *Ibid.*, à la p. 194.

⁷² *Ibid.*, à la p. 197.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, à la p. 196.

⁷⁶ *Ibid.*, à la p. 197.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *MacKeigan*, précité, note 63, à la p. 832.

⁸¹ *Ibid.*, aux p. 833 et 834.

⁸² *Loi canadienne sur les droits de la personne*, art. 43(2.2) [édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 63].

⁸³ *Ibid.*, art. 49(1) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27].

⁸⁴ *Ibid.*, art. 53(2)c) [mod., *idem*].

⁸⁵ *Ibid.*, art. 53(2)e) [mod., *idem*].

⁸⁶ *Ibid.*, art. 53(2)a) [mod., *idem*].

⁸⁷ *Ibid.*, art. 53(2)b) [mod., *idem*].