

T-306-93

T-306-93

Lieutenant (N) Andrew S. Liebmann, Canadian Forces (Reserve) (Plaintiff)

Le lieutenant de vaisseau Andrew S. Liebmann, Forces canadiennes (Réserve) (demandeur)

v.

a c.

Minister of National Defence and Chief of the Defence Staff (Defendants)

Le ministre de la Défense nationale et le chef d'état-major de la Défense (défendeurs)

INDEXED AS: LIEBMANN v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T.D.)

b RÉPERTORIÉ: LIEBMANN c. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (1^{re} INST.)

Trial Division, Reed J.—Vancouver, September 8; Ottawa, October 8, 1993.

c Section de première instance, juge Reed—Vancouver, 8 septembre; Ottawa, 8 octobre 1993.

Crown — Practice — Parties — Motion to amend style of cause to replace Minister of National Defence and Chief of Defence Staff with Her Majesty the Queen or Attorney General of Canada — No requirement to initiate action solely against Crown or Attorney General — No provision prohibiting actions against Ministers or government officials in representative capacity — Person knowledgeable of matters at issue to be examined for discovery on behalf of defendants — Question as to who can appropriately be examined premature.

d Couronne — Pratique — Parties — Requête visant à modifier l'intitulé de la cause pour remplacer le ministre de la Défense nationale et le chef d'état-major de la Défense par Sa Majesté la Reine ou le procureur général du Canada — Il n'est pas requis d'intenter une action uniquement contre la Couronne ou le procureur général — Aucune disposition n'interdit d'intenter une action contre des ministres ou des hauts fonctionnaires de l'État en leur qualité de représentants — La personne désignée qui serait soumise à l'interrogatoire préalable pour le compte des défendeurs serait bien au fait des points en litige — La question de savoir qui peut être interrogé au préalable est prématurée.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Injunctive relief available against officers of Crown — Especially in constitutional cases where jurisdiction in courts, under Constitution Act, 1982, s. 24 to grant whatever remedies appropriate in circumstances.

f Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Injonction possible contre les fonctionnaires de la Couronne — Particulièrement dans les affaires constitutionnelles où, aux termes de l'art. 24 de la Loi constitutionnelle de 1982, les tribunaux ont compétence pour accorder les mesures de réparation qui conviennent dans les circonstances.

Practice — Parties — Intervention — Motion to add League for Human Rights of B'nai Brith as plaintiff or intervenor in challenging constitutional validity of Armed Forces policy of denying members opportunity of participating in some peacekeeping operations because of cultural, religious or other sensitivities of peacekeeping partners or of host countries — League added as intervenor, not co-plaintiff, as private litigant could sustain action on own.

g Pratique — Parties — Intervention — Requête visant à ajouter la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith à titre de demanderesse ou d'intervenante dans la contestation de la validité constitutionnelle d'une politique des Forces armées selon laquelle un militaire peut se voir refuser la possibilité de prendre part à des opérations de maintien de la paix en raison des sensibilités culturelles, religieuses ou autres susceptibilités d'autres parties en cause ou des pays hôtes — La Ligue est ajoutée à titre d'intervenante et non à titre de codemanderesse, puisqu'une partie privée pourrait soutenir par elle-même l'action.

Practice — Parties — Standing — Open to plaintiff to seek anticipatory relief, to challenge constitutionality of provisions of governmental instrument or policy which could be applied to his detriment.

h Pratique — Parties — Qualité pour agir — Il est loisible au demandeur de solliciter un redressement par anticipation, de contester la constitutionnalité des dispositions d'un instrument ou d'une politique de l'État qui est susceptible d'être appliquée en sa défaveur.

Practice — Pleadings — Motion to strike — For pleading evidence, not facts — Pleading of bit of evidence not of great moment if relevant, neither prejudicial nor hindering progress of litigation.

j Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Pour le motif qu'on y plaide des éléments de preuve et non des faits — Le fait de plaider un élément de preuve n'est pas terriblement important s'il est pertinent, s'il ne nuit pas à la conduite de l'instance ni ne la retarde.

This litigation related to the alleged refusal to post the plaintiff to a position in the Middle East during the Gulf War because he was Jewish and the validity of certain policies of the Canadian Armed Forces which provide that some of its members may be denied the opportunity of participating in some peacekeeping operations because of the cultural, religious and other sensitivities of other parties to that operation or of host countries.

These were a series of applications of a procedural nature: whether the claim joined together two unrelated causes of action, one of which could not stand on the basis of the pleadings as they presently existed; whether portions of the pleadings should be struck as pleading evidence rather than facts; who was the proper defendant; whether the League for Human Rights of the B'nai Brith Canada (the League) should be added either as a plaintiff or as an intervenor.

Two Separate Causes of Action?

Plaintiff attacked both the denial, based on DCDS 9/83 then in force, of a posting to the Middle East, and the constitutional validity of policy CFAO 20-53, the continuation of and replacement for DCDS 9/83. There was no challenge to the plaintiff's right to attack his denial. What was challenged (by means of a motion to strike the paragraphs of the statement of claim which related to the constitutional challenge to CFAO 20-53) was the plaintiff's right to challenge the constitutional validity of CFAO 20-53 since it was not in force when the denial of a posting occurred and since there was an insufficient factual background to allow it.

Held, this motion should be dismissed.

It was open to the plaintiff to seek anticipatory relief, to challenge the constitutionality of the provisions of a governmental instrument or policy which can potentially be applied to his or her detriment.

Furthermore, at this stage, one assumes that the facts as pleaded are true. It was asserted that CFAO 20-53 was merely the successor to and a continuation of DCDS 9/83 and that the latter had been applied to the plaintiff. These factors provided a sufficient nexus to allow the constitutional challenge on the basis of the pleadings as they stand.

With respect to the alleged absence of the factual underpinning necessary to the constitutional challenge, the paragraphs of the statement of claim concerning that challenge should not be struck out at this stage, before discoveries have been held and before the plaintiff has had an opportunity to adduce evidence at trial.

Pleading Evidence Not Facts

The defendants moved that certain paragraphs of the statement of claim be struck out because they pleaded evidence, not facts.

Held, this motion should be dismissed.

Le présent litige porte sur le refus présumé d'affecter le demandeur à un poste au Moyen-Orient durant la Guerre du Golfe parce qu'il est juif, ainsi que sur la validité de certaines politiques des Forces armées du Canada, selon lesquelles des militaires peuvent se voir refuser la possibilité de prendre part à des opérations de maintien de la paix en raison des sensibilités culturelles, religieuses ou autres susceptibilités d'autres parties en cause ou des pays hôtes.

Une série de demandes de nature procédurale ont été introduites: la demande joint-elle deux causes d'action non liées, dont une ne peut être maintenue sur la foi des plaidoiries, dans la forme où elles ont été soumises? Faut-il rayer ou non certains passages de ces plaidoiries parce qu'ils concernent des preuves plutôt que des faits? Qui est la partie défenderesse légitime? La Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada (la Ligue) doit-elle être ajoutée soit comme demanderesse soit comme intervenante?

Caractère distinct des causes d'action

Le demandeur conteste tant le refus, fondé sur la DCDS 9/83 alors en vigueur, de l'affecter à un poste au Moyen-Orient, que la validité constitutionnelle de la politique énoncée dans l'O AFC 20-53, le prolongement et le remplacement de la DCDS 9/83. On n'a pas contesté le droit du demandeur de contester ce refus. Ce qui est contesté (par la voie d'une requête en radiation des paragraphes de la déclaration qui portent sur la contestation constitutionnelle de l'O AFC 20-53) est le droit du demandeur de contester la validité constitutionnelle de l'O AFC 20-53 car il n'était pas en vigueur au moment du refus d'affectation et le contexte factuel était insuffisant pour l'accueillir.

Jugement: la requête doit être rejetée.

Il était loisible au demandeur de solliciter un redressement par anticipation, de contester la constitutionnalité des dispositions d'un instrument ou d'une politique de l'État qui est susceptible d'être appliquée en sa défaveur.

Par ailleurs, à ce stade-ci de l'action, on suppose que les faits plaidés sont véridiques. Il est dit que l'O AFC 20-53 ne fait que succéder à la DCDS 9/83, qu'elle en est le prolongement, et que cette dernière a été appliquée au demandeur. Ces facteurs comportent un lien suffisant pour permettre la contestation constitutionnelle sur la foi des plaidoiries soumises.

En ce qui concerne l'absence présumée d'un fondement factuel nécessaire à la contestation constitutionnelle, les paragraphes de la déclaration qui concernent cette contestation ne devraient pas être radiés à ce stade-ci de l'action, avant que des interrogatoires préalables soient tenus et que le demandeur ait eu la possibilité de produire des éléments de preuve à l'instruction.

Plaider des éléments de preuve et non des faits

Les défendeurs demandent que certains paragraphes de la déclaration soient radiés parce qu'ils plaident des éléments de preuve et non des faits.

Jugement: la requête doit être rejetée.

The line between facts and evidence in a pleading was not distinct. The pleading of a bit of evidence was not of great moment if, as in the present case, the pleading was brief, the facts pleaded were relevant, they were not prejudicial to the conduct of the defence and their inclusion should promote rather than hinder from an expeditious proceeding.

Proper Defendants

The defendants moved, based on sections 17 and 48 of the *Federal Court Act* when read together with Rule 600 of the *Federal Court Rules* and subsection 23(1) of the *Crown Liability and Proceedings Act*, that the style of cause should be amended so as to replace the Minister of National Defence and the Chief of the Defence Staff with either Her Majesty the Queen or the Attorney General of Canada.

Held, this motion should be dismissed.

Those provisions should not be read as prohibiting actions against ministers or government officials in their representative capacity where such actions would previously have been possible. An historical review of some of the history of sections 17 and 48 of the *Federal Court Act* shows that the immunity of the Crown from being sued in tort or for breach of contract was gradually removed. Case law has established that where it is sought to declare a regulation made by a governmental authority other than the Government itself to be void, the action should be taken against the person vested with the power the limits of which are in question. The defendants expressed a concern that, if the Minister of National Defence and the Chief of the Defence Staff remain as the defendants, the plaintiff may seek to obtain discovery from each of them, while the government could put forward an officer of its choosing were Her Majesty or the Attorney General named as defendant. The Court was confident that the person designated for discovery on behalf of the defendants would be knowledgeable as to the matters at issue. If not, the Court could intervene to ensure that an appropriate person was examined.

In the present case, since the challenge was a constitutional one, the debate as to the appropriateness of granting injunctions against officers of the Crown when that injunction operates against them in their representative capacity only as opposed to against them in their personal capacity would be irrelevant since the Court had jurisdiction pursuant to section 24 of the *Constitution Act, 1982* to grant whatever remedies were appropriate in the circumstances.

Upon a review of the case law on injunctions against the Crown and officers of the Crown, it appeared that there was no reason to strike the plaintiff's action as against the present named defendants. There was no impediment, however, to adding Her Majesty the Queen as an additional defendant to the action.

La démarcation qu'il y a entre des faits et des éléments de preuve dans une plaidoirie n'est pas nette. Le fait de plaider un élément de preuve n'est pas terriblement important si, comme en l'espèce, la plaidoirie est brève, les faits plaidés sont pertinents, ils ne nuisent pas à la conduite de la défense, et leur inclusion devrait activer la procédure, et non le contraire.

Défendeurs appropriés

Se fondant sur les articles 17 et 48 de la *Loi sur la Cour fédérale*, lorsqu'ils sont lus de pair avec la Règle 600 des *Règles de la Cour fédérale* et avec le paragraphe 23(1) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, les défendeurs demandent que soit modifié l'intitulé de la cause de manière à remplacer le ministre de la Défense nationale et le chef d'état-major de la Défense soit par Sa Majesté la Reine soit par le procureur général du Canada.

Jugement: la requête doit être rejetée.

Ces dispositions n'empêchent pas d'intenter une action contre des ministres ou des hauts fonctionnaires de l'État en leur qualité de représentants lorsque lesdites actions auraient été possibles auparavant. Une revue partielle de l'historique des articles 17 et 48 de la *Loi sur la Cour fédérale* montre que l'impossibilité d'intenter contre la Couronne une action en responsabilité délictuelle ou pour rupture de contrat a peu à peu été éliminée. La jurisprudence a établi que, lorsqu'il est demandé de déclarer nul un règlement pris par une instance gouvernementale autre que le gouvernement lui-même, l'action doit être intentée contre la personne investie du pouvoir dont les limites sont mises en question. Les défendeurs s'inquiètent du fait que si le ministre de la Défense nationale et le chef d'état-major de la Défense demeurent les défendeurs, le demandeur puisse chercher à obtenir que chacun d'eux soit interrogé au préalable, alors que, si les défendeurs sont Sa Majesté la Reine ou le procureur général, le gouvernement pourrait déléguer un fonctionnaire de son choix. La Cour est convaincue que la personne désignée qui serait soumise à l'interrogatoire préalable pour le compte des défendeurs serait bien au fait des points en litige. Si ce n'était pas le cas, la Cour pourrait intervenir pour s'assurer que l'on interroge une personne compétente.

Dans la présente affaire, étant donné que la contestation est de nature constitutionnelle, le débat sur la justesse d'accorder une injonction contre des fonctionnaires de la Couronne lorsque cette injonction agit contre eux en leur qualité de représentants, plutôt qu'en leur qualité personnelle serait sans objet car, aux termes de l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Cour a compétence pour accorder les mesures de réparation qui conviennent dans les circonstances.

L'analyse de la jurisprudence portant sur les injonctions accordées contre la Couronne et contre ses fonctionnaires permet de conclure qu'il n'y a pas de raison de radier l'action du demandeur contre les défendeurs présentement nommés. Il n'y a cependant aucun obstacle à ce qu'on ajoute Sa Majesté la Reine comme partie défenderesse supplémentaire à l'action.

League as Plaintiff or Intervenor

The League's request to be added as co-plaintiff was based upon the Federal Court of Appeal judgment in *Canadian Council of Churches v. Canada*, a decision reversed upon appeal to the Supreme Court of Canada.

Held, the League was to be added as an intervenor since it could not on its own sustain an action in this case.

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].
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 24.
- Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38.
- Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), s. 23 (as am. *idem*, s. 29).
- Exchequer Court General Rules and Orders*, Rule 88.
- Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 48, 64(1).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3), 48.
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 400, 408(1), 600(2),(4).
- National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 3, 4 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 6, s. 10), 12(1), 18(2).
- Petition of Right Act*, R.S.C. 1970, c. P-12.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; (1990), 73 D.L.R. (4th) 686; 43 C.P.C. (2d) 165; 112 N.R. 362; *Mathias v. R.*, [1980] 2 F.C. 813; (1980), 2 C.N.L.R. 83 (T.D.); *ABC Extrusion Co. v. Signtech Inc.* (1987), 14 C.I.P.R. 108; 17 C.P.R. (3d) 365; 14 F.T.R. 309 (F.C.T.D.); *Jones et Maheux v. Gamache*, [1969] S.C.R. 119; (1968), 7 D.L.R. (3d) 316; *Carlisle v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration* (1967), 65 D.L.R. (2d) 633; 62 W.W.R. 229 (Man. C.A.); *Juandoo v. Attorney General of Guyana*, [1971] A.C. 972 (P.C.); *Canadian Council of Churches v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241; revg [1990] 2 F.C. 534; (1990), 68 D.L.R. (4th) 197; 44 Admin. L.R. 56; 46 C.R.R. 290; 36 F.T.R. 80; 10 Imm. L.R. (2d) 81; 106 N.R. 61 (C.A.).

La Ligue en tant que demanderesse ou intervenante

La requête de la Ligue, qui désire être ajoutée à titre de codemanderesse, repose sur la décision qu'a rendue la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Conseil canadien des Églises c. Canada*, une décision renversée en appel par la Cour suprême du Canada.

Jugement: La Ligue doit être ajoutée comme intervenante puisqu'elle ne pourrait soutenir par elle-même une action dans la présente affaire.

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].
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 24.
- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10, art. 48, 64(1).
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2, 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3), 48.
- Loi sur la Défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 3, 4 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 6, art. 10), 12(1), 18(2).
- Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. (1990), ch. 8, art. 21), art. 23 (mod., *idem*, art. 29).
- Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38.
- Loi sur les pétitions de droit*, S.R.C. 1970, ch. P-12.
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 400, 408(1), 600(2),(4).
- Règles et ordonnances générales de la Cour de l'Échiquier*, Règle 88.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; (1990), 73 D.L.R. (4th) 686; 43 C.P.C. (2d) 165; 112 N.R. 362; *Mathias c. R.*, [1980] 2 C.F. 813; (1980), 2 C.N.L.R. 83 (1^{re} inst.); *ABC Extrusion Co. c. Signtech Inc.* (1987), 14 C.I.P.R. 108; 17 C.P.R. (3d) 365; 14 F.T.R. 309 (C.F. 1^{re} inst.); *Jones et Maheux v. Gamache*, [1969] R.C.S. 119; (1968), 7 D.L.R. (3d) 316; *Carlisle v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration* (1967), 65 D.L.R. (2d) 633; 62 W.W.R. 229 (C.A. Man.); *Juandoo v. Attorney General of Guyana*, [1971] A.C. 972 (P.C.); *Conseil canadien des Églises c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241; inf. [1990] 2 C.F. 534; (1990), 68 D.L.R. (4th) 197; 44 Admin. L.R. 56; 46 C.R.R. 290; 36 F.T.R. 80; 10 Imm. L.R. (2d) 81; 106 N.R. 61 (C.A.).

DISTINGUISHED:

MacKay v. Manitoba, [1989] 2 S.C.R. 357; [1989] 6 W.W.R. 351; (1989), 61 Man. R. (2d) 270; confg (1985), 24 D.L.R. (4th) 587; [1986] 2 W.W.R. 367; 39 Man. R. (2d) 274; 23 C.R.R. 8 (Man. C.A.); (as to status of intervention) *B'Nai Brith Canada League for Human Rights v. Canada (Minister of National Defence)* (1991), 4 C.R.R. (2d) 177; 44 F.T.R. 166 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

B'Nai Brith Canada League for Human Rights v. Canada (Minister of National Defence) (1991), 4 C.R.R. (2d) 177; 44 F.T.R. 166 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Slaight Communications Inc. v. Davidson, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469; (1989), 23 Q.A.C. 182; 48 C.C.C. (3d) 193; 96 N.R. 321; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 63 C.C.C. (3d) 481; 3 C.R.R. (2d) 1; 127 N.R. 7; 47 O.A.C. 81; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; (1991), 81 D.L.R. (4th) 545; 126 N.R. 161; 48 O.A.C. 241; *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.).

AUTHORS CITED

de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.
 Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
 Holmsted, G. S. *Holmsted and Watson: Ontario Civil Procedure*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1984.
Holmsted and Gale on the Judicature Act of Ontario and Rules of Practice, annotated, vol. 2. Toronto: Carswell, 1993.
 Hughes, Roger T. *Federal Court of Canada Service*, vol. 2. Toronto: Butterworths, 1970.
 Sgayias, David, et al. *Federal Court Practice 1993*. Toronto: Carswell, 1992.
 Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Book, 1983.

APPLICATIONS to determine whether the claim joins together two unrelated causes of action; whether portions of the pleading should be struck as pleading evidence rather than facts; who is the proper defendant; whether the League should be added as a plaintiff or as an intervenor. The defendants' motions with respect to the first three matters should be dismissed. The League should be added as an intervenor.

DISTINCTION FAITE AVEC:

MacKay c. Manitoba, [1989] 2 R.C.S. 357; [1989] 6 W.W.R. 351; (1989), 61 Man. R. (2d) 270; conf. (1985), 24 D.L.R. (4th) 587; [1986] 2 W.W.R. 367; 39 Man. R. (2d) 274; 23 C.R.R. 8 (C.A. Man.); (quant à la qualité pour intervenir) *B'Nai Brith Canada Ligue des droits de la personne c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1991), 4 C.R.R. (2d) 177; 44 F.T.R. 166 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

B'Nai Brith Canada Ligue des droits de la personne c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1991), 4 C.R.R. (2d) 177; 44 F.T.R. 166 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*; *États-Unis d'Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469; (1989), 23 Q.A.C. 182; 48 C.C.C. (3d) 193; 96 N.R. 321; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 63 C.C.C. (3d) 481; 3 C.R.R. (2d) 1; 127 N.R. 7; 47 O.A.C. 81; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; (1991), 81 D.L.R. (4th) 545; 126 N.R. 161; 48 O.A.C. 241; *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.).

DOCTRINE

de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.
 Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
 Holmsted, G. S. *Holmsted and Watson: Ontario Civil Procedure*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1984.
Holmsted and Gale on the Judicature Act of Ontario and Rules of Practice, annotated, vol. 2. Toronto: Carswell, 1993.
 Hughes, Roger T. *Federal Court of Canada Service*, vol. 2. Toronto: Butterworths, 1970.
 Sgayias, David, et al. *Federal Court Practice 1993*. Toronto: Carswell, 1992.
 Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Book, 1983.

DEMANDES visant à déterminer si la demande joint deux causes d'action non liées, s'il faut rayer ou non certains passages des plaidoiries parce qu'ils concernent des preuves plutôt que des faits, qui est la partie défenderesse légitime, et si la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada doit être ajoutée soit comme demanderesse soit comme intervenante. Les requêtes des défendeurs concernant les trois premières questions doivent être rejetées. La Ligue doit être ajoutée à titre d'intervenante.

COUNSEL:

Gerald S. Levey and Sam Hyman for plaintiff.

Barbara A. McIsaac and Capt. Roger Strum for defendants.

David Matas for the League for Human Rights of B'nai Brith Canada.

SOLICITORS:

Gerald S. Levey, Vancouver, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendants.

David Matas, Winnipeg, for the League for Human Rights of B'nai Brith Canada.

The following are the reasons for orders rendered in English by

REED J.: A series of applications of a procedural nature were brought on together: whether the plaintiff's action is properly framed as a statement of claim or more properly should have been brought as an application for judicial review; whether the claim joins together two unrelated causes of action, one of which cannot stand on the basis of the pleadings as they presently exist; whether portions of the pleadings should be struck because they plead evidence rather than facts; who is the proper defendant; whether the League for Human Rights of the B'nai Brith Canada (the League) should be added either as a plaintiff (as of right or with leave of the Court) or as an intervenor.

The issues to which this litigation relates are the alleged refusal to post Lieutenant Liebmann to a position in the Middle East during the Gulf War because he was Jewish and the validity of certain policies of the Canadian Armed Forces which provide that some of its members may be denied the opportunity of participating in some peacekeeping operations because of the cultural, religious and other sensitivities of other parties to that operation or of host countries.

Judicial Review or Statement of Claim

With respect to the suggestion that the present claim should have been framed as an application for

AVOCATS:

Gerald S. Levey et Sam Hyman pour le demandeur.

Barbara A. McIsaac et capitaine Roger Strum pour les défendeurs.

David Matas pour la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada.

PROCUREURS:

Gerald S. Levey, Vancouver, pour le demandeur.

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

David Matas, Winnipeg, pour la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada.

Ce qui suit est la version française des motifs des ordonnances rendus par

LE JUGE REED: Une série de demandes de nature procédurale ont été introduites ensemble: si l'action du demandeur est présentée convenablement sous la forme d'une déclaration, ou s'il aurait fallu plutôt procéder sous la forme d'une demande de contrôle judiciaire; si la demande joint ou non deux causes d'action non liées, dont une ne peut être maintenue sur la foi des plaidoiries, dans la forme où elles ont été soumises; s'il faut rayer ou non certains passages de ces plaidoiries parce qu'ils concernent des preuves plutôt que des faits; la question de savoir qui est la partie défenderesse légitime; et si la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada (ci-après appelée la Ligue) doit être ajoutée soit comme demanderesse (de droit ou avec la permission de la Cour) soit comme intervenante.

Les questions auxquelles se rapporte le présent litige sont le refus présumé d'affecter le lieutenant Liebmann à un poste au Moyen-Orient durant la Guerre du Golfe parce qu'il est juif, ainsi que la validité de certaines politiques des Forces armées du Canada, selon lesquelles des militaires peuvent se voir refuser la possibilité de prendre part à des opérations de maintien de la paix en raison des sensibilités culturelles, religieuses ou autres susceptibilités d'autres parties en cause ou des pays hôtes.

Contrôle judiciaire ou déclaration

L'allégation selon laquelle la présente demande aurait dû être formée comme une demande de con-

judicial review rather than a statement of claim, this was essentially abandoned. Both the plaintiff and the defendants restricted their representations to the adequacy of the pleadings in the existing statement of claim.

Two Separate Causes of Action

With respect to the argument that the present pleadings encompass two independent causes of action, the defendants argue that Lieutenant Liebmann's claim, based on the alleged denial of a posting to the Middle East, is separate and distinct from his constitutional challenge to the validity of policy CFAO 20-53 and that the combination of the two actions in one claim confuses and prejudices the conduct of the litigation. The denial of a posting to Lieutenant Liebmann occurred in January 1991. That posting would have been to an active service situation. CFAO 20-53 only became effective on March 29, 1991 and it relates to peacekeeping missions. The defendants therefore seek to strike out all paragraphs and portions thereof from the statement of claim which relate to the constitutional challenge to CFAO 20-53. It is argued that these are irrelevant to Lieutenant Liebmann's particular situation.

Counsel for Lieutenant Liebmann argues that CFAO 20-53 applies to Lieutenant Liebmann as a member of the armed forces and can be used in the future to deny him posting opportunities. It is argued that Lieutenant Liebmann should have the right to challenge that policy now and not have to wait until it is actually applied to disadvantage him before he can contest its validity. One of the remedies sought in the statement of claim is an injunction preventing the application of the policy. The plaintiff also argues that CFAO 20-53 is merely a continuation of and replacement for DCDS 9/83 which was applied to Lieutenant Liebmann in January of 1991. Counsel for the defendants argues that DCDS 9/83 was not applied to Lieutenant Liebmann, or, if it was applied, it was wrongly applied since that policy applies to peacekeeping, not active service situations.

trôle judiciaire plutôt que comme une déclaration essentiellement été abandonnée. Dans leurs observations, le demandeur et les défendeurs se sont bornés à traiter du caractère adéquat des plaidoiries dans la déclaration existante.

Caractère distinct des causes d'action

Au sujet de l'argument selon lequel les plaidoiries actuelles embrassent deux causes d'action indépendantes, les défendeurs font valoir que la demande du lieutenant Liebmann, qui fait suite au refus présumé d'être envoyé en affectation au Moyen-Orient, est nettement distincte de sa contestation, fondée sur des motifs d'ordre constitutionnel, de la validité de la politique énoncée dans l'OAFC 20-53, et que la combinaison des deux actions en une demande embrouille le litige et nuit à sa conduite. C'est en janvier 1991 que le lieutenant Liebmann s'est vu refuser une affectation, qui aurait été en situation d'activité. L'OAFC 20-53 n'est entrée en vigueur que le 29 mars 1991, et elle porte sur les missions de maintien de la paix. Les défendeurs cherchent donc à faire radier tous les paragraphes et passages de la déclaration qui ont trait à la contestation constitutionnelle de l'OAFC 20-53, lesquels, allèguent-ils, sont sans rapport avec la situation particulière dans laquelle se trouve le lieutenant Liebmann.

L'avocat du lieutenant Liebmann fait valoir que l'OAFC 20-53 s'applique à son client à titre de membre des Forces armées et qu'elle pourrait servir plus tard à lui refuser des possibilités d'affectation. Il est allégué que le lieutenant Liebmann devrait avoir le droit de contester maintenant cette politique et ne pas avoir à attendre que celle-ci soit réellement appliquée en sa défaveur avant de pouvoir en contester la validité. L'une des mesures de redressement sollicitées dans la déclaration est une injonction empêchant d'appliquer la politique. Le demandeur fait aussi valoir que l'OAFC 20-53 ne fait que remplacer une directive—la DCDS 9/83—que l'on a appliquée au lieutenant Liebmann en janvier 1991. L'avocat du sous-procureur général soutient que la DCDS 9/83 ne s'appliquait pas au lieutenant Liebmann ou, alors, si cela a été le cas, que c'était une erreur puisque cette politique ne concerne que les situations de maintien de la paix et non les situations d'activité.

Counsel for the League noted that on December 28, 1989, the League instituted proceedings in this Court to challenge the constitutional validity of DCDS 9/83. That proceeding was commenced by way of motion. The present defendant (the Minister of National Defence) moved to strike out the application because the proceedings had been brought by way of motion rather than by statement of claim. At the time, it was necessary to proceed by way of statement of claim when seeking a declaration in this Court. The *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] have since been amended.

The defendant's motion to strike the League's application was successful. See *B'Nai Brith Canada Leage for Human Rights v. Canada (Minister of National Defence)* (1991), 4 C.R.R. (2d) 177 (F.C.T.D.). In rendering the decision that that proceeding must be commenced by statement of claim, Mr. Justice Muldoon wrote [at pages 181-182]:

The applicant, a body corporate, is evidently not seeking extraordinary relief for itself, and so, in essence that which it seeks must be in the nature of a declaration, that is judicial declaratory relief. No individual member of the Canadian Forces, who and whose mission would be at risk in a distant land, comes forward to join the applicant in this originating motion. In such circumstances, it is apparent that the applicant, having no personal interest, but only a kind of representational interest, and self-appointed too, would want an order in that nature of a judicial declaration.

Here, what amounts to seeking declarations for and about members of the Canadian Forces, is instituted as *Federal Court Act* s.18 applications in regard to departmental policy said to be directed to safeguard certain members of the forces and certain peacekeeping missions of the forces from undue jeopardy, both personal and operational. Since the applicant has no directly or immediately personal or corporate interest in it, like the Council of Churches, must be seen to be asserting the status of a public interest litigant.

He accordingly struck out the applicant's motion but at the same time granted leave to the League to commence an action by way of statement of claim.

Given this history, counsel for the League takes exception to the defendants' present argument that a constitutional challenge to CFAO 20-53 cannot be

L'avocat de la Ligue a fait remarquer que la Ligue a intenté une action auprès de la présente Cour le 28 décembre 1989 dans le but de contester la validité constitutionnelle de la DCDS 9/83. Cette action a été introduite au moyen d'une requête. Le défendeur en l'espèce—le ministre de la Défense nationale—avait proposé de faire radier la demande parce que l'action avait été introduite par voie de requête plutôt que par voie de déclaration. À l'époque, il était nécessaire de procéder par voie de déclaration lorsque l'on voulait que la présente Cour rende une décision déclaratoire. Les *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] ont, depuis lors, été modifiées.

La requête du défendeur visant à faire radier la demande de la Ligue a été accueillie. Voir l'affaire *B'Nai Brith Canada Ligue des droits de la personne c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1991), 4 C.R.R. (2d) 177 (C.F. 1^{re} inst.). En décrétant qu'il fallait introduire l'action au moyen d'une déclaration, le juge Muldoon a écrit ce qui suit [aux pages 181 et 182]:

La requérante, qui est une personne morale, n'exerce certainement pas ces recours extraordinaires pour elle-même. Par conséquent, ce qu'elle désire obtenir, en substance, doit ressembler à un jugement déclaratoire. En effet, aucun membre des Forces armées canadiennes dont la vie et la mission seraient en péril à l'étranger n'est venu se joindre à la requérante dans la présente requête introductive d'instance. Dans un tel cas, il est évident que la requérante, qui n'a aucun intérêt personnel, mais uniquement une sorte d'intérêt à caractère représentatif qu'elle s'est elle-même attribué, souhaite obtenir un jugement déclaratoire.

Dans le cas qui nous occupe, c'est au moyen de demandes fondées sur l'article 18 qu'on sollicite, au nom des membres des Forces armées canadiennes et à leur sujet, des jugements déclaratoires relativement à une politique ministérielle censée protéger certains membres des Forces armées et certaines missions de maintien de la paix contre des dangers inutiles sur les plans personnel et opérationnel. Comme la requérante n'a aucun intérêt direct ou immédiat en tant que personne physique ou morale, on doit considérer qu'elle revendique, comme le Conseil des Églises, le statut de protagoniste agissant dans l'intérêt public.

Le juge a donc radié la requête du requérant, mais il a en même temps autorisé la Ligue à introduire une action par la voie d'une déclaration.

Compte tenu de ces antécédents, l'avocat de la Ligue s'objecte à l'argument des défendeurs en l'espèce, savoir que les plaidoiries ne peuvent étayer une

supported by the present pleadings. He argues that that policy is merely a continuation of DCDS 9/83 which the League has been given leave, by Mr. Justice Muldoon, to challenge. He argues, in addition, that if the defendants' motion were to succeed, the effect would be to immunize the policy from constitutional challenge by Lieutenant Liebmann.

What is more, counsel for the League states that the present action is even stronger than would have been the case had an action been brought by the League alone since there is now a member of the armed forces directly involved as plaintiff. Mr. Justice Muldoon indicated [at page 183] that the League's status as a public interest litigant would be enhanced "if someone, a member of the Canadian Forces, whose personal safety would putatively be in jeopardy, would be the applicant." With respect to the particular proceeding which had been brought by the League and which was before Mr. Justice Muldoon, he stated [at page 184]:

Indeed, the Court's discretion [to strike out the application] might have been otherwise exercised if the applicants here had been a woman, a Jew and a Muslim, all members of the Canadian Forces who were otherwise eligible for peacekeeping posting, but diverted from it on the asserted grounds. Indeed, even if not so diverted, such members of the Forces, who could merely possibly be facing the alleged special jeopardy from which their commanders would safeguard them, would make a far more compelling application.

Counsel for the defendants' argument that an insufficient factual background exists to allow a challenge to CFAO 20-53 is based in part on the decisions in: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at page 1078; *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pages 1497-1498; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pages 1010-1011; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at pages 310-311; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; and *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357.

As I understand the *Slaight*, *Cotroni*, *Swain* and *Lavigne* cases, the Supreme Court has held that when the text of a legislative instrument (including

contestation constitutionnelle de l'O AFC 20-53. Il fait valoir que cette dernière n'est qu'un prolongement de la DCDS 9/83, que le juge Muldoon a permis à la Ligue de contester. Il soutient par ailleurs que le fait d'accueillir la requête des défendeurs aurait pour conséquence de mettre la politique en question à l'abri de toute contestation constitutionnelle de la part du lieutenant Liebmann.

Qui plus est, l'avocat de la Ligue déclare que la présente action a encore plus de poids que s'il s'était agi d'une action que la Ligue aurait introduite seule, car un membre des Forces armées est maintenant directement concerné à titre de demandeur. Le juge Muldoon avait indiqué [à la page 183] que la Ligue aurait plus de poids en tant que «protagoniste agissant dans l'intérêt public» si «le requérant était une personne, p. ex. un membre des Forces armées canadiennes, dont la sécurité personnelle serait putativement menacée». En ce qui a trait à l'action particulière qu'avait introduite la Ligue et dont le juge Muldoon était saisi, ce dernier a déclaré ceci [à la page 184]:

De fait, la décision de la Cour aurait pu être différente si les requérants en l'espèce avaient été une femme, un juif et un musulman: ces trois personnes sont toutes des membres des Forces armées canadiennes qui pouvaient autrement participer à des missions de maintien de la paix, mais qui en ont été écartées pour les motifs invoqués. Et même si elles n'avaient pas été ainsi écartées, ces personnes, qui pourraient simplement faire face éventuellement au soi-disant péril particulier contre lesquels leurs commandants voudraient les protéger, présenteraient une demande beaucoup plus convaincante.

L'argument de l'avocat des défendeurs selon lequel il n'existe pas assez d'antécédents de fait pour pouvoir contester l'O AFC 20-53 repose en partie sur les arrêts suivants: *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la page 1078; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*; *États-Unis d'Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pages 1497 et 1498; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, aux pages 1010 et 1011; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, aux pages 310 et 311; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; et *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357.

Dans les arrêts *Slaight*, *Cotroni*, *Swain* et *Lavigne*, selon moi, la Cour suprême a statué que lorsque le texte d'un instrument législatif (y compris les instru-

subordinate legislative instruments) clearly authorizes action which infringes a 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]] right, then, the Court can declare that instrument unconstitutional. When a legislative text is however constitutionally neutral (confers an imprecise delegation of discretion), one must look to the way in which the authority granted by that instrument has been used. Counsel argues that in this case, since there is no factual situation pleaded with respect to the application of CFAO 20-53, that policy cannot be challenged on the basis of the present pleadings.

I accept counsel for the League's argument that if I were to accede to counsel for the defendants' request, I would in fact be making a decision that the legislative text of CFAO 20-53 is constitutionally neutral and that this is an issue more appropriately decided by the Trial Judge after hearing argument and all of the evidence.

I think it is open to a plaintiff to seek anticipatory relief, to challenge the constitutionality of the provisions of a governmental instrument or policy which can potentially be applied to his or her detriment. Lieutenant Liebmann, as a member of the armed forces, can be adversely affected in the future by the policy. He should not have to wait until it is actually applied to his detriment in order to challenge it. In addition, at this stage of the proceedings one assumes that the facts as pleaded in the statement of claim are true. It is asserted that CFAO 20-53 is merely the successor to and a continuation of DCDS 9/83 and that DCDS 9/83 was applied to Lieutenant Liebmann. In my view, these factors provide a sufficient nexus to allow the constitutional validity of CFAO 20-53 to be challenged in these proceedings on the basis of the pleadings as they stand.

In so far as the propriety of Lieutenant Liebmann challenging CFAO 20-53 is concerned, in my view the *Danson* decision supports the conclusion that this is appropriate. In that case, the issue before the Court,

ments législatifs subordonnés) fait clairement droit à une action qui viole un droit conféré par 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]], la Cour peut déclarer dans ce cas que l'instrument en question est inconstitutionnel. Cependant, lorsqu'un texte législatif est neutre (c'est-à-dire qu'il confère une délégation imprécise de pouvoirs discrétionnaires), il faut examiner la façon dont on a appliqué les pouvoirs que cet instrument accorde. Dans la présente action, fait valoir l'avocat, étant donné qu'aucune situation de fait n'est plaidée à l'égard de l'application de l'O AFC 20-53, cette politique ne peut être contestée sur la foi des plaidoiries soumises.

Je suis d'accord avec l'avocat de la Ligue que s'il fallait que j'accède à la demande de l'avocat des défendeurs, je me trouverais en fait à décider que le texte législatif de l'O AFC 20-53 est neutre d'un point de vue constitutionnel et qu'il s'agit d'une question que le juge de première instance est mieux placé pour trancher après avoir entendu les arguments et l'ensemble de la preuve.

Je crois qu'il est loisible à une partie demanderesse de solliciter un redressement par anticipation, de contester la constitutionnalité des dispositions d'un instrument ou d'une politique de l'État qui est susceptible d'être appliquée en sa défaveur. Il est possible que la politique porte un jour préjudice au lieutenant Liebmann en tant que membre des Forces armées. Ce dernier ne devrait pas avoir à attendre que cette politique joue effectivement en sa défaveur pour la contester. Par ailleurs, à ce stade-ci de l'action, on suppose que les faits plaidés dans la déclaration sont véridiques. Il est dit que l'O AFC 20-53 ne fait que succéder à la DCDS 9/83, qu'elle en est le prolongement, et que cette dernière a été appliquée au lieutenant Liebmann. Selon moi, ces facteurs comportent un lien suffisant pour permettre de contester la validité constitutionnelle de l'O AFC 20-53 dans la présente action, sur la foi des plaidoiries soumises.

En ce qui concerne la validité du fait que le lieutenant Liebmann conteste l'O AFC 20-53, l'arrêt *Danson* étaye à mon sens la conclusion que sa contestation est bel et bien fondée. Dans cet arrêt, la question

as described in the headnote [at page 1087], was “can this application be heard without reference to any factual situation and without any affidavit evidence.” [Underlining added.] The application had been brought by way of motion so that evidence would normally be presented through affidavits. The Court held that the application could not proceed without reference to at least some adjudicative or legislative facts. At the same time, it noted that since the challenge to the application had been brought, the applicant had obtained affidavit evidence containing such facts, for example, opinions concerning the manner in which the new rules regarding costs allegedly would undermine the independence of the bar and evidence of specific instances in which particular counsel had been threatened with the invocation of the impugned rules. This material was not considered for the purposes of the appeal because it had been filed after the appeal was launched. The Court noted however, at page 1102:

We have discovered by a roundabout route that the appellant is in possession of the facts he need to bring his challenge, by way of application, to a conclusion on the merits if he so chooses It is not necessary that the appellant prove that the impugned rules were applied against him personally (standing not being an issue); but he must present admissible evidence that the effects of the impugned rules violate provisions of the *Charter*. [Underlining added.]

The *MacKay* case dealt with a proceeding in which no evidence was submitted to support the claim. Nevertheless, the Trial Court heard the application since the respondent had consented to having that application heard. It is clear that the decision that no constitutional infringement had occurred was made at all levels in the absence of a factual underpinning for that claim. If such factual underpinning had existed perhaps the finding would have been different. Thus, the Supreme Court made it clear, when dismissing the appeal from the Manitoba Court of Appeal [(1985), 39 Man. R. (2d) 274], that no real adjudication of the constitutional issue had taken place. Mr. Justice Cory, at page 363, stated “there has been not one particle of evidence put before the Court” and, at page 366:

que devait trancher la Cour, qui est décrite dans le sommaire [à la page 1087], était la suivante: «la demande peut-elle être entendue en l’absence de tout contexte factuel et sans preuve par affidavit». [Soulignement ajouté.] La demande ayant été introduite par requête, la preuve aurait normalement été présentée au moyen d’affidavits. La Cour a décrété que la demande ne pouvait être entendue sans qu’il soit fait référence au moins à quelques faits déclaratifs ou législatifs. Elle a fait remarquer cependant que la partie requérante, depuis le moment où elle avait introduit son action en contestation de la demande, avait obtenu des preuves par affidavit contenant de tels faits, comme des avis sur la façon dont les nouvelles règles régissant les dépens mineraient censément l’indépendance du barreau, ainsi que des preuves de cas précis où l’on avait menacé des avocats particuliers d’invoquer les règles contestées. Ces éléments n’ont pas été pris en considération pour les besoins de l’appel parce qu’ils avaient été produits après l’interjection de l’appel. La Cour a toutefois fait remarquer ce qui suit, à la page 1102 du recueil:

Nous avons constaté par un moyen détourné que l’appellant dispose des faits nécessaires pour obtenir par requête, s’il le veut, une conclusion sur le bien-fondé de sa contestation . . . Il n’est pas nécessaire que l’appellant établisse que les règles contestées ont été appliquées dans son cas personnel (la qualité pour agir n’étant pas en litige); mais il doit présenter des éléments de preuve recevables montrant que les effets des règles contestées violent les dispositions de la *Charte*. [C’est moi qui souligne.]

L’arrêt *MacKay* avait trait à une action dans laquelle aucun élément de preuve n’avait été présenté à l’appui de la demande. La Cour de première instance avait quand même entendu la demande car la partie intimée y avait consenti. Il est clair que la décision selon laquelle il n’y avait pas eu de violation constitutionnelle s’appliquait à tous les niveaux en l’absence, pour la demande en question, d’un fondement factuel. S’il y avait eu un tel fondement, la conclusion aurait peut-être été différente. En rejetant le pourvoi de la Cour d’appel du Manitoba [(1985), 39 Man. R. (2d) 274], la Cour suprême a donc indiqué clairement qu’aucune décision réelle n’avait été rendue sur la question d’ordre constitutionnel. Le juge Cory, à la page 363 du recueil, a déclaré: «[p]as le moindre élément de preuve n’a été présenté à cette Cour en l’espèce» et, à la page 366:

A factual foundation is of fundamental importance on this appeal. It is not the purpose of the legislation which is said to infringe the *Charter* but its effects. If the deleterious effects are not established there can be no *Charter* violation and no case has been made out. Thus the absence of a factual base is not just a technicality that could be overlooked, but rather it is a flaw that is fatal to the appellants' position.

The appellants also argued an issue that does not require a factual foundation. It was said that the statutory funding of candidates could, whenever a losing candidate or candidates received 10 per cent of the vote, force a taxpayer to support a candidate whose views are fundamentally opposed to that of the taxpayer. This enforced support of a contrary view was said to infringe the taxpayer's right to freedom of expression. I cannot accept that contention.

In the *MacKay* case, the plaintiff by not bringing forth appropriate evidence failed to prove his case. It is clear that if the plaintiff in this case cannot establish a sufficient factual basis for his challenge to the CFAO 20-53 then that challenge is not likely to succeed. I am not convinced, however, that I should strike out the various paragraphs of the statement of claim which put the validity of that policy in issue, at this stage, before discoveries have been held, before the plaintiff has had an opportunity to adduce evidence at trial.

Accordingly, I am not prepared to grant the request that the paragraphs of the statement of claim which relate to the constitutional challenge to CFAO 20-53 be struck out because they are irrelevant.

Pleading Evidence Not Facts

I turn then to the request that certain paragraphs of the statement of claim be struck out because they plead evidence, not facts. The paragraphs in issue are 14, 15, 16 and parts of paragraphs 21 and 22. Paragraphs 14, 15 and 16 state:

14. On receipt of this message MARCOM did, on January 21st, 1991, forward to National Defence Headquarters a message MP 1023 211600Z January 91 supporting the nomination and the recommendation of the Plaintiff for the Posting

Un contexte factuel est d'une importance fondamentale dans le présent pourvoi. On ne prétend pas que c'est l'objet visé par la loi qui viole la *Charte*, mais ses conséquences. Si les conséquences préjudiciables ne sont pas établies, il ne peut y avoir de violation de la *Charte* ni même de cause. Le fondement factuel n'est donc pas une simple formalité qui peut être ignorée et, bien au contraire, son absence est fatale à la thèse présentée par les appelants.

Les appelants ont plaidé un point qui n'exige pas de contexte factuel. Ils ont dit que le financement de candidats tel que prévu par la loi pourrait en réalité forcer un contribuable à donner son appui à un candidat prônant des opinions fondamentalement opposées aux siennes, dans chaque cas où un candidat perdant recevrait 10 p. 100 des votes. Cet appui forcé à une opinion opposée est une atteinte, selon eux, au droit du contribuable à la liberté d'expression. Je ne puis accepter cette prétention.

Dans l'arrêt *MacKay* le demandeur, en ne présentant pas d'éléments de preuve appropriés, n'a pas établi le bien-fondé de sa cause. Il est clair que si le demandeur en l'espèce ne peut faire la preuve que sa contestation de l'O AFC 20-53 s'inscrit dans un contexte factuel suffisant, il y a peu de chances qu'elle soit fructueuse. Cependant, je ne suis pas convaincue que je doive radier les divers paragraphes de la déclaration qui mettent en question la validité de cette politique, à ce stade-ci de l'action, avant que l'on ait procédé à des interrogatoires préalables, avant que le demandeur ait eu la possibilité de produire des éléments de preuve à l'instruction.

Je ne suis donc pas disposée à accueillir la demande voulant que l'on radie les paragraphes de la déclaration qui se rapportent à la contestation constitutionnelle de l'O AFC 20-53 parce qu'ils sont hors de propos.

Plaider des éléments de preuve et non des faits

Examinons maintenant la demande selon laquelle certains paragraphes et passages de la déclaration doivent être radiés parce qu'ils plaident des éléments de preuve et non des faits. Les paragraphes en question sont les numéros 14, 15 et 16, ainsi que certains passages des paragraphes numéros 21 et 22. Le texte des paragraphes numéros 14, 15 et 16 est le suivant:

[TRADUCTION] 14. À la réception de ce message, le COMAR a effectivement envoyé au QG de la Défense nationale, le 21 janvier 1991, un message—MP 1023 211600Z, janvier 91—appuyant la nomination et la recommandation du demandeur

referred to in Paragraph 13. This message was also sent to COND for his information.

15. On January 22, 1991 MARCOM sent a message to "Discovery" for the Plaintiff—PERS TASK 1953 222152Z January 91—with an inquiry about the Plaintiff's Battle Casualty Replacement Status. The Plaintiff again advised C.O. "Discovery" that he was available on very short notice.

16. On January 24, 1991 COND, by message DC00443 241307Z January 91 addressed to MARCOM, did concur with the nomination of the Plaintiff for posting referred to in Paragraph 13.

Counsel for the defendants argues that all that need be pleaded is that Lieutenant Liebmann was nominated and recommended for the posting in question and that it is not necessary to set out the details which are contained in paragraphs 14, 15 and 16. Counsel for the plaintiff argues that if the pleading had been as general as suggested, the defendants would have been entitled to bring a motion for particulars. He states that he merely pleaded the facts with particularity.

The line between pleading facts and pleading evidence is not a distinct one. I can see no prejudice to the defendants, arising in this case, as a result of the plaintiff setting out the facts on which he relies in the terms and with the specificity noted above. I do not see that this makes the drafting of a defence more complex or difficult. Indeed, it may have obviated the procedural step of seeking particulars.

Paragraphs 21 and 22 state:

21. The then Associate Minister of National Defence has stated that the National Defence Headquarters and COMCANFORME had considered the Plaintiff's religion and ethnic origin and that the "potential problem" of a Jewish Officer was discussed "philosophically." *the Plaintiff says that his posting was withdrawn after consideration of, and because of, his religion and ethnic origin.*

22. The Plaintiff has, in accordance with Section 29 of the National Defence Act R.S.C. 1985, Chapter N-5 asked for a "Redress of Grievance" on the grounds that he has been treated unfairly and unlawfully. In the process of the Redress of Griev-

en vue de l'affectation mentionnée au paragraphe 13. Ce message a aussi été transmis à titre informatif au commandant des divisions de la Réserve navale.

15. Le 22 janvier 1991, le COMAR a envoyé un message au «Discovery» à l'intention du demandeur—PERS TASK 1953 222152Z, janvier 91—pour s'enquérir de la possibilité de remplacer le demandeur en cas de perte au combat. Ce dernier a de nouveau fait savoir au commandant du «Discovery» qu'il était disponible sur préavis très court.

16. Le 24 janvier 1991, dans un message portant le numéro DC00443 241307Z, janvier 91 adressé au COMAR, le commandant des divisions de la Réserve navale a effectivement souscrit à la nomination du demandeur en vue de l'affectation mentionnée au paragraphe 13.

L'avocat des défendeurs fait valoir que tout ce qu'il faut plaider est que le lieutenant Liebmann a été nommé et recommandé en vue de l'affectation en question, et qu'il n'est pas nécessaire d'exposer les détails que contiennent les paragraphes 14, 15 et 16. L'avocat du demandeur soutient que si la plaidoirie était aussi générale qu'on le dit, les défendeurs auraient eu le droit de présenter une requête en obtention de détails. Il déclare qu'il a simplement plaidé les faits d'une manière détaillée.

La démarcation qu'il y a entre plaider des faits et plaider des éléments de preuve n'est pas bien nette. À mon sens, les défendeurs ne subissent en l'espèce aucun préjudice du fait que le demandeur expose les faits sur lesquels il se fonde dans les termes et avec les détails mentionnés ci-dessus. Je ne vois pas en quoi cela rend l'élaboration d'un moyen de défense plus complexe ou difficile. En fait, cela a peut-être permis d'éviter l'étape procédurale de la demande de détails.

Le texte des paragraphes 21 et 22 est le suivant:

[TRADUCTION] 21. Le ministre associé de la Défense nationale de l'époque a déclaré que le quartier général de la Défense nationale et le COMCANFORME avaient pris en considération la religion et l'origine ethnique du demandeur et qu'ils avaient discuté «d'un point de vue philosophique» du «problème» qu'était susceptible de poser un officier juif. *Le demandeur dit que l'on a annulé son affectation après avoir pris en considération sa religion et son origine ethnique, ainsi qu'à cause de ces deux facteurs.*

22. En accord avec l'article 29 de la Loi sur la Défense nationale L.R.C. (1985), ch. N-5, le demandeur a «demandé réparation» pour avoir été traité d'une manière injuste et illicite. Dans le cadre de ce grief, les défendeurs—le chef d'état-major

ance, the Defendant Chief of the Defence Staff and COMARCOM have stated as a fact that the policy considerations referred to in Paragraph 10 herein and CFAO 20/53 were applied by the Canadian Forces and that the Plaintiff's religion and ethnic origin created concern for "his personal safety and his operational effectiveness". This concern for "personal safety and operational effectiveness" was not applied to the posting of any other members of the Canadian Forces to the Persian Gulf theatre of operations. *The Plaintiff was treated differently from other persons in the Canadian Forces, contrary to s. 15 of the Charter of Rights and Freedoms.* The Associate Minister of National Defence and the Chief of the Defence staff have admitted the discriminatory practice employed against the Plaintiff by tendering written apologies.

The defendants seek to strike all those portions of the paragraphs except the parts in italics. The first sentence of paragraph 21 relates to the text of a communication received by the plaintiff. Much of the challenged portions of paragraph 22 are clearly pleadings of fact, e.g., the application for and disposition of the redress of grievance. The portion, that the defendants say should be left in, is arguably a conclusion from the facts and a conclusion of law which, it is my understanding, should be pleaded together with their supporting facts. In any event, as has already been noted, the dividing line between material facts and evidentiary facts is not a sharp one. Also, I think it is good law that when doubt exists as to whether a statement is one of material fact or evidentiary fact, the statement should be left in the pleading. In *Mathias v. R.*, [1980] 2 F.C. 813, at page 816, Mr. Justice Walsh stated:

The jurisprudence is well established that if there is any doubt, the paragraphs in the pleadings should be left in so that evidence establishing them may be brought before the Trial Judge. This does not mean, however, that redundant or immaterial paragraphs outlining the evidence on which the party seeks to rely should be permitted to remain in the pleadings, provided always that the party as a result of striking out part of the proceedings is not prevented thereby from making full proof of any pertinent facts.

Mathias was followed in *ABC Extrusion Co. v. Signtech Inc.* (1987), 14 C.I.P.R. 108 (F.C.T.D.). In that case, Giles A.S.P. held, at page 110 that:

de la Défense et le commandant du COMAR—ont déclaré qu'en fait les Forces canadiennes ont appliqué les questions de principe mentionnées au paragraphe 10 des présentes et dans l'OAFC 20-53, et que la religion et l'origine ethnique du demandeur suscitaient des craintes quant à sa «sécurité personnelle et son efficacité opérationnelle». Ces craintes à l'affectation d'autres membres n'ont pas été appliquées des Forces canadiennes au théâtre opérationnel du Golfe persique. *Le demandeur a été traité différemment d'autres membres des Forces canadiennes, ce qui est contraire à l'art. 15 de la Charte des droits et libertés.* Le ministre associé de la Défense nationale et le chef d'état-major de la Défense ont reconnu que le demandeur avait été victime de discrimination en lui faisant des excuses écrites.

Les défendeurs demandent que l'on radie la totalité de ces paragraphes à l'exception des passages indiqués en italiques. La première phrase du paragraphe 21 se rapporte au texte d'une communication que le demandeur a reçue. La plupart des passages contestés du paragraphe 22 constituent manifestement des arguments de fait, par exemple: la demande de réparation et la décision rendue. Le passage, qui, selon les défendeurs, doit être conservé, est, peut-on le soutenir, une conclusion tirée des faits et une conclusion de droit qui, selon moi, devrait être plaidée en même temps que les faits qui l'appuient. De toute façon, ainsi qu'il a été mentionné, la démarcation qu'il y a entre des faits essentiels et des faits probatoires n'est pas très nette. De plus, je crois qu'il faudrait considérer comme faisant état du droit que lorsqu'il existe un doute à propos de la question de savoir si un énoncé constitue un fait essentiel ou un fait probatoire, cet énoncé devrait être conservé dans la plaidoirie. Dans l'affaire *Mathias c. R.*, [1980] 2 C.F. 813, à la page 816 du recueil, le juge Walsh déclare ce qui suit:

Il est établi par une jurisprudence constante que lorsqu'il subsiste le moindre doute, les alinéas des plaidoiries doivent être conservés pour que les éléments de preuve établissant leur bien-fondé puissent être soumis au juge de première instance. Ce qui ne signifie pas toutefois que les alinéas non essentiels ou redondants qui donnent un aperçu des éléments de preuve sur lesquels une partie cherche à fonder ses conclusions devraient être conservés dans les plaidoiries, pourvu toutefois que la radiation d'une partie des plaidoiries n'empêche pas la partie de faire pleinement la preuve de tout fait pertinent.

La décision *Mathias* a été suivie dans l'affaire *ABC Extrusion Co. c. Signtech Inc.* (1987), 14 C.I.P.R. 108 (C.F. 1^{re} inst.), où le protonotaire adjoint Giles décrète ce qui suit, à la page 110 du recueil:

To strike a paragraph from a pleading as being a mere recitation of evidence, it is necessary to show that the paragraph is redundant or immaterial. The paragraph would be redundant if the allegation made therein is repeated with sufficient particularity elsewhere in the pleading.

My review of the authorities indicates that a pleading will be defective if the required material facts are not pleaded but merely irregular if redundant or immaterial facts or evidence are pleaded.¹ Indeed, most of the reported cases are situations in which the absence of material facts is complained about, not where pleadings are sought to be struck for containing evidentiary facts.

It is interesting to note that the *Exchequer Court General Rules and Orders*, Rule 88 provided:

Every pleading shall contain as concisely as may be a statement of the material facts on which the party relies, but not the evidence. [Underlining added.]

The present Federal Court Rule 408(1), however, merely states:

Rule 408. (1) Every pleading must contain a precise statement of the material facts on which the party pleading relies.

I do not mean to suggest that any fundamental change in the applicable rules of pleading was intended when the change in the Rule was made but I think the phrasing of the Rule reflects the fact that, in general, the pleading of a bit of evidence in a statement of claim or defence is not terribly important providing the pleading is relevant, is not prejudicial and does not make the pleading unduly prolix.

It is useful to quote the commentary on Rule 143 of the Ontario Rules of Practice found in Holmsted and Gale, *Ontario Judicature Act and Rules of Practice*, volume 2, at pages 1232-1232.1:

¹ See generally Holmsted and Gale, *Ontario Judicature Act & Rules of Practice*, v. 2, R. 143; *Holmsted and Watson: Ontario Civil Procedure*, v. 2, p. 25-13 ff; Sgayias, Kinnear, Rennie & Saunders, *Federal Court Practice 1993*, p. 461 ff.

[TRADUCTION] Pour radier un paragraphe d'un plaidoyer parce qu'il ne constitue qu'un simple énoncé d'une preuve, il faut établir que le paragraphe en question est redondant ou non essentiel. Il serait redondant si l'allégation qui y est faite est reproduite de façon suffisamment détaillée ailleurs dans le plaidoyer.

Selon l'examen que j'ai fait des textes de référence, une plaidoirie est défectueuse lorsque les faits essentiels requis ne sont pas plaidés¹; la plaidoirie ne sera qu'irrégulière si les faits ou les éléments de preuve plaidés sont redondants ou non essentiels. En fait, la plupart des causes publiées traitent de situations dans lesquelles on se plaint de l'absence de faits essentiels, et non où l'on cherche à faire radier des plaidoiries parce qu'elles renferment des faits probatoires.

Il est intéressant de noter que la Règle 88 des *Règles et ordonnances générales de la Cour de l'Échiquier* porte que:

Toute plaidoirie doit contenir, d'une manière aussi concise que possible, un exposé des faits importants sur lesquels s'appuie la partie qui plaide, mais non la preuve. [C'est moi qui souligne.]

Cependant, l'actuelle Règle 408(1) des *Règles de la Cour fédérale* prescrit simplement que:

Règle 408. (1) Chaque plaidoirie doit obligatoirement contenir un exposé précis des faits essentiels sur lesquels se fonde la partie qui plaide.

Je ne veux pas dire par là qu'il était envisagé de modifier fondamentalement les règles de plaidoirie applicables lorsque la Règle a été changée, mais je crois que la formulation de cette dernière reflète que, de façon générale, le fait de plaider un élément d'information dans une déclaration ou une défense n'est pas terriblement important si la plaidoirie est pertinente, si elle ne cause aucun préjudice et si elle n'est pas exagérément prolix.

Il est utile de citer le commentaire fait sur la Règle 143 des Ontario Rules of Practice dans l'ouvrage de Holmsted and Gale *Ontario Judicature Act and Rules of Practice*, volume 2, aux pages 1232 et 1232.1:

¹ Voir, de façon générale, Holmsted and Gale, *Ontario Judicature Act & Rules Practice*, v. 2, R. 143; *Holmsted and Watson: Ontario Civil Procedure*, v. 2, p. 25-13 et suivantes; Sgayias, Kinnear, Rennie & Saunders, *Federal Court Practice 1993*, p. 461 et suivantes.

8.2 Elasticity of the rule. A pleading should not contain “allegations which amount to a pleading of evidence and not [material] facts”: *Watson v. Rodwell* (1876) 46 L.J. Ch. 744 at 746. But “under our present system the rules of pleading are elastic. . . Experienced pleaders often break the letter of the rules for the sake of clearness and brevity”: Bullen & Leake, 7th ed., p. 906, quoted in *Le Merchant v. Irish & Maulson Ltd.*, *supra*, at p. 507. See also *Reliable Toy Co. v. Lido (Can.) Reg’d.* (1962) 24 Fox Pat. C. 86 (Ont.). As examples of cases in which courts appear to have been lenient towards the pleading of evidence, see *Tomkinson v. S.-E. Ry.* (1887) 57 L.T. 358 (where the court allowed facts to be pleaded to show that a particular Act was not *ultra vires*); *Stratford Gas Co. v. Gordon* (1892) 14 P.R. 407 (where facts showing a malicious course of conduct by the plaintiffs towards the defendant were allowed as “affording reasons for the probability of the truth of this defence”). In some decisions language has been used wide enough to suggest that the distinction required by the rule between evidentiary facts and propositions of fact may be ignored. Thus in *Mullington v. Loring* (1880) 6 Q.B.D. 190 at 194, Lord Selborne L.C. said that “material fact . . . must be taken to include any facts which the party pleading is entitled to prove at the trial.” But this was said with reference to the question whether facts in aggravation of damages may be pleaded.

The pleadings in question in this case are brief; the facts pleaded are relevant to the issue between the parties; they are not prejudicial to the conduct of the defence; their inclusion should expedite rather than detract from an expeditious proceeding. Even if some parts of the challenged paragraphs might fall on the side of evidentiary as opposed to material fact, I am not prepared to strike them out.

Proper Defendants

I turn then to the defendants’ motion that the style of cause should be amended so as to replace the Minister of National Defence and the Chief of the Defence Staff with either Her Majesty the Queen or the Attorney General of Canada.

As I understand the defendants’ argument, it is that section 17 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3] and section 48 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] when read together with Rule 600 of the *Federal Court Rules* require that the plaintiff’s action be brought against Her Majesty the Queen or, alterna-

[TRADUCTION] **8.2 Élasticité de la règle.** Une plaidoirie ne devrait pas contenir [TRADUCTION] «[d’]allégations qui équivalent au fait de plaider des éléments de preuve et non des faits [essentiels]»: *Watson v. Rodwell* (1876) 46 L.J. Ch. 744, p. 746. Cependant, [TRADUCTION] «dans le système actuel, les règles de plaidoirie sont élastiques. . . Les plaideurs chevronnés enfreignent souvent la lettre des règles par souci de clarté et de concision»: Bullen & Leake, 7^e éd., p. 906, texte cité dans *Le Merchant v. Irish & Maulson Ltd.*, décision précitée, p. 507. Voir aussi *Reliable Toy Co. v. Lido (Can.) Reg’d.* (1962) 24 Fox Pat. C. 86 (Ont.). Quelques exemples de causes dans lesquelles les tribunaux semblent avoir fait preuve d’indulgence à l’égard du fait de plaider des éléments de preuve, sont donnés dans *Tomkinson v. S.-E. Ry.* (1887) 57 L.T. 358 (où la cour a permis que l’on plaide des faits pour montrer qu’une loi particulière n’était pas *ultra vires*); *Stratford Gas Co. v. Gordon* (1892) 14 P.R. 407 (où des faits établissant que les parties demandresses avaient agi avec malveillance envers la partie défenderesse ont été admis parce qu’ils [TRADUCTION] «dénotaient que ce moyen de défense était probablement véridique»). Dans certaines décisions, les termes employés ont été suffisamment larges pour donner à penser que l’on peut ne pas tenir compte de la distinction que la règle exige de faire entre des faits probatoires et des énoncés de fait. Ainsi, dans l’affaire *Mullington v. Loring* (1880) 6 Q.B.D. 190, à la p. 194, le lord chancelier Selborne a décrété qu’il faut [TRADUCTION] «considérer que [des faits essentiels] comprennent tout fait dont la partie plaidante a le droit de faire la preuve à l’instruction». Mais il faisait allusion à la question de savoir si l’on peut plaider des faits qui aggravent des dommages.

Les plaidoiries dont il est question en l’espèce sont succinctes; les faits plaidés se rapportent au litige entre les parties; ils ne nuisent pas à la conduite de la défense; leur inclusion devrait activer la procédure, et non le contraire. Même si certains passages des paragraphes contestés pourraient constituer des faits probatoires plutôt qu’essentiels, je ne suis pas disposé à les radier.

Défendeurs appropriés

Voyons maintenant la requête des défendeurs selon laquelle il faudrait modifier l’intitulé de la cause de manière à remplacer le ministre de la Défense nationale et le chef d’état-major de la Défense soit par Sa Majesté la Reine soit par le procureur général du Canada.

L’argument des défendeurs, tel que je le comprends, est le suivant: l’article 17 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3] et l’article 48 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], lorsqu’ils sont lus de pair avec la Règle 600 des *Règles de la Cour fédérale*, requièrent que l’action du demandeur soit inten-

tively, pursuant to subsection 23(1) of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 as amended by S.C. 1990, c. 8 [ss. 21, 29], against the Attorney General of Canada.

Section 17 of the *Federal Court Act* describes the jurisdiction of the Federal Court, Trial Division, in cases where relief is claimed against the Crown. Subsection (1) states that unless otherwise provided the Federal Court, Trial Division has jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown. Subsection (2) lists categories of claims which fall within subsection (1).²

Subsection 17(5) states:

17. . . .

(5) The Trial Division has concurrent original jurisdiction

(a) in proceedings of a civil nature in which the Crown or the Attorney General of Canada claims relief; and

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

Section 48 of the *Federal Court Act* describes a procedure for instituting proceedings against the Crown including the payment of the required filing fee and service on the Crown by filing the required document with the Court. Subsection 48(1) states:

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

(2) Without restricting the generality of subsection (1), the Trial Division has concurrent original jurisdiction, except as otherwise provided, in all cases in which

(a) the land, goods or money of any person is in the possession of the Crown;

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

(c) there is a claim against the Crown for injurious affection; or

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

tée contre Sa Majesté la Reine ou, subsidiairement, en accord avec le paragraphe 23(1) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, modifié par L.C. 1990, ch. 8 [art. 21, 29], contre le procureur général du Canada.

L'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale* décrit quelle est la compétence de la Section de première instance de la Cour fédérale dans les cas de demande de réparation contre la Couronne. Aux termes du paragraphe (1), sauf disposition contraire, la Section de première instance de la Cour fédérale a compétence dans les cas de demande de réparation contre la Couronne. Le paragraphe (2) énumère les catégories de demandes qui tombent sous le coup du paragraphe (1)².

Aux termes du paragraphe 17(5):

17. . . .

(5) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les actions en réparation intentées:

a) au civil par la Couronne ou le procureur général du Canada;

b) contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits—actes ou omissions—survenus dans le cadre de ses fonctions. [C'est moi qui souligne.]

L'article 48 de la *Loi sur la Cour fédérale* décrit comment procéder pour entamer une procédure contre la Couronne, y compris le paiement du droit exigé et la signification de l'acte introductif d'instance auprès de la Cour. Le texte du paragraphe 48(1) est le suivant:

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

(2) La Section de première instance a notamment compétence concurrente en première instance, sauf disposition contraire, dans les cas de demande motivés par:

a) la possession par la Couronne de terres, biens ou sommes d'argent appartenant à autrui;

b) un contrat conclu par ou pour la Couronne;

c) un trouble de jouissance dont la Couronne se rend coupable;

d) une demande en dommage-intérêts formée au titre de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. [C'est moi qui souligne.]

48. (1) A proceeding against the Crown shall be instituted by filing in the Registry of the Court the original and two copies of a document that may be in the form set out in the schedule and by payment of the sum of two dollars as a filing fee. [Underlining added.]

In the form set out in the schedule to the Act "Her Majesty the Queen" is named as the defendant. I should also note that the definitions set out in section 2 of the *Federal Court Act* provide that for the purposes of the Act "Crown" means Her Majesty in right of Canada.

Subsections (2) and (4) of Rule 600 of the *Federal Court Rules* state:

Rule 600. . . .

(2) Except where otherwise specially authorized, an action against the Crown shall be commenced in the manner provided by section 48 of the Act.

(4) In the case of an action for a declaration or otherwise against the Attorney General of Canada or other Minister of the Crown, Rule 400 applies. [Underlining added.]

Rule 400 states:

Rule 400. Unless otherwise provided every action shall be commenced by filing an originating document, which may be called a statement of claim or a declaration. (Form 11)

It is interesting to quote as well the commentary on Rule 600 which is found in *Federal Court of Canada Service*, vol. 2 (Butterworths):

The Federal Court has exclusive jurisdiction in respect of many kinds of actions brought by or against the Federal Government, that is, Her Majesty the Queen in Right of Canada, her Ministers of the Crown, and others. By far the majority of proceedings before the Federal Court are those brought by or against the Federal Crown.

Rule 600(1) makes it clear

Proceedings brought against the Crown are governed by section 48 of the *Federal Court Act* and reference to the cases annotated under that section should be made. It is correct to name "Her Majesty the Queen" as defendant, although often the appropriate Minister or Board is named, not personally but in their official capacity, e.g. "Minister of Agriculture". These proceedings are served by the Registry in accordance with the provisions of section 48(4), but the Registry will normally only do so if the defendant is named as "Her Majesty the Queen", otherwise the plaintiff has to serve the Minister or other named party in accordance with Rule 309. . . .

48. (1) Pour entamer une procédure contre la Couronne, il faut déposer au greffe de la Cour l'original et deux copies de l'acte introductif d'instance, qui peut suivre le modèle établi à l'annexe, et acquitter la somme de deux dollars comme droit correspondant. [C'est moi qui souligne.]

Dans le modèle établi à l'annexe de la Loi, «Sa Majesté la Reine» est nommée comme partie défenderesse. Il faut aussi signaler que, d'après les définitions données à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, aux fins de la Loi le mot «Couronne» désigne Sa Majesté du Chef du Canada.

Les paragraphes 600(2) et (4) des *Règles de la Cour fédérale* portent que:

Règle 600. . . .

(2) Sauf lorsqu'une autorisation spéciale permet d'agir autrement, une action intentée contre la Couronne peut être introduite de la façon prévue à l'article 48 de la Loi.

(4) Dans le cas d'une action visant à obtenir un jugement déclaratoire ou autre décision contre le procureur général du Canada ou un autre ministre de la Couronne, la Règle 400 s'applique. [C'est moi qui souligne.]

Voici ce qu'indique la Règle 400:

Règle 400. Sauf disposition contraire, chaque action est intentée par le dépôt d'un acte introductif d'instance qui peut porter le titre de déclaration ou *statement of claim* (Formule 11).

Il est intéressant de citer aussi le commentaire sur la Règle 600 que l'on retrouve dans *Federal Court of Canada Service*, vol. 2 (Butterworths):

[TRADUCTION] La Cour fédérale a compétence exclusive pour ce qui est de nombreuses sortes d'actions intentées par ou contre le gouvernement fédéral, c'est-à-dire Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, ses ministres de la Couronne et d'autres parties. La majeure partie des procédures dont est saisie la Cour fédérale sont, de loin, intentées par ou contre la Couronne fédérale.

Il ressort clairement de la Règle 600(1)

Les procédures engagées contre la Couronne sont régies par l'article 48 de la *Loi sur la Cour fédérale* et il faudrait faire référence aux causes annotées en vertu de cet article. Il est exact de nommer «Sa Majesté la Reine» comme partie défenderesse, encore que ce soit souvent le ministre ou l'office compétents qui sont nommés, non à titre personnel mais en leur qualité officielle; par exemple: «ministre de l'Agriculture». Les documents sont signifiés par le greffe en accord avec les dispositions du paragraphe 48(4), mais le greffe ne le fera habituellement que si la partie défenderesse nommée est «Sa Majesté la Reine»; sinon, la partie demanderesse doit signifier les documents au ministre ou à une autre partie nommée en accord avec la Règle 309. . . .

I turn then to the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 as amended. Section 23 provides:

23. (1) Proceedings against the Crown may be taken in the name of the Attorney General of Canada or, in the case of an agency of the Crown against which proceedings are by an Act of Parliament authorized to be taken in the name of the agency, in the name of that agency.

(2) Where proceedings are taken against the Crown, the document originating the proceedings shall be served on the Crown by serving it on the Deputy Attorney General of Canada or the chief executive officer of the agency in whose name the proceedings are taken, as the case may be. [Underlining added.]

Prior to the amendment to this Act, on February 1, 1992, the part of the Act in which the above-quoted provisions are found applied only to litigation in the provincial courts. The provisions are no longer so limited. At the same time no argument can be made that the new provisions are intended to supplant the provisions of the *Federal Court Act* since that Act was amended at the same time as the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985 c. C-50 and subsection 48(1) was not changed.

I note that the provisions of both the *Federal Court Act* (subsection 48(1)) and the *Crown Liability and Proceedings Act* (subsection 23(1)) state that the Crown may be sued in the form indicated. There is no requirement in either legislative provision which states that those forms are the only ways in which the Crown or an emanation thereof may be sued. I do not read the provisions as prohibiting actions against, for example, ministers or government officials in their representative capacity where such actions would previously have been possible.

Counsel for the plaintiff relies upon the decision in *Jones et Maheux v. Gamache*, [1969] S.C.R. 119 and states that the plaintiff is not challenging the validity of the *National Defence Act* or any regulation promulgated by the Governor in Council. Rather, the plaintiff challenges a policy directive issued by the Chief of the Defence Staff and decisions taken pursuant to that policy, a policy for which he argues the

Voyons maintenant ce que dit la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, dans sa forme modifiée. L'article 23 dispose que:

23. (1) Les poursuites visant l'État peuvent être exercées contre le procureur général du Canada ou, lorsqu'elles visent un organisme mandataire de l'État, contre cet organisme si la législation fédérale le permet.

(2) Dans les cas visés au paragraphe (1), la signification à l'État de l'acte introductif d'instance est faite à personne au sous-procureur général du Canada ou au premier dirigeant de l'organisme concerné, selon le cas. [C'est moi qui souligne.]

Avant que cette Loi soit modifiée, c'est-à-dire le 1^{er} février 1992, la partie où figurent les dispositions précitées ne s'appliquait qu'aux litiges soumis aux tribunaux provinciaux. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. On ne peut toutefois arguer que les nouvelles dispositions visent à supplanter celles de la *Loi sur la Cour fédérale* car cette dernière a été modifiée en même temps que la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, et le paragraphe 48(1) n'a pas changé.

Je signale que les dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* (paragraphe 48(1)) et de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* (paragraphe 23(1)) prescrivent que la Couronne peut être poursuivie de la manière indiquée. Ni l'une ni l'autre disposition législative n'indique que ce n'est qu'ainsi que l'on peut poursuivre la Couronne ou l'un des organismes qui en émanent. Selon moi, les dispositions n'empêchent pas d'intenter une action contre, par exemple, des ministres ou des hauts fonctionnaires de l'État en leur qualité de représentants lorsque lesdites actions auraient été possibles auparavant.

L'avocat du demandeur se fonde sur la décision rendue dans l'affaire *Jones et Maheux v. Gamache*, [1969] R.C.S. 119 et déclare que le demandeur ne conteste pas la validité de la *Loi sur la Défense nationale* ou de n'importe quel règlement promulgué par le gouverneur en conseil. Il s'oppose plutôt à une politique émanant du chef d'état-major de la défense et aux décisions prises en vertu de cette politique,

Minister of National Defence is responsible.³ Counsel argues that if the constitutional challenge was against the statute or against a regulation issued by the Governor in Council then it would be appropriate to name either Her Majesty the Queen, or the Attorney General of Canada as the defendant. He argues however that since the challenge is not directed against those types of instruments and because an injunction is sought against the Chief of the Defence Staff and other officials, who are responsible to the Minister of Defence and who might apply the policy, the presently named defendants are appropriate.

It is important first to describe the provenance of the policy instruments in question. The *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, subsection 12(1) authorizes the making of regulations for the organization, training, discipline and administration of the Canadian armed forces. Pursuant to that subsection, the Queen's Regulations and Orders (QR&O) are issued by the Governor in Council.

Article 1.23 of *The Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision)* states:

1.23 ...

(1) ... the Chief of Defence Staff may issue orders and instructions not inconsistent with the *National Defence Act* or with any regulations made by the Governor in Council, the Treasury Board or the Minister:

- (a) in the discharge of his duties under the *National Defence Act*; or
- (b) in explanation or implementation of regulations.

It is pursuant to this authority that the CFAOs and the DCDSs are issued.

I should also note that subsection 18(2) of the *National Defence Act*, provides:

18. ...

(2) Unless the Governor in Council otherwise directs, all orders and instructions to the Canadian Forces that are required to give effect to the decisions and to carry out the directions of the Government of Canada or the Minister shall be issued by or through the Chief of The Defence Staff.

As I have already noted, sections 17 and 48 of the *Federal Court Act* do not state that all actions must be brought solely against either Her Majesty the

³ *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 3, 4 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 6, s. 10].

qui, fait-il valoir, relève du ministre de la Défense nationale³. Selon l'avocat, si la contestation constitutionnelle concernait la loi ou un règlement émis par le gouverneur en conseil, il serait alors juste de nommer comme partie défenderesse soit Sa Majesté la Reine soit le procureur général du Canada. Il soutient toutefois qu'étant donné que la contestation ne porte pas sur ces types d'instruments et qu'une injonction est sollicitée contre le chef d'état-major de la Défense et d'autres responsables, qui relèvent du ministre de la Défense et qui pourraient appliquer ladite politique, les défendeurs actuellement nommés sont appropriés.

Il est important, tout d'abord, de décrire l'origine des instruments en question. La *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, paragraphe 12(1), autorise à prendre des règlements concernant l'organisation, l'instruction, la discipline et la bonne administration des Forces armées canadiennes. En exécution de ce paragraphe, c'est le gouverneur en conseil qui émet les Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC).

L'article 1.23 des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision de 1968)* dispose que:

1.23 ...

(1) ... le chef de l'état-major de la défense peut émettre des ordres et instructions qui ne sont pas incompatibles ni avec la *Loi sur la défense nationale*, ni avec aucun règlement pris par le Gouverneur en conseil, le Conseil du trésor ou le Ministre:

- a) dans l'accomplissement de ses fonctions en vertu de la *Loi sur la défense nationale*; ou
- b) pour expliquer les règlements ou les mettre à exécution.

C'est en vertu de cette disposition que sont émises les OAFC et DCDS.

Je signale aussi que le paragraphe 18(2) de la *Loi sur la Défense nationale* prescrit que:

18. ...

(2) Sauf ordre contraire du gouverneur en conseil, tous les ordres et directives adressés au Forces canadiennes pour donner effet aux décisions et instructions du gouvernement fédéral ou du ministre émanent, directement ou indirectement, du chef d'état-major de la défense.

Comme je l'ai déjà dit, les articles 17 et 48 de la *Loi sur la Cour fédérale* n'indiquent pas que toutes les actions doivent être introduites uniquement contre

³ *Loi sur la Défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 3, 4 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.) ch. 6, art. 10].

Queen or the Attorney General of Canada. The texts are permissive in this regard. What is more, subsection 17(5) specifically allows for proceedings in which relief is sought against any person for anything done in the performance of the duties of that person as an officer, servant or agent of the Crown. It is important to underline that in the present case, the present defendants are not being sued in their personal capacities. If they were, it is unlikely that this Court would have jurisdiction over the action. The present defendants are being sued in their representative capacities only, as officers, servants or agents of the Crown. The relief sought against them relates only to actions they might take in the performance of those duties.

It is useful to review some of the history of sections 17 and 48 of the *Federal Court Act*. It is well known that until the middle of this century, an individual could not sue the Crown in either tort or for breach of contract in the same way that other legal persons could be sued. A procedure by way of petition of right, in which the permission of the Crown was sought to commence legal proceedings, was available in cases of contract and with respect to the federal government, in the cases of some torts. See *Petition of Right Act*, R.S.C. 1970, c. P-12 and its predecessors. The history of the development of proceedings against the Crown can be found in P. W. Hogg, *Liability of the Crown*, 2nd ed. (1989, Carswell). When section 48 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] was enacted, the *Petition of Right Act* was repealed, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, subsection 64(1) and provisions were added to the *Crown Liability Act* [R.S.C. 1970, c. C-38] which placed the Crown, in so far as tort and contract are concerned, in approximately the same position as a private individual.

While the Crown could not be sued directly in tort or contract, a procedure had long existed whereby declarations could be obtained in the courts of equity by an action brought against the Attorney General. This is sometimes referred to as the “Dyson procedure”. In Hogg (*supra*), the following explanations of

Sa Majesté la Reine ou contre le procureur général du Canada. Les textes sont permissifs à cet égard. Qui plus est, le paragraphe 17(5) autorise expressément les actions intentées contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits—actes ou omissions—survenus dans le cadre de ses fonctions. Il est important de faire remarquer qu’en l’espèce, on ne poursuit pas les défendeurs en leur qualité personnelle. Si c’était le cas, il est peu vraisemblable que la Cour aurait compétence sur l’action. Les défendeurs sont poursuivis en leur qualité de représentants seulement, à titre de fonctionnaires, de préposés ou de mandataires de la Couronne. Le redressement sollicité a trait uniquement à des mesures que les défendeurs pourraient prendre dans le cadre de ces fonctions.

Il est utile de passer partiellement en revue l’historique des articles 17 et 48 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il est bien connu que, jusqu’au milieu du siècle où nous vivons, nul ne pouvait intenter contre la Couronne une action en responsabilité délictuelle ou pour rupture de contrat, ainsi qu’il était possible de le faire contre d’autres personnes morales. Une procédure par pétition de droit, dans laquelle on demandait la permission de la Couronne pour intenter une poursuite judiciaire, était disponible dans les cas de rupture de contrat et, pour ce qui était du gouvernement fédéral, dans les cas de certains délits civils. Voir à cet égard la *Loi sur les pétitions de droit*, S.R.C. 1970, ch. P-12, et les lois qui l’ont précédée. L’historique des actions intentées contre la Couronne est décrit dans l’ouvrage de P. W. Hogg intitulé *Liability of the Crown*, 2^e éd. (1989, Carswell). Quand l’article 48 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10] a été édicté, la *Loi sur les pétitions de droit* a été abrogée, S.R.C. 1970, ch. 10 (2^e Supp.), paragraphe 64(1), et des dispositions, ajoutées à la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* [S.R.C. 1970, ch. C-38], ont mis la Couronne sur le même pied à peu près qu’un simple particulier pour ce qui était de la responsabilité délictuelle ou contractuelle.

Même si l’on ne pouvait poursuivre directement la Couronne en responsabilité délictuelle ou contractuelle, il était possible depuis longtemps d’obtenir un jugement déclaratoire dans les cours d’équité en intentant une action contre le procureur général. C’est ce que l’on appelle parfois la «procédure Dyson».

the usefulness of declaratory proceedings against the Crown and the effect of the demise of the procedure of the petition of right is found at pages 18-20:

A declaration is a judgment that declares the law applicable to the parties but does not include any coercive order. Breach of a declaration is not a contempt of court and does not attract any other penalty. This deficiency in the remedy is sometimes cured by accompanying a declaration with coercive relief such as damages or an injunction or specific performance, but this is not necessary. The court has the power to make a declaration "whether or not any consequential relief is or could be claimed".

Ironically, the absence of coercive relief has made the declaration an exceedingly useful public law remedy, because the plaintiff need not make out a "cause of action" in the traditional sense of facts that would entitle the plaintiff to coercive relief. Thus, the declaration is commonly used as a remedy for unlawful administrative action and for unconstitutional statutes.

Dyson procedure

In addition to the petition of right procedure, a declaration against the Crown could be obtained by an ordinary action against the Attorney General. This means of obtaining a declaration against the Crown was upheld in *Dyson v. Attorney General* (1910), in which the English Court of Appeal made a declaration that a tax notice that had been sent to the plaintiff (and eight million others) was unauthorized by statute. The defendant in *Dyson* was the Attorney General, not the Crown itself. This method of obtaining a declaration against the Crown was available in Canada, Australia and New Zealand as well.

The *Dyson* procedure enjoyed a great advantage over the petition of right in that no royal fiat was needed to institute an action against the Attorney General. Now that the petition of right and the requirement of the fiat have been abolished in all jurisdictions by the Crown proceedings statutes, there is no longer any advantage in the *Dyson* procedure. The usual way of seeking a declaration is the procedure sanctioned by the Crown proceedings statutes of bringing an action against the Crown. However, while the Crown proceedings statute of each jurisdiction abolishes the petition of right, in many jurisdictions the statute does not expressly preclude other modes of suing the Crown.¹⁴ It follows in those jurisdictions that the *Dyson* procedure survives, and a declaration can still be obtained against the Crown in an action in which the Attorney General is named as the defendant.

¹⁴ In Canada, only N.B., s. 21 and N.S., s. 24, expressly abolish other proceedings against the Crown. However, in *Re MacNeil v. N.S. Bd of Censors* (1974), 53 D.L.R. (3d) 259

Hogg, aux pages 18 à 20 de l'ouvrage précité, explique l'utilité des procédures déclaratoires intentées contre la Couronne et l'effet de la disparition de la procédure de pétition de droit:

[TRADUCTION] Un jugement déclaratoire énonce le droit qui s'applique aux parties, mais il ne comporte aucune ordonnance coercitive. La violation d'un jugement déclaratoire ne constitue pas un outrage au tribunal et n'entraîne pas d'autre pénalité. On comble parfois cette lacune en assortissant le jugement déclaratoire d'un redressement coercitif, comme des dommages-intérêts, une injonction ou une exécution directe, mais cela n'est pas nécessaire. La Cour est habilitée à rendre un jugement déclaratoire «qu'il soit possible ou non de solliciter un redressement consécutif».

Ironiquement, l'absence de redressement coercitif fait que le jugement déclaratoire est devenu un recours excessivement utile en droit public, car la partie demanderesse n'a pas besoin d'établir «une cause d'action» en invoquant des faits qui lui donneraient droit à un redressement coercitif. Le jugement déclaratoire est donc souvent employé comme recours contre des mesures administratives illicites et des textes législatifs inconstitutionnels.

La procédure Dyson

Outre la procédure de pétition de droit, il était possible d'obtenir un jugement déclaratoire contre la Couronne en intentant une action ordinaire contre le procureur général. Cette méthode a été confirmée dans l'affaire *Dyson v. Attorney General* (1910), où la Cour d'appel d'Angleterre a déclaré qu'un avis fiscal envoyé à la partie demanderesse (et à huit millions d'autres personnes) n'était pas autorisé par la loi. Dans cette affaire, la partie défenderesse était le procureur général, et non la Couronne elle-même. Ce moyen d'obtenir un jugement déclaratoire contre la Couronne était également possible au Canada, en Australie et en Nouvelle-Zélande.

La procédure *Dyson* avait un net avantage sur la pétition de droit, en ce sens que l'institution d'une action contre le procureur général n'exigeait pas une autorisation royale. Maintenant que la pétition de droit et l'obligation d'obtenir l'autorisation royale ont été abolies dans toutes les juridictions par les lois sur les actions contre la Couronne, la procédure *Dyson* ne présente plus aucun avantage. La méthode courante pour solliciter un jugement déclaratoire est celle, que sanctionnent les lois régissant les procédures contre la Couronne, d'intenter une action contre cette dernière. Cependant, bien que la loi régissant les procédures contre la Couronne de chaque juridiction abolisse la pétition de droit, dans nombre de ces juridictions la loi n'exclut pas expressément d'autres moyens de poursuivre la Couronne. Il s'ensuit que la procédure *Dyson* subsiste dans ces juridictions, et qu'il est toujours possible d'obtenir un jugement déclaratoire contre la Couronne dans une action où le procureur général est désigné comme défendeur.

¹⁴ Au Canada, seuls l'art. 21, N.-B. et l'art. 24, N.-É. abolissent expressément les autres procédures intentées contre la Couronne. Cependant, dans l'affaire *Re MacNeil v. N.S. Bd*

(N.S.A.D.), it was held that the *Dyson* procedure survived s. 24 of the Nova Scotia Act on the basis that the action against the Attorney General for a declaration was not a proceeding against the Crown within the meaning of the Act. Query correctness of this ruling, since the Attorney General is only a nominal defendant in such a proceeding. The case went on appeal to the Supreme Court of Canada, which affirmed the N.S.A.D.: *N.S. Bd. of Censors v. MacNeil* [1976] 2 S.C.R. 265. However, the Supreme Court of Canada made no mention of s. 24, discussing only the issue of standing, which it described (at p. 267) as “the only [preliminary objection] meriting consideration by this Court”. [Most footnotes omitted.]

The *Dyson* [*Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.)] decision was relied upon in *Jones et Maheux v. Gamache*, the decision on which the plaintiff relies in this case. The secondary style of cause in that case was *Gamache v. Ministre des Transports* and the relevant issue under consideration was whether the Minister of Transport was a proper defendant. I will quote from the headnote for the finding in that case because I think it is an accurate summary [at page 316, D.L.R.]:

Where it is sought to declare a Regulation made by a governmental authority other than the Government itself to be void the action should be taken against the person vested with the power the limits of which are in question.

I understand the concern of the defendants in this case to be that since the rules allow for the discovery of parties, if the Minister of Defence and the Chief of the Defence Staff remain as the defendants, the plaintiff may seek to obtain discovery from each of them. If on the other hand, the respondent is Her Majesty the Queen or the Attorney General then the government may put forward an officer of its choosing for discovery. In addition, the present Minister of Defence was not the Minister of Defence in 1991 nor was the present Chief of the Defence Staff the incumbent of that position in 1991. With respect to the appropriate individual to be named for examination on discovery, I quote again from Hogg (*supra*), at pages 31-32:

Outside Australia, the Crown’s immunity persisted until the wave of reform that started with the United Kingdom’s Crown Proceedings Act 1947. This Act, among its many other

of *Censors* (1974), 53 D.L.R. (3d) 259 (S.A.N.-É.), il a été décrété que la procédure *Dyson* survivait à l’art. 24 de la Nova Scotia Act parce que l’action intentée contre le procureur général en vue de l’obtention d’un jugement déclaratoire n’était pas une procédure engagée contre la Couronne au sens de cette Loi. Il convient de s’interroger sur la justesse de cette décision, car le procureur général n’est défendeur que de nom dans une telle action. L’affaire a été portée en appel devant la Cour suprême du Canada, qui a confirmé la décision de la S.A.N.-É.: *N.S. Bd. of Censors c. MacNeil* [1976] 2 R.C.S. 265. Cependant, la Cour suprême du Canada n’a pas fait mention de l’art. 24, n’analysant que la question de la qualité pour agir, qu’elle a décrite comme étant l’unique objection préliminaire qui méritait d’être examinée par elle. [La plupart des renvois sont omis.]

La décision *Dyson* [*Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.)] a été invoquée dans l’arrêt *Jones et Maheux v. Gamache*, sur lequel le demandeur s’appuie en l’espèce. L’intitulé de cause secondaire dans cette affaire était *Gamache c. Ministre des Transports*, et la question pertinente qui était examinée consistait à savoir si le ministre des Transports était une partie défenderesse appropriée ou non. Le passage qui suit est extrait du sommaire relatif à la décision rendue dans cet arrêt, qui, à mon sens, résume bien la situation [à la page 316, D.L.R.]:

[TRADUCTION] Lorsqu’il est demandé de déclarer qu’un règlement établi par une instance gouvernementale autre que le gouvernement lui-même soit nul, l’action doit être intentée contre la personne investie du pouvoir dont les limites sont mises en question.

Je comprends que les défendeurs en l’espèce s’inquiètent du fait que, comme les règles permettent d’interroger au préalable les parties, si le ministre de la Défense nationale et le chef d’état-major de la défense demeurent les défendeurs, le demandeur puisse chercher à obtenir que chacun d’eux soit interrogé au préalable. En revanche, si l’intimé est Sa Majesté la Reine ou le procureur général, le gouvernement peut alors déléguer à l’interrogatoire préalable un fonctionnaire de son choix. Par ailleurs, en 1991, l’actuel ministre de la Défense nationale n’avait pas ce portefeuille et l’actuel chef d’état-major de la défense n’était pas titulaire de ce poste. En ce qui a trait à la personne qu’il convient de désigner en vue d’un interrogatoire préalable, je cite de nouveau Hogg (ouvrage précité), aux pages 31 et 32:

[TRADUCTION] À l’extérieur de l’Australie, l’immunité de la Couronne a subsisté jusqu’à la vague de réformes dont la Crown Proceedings Act de 1947, au Royaume-Uni, a marqué

reforms, abolished the Crown's immunity from discovery by providing that, in civil proceedings to which the Crown was a party, the Crown could be required to make discovery of documents, to produce documents for inspection, and to answer interrogatories. New Zealand enacted a similar provision in 1950.

In Canada, the United Kingdom Act became the basis for the Uniform Model Act of 1950, which in turn became the basis for provincial Crown proceedings statutes. Each province has now subjected the Crown to discovery. So has the federal Parliament.

Designation of Crown representative

With respect to examination for discovery against the Crown, provision had to be made to identify the person who was to answer written interrogatories or who was to attend to be examined orally. The Uniform Model Act, by s. 11, simply provided that the rules of procedure regarding discovery "apply in the same manner as if the Crown were a corporation". This supplied a ready-made solution to the problem of identifying the representative who was to attend to be examined for discovery. In each Canadian province, the rules permit a party seeking discovery from a corporation to designate the person who shall attend as representative of the corporation; the corporation has the right to apply for an order of substitution if the corporation considers that an inappropriate person has been designated.

Seven Canadian provinces have adopted the Uniform Model Act's provision and have assimilated the Crown to a corporation for discovery purposes. Manitoba reverses this model by providing that the Crown (the Attorney General) is to designate the official who is to be examined; however, the court has the power to designate a different official. The rules applicable to proceedings against the federal Crown are essentially the same as Manitoba's. Ontario's Act provides that the Deputy Attorney General is to designate the person who shall attend to be examined for discovery; and there is no power in the court to substitute a different person. The Ontario rule encourages plaintiffs to bring proceedings against individual Crown servants as well as the Crown. If an individual Crown servant is one of the defendants, the plaintiff is entitled to examine him or her. [Underlining added; footnotes omitted.]

One assumes, indeed, more than assumes, is confident that if the Attorney General were to designate an individual to be examined for discovery, a person knowledgeable in the matters in issue would be chosen. If this did not prove to be the case, which I think is highly unlikely, the Court could intervene to ensure that an appropriate person was examined. I am not convinced that the defendants' concerns respecting discovery are significant. In so far as examining

le début. Cette loi, qui a mené à de nombreuses réformes, abolissait l'immunité de la Couronne contre les communications préalables en prévoyant que, dans les actions de nature civile auxquelles la Couronne était partie, cette dernière pouvait être tenue de communiquer des documents, de produire des documents en vue de leur examen et de répondre à des interrogatoires. La Nouvelle-Zélande a édicté une disposition analogue en 1950.

Au Canada, la United Kingdom Act est devenue le fondement de la Uniform Model Act de 1950 qui, à son tour, a servi de base aux lois provinciales régissant les procédures contre la Couronne. Chaque province permet maintenant d'interroger au préalable la Couronne. Il en va de même du parlement fédéral.

Désignation du représentant de la Couronne

En ce qui concerne l'interrogatoire préalable de la Couronne, il a fallu créer une disposition pour désigner la personne qui répondrait aux interrogatoires écrits ou oraux. La Uniform Model Act, à l'art. 11, prescrivait simplement que les règles de procédure régissant les interrogatoires préalables s'appliquaient [TRADUCTION] «de la même façon que si la Couronne était une personne morale». Cela offrait une solution toute faite au problème de désigner le représentant qui comparaitrait à un interrogatoire préalable. Dans chacune des provinces du Canada, les règles permettent à une partie qui désire interroger au préalable une personne morale de désigner la personne qui comparaitra à titre de représentant de la personne morale; cette dernière a le droit de demander une ordonnance de substitution si elle estime que la personne désignée ne convient pas.

Sept provinces du Canada ont adopté la disposition de la Uniform Model Act et ont assimilé la Couronne à une personne morale pour les interrogatoires préalables. Le Manitoba prévoit pour sa part que c'est la Couronne (le procureur général) qui doit désigner la personne qui sera interrogée; cependant, la cour est autorisée à désigner une personne différente. Les règles qui s'appliquent aux actions intentées contre la Couronne fédérale sont essentiellement les mêmes que celles du Manitoba. La Loi de l'Ontario porte que le procureur général adjoint doit désigner la personne qui sera soumise à un interrogatoire préalable, et que la cour n'est pas habilitée à remplacer cette personne par quelqu'un de différent. La règle ontarienne encourage les parties demanderesse à intenter une procédure contre des fonctionnaires particuliers de la Couronne ainsi que contre la Couronne. Si un fonctionnaire particulier de la Couronne est l'un des défendeurs, la partie demanderesse a le droit de l'interroger. [C'est moi qui souligne; renvois omis.]

On suppose—on est convaincu même—que si le procureur général devait désigner une personne qui serait soumise à un interrogatoire préalable, il choisirait une personne qui est bien au fait du point en litige. Si ce n'était pas le cas, et cela est improbable à mon avis, la Cour pourrait intervenir pour s'assurer que l'on interroge une personne compétente. Je ne suis pas persuadée que les préoccupations des défendeurs concernant l'interrogatoire préalable sont

Ministers for discovery is concerned, there is considerable jurisprudence which establishes that although ultimately responsible for the actions taken by persons reporting to them, Ministers are often not the most knowledgeable about the particular facts in issue and are often not appropriate individuals for discovery purposes. As has already been noted, counsel for the plaintiff has made it abundantly clear that the Minister of Defence and the Chief of the Defence Staff are not being sued in their personal capacity. I am not persuaded that I should take into account, at this stage, questions concerning who can appropriately be examined for discovery. This can be decided later if it becomes a real issue between the parties.

Lastly, with respect to counsel for the plaintiff's argument that the present defendants are appropriate defendants because part of the remedy sought is an injunction to prevent those defendants implementing, or authorizing the implementation of the policy which it is sought to challenge, I find it useful to quote from Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (1983), at pages 168-169:

It is generally accepted that at common law an injunction cannot issue against the Crown itself. Several reasons have been given for the inappropriateness of injunctive relief against the Crown. It has been said that as the court is an emanation of the Crown, it would be incongruous for the court to purport to control the Crown and that no means could be found to enforce such an injunction. However, in one Canadian case, the Manitoba Court of Appeal departed from this doctrine and upheld an interlocutory injunction to restrain the Crown and a Minister from executing a deportation order. The court held that as the Crown was not the main defendant, enforceability of the order could be assured by proceedings against the other defendants. In fact, it matters little whether the Crown itself may be properly enjoined. The Crown is an abstraction and works through individuals, and if those individuals can be controlled through injunctions, the Crown is thereby controlled.

There is debate as to whether an injunction may issue against a Crown servant but despite this uncertainty, it is suggested that the Canadian cases support the award of injunctions against Ministers or servants of the Crown where their course of conduct cannot be justified in law. The basic principle which emerges is that an injunction will be granted to restrain

importantes. En ce qui a trait aux interrogatoires préalables de ministres, il existe une jurisprudence considérable qui établit que, même s'ils sont comptables en définitive des mesures que prennent les personnes relevant d'eux, les ministres ne sont souvent pas les plus au courant des faits qui sont en litige, et ne sont souvent pas les personnes qui conviennent pour être interrogées au préalable. Comme je l'ai déjà dit, l'avocat du demandeur a fait clairement comprendre que le ministre de la Défense nationale et le chef d'état-major de la Défense ne sont pas poursuivis à titre personnel. Je ne suis pas convaincue que je devrais tenir compte, à ce stade-ci, des questions concernant les personnes qu'il convient d'interroger au préalable. Ce point pourra être réglé plus tard, s'il suscite un réel désaccord entre les parties.

Enfin, pour ce qui est de l'argument de l'avocat du demandeur selon lequel les défendeurs en l'espèce sont ceux qui conviennent parce qu'une partie de la mesure de redressement sollicitée est une injonction visant à empêcher ces derniers de mettre en application ou d'autoriser la mise en application de la politique contestée, il est utile selon moi de citer les propos suivants de Sharpe, dans son ouvrage intitulé *Injunctions and Specific Performance* (1983), aux pages 168 et 169:

[TRADUCTION] Il est généralement reconnu qu'en common law une injonction ne peut être prononcée contre la Couronne elle-même, et ce, pour plusieurs raisons. Il a été dit qu'étant donné que la cour est une émanation de la Couronne, il serait incongru de sa part de tenter d'exercer un contrôle sur cette dernière et qu'il n'existe aucun moyen d'exécuter une telle injonction. Cependant, dans une affaire entendue au Canada, la Cour d'appel du Manitoba s'est écarté de ce principe et a confirmé une injonction interlocutoire visant à empêcher la Couronne et un ministre de mettre à exécution une mesure d'expulsion. La Cour a statué qu'étant donné que la Couronne n'était pas la partie défenderesse principale, il était possible d'assurer le caractère exécutoire de l'ordonnance en engageant des procédures contre les autres défendeurs. En réalité, il importe peu de savoir si la Couronne elle-même peut être soumise à une injonction à juste titre. La Couronne est une entité abstraite, qui fonctionne par l'entremise d'individus, et s'il est possible de contrôler ces derniers au moyen d'injonctions, on contrôle de la sorte la Couronne.

On ne s'entend pas sur la question de savoir si une injonction peut être prononcée contre un préposé de la Couronne mais, malgré cette incertitude, il semble que les décisions rendues au Canada étayaient le fait de prononcer une injonction contre un ministre ou un préposé de la Couronne lorsque sa conduite ne peut être justifiée en droit. Le principe fondamen-

a Crown servant from exceeding the lawful limits of authority or from acting without any authority where the acts complained of constitute a violation of the plaintiff's right. [Footnotes omitted.]

The Manitoba case, to which reference is made, is *Carlic v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration* (1967), 65 D.L.R. (2d) 633 (Man. C.A.). Apparently it was argued that the proceedings in that case were defective because they purported to be against both Her Majesty the Queen and the Minister of Citizenship and Immigration. The Court held, at pages 637-639:

It may be well to point out that Courts have more than once affirmed their right to restrain a Minister of the Crown from the doing of acts which were either illegal or beyond statutory power. Thus in *C.P.R. Co. et al. v. A.-G. Sask.* [1951] 3 D.L.R. 362, 1 W.W.R. (N.S.) 193, Thomson, J., had to deal with a motion made by the defendants to the effect that the relief claimed against the Crown could be obtained only on petition of right, and that the defendants, the Attorney-General of Saskatchewan and the Minister of Natural Resources, were servants or agents of the Crown and were improperly joined as defendants in that action. Thomson, J., denied the motion. He held that the Court could entertain an action to determine whether the threatened acts were *ultra vires* or illegal, and, if that were established, could restrain the taking of such steps or proceedings. He held therefore that both the Attorney-General of Saskatchewan and the Minister of Natural Resources had been properly joined as defendants in the action.

In due course that case reached the Supreme Court of Canada (*vide C.P.R. et al. v. A.-G. Sask.*, [1952] 4 D.L.R. 11, 69 C.R.T.C. 1, [1952] 2 S.C.R. 231) being argued, however, on other points. The only reference to the procedural matter is found in the judgment of Kerwin, J. (as he then was), speaking for himself and Taschereau, Cartwright and Fauteux, JJ., when he said at pp. 20-1:

The trial Judge and the Court of Appeal [[1951] 4 D.L.R. 21, 68 C.R.T.C. 232, 2 W.W.R. (N.S.) 424] dealt with several other matters raised by the parties who, however, have now abandoned their contentions with respect thereto. . . . [The] respondents abandoned their claim that the action was not properly brought against the Attorney-General and the Minister of Natural Resources and Industrial Development.

In applying the principles above mentioned I think it well to remind ourselves that the controversy here, as in *Gooliah*, is fundamentally one between State and individual, between

tal qui ressort est qu'une injonction sera accordée pour empêcher un préposé de la Couronne d'excéder les limites légitimes de son pouvoir ou d'agir sans pouvoir aucun lorsque les actes contestés violent le droit de la partie demanderesse. [Renvois omis.]

La décision manitobaine mentionnée dans la citation qui précède est *Carlic v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration* (1967), 65 D.L.R. (2d) 633 (C.A. Man.). Il était allégué, apparemment, que la procédure dans cette affaire était défectueuse parce qu'elle était intentée à la fois contre Sa Majesté la Reine et contre le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. La Cour a décrété ce qui suit, aux pages 637 à 639 du recueil:

[TRADUCTION] Il serait peut-être bon de faire remarquer que les tribunaux ont confirmé à plus d'une reprise le droit qu'ils ont d'empêcher un ministre de la Couronne de faire des gestes qui étaient illégaux ou qui excédaient les pouvoirs que leur conférait la loi. Ainsi, dans l'affaire *C.P.R. Co. et al. v. A.-G. Sask.* [1951] 3 D.L.R. 362, 1 W.W.R. (N.-É.) 193, le juge Thomson était saisi d'une requête selon laquelle le redressement demandé contre la Couronne ne pouvait être obtenu que par pétition de droit, et que les défendeurs—le procureur général de la Saskatchewan et le ministre des Ressources naturelles—étaient des préposés ou des mandataires de la Couronne et avaient été joints à tort comme défendeurs dans cette action. Le juge Thomson a rejeté la requête. Il a décrété que la Cour pouvait instruire une action pour déterminer si les actes menacés étaient *ultra vires* ou illégaux, et, dans l'affirmative, qu'elle pouvait empêcher de prendre de telles mesures ou d'initier de telles procédures. Il a donc statué que le procureur général de la Saskatchewan et le ministre des Ressources naturelles avaient été joints à juste titre comme défendeurs à l'action.

L'affaire a été soumise en temps utile à la Cour suprême du Canada (*C.P.R. et al. v. A.-G. Sask.*, [1952] 4 D.L.R. 11, 69 C.R.T.C. 1, [1952] 2 R.C.S. 231), pour d'autres points, cependant. L'unique référence qui est faite à la question de nature procédurale figure dans la décision du juge Kerwin (tel était alors son titre), s'exprimant pour lui-même et pour les juges Taschereau, Cartwright et Fauteux. Il a déclaré ce qui suit, aux p. 20 et 21 de la décision:

Le juge de première instance et la Cour d'appel [[1951] 4 D.L.R. 21, 68 C.R.T.C. 232, 2 W.W.R. (N.-É.) 424] ont traité de plusieurs autres questions soulevées par les parties qui, toutefois, ont maintenant abandonné leurs prétentions concernant ces questions. . . . Les intimés ont renoncé à l'argument selon lequel l'action n'avait pas été intentée à juste titre contre le procureur général et le ministre des Ressources naturelles et du Développement industriel.

En appliquant les principes susmentionnés, je crois qu'il est bon de se rappeler que la controverse dont il est question en l'espèce, comme dans l'affaire *Gooliah*, oppose fondamentalement

Crown and subject. In more specific terms it is dispute between the Department of Manpower and Immigration and the plaintiff. Whether that Department is represented by Her Majesty the Queen or by the Minister of Manpower and Immigration or by any other named defendant seems to me less important than that the issues be placed before the Court by the plaintiff on the one hand and by someone able to speak responsibly for the Department on the other. It was in that sense that I regarded the objections made by the Crown in the *Gooliah* case as technical in character. In the same way I regard the subject of the present motion as technical also.

Interestingly, this decision by the Manitoba Court of Appeal was commented upon with approval in *Juandoo v. Attorney General of Guyana*, [1971] A.C. 972 (P.C.). I do not propose to recount the facts of that case. They relate to the particular procedural rules there in issue. It is sufficient to quote a passage from that judgment, at pages 984-985:

The question is whether an injunction was a remedy which the court had jurisdiction to grant against "the Government of Guyana," which is the only entity against whom the injunction was sought. This expression connotes the person or, if there is more than one, those persons collectively, in whom the executive authority of the sovereign democratic state of Guyana is vested under the Constitution. . . .

At the relevant time, the executive authority of Guyana was vested in Her Majesty and exercised by the Governor-General on her behalf under article 33 of the Constitution. At the time of the hearing of the motion in the High Court an injunction against the Government of Guyana would thus have been an injunction against the Crown. This a court in Her Majesty's Dominions had no jurisdiction to grant. The reason for this in constitutional theory is that the court exercises its judicial authority on behalf of the Crown. Accordingly any orders of the court are themselves made on behalf of the Crown and it is incongruous that the Crown should give orders to itself.

Where the coercive order takes the form of an injunction, there is an additional objection to its being granted against an entity described as "the Government of Guyana." If at the time of the hearing of the motion this meant more than Her Majesty in whom the executive authority of Guyana was then vested and in whose service all public officers were engaged, it failed to identify the persons intended to be bound by the order. This an injunction must always do. In the instant case, the order sought was one restraining "the Government of Guyana from commencing or continuing road building operations either by themselves or by persons employed by them" upon the land. How far down the official hierarchy of public service or up it to Her Majesty does an injunction in these terms extend? If road construction operations were commenced or continued

ment l'État et un individu, la Couronne et un sujet. Le litige oppose plus précisément le ministère de la Main-d'œuvre et de l'Immigration et le demandeur. Le fait que le Ministère soit représenté par Sa Majesté la Reine ou par le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration ou par tout autre défendeur nommé m'apparaît moins important que le fait que les points en litige ont été soumis à la Cour par le demandeur d'une part et, d'autre part, par quelqu'un d'autre capable de s'exprimer d'une manière responsable pour le Ministère. C'est dans ce sens que j'ai considéré que les objections formulées par la Couronne dans l'affaire *Gooliah* revêtent un caractère technique. C'est également ainsi que je considère le sujet de la présente requête.

Détail intéressant, la Cour d'appel du Manitoba a formulé des observations sur cette décision, en y souscrivant, dans l'affaire *Juandoo v. Attorney General of Guyana*, [1971] A.C. 972 (P.C.). Je ne me propose pas de relater les faits de cette affaire, qui se rapportent à des règles procédurales bien précises. Il suffit de citer un passage de ce jugement, qui figure aux pages 984 et 985 du recueil:

[TRADUCTION] La question qui se pose est celle de savoir si une injonction était un redressement que la cour était autorisée à décerner contre le «gouvernement du Guyana», l'unique entité contre laquelle l'injonction était sollicitée. Cette expression désigne la personne ou, s'il y en a plus qu'une, les personnes prises collectivement, auxquelles est conféré le pouvoir exécutif de l'État démocratique souverain du Guyana en vertu de la Constitution. . . .

À l'époque en cause, l'autorité exécutive du Guyana était conférée à Sa Majesté et exercée par le gouverneur général pour le compte de cette dernière, aux termes de l'article 33 de la Constitution. À l'audition de la requête devant la Haute cour, une injonction contre le gouvernement du Guyana aurait donc été contre la Couronne. Il s'agissait d'une mesure qu'un tribunal n'était pas autorisée à prendre dans les dominions de Sa Majesté. L'explication, en théorie constitutionnelle, est que la cour exerce son pouvoir judiciaire pour le compte de la Couronne. Par conséquent, toute ordonnance que rend la cour est elle-même rendue pour le compte de la Couronne, et il serait incongru que cette dernière se donne elle-même des ordres.

Quand l'ordonnance coercitive revêt la forme d'une injonction, un autre facteur s'oppose à ce que cette dernière soit prononcée contre une entité décrite comme étant «le gouvernement du Guyana». Si, au moment de l'audition de la requête, cette expression désignait plus que Sa Majesté, en qui l'autorité exécutive du Guyana était conférée et au service de laquelle se trouvaient tous les fonctionnaires, elle n'indiquait pas quelles personnes seraient liées par l'ordonnance. Ce qu'une injonction doit toujours faire. Dans la présente affaire, l'ordonnance demandée visait à empêcher «le gouvernement du Guyana d'entreprendre ou de poursuivre des travaux de construction routière, soit par lui-même soit par des personnes à son service» sur les terres en question. Jusqu'à quel palier, vers le bas dans la hiérarchie officielle de la fonction publique,

despite the injunction, would everyone from the Cabinet downwards who could have given instructions that the operations should not be carried out be liable to committal or attachment for breach?

A form of relief which would not have been open to these objections would have been a declaration of the landowner's right not to have her land taken. This could properly be made against the Government of Guyana as such.

A declaration of rights unlike an injunction, however, is not a suitable form of interim relief pending final determination of the landowner's application. But if the matter were urgent, it would have been open to the landowner to add, as an additional party to the motion, the Director of Works or the Minister in whom the powers of the Director of Works under the Roads Ordinance are now vested, and to claim an injunction against him. This would give the court jurisdiction to grant an interim injunction if the urgency of the matter so required. This was the course adopted in the Canadian case of *Carlic v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration* (1968) 65 D.L.R. (2d) 633, although their Lordships do not accept as correct that the interim injunction granted in that case should have been expressed to be against both defendants instead of against the Minister to the exclusion of the Queen.

There is, of course, in non-constitutional cases, in some jurisdictions, a debate as to the appropriateness of granting injunctions against officers of the Crown when that injunction operates against them in their representative capacity only as opposed to against them in their personal capacity. A discussion of this debate and approval of the approach which has been taken by the Canadian courts is found in S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at pages 445-449. In the present case, since the challenge is a constitutional one, that particular debate would be irrelevant in any event since the Court has jurisdiction pursuant to section 24 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] to grant whatever remedies are appropriate in the circumstances.

On the basis of the above review of the relevant jurisprudence, I am not persuaded that it is appropriate to strike the plaintiff's action as against the pre-

ou vers le haut, jusqu'à Sa Majesté, une injonction libellée en ces termes s'étend-elle? Si, malgré l'injonction, les travaux de construction routière étaient entrepris ou poursuivis, est-ce que tous ceux qui, sous le Cabinet inclusivement, auraient pu donner des instructions pour que l'on n'exécute pas les travaux auraient été passibles d'incarcération ou de saisie-arrêt pour cause de violation?

Une forme de redressement qui n'aurait pas donné lieu à ces objections aurait été une déclaration du droit du propriétaire foncier de ne pas se faire prendre ses terres. Cette déclaration aurait pu être formulée à juste titre contre le Gouvernement du Guyana en tant que tel.

Une déclaration de droits, contrairement à une injonction, ne constitue cependant pas une forme convenable de redressement provisoire en attendant qu'une décision définitive soit prise au sujet de la requête du propriétaire foncier. Cependant, s'il y avait urgence, le propriétaire foncier aurait pu ajouter, à titre de partie supplémentaire à la requête, le directeur des Travaux ou le ministre à qui sont aujourd'hui conférés les pouvoirs du directeur des Travaux, en vertu de l'Ordonnance concernant les travaux routiers, et de demander qu'une injonction soit prononcée contre lui. Cela autoriserait la cour à accorder une injonction provisoire si l'urgence de la question le justifiait. C'est la voie qui a été suivie dans une affaire entendue au Canada, *Carlic v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration* (1968) 65 D.L.R. (2d) 633, encore qu'il ne soit pas exact, selon nous, que l'injonction provisoire accordée dans cette affaire aurait dû s'appliquer aux deux défendeurs plutôt qu'au ministre à l'exclusion de la Reine.

Dans les affaires de nature non constitutionnelle, il existe, bien sûr, dans certaines juridictions, un débat sur la justesse d'accorder une injonction contre des fonctionnaires de la Couronne lorsque cette injonction agit contre eux en leur qualité de représentants, plutôt qu'en leur qualité personnelle. S.A. de Smith analyse ce débat et souscrit à la démarche des tribunaux canadiens dans son ouvrage intitulé *Judicial Review of Administrative Action* (4^e éd. 1980), aux pages 445 à 449. Dans la présente affaire, étant donné que la contestation est de nature constitutionnelle, ce débat particulier serait sans objet de toute façon car, aux termes de l'article 24 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]], la Cour a compétence pour accorder les mesures de réparation, quelles qu'elles soient, qui conviennent dans les circonstances.

Cette analyse de la jurisprudence applicable ne me convainc pas du bien-fondé de radier l'action du demandeur contre les défendeurs présentement

sent named defendants. I see no impediment however to adding Her Majesty the Queen as an additional defendant to the action. Counsel for the plaintiff indicated that he had no objection to that course of action. An order to that effect will therefore be issued.

League as Plaintiff or Intervenor

The last issue to be dealt with is a motion brought by the League seeking to be added to this litigation either as a plaintiff (as of right or with leave of the Court) or as an intervenor. The plaintiff supports the League's application including its request to be added as co-plaintiff.

The League's request to be added as a co-plaintiff, as of right, relies on Mr. Justice Muldoon's decision in *B'Nai Brith Canada League for Human Rights v. Canada (Minister of National Defence)* (*supra*). As noted, the League was granted, by that decision, leave to commence an action by way of statement of claim to challenge the constitutionality of DCDS 9/83. Counsel argues that if the League had commenced an action on its own to challenge DCDS 9/83, there would now be two cases before the Court raising the same issues; this would be a classic case for joinder. Accordingly, counsel argues the League should be granted the status of co-plaintiff in the present case.

Counsel for the defendants argues that Mr. Justice Muldoon's decision depended on the Federal Court of Appeal decision in *Canadian Council of Churches v. Canada*, [1990] 2 F.C. 534, and that that decision has now been overruled [[1992] 1 S.C.R. 236]. Accordingly, it is argued that while the League should not be granted standing as a plaintiff, counsel for the defendants agreed that the League should be granted intervenor status.

I think counsel for the defendants' argument must prevail. In the *Canadian Council of Churches* case, the Federal Court of Appeal found that there were other reasonable and effective means by which the constitutional issue in question could be brought before the Court. The Court nevertheless granted the Council standing, presumably on the basis that as a direct participant in helping those claiming refugee

nommés. Je ne vois cependant aucun obstacle à ce qu'on ajoute Sa Majesté la Reine comme partie défenderesse supplémentaire à l'action. L'avocat du demandeur a indiqué qu'il ne s'opposait pas à une telle mesure. Une ordonnance à cet effet sera donc rendue.

La Ligue en tant que demanderesse ou intervenante

Le dernier point à considérer est la requête de la Ligue, qui désire être ajoutée au présent litige soit à titre de demanderesse (de droit ou avec la permission de la Cour) soit à titre d'intervenante. Le demandeur appuie la requête de la Ligue, y compris celle d'être ajoutée comme codemanderesse.

La requête de la Ligue pour être ajoutée, de droit, comme codemanderesse repose sur la décision qu'a rendue le juge Muldoon dans l'affaire *B'Nai Brith Canada Ligue des droits de la personne c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (précitée). Comme je l'ai indiqué, par cette décision la Ligue a obtenu la permission d'introduire une action par déclaration pour contester la constitutionnalité de la directive DCDS 9/83. L'avocat fait valoir que si la Ligue avait introduit une action par elle-même pour contester cette directive, la Cour se trouverait maintenant saisie de deux causes soulevant des questions identiques; ce serait là un cas classique de jonction d'instances. L'avocat fait donc valoir qu'il faudrait accorder à la Ligue le statut de codemanderesse en l'espèce.

L'avocat des défendeurs soutient que la décision du juge Muldoon était subordonnée à celle que la Cour d'appel fédérale a rendue dans l'affaire *Conseil canadien des églises c. Canada*, [1990] 2 C.F. 534, et que cette décision a maintenant été infirmée [[1992] 1 R.C.S. 236]. Il soutient donc qu'il ne convient pas d'accorder à la Ligue le statut de demandeur, mais qu'on peut lui accorder le statut d'intervenante.

Je crois que c'est l'argument de l'avocat des défendeurs qui l'emporte. Dans l'affaire *Conseil canadien des églises*, la Cour d'appel fédérale a déterminé qu'il existait d'autres moyens raisonnables et efficaces de soumettre à la Cour la question constitutionnelle en cause. La Cour a néanmoins donné au Conseil qualité pour agir, vraisemblablement parce qu'en contribuant directement à aider les revendicateurs du

status it had an interest in at least some aspects of the litigation. The Supreme Court overruled this decision, reiterating the three requirements for public interest standing. The Court stated that public interest standing is not required when on the balance of probabilities it can be shown that the measure, whose constitutionality is in question, will be subject to attack by a private litigant.

Mr. Justice Muldoon did not make a finding on whether in the case before him this third test was met because the Federal Court of Appeal, at the time, had broadened that requirement. Accordingly, I do not think the League can rely on Mr. Justice Muldoon's decision as the basis for its claim to be added as a co-plaintiff. In the light of the Supreme Court decision in the *Canadian Council of Churches*, I have not been convinced that the League could on its own sustain an action in this case. Accordingly, it will be added as an intervenor. I invite counsel for the League, in consultation with counsel for the plaintiff and counsel for the defendants to submit a draft order for my consideration setting out the terms of such intervention. I understood there to be considerable agreement between them as to what those terms should be.

statut de réfugié, le Conseil avait un intérêt dans certains aspects au moins du litige. La Cour suprême a infirmé cette décision, en réitérant les trois conditions qui s'appliquent à la qualité pour agir dans l'intérêt public. La Cour a déclaré que cette qualité n'est pas requise lorsqu'il peut être démontré, selon la prépondérance des probabilités, que la mesure en question, dont la constitutionnalité est en cause, sera contestée par une partie privée.

Le juge Muldoon n'a pas tiré de conclusion sur le fait de savoir si, dans l'affaire dont il était saisi, ce troisième critère était satisfait parce que, à ce moment, la Cour d'appel fédérale avait élargi cette condition. Je ne crois donc pas que la Ligue puisse s'appuyer sur la décision du juge Muldoon pour étayer sa demande d'être ajoutée comme codemanderesse. Compte tenu de la décision que la Cour suprême a rendue dans l'affaire *Conseil canadien des églises*, je ne suis pas convaincue que la Ligue pourrait soutenir par elle-même une action dans cette affaire. En conséquence, elle sera ajoutée comme intervenante. J'invite l'avocat de la Ligue, en consultation avec celui du demandeur et celui des défendeurs, de me soumettre un projet d'ordonnance énonçant les conditions dans lesquelles se ferait cette intervention. J'ai cru comprendre que tous s'entendaient dans une grande mesure sur ce que les conditions devaient être.