

T-4507-77

T-4507-77

Marc Beauregard, Puisne Judge of the Superior Court for the District of Montreal in the Province of Quebec (Plaintiff)

v.

The Queen (Defendant)

Trial Division, Addy J.—Ottawa, June 16 and November 25, 1981.

Jurisdiction — Subsequent to plaintiff's appointment as a Judge of the Superior Court of Quebec, the Judges Act was amended so that previously non-contributory retirement benefits were rendered contributory — Whether s. 29.1 of the Judges Act is ultra vires — Whether the words "before the 17th day of February, 1975" in s. 29.1(1) are inoperative in so far as they purport to affect the plaintiff because they offend against par. 1(b) of the Canadian Bill of Rights — Section 29.1(2) is ultra vires — Plaintiff cannot succeed under the Canadian Bill of Rights — Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1, as amended, ss. 9, 20, 23, 25, 29.1 — The British North America Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5], ss. 99, 100 — Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44 [R.S.C. 1970, Appendix III], s. 1(b) — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28.

The plaintiff accepted an appointment as Puisne Judge of the Superior Court of the Province of Quebec on July 24, 1975. Approximately five months later, the *Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975* was enacted. It added section 29.1 to the *Judges Act* which rendered contributory the annuities for judges' widows and children, as well as the retirement annuities and supplementary benefits of the judges themselves. These benefits were previously non-contributory. The plaintiff thus suffered a seven per cent reduction of the salary to which he was entitled as of the date of his appointment and for five months following the appointment. The first question is whether Parliament could diminish, reduce or impair the salary and other benefits of the plaintiff which became fixed as of the date of his appointment. The second question is whether the words "before the 17th day of February, 1975" are inoperative in so far as they purport to affect the plaintiff because they offend against paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. The plaintiff argues that the enactment is discriminatory because it denies the plaintiff equality before the law. The retroactivity of the enactment is not universally applicable and the enactment obliges a minority of judges to contribute for their pensions at a rate of seven per cent while the majority contributes at the rate of one and a half per cent.

Held, the plaintiff is entitled to a declaration that subsection (2) of section 29.1 of the *Judges Act* is in so far as the plaintiff is concerned *ultra vires* the Parliament of Canada. Unless superior court judges enjoy a special status by virtue of the principle of separation of powers between the judiciary and the

Marc Beauregard, juge puîné de la Cour supérieure du district de Montréal, province de Québec (Demandeur)

c.

La Reine (Défenderesse)

Division de première instance, le juge Addy—Ottawa, 16 juin et 25 novembre 1981.

Compétence — Après la nomination du demandeur à la fonction de juge de la Cour supérieure du Québec, la Loi sur les juges fut modifiée, prévoyant désormais la participation des intéressés aux prestations de retraite alors qu'auparavant elles étaient sans participation des intéressés — Il échet de déterminer si l'art. 29.1 de la Loi sur les juges est ultra vires — Il échet de déterminer si les mots «avant le 17 février 1975» à l'art. 29.1 sont inopérants dans la mesure où ils s'appliqueraient au demandeur parce qu'ils contreviendraient à l'al. 1b) de la Déclaration canadienne des droits — L'art. 29.1(2) est ultra vires — Le moyen du demandeur fondé sur la Déclaration canadienne des droits ne peut être retenu — Loi sur les juges, S.R.C. 1970, c. J-1, modifiée, art. 9, 20, 23, 25, 29.1 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5], art. 99, 100 — Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, c. 44 [S.R.C. 1970, Appendice III], art. 1b) — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, c. I-23, art. 28.

Le 24 juillet 1975, le demandeur a accepté sa nomination à la fonction de juge puîné de la Cour supérieure de la province de Québec. Environ cinq mois plus tard, la *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)* fut adoptée. Elle ajoutait à la *Loi sur les juges* l'article 29.1 qui prévoyait la participation des intéressés non seulement aux pensions des veuves et des enfants de juges mais également aux pensions de retraite et prestations supplémentaires des juges eux-mêmes. Auparavant, ces prestations étaient sans participation des intéressés. Le traitement auquel le demandeur avait droit à la date de sa nomination et pendant quelque cinq mois par la suite a donc subi une réduction de sept pour cent. La première question est de savoir si le Parlement pouvait diminuer, réduire ou baisser le traitement et les autres avantages du demandeur qui étaient devenus fixes à compter de la date de sa nomination. La deuxième question est de savoir si les mots «avant le 17 février 1975» sont inopérants dans la mesure où ils s'appliqueraient au demandeur parce qu'ils contreviendraient à l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Le demandeur prétend que cette loi est discriminatoire parce qu'elle dénie au demandeur son droit à l'égalité devant la loi. De par sa rétroactivité, cette loi ne s'applique pas universellement puisqu'elle oblige une minorité des juges à contribuer à leur régime de pension à un taux de sept pour cent, alors que la majorité contribue à un taux de un et demi pour cent.

Arrêt: le demandeur a droit à un jugement déclaratoire portant que le paragraphe (2) de l'article 29.1 de la *Loi sur les juges* est, pour ce qui concerne le demandeur, *ultra vires* du Parlement du Canada. A moins que les juges des cours supérieures ne jouissent d'un statut spécial en vertu du principe de

executive and legislative branches of government, or by virtue of some similar legal constitutional impediment to parliamentary supremacy, Parliament possesses the unlimited power to lower effectually and legally all salaries and other emoluments granted to judges as for any other servant of the Crown. Section 99 of *The British North America Act, 1867* provided that judges "shall be removable by the Governor General on Address of the Senate and House of Commons." Section 100 provides that salaries "shall be fixed and provided by the Parliament of Canada." The 1960 amendment of the *B.N.A. Act* provides for the first time for obligatory retirement at age 75. The federal government before obtaining this amendment to the *B.N.A. Act* obtained the consent of all of the Provinces because of their jurisdiction over the administration of justice. It was not until December 20, 1975 that any superior court judge was required to contribute toward the annuities which were payable for life. In England, as of the date of Confederation, the security of judicial salaries was constitutionally guaranteed as a matter of law since *The Act of Settlement (1700)*. On the passing of the *B.N.A. Act* the same status was acquired by justices of the supreme courts of the provinces as was enjoyed by English judges at the time. With that status of the judiciary came the same rights, powers and privileges, including by express statute the right to have their salaries "fixed and established" by Parliament, which includes the right to receive these salaries for the duration of their commissions as justices. Under the Constitution, the appointment and payment of provincial superior court justices and the criminal law which they applied fell under federal jurisdiction, while the administration of justice, the constitution of the courts and the substantive law which those justices administered in matters of property and civil rights fell under provincial jurisdiction. It thus seems clear that there exists a legal constitutional requirement derived from the federal nature of our Constitution to the effect that the rights of federally appointed judiciary, as they existed at the time of Confederation, cannot be abrogated, curtailed or changed without an amendment to the Constitution. There is an absolute requirement in a free society of a completely independent judiciary each member of which, in the performance of his judicial functions is answerable to no one but the law, his own conscience, the courts and *se male gesserit*, to Parliament and the Throne by means of an impeachment process on joint address to the latter by both Houses. Parliament, without at least the consent of the judge affected, is at law constitutionally prevented from reducing, by means of any legislation specifically directed to reductions of or deductions from judicial salaries, the compensation to which that judge was entitled at the time of his appointment. This conclusion is based not only on the manner in which jurisdiction is shared between the provinces and Canada, but because it arises out of an intrinsic and fundamental principle of constitutional law which was inherited with the British parliamentary system. The plaintiff cannot succeed under paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* because the term "equality before the law" does not refer and was never intended to refer to a question of equal pay for equal work. "Equality before the law" in the *Canadian Bill of Rights* has been interpreted as meaning that there are no exemptions from the ordinary law of the land for any privileged class. There is no legal foundation to the plaintiff's attack on the legislation on the grounds that, even apart from the *Canadian Bill of Rights*, it should be struck out because it is discriminatory. The numerous Canadian statutes affecting

la séparation des pouvoirs entre le judiciaire, l'exécutif et le législatif ou en vertu de quelque autre empêchement constitutionnel d'ordre légal à l'exercice de cette suprématie parlementaire, le Parlement possède le pouvoir illimité de diminuer de façon efficace et légale tous traitements et autres avantages attribués aux juges, comme pour tout autre employé de la Couronne. L'article 99 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* prévoyait que les juges «pourront être démis de leurs fonctions par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes.» L'article 100 prévoit que les salaires «seront fixés et payés par le parlement du Canada.» La modification de l'*A.A.N.B.* en 1960 prévoyait pour la première fois que les juges étaient tenus de prendre leur retraite à 75 ans. Avant d'obtenir cette modification de l'*A.A.N.B.*, le gouvernement fédéral a obtenu le consentement de toutes les provinces à cause de leur compétence en matière d'administration de la justice. Ce n'est que le 20 décembre 1975 que les juges des cours supérieures furent tenus de contribuer à leur pension qui était payée leur vie durant. En Angleterre, au moment de la Confédération, la garantie des traitements des juges était constitutionnellement protégée en droit depuis *The Act of Settlement (1700)*. Avec l'adoption de l'*A.A.N.B.*, les juges des cours suprêmes des provinces ont acquis le même statut que celui des juges anglais de l'époque. Ce statut de la magistrature était assorti des mêmes droits, pouvoirs et privilèges, y compris, par une loi le prévoyant expressément, le droit à ce que leur traitement soit «fixé et établi» par le Parlement, ce qui comprend le droit de recevoir ce traitement pendant la durée de leurs fonctions. En vertu de la Constitution, la nomination et le paiement des juges des cours supérieures provinciales et le droit criminel qu'ils appliquaient relevaient de la compétence fédérale, alors que l'administration de la justice, la création de tribunaux de justice et les règles de fond que ces juges appliquaient en matière de propriété et de droit civil relevaient de la compétence provinciale. Il semble donc clair qu'il existe une exigence de droit constitutionnel découlant de la nature fédérale de notre Constitution et qui veut que les droits des juges nommés par le fédéral, tels qu'ils existaient au moment de la Confédération, ne puissent être abrogés, diminués ou modifiés sans un amendement de la Constitution. Il existe un besoin absolu dans une société libre d'un pouvoir judiciaire complètement indépendant dont chaque membre n'est responsable, dans l'exécution de ses fonctions judiciaires, devant personne si ce n'est la loi, sa propre conscience, les tribunaux et, en cas de mauvaise conduite, devant le Parlement et la Couronne au moyen d'une procédure de mise en accusation sur adresse conjointe des deux Chambres à Sa Majesté. Le Parlement, sans au moins le consentement du juge intéressé, ne peut constitutionnellement, en droit, réduire, par toute loi portant directement sur des réductions ou des déductions de traitements des juges, la rémunération à laquelle ce juge avait droit au moment de sa nomination. J'arrive à cette conclusion non seulement à cause du partage des pouvoirs entre les provinces et le fédéral mais parce qu'elle découle d'un principe intrinsèque et fondamental de droit constitutionnel dont nous avons hérité avec le système parlementaire britannique. Il ne peut être fait droit à la demande du demandeur en vertu de l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* parce que l'expression «égalité devant la loi» ne vise pas et n'a jamais été conçue pour viser des questions de salaire égal pour un travail égal. Le concept d'«égalité devant la loi» que l'on trouve dans la *Déclaration canadienne des droits* a été inter-

judges' salaries establish various categories of compensation for judges of equal rank from time to time, without the slightest objection being raised that the legislation was discriminatory.

Curr v. The Queen [1972] S.C.R. 889, referred to. *Attorney General of Canada v. Lavell* [1974] S.C.R. 1349, referred to. *R. v. Burnshine* [1975] 1 S.C.R. 693, referred to. *MacKay v. The Queen* [1980] 2 S.C.R. 370, referred to. *Prata v. Minister of Manpower and Immigration* [1976] 1 S.C.R. 376, referred to. *Toronto Corporation v. York Corporation* [1938] A.C. (P.C.) 415, referred to.

ACTION.

COUNSEL:

David Scott, Q.C. for plaintiff.
Paul Ollivier, Q.C. and *D. M. Low* for defendant.

SOLICITORS:

Scott & Ayles, Ottawa, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ADDY J.: The facts in this case are undisputed: no witnesses were called and the case was tried on the basis of admissions in the pleadings, an agreed statement of facts and certain exhibits which were filed on consent.

The plaintiff, on the 24th of July, 1975, accepted an appointment as Puisne Judge of the Superior Court of the Province of Quebec. As of the date of his appointment, the *Judges Act*¹ provided for all puisne judges of the Superior Court of that Province the following salaries, remuneration and benefits:

¹ R.S.C. 1970, c. J-1 (as amended by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 16); S.C. 1970-71-72, c. 55; S.C. 1973-74, c. 17; S.C. 1974-75-76, c. 48; *Supplementary Retirement Benefits Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 43 as amended by c. 30 (2nd Supp.) and by S.C. 1973-74, c. 36 cited as *Statute Law (Supplementary Retirement Benefits) Amendment Act, 1973*, S.C. 1973-74, c. 36; An Act to revise references to the Court of Queen's Bench of the Province of Quebec, S.C. 1974-75-76, c. 19; *Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 81.

prété comme signifiant qu'aucune classe privilégiée n'est exempte de l'application du droit commun du pays. Il n'existe aucun fondement juridique à la prétention du demandeur selon laquelle la loi devrait être annulée parce que, même en faisant abstraction de la *Déclaration canadienne des droits*, elle est discriminatoire. Les nombreuses lois canadiennes concernant le traitement des juges établissent diverses catégories de traitement pour des juges de rang égal, sans que la moindre objection n'ait été soulevée au motif que la loi ait été discriminatoire.

Arrêts mentionnés: *Curr c. La Reine* [1972] R.C.S. 889; *Le Procureur général du Canada c. Lavell* [1974] R.C.S. 1349; *R. c. Burnshine* [1975] 1 R.C.S. 693; *MacKay c. La Reine* [1980] 2 R.C.S. 370; *Prata c. Le Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration* [1976] 1 R.C.S. 376; *Toronto Corporation c. York Corporation* [1938] A.C. (C.P.) 415.

ACTION.

AVOCATS:

David Scott, c.r. pour le demandeur.
Paul Ollivier, c.r. et *D. M. Low* pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Scott & Ayles, Ottawa, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

Voici les motifs du jugement rendu en français par

LE JUGE ADDY: Les faits ne sont pas contestés: aucun témoin n'a été cité et l'affaire a été jugée à partir d'admissions faites dans les actes de procédure, d'un exposé conjoint des faits et de certaines pièces qui furent déposées sur consentement.

Le 24 juillet 1975, le demandeur a accepté sa nomination à la fonction de juge puîné de la Cour supérieure de la province de Québec. A la date de sa nomination, la *Loi sur les juges*¹ prévoyait pour tous les juges puînés de la Cour supérieure de cette province, les traitements, rémunérations et avantages suivants:

¹ S.R.C. 1970, c. J-1 (modifiée par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 16); S.C. 1970-71-72, c. 55; S.C. 1973-74, c. 17; S.C. 1974-75-76, c. 48; *Loi sur les prestations de retraite supplémentaires*, S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), c. 43, telle que modifiée par c. 30 (2^e Supp.) et par S.C. 1973-74, c. 36, citée sous le nom de *Loi de 1973 modifiant le droit statutaire (prestations de retraite supplémentaires)*, S.C. 1973-74, c. 36; Loi portant révision de la mention Cour du banc de la reine de la province de Québec, S.C. 1974-75-76, c. 19; *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)*, S.C. 1974-75-76, c. 81.

1. Global salaries of \$53,000 (*Judges Act*, sections 9 and 20, as amended), basic salary \$50,000, additional salary of \$3,000 for extrajudicial services which judges may be called upon to perform and for incidental expenses.

2. Non-contributory retirement annuities (*Judges Act*, section 23 as amended).

3. Non-contributory annuities for the judges' widows and children (*Judges Act*, section 25 as amended).

4. Non-contributory supplementary retirement benefits (*Supplementary Retirement Benefits Act*, as amended).

Approximately five months following the plaintiff's appointment, that is, on the 20th of December, 1975, the *Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975*² was enacted. Section 100 of that Act amended the *Judges Act* by adding thereto section 29.1. This enactment rendered contributory not only the annuities for judges' widows and children but also the retirement annuities and supplementary benefits of the judges themselves, in the case of judges appointed subsequently to the 16th of February, 1975. It, accordingly, impaired to that extent the remuneration and benefits of the plaintiff.

The relevant portions of section 100 above-referred to read as follows:

100. The said Act is further amended by adding thereto, immediately after section 29 thereof, the following sections:

29.1 (1) Every judge appointed before the 17th day of February, 1975 to hold office as a judge of a superior or county court shall, by reservation from his salary under this Act, contribute to the Consolidated Revenue Fund one and one-half per cent of his salary.

(2) Every judge appointed after the 16th day of February, 1975 to hold office as a judge of a superior or county court, to whom subsection (1) does not apply, shall, by reservation from his salary under this Act,

(a) contribute to the Consolidated Revenue Fund an amount equal to six per cent of his salary; and

(b) contribute to the Supplementary Retirement Benefits Account established in the accounts of Canada pursuant to the *Supplementary Retirement Benefits Act*,

1. Des traitements globaux de \$53,000 (articles 9 et 20 de la *Loi sur les juges*, tels que modifiés)—traitement de base de \$50,000, traitement supplémentaire de \$3,000 pour les services extrajudiciaires que les juges peuvent être appelés à accomplir et en dédommagement des frais accessoires.

2. Pensions de retraite sans participation des intéressés (article 23 de la *Loi sur les juges*, tel que modifié).

3. Des pensions sans participation des intéressés pour les veuves et enfants de juges (article 25 de la *Loi sur les juges*, tel que modifié).

4. Prestations de retraite supplémentaires sans participation des intéressés (*Loi sur les prestations de retraite supplémentaires*, telle que modifiée).

Environ cinq mois après la nomination du demandeur, c'est-à-dire le 20 décembre 1975, la *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)*² fut adoptée. L'article 100 de cette Loi modifiait la *Loi sur les juges* en y ajoutant l'article 29.1. Cette loi prévoyait la participation des intéressés non seulement aux pensions des veuves et des enfants de juges mais également aux pensions de retraite et prestations supplémentaires des juges eux-mêmes, dans le cas de juges nommés après le 16 février 1975. Elle diminuait donc d'autant le traitement et les avantages du demandeur.

Les parties importantes de l'article 100 susmentionné sont conçues en ces termes:

100. Ladite loi est en outre modifiée par l'insertion, après l'article 29, des articles suivants:

29.1 (1) Les juges nommés avant le 17 février 1975 à une cour supérieure ou de comté versent au Fonds du revenu consolidé une contribution égale à un et demi pour cent de leur traitement, faite sous forme de retenue.

(2) Les juges nommés après le 16 février 1975 à une cour supérieure ou de comté versent, sous forme de retenue,

a) au Fonds du revenu consolidé une contribution égale à six pour cent de leur traitement; et

b) au Compte de prestations de retraite supplémentaires, établi dans les Comptes du Canada conformément à la *Loi sur les prestations de retraite supplémentaires*, une contribution égale

² S.C. 1974-75-76, c. 81.

² S.C. 1974-75-76, c. 81.

(i) prior to 1977, an amount equal to one-half of one per cent of his salary, and

(ii) commencing with the month of January 1977, an amount equal to one per cent of his salary.

(i) à un demi de un pour cent de leur traitement, avant 1977, et

(ii) à un pour cent de leur traitement, à compter de 1977.

Until that enactment and from the time of his appointment, the plaintiff was fully entitled to receive without any deductions the salaries and benefits already outlined at the outset in paragraphs numbered 1 to 4 above. Its effect was to oblige the plaintiff thenceforth to contribute six per cent of his salary toward the cost of his own retirement and the annuities for his widow and children as well as one-half of one per cent prior to the 1st of January, 1977 and thereafter one per cent, for the indexing of retirement annuities under the *Supplementary Retirement Benefits Act*. He thus suffered a reduction of seven per cent of the salary to which he was entitled as of the date of his appointment and for some five months following that appointment.

It is interesting to note here that, under subsection 29.1(1), the amount of one and one-half per cent required to be reserved from the salary of judges appointed previous to the 17th of February, 1975, is to be paid into the Consolidated Revenue Fund without reference to the Supplementary Retirement Benefits Account nor is reference made to the *Supplementary Retirement Benefits Act* as in the case of the one per cent mentioned in subparagraph (2)(b)(ii) of section 29.1 for judges appointed after that date. One might thus conclude that the contribution of one and a half per cent for judges under subsection 29.1(1) does not pertain to the supplementary retirement benefits to which they are entitled because, as originally enacted and as subsequently amended, the *Supplementary Retirement Benefits Act* specifically provides that all such benefits payable to judges out of the Consolidated Revenue Fund are not to be charged to the Supplementary Retirement Benefits Account³.

This one and a half per cent is levied as a contribution toward the cost of the improved annuities for surviving spouses and children and

³ Refer to R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 43, subs. 8(2) as amended by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 30, s. 1 and as further amended by S.C. 1973-74, c. 36, s. 4 cited as the *Statute Law (Supplementary Retirement Benefits) Amendment Act, 1973*.

Jusqu'à la promulgation de cette loi et à compter de sa nomination, le demandeur avait le droit de recevoir, sans déductions, les traitements et avantages déjà mentionnés ci-dessus aux paragraphes 1 à 4. Elle a eu pour effet d'obliger le demandeur à verser désormais six pour cent de son traitement à titre de cotisation à sa propre pension de retraite et aux pensions de son conjoint survivant et de ses enfants ainsi qu'un demi de un pour cent avant le 1^{er} janvier 1977 et de un pour cent par la suite au titre de l'indexation des pensions de retraite conformément à la *Loi sur les prestations de retraite supplémentaires*. Le traitement auquel il avait droit à la date de sa nomination et pendant quelque cinq mois par la suite a donc subi une réduction de sept pour cent.

Il est intéressant de noter ici qu'en vertu du paragraphe 29.1(1), la contribution de un et demi pour cent qui doit être retenue sur le traitement de juges nommés avant le 17 février 1975 doit être versée au Fonds du revenu consolidé sans mention du Compte de prestations de retraite supplémentaires ni de la *Loi sur les prestations de retraite supplémentaires* comme dans le cas de la contribution de un pour cent mentionnée au sous-alinéa (2)(b)(ii) de l'article 29.1 pour les juges nommés après cette date. On pourrait donc conclure que la contribution de un et demi pour cent prévue au paragraphe 29.1(1) ne se rapporte pas aux prestations de retraite supplémentaires auxquelles les juges ont droit parce que, dans sa forme originale et telle que modifiée par la suite, la *Loi sur les prestations de retraite supplémentaires* prévoit expressément qu'aucune de ces prestations payables aux juges sur le Fonds du revenu consolidé ne doit être imputée au Compte de prestations de retraite supplémentaires³.

Ce un et demi pour cent est prélevé à titre de contribution pour subvenir au coût de pensions améliorées pour les conjoints survivants et les

³ Voir S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), c. 43, par. 8(2), tel que modifié par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 30, art. 1 et par S.C. 1973-74, c. 36, art. 4 citée sous le titre de *Loi de 1973 modifiant le droit statutaire (prestations de retraite supplémentaires)*.

not for the annuity of the judges themselves. Nothing, however, appears to turn on this in so far as the determination of the present case is concerned.

The agreed statement of facts establishes that, at the time of his appointment on the 24th of July, 1975, although the Bill, which ultimately led to the enactment proclaimed on the 20th of December, 1975, was actually before Parliament, the plaintiff was completely unaware of its existence and had received no notice of same. Although one is deemed to know the law of the land, there is no such presumption in the case of Bills not yet enacted. No one is bound by their contents. Having regard to the substantive and progressive emasculation of certain Bills in their stormy passage through Parliament, such Bills as are finally passed into law frequently bear little resemblance either in substance or in form to the original proposal. It would be grossly unjust to impute to anyone, other than perhaps a Member of Parliament, constructive knowledge of the business of Parliament.

Although equitable considerations are irrelevant in determining the issues before me, in the plaintiff's case at least, it is surprising to note that, as he was appointed at the age of 38, he will apparently have contributed much more than would be required to take care of his own retirement annuities and supplementary benefits, assuming he continues in office and retires at the age of 65. The deductions from his salary for 1976 were \$3,445 and for this year they will amount to some \$5,175. Over 27 years his contributions would amount to a total well in excess of \$125,000 based on the assumption that there would be no increase in salary. Annual contributions of \$5,000, if compounded annually at 15% interest, would create a fund at retirement of some \$600,000 in terms of 1981 dollars. If invested at 15% interest this would produce an annual revenue of \$90,000, well in excess of his present salary and approximately twice the amount required to pay him a two-thirds pension as presently provided for, without any encroachment upon the capital sum.

enfants et non pour la pension des juges eux-mêmes. Cela semble toutefois indifférent à la solution du litige.

^a L'exposé conjoint des faits établit qu'à la date de sa nomination le 24 juillet 1975, bien que le projet de loi qui fut ultérieurement adopté et promulgué le 20 décembre 1975 ait alors été devant le ^b Parlement, le demandeur ignorait complètement son existence et n'en avait pas été avisé. Si nul n'est censé ignorer la loi, il n'existe pas de présomption semblable dans le cas de projets de loi qui ne sont pas encore adoptés. Nul n'est lié par leur contenu. Si l'on tient compte des modifications importantes et de l'émascation progressive ^c de certains projets de loi au cours des débats au Parlement, les projets de loi qui sont finalement adoptés ressemblent souvent très peu, tant sur le plan du fond que de la forme, au projet original. Il serait tout à fait injuste que quiconque, sauf peut-être un membre du Parlement, soit, par présomption, tenu de connaître les travaux du Parlement.

^e Bien que des considérations d'*equity* ne soient pas pertinentes pour trancher les questions qui me sont soumises, dans le cas du demandeur au moins, il est surprenant de noter que, comme il a été ^f nommé à l'âge de 38 ans, il semble qu'il aura contribué beaucoup plus que ce qui serait nécessaire pour payer lui-même sa propre pension de retraite et les prestations supplémentaires, en présumant qu'il occupe son poste jusqu'à la retraite à ^g l'âge de 65 ans. En 1976, les déductions de son traitement ont été de \$3,445 et, pour l'année en cours, elles atteindront quelque \$5,175. Sur une période de 27 ans, ses contributions atteindraient un total de beaucoup supérieur à \$125,000, en ^h présumant qu'il n'y aurait pas de majoration de son traitement. Des contributions annuelles de \$5,000, calculées annuellement à un taux d'intérêt composé de 15% auraient créé, au moment de la retraite, un fonds d'environ \$600,000 en dollars de ⁱ 1981. Si cette somme était placée à un taux d'intérêt de 15%, elle produirait annuellement un revenu de \$90,000, beaucoup plus que son traitement actuel et environ deux fois la somme requise ^j pour lui verser la pension actuellement prévue, égale aux deux tiers de son traitement, sans aucunement entamer le capital.

This, of course, does not take into account the income protection which he, his wife and children enjoy in the meantime against the possibility of his death or his own entitlement to full pension in the event of early retirement on grounds of ill health. Furthermore, 15% might possibly be considered an inordinately high rate of interest to use as a factor. In any event, in so far as the plaintiff is concerned, the action undoubtedly involves a very considerable sum of money.

Following trial of the action, counsel for the plaintiff applied for an order to amend the prayer for relief of the statement of claim. A consent order was subsequently issued on the 22nd of July, 1981, as a result of which the plaintiff now claims the following:

a) A declaration that the words "before February 17, 1975" of Section 29.1 and that the whole of Section 29.1(2) of the Judges Act, as enacted by Section 100 of 1974-75-76, c. 81 are

i) ultra vires of the Parliament of Canada, or, in the alternative:

ii) ultra vires of the Parliament of Canada insofar as the Plaintiff is concerned;

or, in the alternative,

b) A declaration that the words "before February 17, 1975" of Section 29.1 and the whole Section 29.1(2) of the Judges Act, as enacted by Section 100 of 1974-75-76, c. 81 are inoperative insofar as the Plaintiff is concerned;

Before proceeding with the determination of these issues, it is incumbent upon me to declare my interest in the outcome. Where, as in the case at bar, a judge having a personal interest in the determination of a legal issue is, nevertheless out of necessity, obliged to try it because there is no other disinterested judge available possessing the required jurisdiction, the task becomes doubly onerous. By reason of his personal interest in the outcome, the judge, *ex abundanti cautela* and out of a genuine concern that justice be rendered with absolute impartiality, is obliged to guard against the danger of unduly leaning toward the view opposed to such interest as well as that of being unconsciously influenced by it. It is a balancing act which calls upon acrobatic feats of judgment and moral navel gazing, which few people possess and even fewer are called upon to exercise. Finally, no matter how conscientiously the task is accomplished, there always remains the very real possi-

Évidemment, ceci ne tient nullement compte de la protection de revenu advenant son décès dont lui, sa femme et ses enfants jouissent entre-temps, ni de son droit à une pleine pension en cas de retraite anticipée pour cause de maladie. On pourrait peut-être aussi considérer le taux d'intérêt de 15% trop élevé pour l'employer comme facteur. De toute façon, pour ce qui concerne le demandeur, une somme très considérable est en jeu dans la présente action.

A la suite de l'audition de l'action, l'avocat du demandeur a demandé une ordonnance lui permettant de modifier les conclusions de la déclaration. A la suite d'une ordonnance subséquemment rendue sur consentement le 22 juillet 1981, le demandeur demande maintenant ce qui suit:

[TRADUCTION] a) Un jugement déclarant les mots «avant le 17 février 1975» à l'article 29.1 et la totalité de l'article 29.1(2) de la Loi sur les juges telle qu'éditée par l'article 100 du c. 81, 1974-75-76

i) ultra vires du Parlement du Canada, ou, subsidiairement:

ii) ultra vires du Parlement du Canada pour ce qui concerne le demandeur;

ou, subsidiairement,

b) Un jugement déclarant que les mots «avant le 17 février 1975» à l'article 29.1 et la totalité de l'article 29.1(2) de la Loi sur les juges, telle qu'éditée par l'article 100 du c. 81, 1974-75-76 sont inopérants pour ce qui concerne le demandeur;

Avant de procéder à l'examen de ces questions, il m'incombe de déclarer l'intérêt que j'ai dans l'issue du litige. Lorsque, comme en l'espèce, un juge ayant un intérêt personnel dans l'issue du litige est néanmoins obligé d'instruire l'affaire parce qu'aucun autre juge désintéressé et ayant la compétence voulue n'est disponible, la tâche devient deux fois plus lourde. A cause de son intérêt personnel dans l'issue du litige, le juge, pour redoubler de prudence et par souci réel que justice soit faite en toute impartialité, est obligé de se prémunir contre le danger de pencher indûment en faveur du point de vue opposé à cet intérêt ainsi que contre le danger d'être inconsciemment influencé par celui-ci. C'est là un numéro d'équilibriste qui demande des acrobaties de jugement et d'introspection morale, talent que bien peu de personnes possèdent et qu'encore moins sont appelées à exercer. Enfin, aussi consciencieusement que la tâche soit accomplie, il reste toujours la possibi-

bility that it will appear to the ordinary citizen as nothing less than an act of judicial incest.

My appointment dates several years previous to the 17th of February 1975 and, under the legislation as it exists at present, I am not obliged to pay the 6% with which judges appointed subsequently thereto are saddled. It might thus appear that I presently possess no direct interest in the determination of the specific issues raised in the statement of claim. It became quite obvious at the outset of the hearing, however, that, because the plaintiff raised the issue of Parliament's constitutional power to exact deductions from a judge's salary for a specific purpose peculiar to judges, I do have at least a potential personal interest in the proceedings arising out of the 1½% which I must contribute.

In 1931 in England, by reason of the economic crisis existing there at the time, which amounted to a national emergency, the *National Economy Act, 1931*, 21 & 22 Geo. 5, c. 48, was passed. It provided that the salaries of all "persons in His Majesty's service" including those of judges, be reduced by 20%. The judges of England dispatched a confidential memorandum to the Prime Minister at the time giving their view as to the right of Parliament to reduce the salaries of the judiciary. (The memorandum, a most interesting document, became a public document when it was tabled two years later in the House of Lords. I shall be referring to it *in extenso* later on in these reasons.) That method of pointing out the constitutional problem was adopted largely because Sir William Holdsworth was, at that time, of the view that no normal judicial determination of the applicability of the statute to the judiciary was possible for, in his opinion, all judges were disqualified by interest from deciding the issue.

The 1½% which I and all other superior court judges appointed previous to the 17th of February, 1975, must contribute is, as previously stated, apparently for the additional protection afforded to spouses and dependent children in the event of decease of the judge. Parliament, of course, was never at any time constitutionally obliged to provide protection for the dependants of judges and it, therefore, has a right to require a contribution

lité réelle qu'aux yeux du citoyen ordinaire, cela semblera être rien de moins que de l'inceste judiciaire.

Ma nomination remonte à plusieurs années avant le 17 février 1975 et, selon la législation actuelle, je ne suis pas tenu de payer le 6% imposé aux juges nommés après cette date. Il pourrait donc sembler que je n'ai actuellement aucun intérêt direct dans la solution des questions précises soulevées dans la déclaration. Il est devenu bien évident dès le début de l'audition toutefois que, parce que le demandeur avait soulevé la question du pouvoir constitutionnel du Parlement de prélever des déductions sur le traitement d'un juge dans un but particulier concernant les juges, j'ai au moins un intérêt personnel virtuel dans cette affaire, dû à la contribution de 1½% que je dois verser.

En 1931, en Angleterre, à cause de la crise économique qui y sévissait alors et qui équivalait à une crise nationale, la *National Economy Act, 1931*, 21 & 22 Geo. 5, c. 48, fut adoptée. Elle prévoyait que le traitement de toute [TRADUCTION] «personne au service de Sa Majesté», y compris celui des juges, était réduit de 20%. Les juges d'Angleterre envoyèrent un mémoire confidentiel au Premier ministre de l'époque exprimant leur opinion quant au droit du Parlement de réduire le traitement des juges. (Le mémoire, document très intéressant, devint un document public lorsqu'il fut déposé à la Chambre des Lords deux ans plus tard. Je l'examinerai *in extenso* plus tard dans ces motifs.) Si on adopta cette méthode pour signaler le problème constitutionnel, c'est surtout parce que Sir William Holdsworth était alors d'avis qu'il n'était pas possible de déterminer par les voies judiciaires normales si la loi s'appliquait à la magistrature parce que, selon lui, aucun juge ne pouvait trancher le litige à cause de son intérêt dans l'affaire.

La contribution de 1½% que moi-même et tous les autres juges de cours supérieures nommés avant le 17 février 1975 devons verser est, tel que déjà mentionné, apparemment pour la protection additionnelle assurée au conjoint et aux enfants à charge en cas de décès du juge. Le Parlement n'a évidemment jamais été constitutionnellement tenu d'assurer une protection aux personnes à la charge de juges et il a donc le droit d'exiger une contribu-

toward any such benefit at the time it is granted. This, at first sight, would appear to allow me to try the issues raised by the plaintiff without any possibility of personal interest. There would in fact appear to be no problem as to self-interest if I and all other superior court judges in my position were entitled to elect either to accept or refuse this additional supplementary protection and thus either to allow the deduction or refuse to authorize it. However, the contribution is mandatory and the broader question as to the right of Parliament to declare any amount to be deductible from an incumbent judge's salary was raised and argued at trial and I, therefore, from a strictly legal point of view, do have an interest in the ultimate determination of the proceedings. From a practical and personal standpoint, however, I wish to state that, although my children are all ineligible because of age, had I been given a choice I would most certainly have elected to pay the 1½% in order to obtain the resulting additional protection for my wife. There is also the fact that judges in my position were for a period of five months entitled to those benefits without deduction and that the 1½% imposes a reduction in compensation.

Since Sir William Holdsworth made the pronouncement to which I referred earlier, it now seems to be the accepted view that, where an important legal issue arises in which all judges have an interest, it may be determined by a judge on the basis of necessity, the reasoning being that justice in such cases, is presumed to be better served by having the matter decided by one who has a personal interest in the outcome than by allowing the matter to remain unresolved. (As to *ex necessitate* jurisdiction see *Re The Constitutional Questions Act. Re The Income Tax Act, 1932*⁴ affirmed *sub nom Judges v. Attorney-General of Saskatchewan*⁵. There was also the old decision of *Dimes v. The Proprietors of the Grand Junction Canal*⁶.)

Having said this, I must now add that it is quite probable that I really have no legally recognizable interest in the outcome of this case because Jus-

⁴ [1936] 4 D.L.R. 134.

⁵ [1937] 2 D.L.R. 209 (P.C.).

⁶ (1852) 3 H.L.C. 759; 10 E.R. 301.

tion à de tels avantages lorsqu'ils sont accordés. Cela semblerait à première vue me permettre de trancher les questions soulevées par le demandeur sans possibilité d'intérêt personnel de ma part. Il semblerait effectivement qu'il n'y aurait aucun problème d'intérêt si moi-même et tous les autres juges de cours supérieures dans ma position avions le droit de choisir d'accepter ou de refuser cette protection supplémentaire et, par conséquent, de permettre la déduction ou de refuser de l'autoriser. Toutefois, cette contribution est obligatoire et la question plus vaste du droit du Parlement de déclarer toute somme déductible du traitement d'un juge titulaire a été soulevée et débattue au procès et j'ai donc, d'un point de vue strictement légal, un intérêt dans l'issue de l'affaire. D'un point de vue pratique et personnel toutefois, je tiens à déclarer que bien qu'aucun de mes enfants ne soit admissible à cause de leur âge, si j'avais eu le choix, j'aurais très certainement choisi de payer la contribution de 1½% pour avoir la protection additionnelle pour mon épouse. Il y a aussi le fait que les juges dans ma position ont eu droit pendant une période de cinq mois à ces avantages sans déductions et que la contribution de 1½% impose une réduction de rémunération.

Depuis la déclaration de Sir William Holdsworth que j'ai mentionnée ci-dessus, il semble qu'on ait accepté que, lorsqu'il se pose une importante question de droit dans laquelle tous les juges ont un intérêt personnel, elle peut être tranchée par un juge sur la base de la nécessité, le raisonnement étant que, dans pareil cas, on présume que justice est mieux servie en faisant trancher la question par quelqu'un qui a un intérêt personnel dans l'issue de l'affaire qu'en laissant la question en suspens. (Pour ce qui concerne la compétence *ex necessitate*, voir *Re The Constitutional Questions Act. Re The Income Tax Act, 1932*⁴ confirmée sous le nom de *Judges c. Le procureur général de la Saskatchewan*⁵. Il y a également la vieille décision *Dimes c. The Proprietors of the Grand Junction Canal*⁶.)

Cela dit, je dois maintenant ajouter qu'il est fort probable que je n'aie aucun intérêt identifiable sur le plan du droit dans l'issue de cette affaire parce

⁴ [1936] 4 D.L.R. 134.

⁵ [1937] 2 D.L.R. 209 (C.P.).

⁶ (1852) 3 H.L.C. 759; 10 E.R. 301.

tices of the Federal Court of Canada as well as those of the Supreme Court of Canada derive their existence, role and jurisdiction entirely from federal statute and do not enjoy the same constitutional status as Justices of the Superior Courts of the Provinces, who exercise a general jurisdiction throughout the provincial realms and who are constitutionally the true successors to the original King's Justices of the Central Courts of England.

It is nevertheless important to note that, in order to guarantee and preserve the respect due our system of justice and the resulting observance and efficient enforcement of our laws, legislators should scrupulously avoid at all costs the introduction of legislation regarding the judiciary which might even remotely affect its independence by raising even the possibility of a successful judicial challenge. Since *The Act of Settlement (1700)* legislators both in England and in the Commonwealth have, generally speaking, until recently at least, carefully applied this principle. In the last few years, however, some otherwise responsible legislators and members of Government appear to look upon judges as a class of senior civil servants. Those persons are either ignorant or unaware of our roots or of our history which clearly shows that past legislators have carefully sought to guard and treat as sacrosanct the constitutional principle of separation of powers. Any lack of strict adherence to that principle imperils not only the status and role of our judiciary but, more importantly, the very essence of our parliamentary form of government and the preservation of all our fundamental liberties.

Some years ago Canadian legislators appeared to have had a much greater awareness of the constitutional problem: where, for instance, it was decided in 1919 to render judges liable for payment pursuant to an Income Tax Act of general application the legislation provided that the general exemption for income tax, which previously applied to judges, would cease to apply to any judge who accepts or had accepted in 1919 an increase in salary. Those appointed prior to the

que l'existence, le rôle et la compétence des juges de la Cour fédérale du Canada, de même que ceux de la Cour suprême du Canada, sont régis entièrement par des lois fédérales et que ces juges n'ont pas le même statut constitutionnel que les juges des cours supérieures des provinces, qui exercent la compétence attribuable à un tribunal de droit commun dans les diverses provinces et qui, sur le plan constitutionnel, sont les vrais successeurs des premiers juges des Central Courts d'Angleterre nommés par le Roi.

Il est néanmoins important de noter que pour garantir et préserver le respect dû à notre système judiciaire ainsi que l'observation et l'application efficace de nos lois qui en découlent, les législateurs devraient scrupuleusement éviter à tout prix l'adoption de lois relatives à la magistrature qui pourraient toucher même de loin à son indépendance en présentant, ne fût-ce que la possibilité d'une contestation judiciaire dont l'issue lui serait favorable. Depuis *The Act of Settlement (1700)*, les législateurs d'Angleterre ainsi que ceux du Commonwealth ont, de façon générale, jusqu'à tout récemment du moins, appliqué scrupuleusement ce principe. Depuis quelques années toutefois, certains législateurs et membres du gouvernement par ailleurs responsables semblent considérer les juges comme une catégorie de hauts fonctionnaires. Ces personnes ignorent ou méconnaissent nos racines et notre histoire qui démontrent clairement que, dans le passé, les législateurs ont cherché avec soin à préserver et à considérer comme sacro-saint le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Toute relâche dans l'adhésion stricte à ce principe met en péril non seulement le statut et le rôle de la magistrature mais, ce qui est plus important, l'essence même de notre système parlementaire et la préservation de toutes nos libertés fondamentales.

Autrefois, le législateur canadien semblait être beaucoup plus conscient du problème constitutionnel: lorsque par exemple, il a été décidé en 1919 d'assujettir les juges à une loi de l'impôt sur le revenu d'application générale, la loi prévoyait que l'exemption générale d'impôt dont bénéficiaient auparavant les juges cesserait de s'appliquer à tout juge qui accepterait ou aurait accepté en 1919 une augmentation de traitement. Ceux qui avaient été nommés avant l'adoption de cette loi ont eu le

enactment were given an option to accept the increase and pay tax or refuse and remain tax exempt. It seems obvious therefore that even in the case of a general taxing statute great care was taken to preserve the remuneration of sitting judges which they were receiving not only as of the time of their original appointment but as of the time of the enactment of the taxing statute.

Today, however, there seems to exist not only a lack of understanding of the status of the judiciary in our system of government but of its fundamental role. Typical examples of this complete and constitutionally dangerous misconception of the judicial role lie in one existing piece of legislation and a proposed one of which I am aware where superior court judges are expected, in the exercise of their judicial functions, to make recommendations to a Minister of the Crown who can choose to follow or reject the recommendations.

Citizens can feel secure only when they can look for protection to a completely independent judiciary who are answerable to and subordinate to no one but the law and their own conscience.

As to the effect of subsection 29.1(1), which I have quoted earlier, the plaintiff claims that it is *ultra vires* of Parliament because the latter is not empowered under *The British North America Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] or under the customary law of the Constitution to require contributions for judges' annuities which they enjoyed on the 20th of December, 1975, when the Act complained of was proclaimed. He also argues, alternatively, that Parliament could not diminish, reduce or impair the salaries and other benefits of the plaintiff which became fixed as of the date of his appointment. Finally, he argues that the words "before February 17, 1975" are inoperative in so far as they purport to affect him because they offend against paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*⁷ on the grounds that the effect of the enactment is to oblige a minority of judges to

⁷ S.C. 1960, c. 44 [R.S.C. 1970, Appendix III].

choix d'accepter l'augmentation et de payer l'impôt ou de la refuser et de continuer à bénéficier de l'exemption. Il semble donc évident que même dans le cas d'une loi d'impôt d'application générale, on a pris bien soin de préserver la rémunération que recevaient les juges qui siégeaient alors, non seulement à compter de leur nomination mais à compter de l'entrée en vigueur de la loi fiscale.

Aujourd'hui toutefois, il semble exister non seulement un manque de compréhension du statut de la magistrature dans notre système de gouvernement mais aussi de son rôle fondamental. On trouve des exemples typiques de cette conception complètement fautive et constitutionnellement dangereuse du rôle de la magistrature dans une loi existante et dans un projet de loi dont j'ai connaissance où l'on s'attend à ce que les juges des cours supérieures fassent, dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions judiciaires, des recommandations à un ministre de la Couronne à qui il est loisible de suivre ou de rejeter ces recommandations.

Les citoyens ne peuvent se sentir en sécurité que lorsqu'ils peuvent avoir recours à la protection d'une magistrature tout à fait indépendante, dont les membres n'ont de compte à rendre et ne sont subordonnés à personne, n'étant responsables que vis-à-vis de la loi et de leur propre conscience.

Pour ce qui concerne l'effet du paragraphe 29.1(1), que j'ai déjà cité, le demandeur prétend qu'il est *ultra vires* du Parlement parce que le Parlement n'a pas le pouvoir en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5], ni en vertu du droit constitutionnel non écrit d'exiger des contributions pour les pensions de juges, pensions dont ils bénéficiaient le 20 décembre 1975, date à laquelle la Loi attaquée fut promulguée. Il prétend également, à titre subsidiaire, que le Parlement ne pouvait diminuer, réduire ou baisser le traitement et les autres avantages du demandeur qui étaient devenus fixes à compter de la date de sa nomination. Enfin, il prétend que les mots «avant le 17 février 1975» sont inopérants dans la mesure où ils s'appliqueraient à lui parce qu'ils contreviennent à l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*⁷ au

⁷ S.C. 1960, c. 44 [S.R.C. 1970, Appendice III].

contribute for their pensions and those of their dependants at a rate of seven per cent, while the majority contributes at a rate of one and a half per cent and also that the retroactivity of the enactment is not universally applicable to superior court judges and is, therefore, discriminatory by reason of the fact that it denies the plaintiff equality before the law.

Dealing with the above arguments in their reverse order, I shall consider in the first place whether paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* is of any assistance to the plaintiff. That enactment stipulates as one of the fundamental freedoms "the right of the individual to equality before the law and the protection of the law." In considering whether the plaintiff's claim can be maintained by that section of the *Canadian Bill of Rights* I am, of course, assuming (but for that purpose only) that Parliament otherwise has full power to vary from time to time as it deems fit, the remuneration of superior court judges as it would have for an employee of the federal Crown.

The plaintiff, in arguing that the words "before the 17th day of February, 1975" in subsection 29.1(1) and "after the 16th day of February, 1975" in subsection 29.1(2) offend the principle of equality before the law, relied on and referred to the following cases: *The Queen v. Drybones*⁸; *Curr v. The Queen*⁹; *Attorney General of Canada v. Lavell*¹⁰; *The Queen v. Burnshine*¹¹; *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*¹²; *Bliss v. The Attorney General of Canada*¹³; and *MacKay v. The Queen*¹⁴.

All of these cases with the exception of the *Bliss* case, which dealt with entitlement to unemployment insurance benefits and where in fact the *Canadian Bill of Rights* was held not to apply, dealt with loss or denial of very substantive fundamental rights of some kind or involved criminal or

motif que cette loi a pour effet d'obliger une minorité des juges à contribuer à leur régime de pension et à celui des personnes à leur charge à un taux de sept pour cent, alors que la majorité contribue à un taux de un et demi pour cent; il prétend également que, de par sa rétroactivité, la loi ne s'applique pas universellement aux juges de cours supérieures et est donc discriminatoire parce qu'elle dénie au demandeur son droit à l'égalité devant la loi.

En commençant par le dernier de ces allégués, j'examinerai d'abord si l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* est d'aucun secours au demandeur. Cette Déclaration reconnaît la liberté fondamentale suivante: «le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi». Aux fins de déterminer s'il peut être fait droit à la réclamation du demandeur en vertu de cet article de la *Déclaration canadienne des droits*, je présume évidemment (mais uniquement à cette fin) que le Parlement a tout à fait le droit de modifier comme il l'entend la rémunération des juges des cours supérieures comme pour un employé de la Couronne fédérale.

Dans le cadre de son argumentation pour démontrer que les mots «avant le 17 février 1975» au paragraphe 29.1(1) et «après le 16 février 1975» au paragraphe 29.1(2) sont contraires aux principes de l'égalité devant la loi, le demandeur s'est fondé sur les arrêts suivants qu'il a cités: *La Reine c. Drybones*⁸; *Curr c. La Reine*⁹; *Le Procureur général du Canada c. Lavell*¹⁰; *La Reine c. Burnshine*¹¹; *Prata c. Le Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*¹²; *Bliss c. Le procureur général du Canada*¹³; et *MacKay c. La Reine*¹⁴.

A l'exception de l'affaire *Bliss* qui porte uniquement sur le droit de recevoir des prestations d'assurance-chômage et où il a été jugé que la *Déclaration canadienne des droits* ne s'appliquait pas, tous ces arrêts portent sur la perte ou la dénégation de divers droits fondamentaux très importants ou sur

⁸ [1970] S.C.R. 282.

⁹ [1972] S.C.R. 889.

¹⁰ [1974] S.C.R. 1349.

¹¹ [1975] 1 S.C.R. 693.

¹² [1976] 1 S.C.R. 376.

¹³ [1979] 1 S.C.R. 183.

¹⁴ [1980] 2 S.C.R. 370.

⁸ [1970] R.C.S. 282.

⁹ [1972] R.C.S. 889.

¹⁰ [1974] R.C.S. 1349.

¹¹ [1975] 1 R.C.S. 693.

¹² [1976] 1 R.C.S. 376.

¹³ [1979] 1 R.C.S. 183.

¹⁴ [1980] 2 R.C.S. 370.

quasi-criminal responsibility and had nothing to do with the mere quantum of remuneration for services rendered.

“Equality before the law” in the *Canadian Bill of Rights* has, since its enactment, been interpreted as understood by Dicey, namely, that there are no exemptions from the ordinary law of the land for any privileged class. As Ritchie J. stated in *Curr v. The Queen, supra*, at page 916:

... I prefer to base this conclusion on my understanding that the meaning to be given to the language employed in the *Bill of Rights* is the meaning which it bore at the time when the Bill was enacted

Again in the *Lavell* case, *supra*, the same learned Judge referred to equality before the law in the following terms at pages 1365 and 1366 of the report:

In my view the meaning to be given to the language employed in the *Bill of Rights* is the meaning which it bore in Canada at the time when the Bill was enacted, and it follows that the phrase “equality before the law” is to be construed [*sic*] in light of the law existing in Canada at that time.

In considering the meaning to be attached to “equality before the law” as those words occur in section 1(b) of the Bill, I think it important to point out that in my opinion this phrase is not effective to invoke the egalitarian concept exemplified by the 14th Amendment of the U.S. Constitution as interpreted by the courts of that country. (See *Smythe v. The Queen* ([1971] S.C.R. 680) per Fauteux C.J. at pp. 683 and 686). I think rather that, having regard to the language employed in the second paragraph of the preamble to the *Bill of Rights*, the phrase “equality before the law” as used in s. 1 is to be read in its context as a part of “the rule of law” to which overriding authority is accorded by the terms of that paragraph.

In this connection I refer to *Stephens Commentaries on the Laws of England*, 21st Ed. 1950, where it is said in Vol. III at p. 337:

Now the great constitutional lawyer Dicey writing in 1885 was so deeply impressed by the absence of arbitrary governments present and past, that he coined the phrase ‘the rule of law’ to express the regime under which Englishmen lived; and he tried to give precision to it in the following words which have exercised a profound influence on all subsequent thought and conduct.

‘That the “rule of law” which forms a fundamental principle of the constitution has three meanings or may be regarded from three different points of view. . . .’

The second meaning proposed by Dicey is the one with which we are here concerned and it was stated in the following terms:

It means again equality before the law or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary courts; the ‘rule of law’ in this sense

la responsabilité pénale ou quasi pénale et n’ont rien à voir avec le simple quantum de rémunération pour services rendus.

^a Le concept d’«égalité devant la loi» que l’on trouve dans la *Déclaration canadienne des droits* a, depuis son adoption, été interprété dans le sens où l’entendait Dicey, c’est-à-dire qu’aucune classe privilégiée n’est exempte de l’application du droit commun du pays. Voici ce que dit le juge Ritchie dans *Curr c. La Reine*, précité, à la page 916:

... je préfère fonder ma conclusion sur le fait que, à mon avis, le sens des termes de la *Déclaration des droits* est le sens qu’ils avaient au Canada au moment de l’adoption de la Déclaration

^c Dans l’arrêt *Lavell* précité, le même juge parle de l’égalité devant la loi en ces termes aux pages 1365 et 1366 du recueil:

^d Selon moi, le sens à donner au libellé de la *Déclaration des droits* est celui qu’il avait au Canada à l’époque de l’adoption de la Déclaration, et il s’ensuit que l’expression «égalité devant la loi» doit s’interpréter à la lumière de la loi en vigueur au Canada à ce moment-là.

^e Lorsqu’on considère le sens qu’il faut attacher aux mots «égalité devant la loi» figurant à l’al. b) de l’art. 1 de la Déclaration, je crois important de signaler qu’à mon sens ces termes ne sont pas efficaces pour invoquer le concept égalitaire illustré par le 14^e Amendement de la Constitution des États-Unis tel qu’interprété par les tribunaux de ce pays-là. (Voir *Smythe c. La Reine* ([1971] R.C.S. 680), Juge en chef Fauteux, pp. 683 et 686). Je crois plutôt que, compte tenu des termes employés dans le second alinéa du préambule de la *Déclaration des droits*, l’expression «égalité devant la loi» se trouvant à l’art. 1 doit se lire dans son contexte, comme une partie du «règne du droit» auquel les termes de cet alinéa accordent une autorité prépondérante.

^g A cet égard, je me réfère à *Stephens Commentaries on the Laws of England*, 21^e éd. 1950, où il est dit dans le volume III, à la p. 337:

^h [TRADUCTION] Ainsi le grand spécialiste en droit constitutionnel, Dicey, qui écrivait en 1885, était si profondément impressionné par l’absence de gouvernements arbitraires, tant à l’époque que dans le passé, qu’il a créé l’expression «*the rule of law*» (le règne du droit) pour parler du régime sous lequel vivait l’Anglais; et il a tenté de la préciser dans les termes suivants, qui ont exercé une profonde influence sur toute la pensée et la conduite subséquente.

ⁱ «Que le «règne du droit» qui constitue un principe fondamental de la constitution a trois sens, ou peut être envisagé sous trois points de vue différents . . . »

Le second sens proposé par Dicey est celui qui nous occupe ici et il l’a couché dans les termes suivants:

^j [TRADUCTION] Un autre sens est celui d’égalité devant la loi ou d’assujettissement égal de toutes les classes au droit commun du pays appliqué par les tribunaux ordinaires; le

excludes the idea of any exemption of officials or others from the duty of obedience to the law which governs other citizens or from the jurisdiction of the ordinary courts.

“Equality before the law” in this sense is frequently invoked to demonstrate that the same law applies to the highest official of government as to any other ordinary citizen, and in this regard Professor F. R. Scott, in delivering the *Plaunt Memorial Lectures on Civil Liberties and Canadian Federalism* in 1959, speaking of the case of *Roncarelli v. Duplessis* ([1959] S.C.R. 121), had occasion to say:

It is always a triumph for the law to show that it is applied equally to all without fear or favour. This is what we mean when we say that all are equal before the law.

This passage was quoted with approval by Martland J. in delivering the judgment of the majority of the Supreme Court of Canada in the *Burnshine* case, *supra* (refer pages 704 and 705 of the above-mentioned report). Even section 3 of the *Canadian Human Rights Act*¹⁵ which has been enacted since then (proclaimed in force on the 14th of July, 1977) and by means of which counsel for the plaintiff sought to draw an analogy with the *Canadian Bill of Rights*, does not prohibit discrimination generally on grounds other than “race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, conviction for which a pardon has been granted and, in matters related to employment, physical handicap . . .” It seems obvious that, in the case at bar, there exists no discrimination on any of the above-mentioned grounds.

Counsel for the plaintiff emphasized particularly the following statement of McIntyre J. in the *MacKay* case, *supra*, which is found at page 406 of the above-mentioned report:

The question which must be resolved in each case is whether such inequality as may be created by legislation affecting a special class—here the military—is arbitrary, capricious or unnecessary, or whether it is rationally based and acceptable as a necessary variation from the general principle of universal application of law to meet special conditions and to attain a necessary and desirable social objective.

This statement, in my view, does not support the proposition advanced on behalf of the plaintiff. As Martland J. stated in delivering the judgment for the Supreme Court of Canada in the *Prata* case, *supra*, at page 382 of the above-cited report of the case:

¹⁵ S.C. 1976-77, c. 33.

«règne du droit», dans ce sens, exclut l'idée d'une exemption de fonctionnaires ou d'autres personnes du devoir d'obéissance à la loi auquel sont assujettis les autres citoyens, ou de la compétence des tribunaux ordinaires.

«L'égalité devant la loi», dans ce sens, est souvent invoquée pour démontrer que la même loi s'applique aussi bien aux plus hauts fonctionnaires du gouvernement qu'à tout autre citoyen ordinaire, et à cet égard le professeur F. R. Scott, dans les cours donnés dans le cadre des *Plaunt Memorial Lectures* sur les libertés civiles et le fédéralisme canadien, en 1959, eut l'occasion de dire en parlant de l'affaire *Roncarelli c. Duplessis* ([1959] R.C.S. 121),

[TRADUCTION] C'est toujours un triomphe pour la loi de montrer qu'elle est appliquée à tous également, sans crainte ni favoritisme. C'est ce que nous entendons quand nous disons que tous sont égaux devant la loi.

Le juge Martland s'est dit d'accord avec ce passage qu'il a cité dans les motifs du jugement majoritaire de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Burnshine* précité (voir les pages 704 et 705 du recueil susmentionné). Même l'article 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹⁵ qui a été adoptée depuis (promulguée le 14 juillet 1977), et que l'avocat du demandeur a cité pour tenter d'établir un parallèle entre cette loi et la *Déclaration canadienne des droits*, n'interdit que les distinctions illicites qui sont fondées sur «la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, la situation de famille ou l'état de personne graciée et, en matière d'emploi, sur un handicap physique.» Il semble évident qu'en l'espèce, il n'existe aucune distinction illicite fondée sur un des motifs susmentionnés.

L'avocat du demandeur a insisté particulièrement sur les paroles suivantes du juge McIntyre dans l'arrêt *MacKay*, précité, que l'on trouve à la page 406 du recueil cité:

La question à résoudre dans chaque cas est celle de savoir si l'inégalité qui peut être créée par la loi vis-à-vis d'une catégorie particulière—ici les militaires—est arbitraire, fantaisiste ou superflue, ou si elle a un fondement rationnel et acceptable en tant que dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi pour faire face à des conditions particulières et atteindre un objectif social nécessaire et souhaitable.

Selon moi, ces paroles ne corroborent pas la proposition mise de l'avant pour le compte du demandeur. Comme le dit le juge Martland dans les motifs du jugement qu'il prononçait au nom de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Prata*, précité, à la page 382 du recueil cité:

¹⁵ S.C. 1976-77, c. 33.

This Court has held that s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* does not require that all federal statutes must apply to all individuals in the same manner. Legislation dealing with a particular class of people is valid if it is enacted for the purpose of achieving a valid federal objective (*R. v. Burnshine* ((1974), 44 D.L.R. (3d) 584)).

Since I find that the plaintiff cannot succeed under paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* because the term "equality before the law" as used in that enactment does not refer and was never intended to refer to a question of equal pay for equal work, I shall refrain from dealing with the further answer advanced on behalf of the defendant to the effect that, even if "inequality" is found to exist, it in effect arises in the pursuit of a valid federal objective and that, in addition, the plaintiff has failed to discharge the onus of establishing that the requirement of making contributions is arbitrary, capricious or unnecessary.

I see no legal foundation to the plaintiff's attack on the legislation on the grounds that, even apart from the *Canadian Bill of Rights*, it should be struck out because it is discriminatory. Apart from the same reasons why the *Canadian Bill of Rights* does not apply, the numerous Canadian statutes affecting judges' salaries enacted since 1846 until 1932 quoted by the defendant (refer footnote no. 16 *infra*) clearly establish various categories of compensation for judges of equal rank from time to time, without the slightest objection being raised even indirectly on the grounds that the legislation was discriminatory. It is important to note also, however, that in this legislation whenever required to protect the compensation being paid to incumbents, "grandfather" clauses were inserted in the legislation and that, in the one or two cases where that precaution was not taken at the time of the passing of the legislation, an amending statute was subsequently enacted to rectify the situation¹⁶. (V.g.: S.C. 1927, c. 33 which reduced the retirement annuity of certain judges to two-thirds of salary was amended by S.C. 1930, c.

¹⁶ (1) *An Act for granting a Civil List to Her Majesty*, S.C. 1846, 9 Vict., c. 114.

(2) *An Act to amend the Act for granting a Civil List to Her Majesty*, S.C. 1851, 14 & 15 Vict., c. 173.

(3) *An Act to reduce the Salaries attached to certain Judicial Offices, etc.*, S.C. 1851, 14 & 15 Vict., c. 174.

(Continued on next page)

Cette Cour a décidé que l'al. b) du par. (1) de la *Déclaration canadienne des droits* n'exige pas que toutes les lois fédérales doivent s'appliquer de la même manière à tous les individus. Une loi qui vise une catégorie particulière de personnes est valide si elle est adoptée en cherchant l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier (*R. v. Burnshine* ((1974), 44 D.L.R. (3d) 584)).

Puisque je conclus qu'il ne peut être fait droit à la demande du demandeur en vertu de l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* parce que l'expression «égalité devant la loi» employée dans cette loi ne vise pas et n'a jamais été conçue pour viser des questions de salaire égal pour un travail égal, je n'examinerai pas la réponse soumise pour le compte de la défenderesse selon laquelle même si on concluait à l'existence d'une «inégalité», elle survient dans le cadre de mesures prises pour atteindre un objectif fédéral valable et que, en outre, le demandeur n'a pas réussi à prouver que l'exigence de verser des contributions est arbitraire, déraisonnable ou inutile.

Je ne vois aucun fondement juridique à la prétention du demandeur selon laquelle la loi devrait être annulée parce que, même en faisant abstraction de la *Déclaration canadienne des droits*, elle est discriminatoire. Outre les mêmes raisons pour lesquelles la *Déclaration canadienne des droits* n'est pas applicable en l'espèce, les nombreuses lois canadiennes citées par la défenderesse concernant le traitement des juges, adoptées depuis 1846 jusqu'en 1932, (voir la note 16 ci-dessous) établissent clairement diverses catégories de traitement pour des juges de rang égal, sans que la moindre objection ait été soulevée, même indirectement, au motif que la loi ait été discriminatoire. Il est important de noter également toutefois que, dans cette législation, lorsqu'il était nécessaire de protéger la rémunération versée aux titulaires, les diverses lois comprenaient des clauses protégeant les droits acquis et que, dans un ou deux cas où cette précaution n'avait pas été prise à l'époque de l'adoption de la loi, une loi modificatrice a subséquentement été adoptée pour corriger la situation¹⁶. (Voir par exemple: S.C. 1927, c. 33 qui réduisait

¹⁶ (1) *Acte pour octroyer une Liste Civile à Sa Majesté*, S.C. 1846, 9 Vict., c. 114.

(2) *Acte modifiant l'acte pour octroyer une Liste Civile à Sa Majesté*, S.C. 1851, 14 & 15 Vict., c. 173.

(3) *Acte pour réduire les salaires de certains officiers de justice dans les cas y mentionnés, etc.*, S.C. 1851, 14 & 15 Vict., c. 174.

(Suite à la page suivante)

27 where retirement at full salary of those judges was restored.)

I now turn to the plaintiff's second argument to the effect that Parliament could not diminish, reduce or impair the salaries and other benefits of the plaintiff which became fixed as of the date of his appointment.

Having regard to the absolute supremacy of our Parliament when legislating within the jurisdictional areas granted to it by our Constitution, unless superior court judges enjoy a special status by virtue of the principle of separation of powers between the judiciary and the executive and legislative branches of government, or by virtue of some similar legal constitutional impediment to parliamentary supremacy, it seems obvious that Parliament possesses the unlimited power to lower effectually and legally all salaries and other emoluments granted to judges, as for any ordinary servant of the Crown. Any right to impose the deductions complained of would thus be constitutionally unassailable at the present time subject, however, by reason of the division of jurisdiction

(Continued from previous page)

- (4) *An Act respecting the Governor, Civil List, and Salaries of certain Public Officers*, C.S.C. 1859, 22 Vict., c. 10.
- (5) *An Act respecting the Superior Court*, C.S.L.C. 1860, c. 78.
- (6) *An Act to fix and provide for the payment of the salaries of the Judges etc.* (of certain provinces), S.C. 1882, 45 Vict., c. 11.
- (7) *The Supreme and Exchequer Courts Act*, R.S.C. 1886, 49 Vict., c. 135.
- (8) *An Act respecting the Judges of Provincial Courts*, R.S.C. 1886, 49 Vict., c. 138.
- (9) *Judges Act*, R.S.C. 1906, c. 138.
- (10) *An Act to amend the Judges Act*, S.C. 1919, 9-10 Geo. V, c. 59.
- (11) *An Act to amend the Judges Act*, S.C. 1920, 10-11 Geo. V, c. 56.
- (12) *An Act to amend the Judges Act*, S.C. 1927, 17 Geo. V, c. 33.
- (13) *Judges Act*, R.S.C. 1927, c. 105.
- (14) *An Act to amend the Judges Act*, S.C. 1930, 20-21 Geo. V, c. 27.
- (15) *The Judges Act, 1946*, S.C. 1946, 10 Geo. VI, c. 56.
- (16) *An Act to amend the Income War Tax Act*, S.C. 1932, 22-23 Geo. V, c. 44.

la pension de retraite de certains juges à deux tiers de leur traitement fut modifié par S.C. 1930, c. 27 qui rétablissait pour ces juges la pension à plein traitement.)

^a J'aborde maintenant le second argument du demandeur selon lequel le Parlement ne peut diminuer, réduire ou baisser le traitement et autres avantages du demandeur qui sont devenus fixes à la date de sa nomination.

^c Pour ce qui concerne la suprématie absolue de notre Parlement lorsqu'il s'agit de légiférer dans les sphères de compétence qui lui sont attribuées par notre Constitution, à moins que les juges des cours supérieures ne jouissent d'un statut spécial en vertu du principe de la séparation des pouvoirs entre le judiciaire, l'exécutif et le législatif ou en vertu de quelque autre empêchement constitutionnel d'ordre légal à l'exercice de cette suprématie parlementaire, il semble évident que le Parlement possède le pouvoir illimité de diminuer de façon efficace et légale tous traitements et autres avantages attribués aux juges, comme pour tout autre employé ordinaire de la Couronne. Le droit d'imposer les déductions en cause serait donc actuellement inattaquable sur le plan constitutionnel sous

(Suite de la page précédente)

- ^f (4) *Acte concernant le gouverneur, la liste civile, et les salaires de certains officiers publics*, S.R.C. 1859, 22 Vict., c. 10.
- (5) *Acte concernant la Cour supérieure*, S.R.B.C. 1860, c. 78.
- ^g (6) *Acte à l'effet de fixer les traitements des juges, etc.* (de certaines provinces), S.C. 1882, 45 Vict., c. 11.
- (7) *Acte des cours Suprême et de l'Échiquier*, S.R.C. 1886, 49 Vict., c. 135.
- (8) *Acte concernant les juges des cours provinciales*, S.R.C. 1886, 49 Vict., c. 138.
- ^h (9) *Loi des juges*, S.R.C. 1906, c. 138.
- (10) *Loi portant modification de la Loi des juges*, S.C. 1919, 9-10 Geo. V, c. 59.
- (11) *Loi modifiant la Loi des juges*, S.C. 1920, 10-11 Geo. V, c. 56.
- ⁱ (12) *Loi modifiant la Loi des juges*, S.C. 1927, 17 Geo. V, c. 33.
- (13) *Loi des juges*, S.R.C. 1927, c. 105.
- (14) *Loi modifiant la Loi des juges*, S.C. 1930, 20-21 Geo. V, c. 27.
- ^j (15) *Loi de 1946 sur les juges*, S.C. 1946, 10 Geo. VI, c. 56.
- (16) *Loi modifiant la Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.C. 1932, 22-23 Geo. V, c. 44.

between the federal and provincial governments, to the latter's rights to have judges appointed and paid by the federal government.

The determination of the issues before me might well turn in effect on whether there truly exists in our parliamentary system a legal separation of powers or whether, notwithstanding the separate and distinct role which the judiciary have traditionally been called upon to exercise the Canadian Parliament with the consent of the Governor General, on behalf of Her Majesty, nevertheless possesses at law and as of right an absolute power over the judiciary. Should the answer to the last question be negative and Parliament be unable to legally exercise absolute power over the judiciary, what then are its limits? Put another way, the question might be: To what extent does there truly exist at law a separation of powers between the judicial branch and legislative and executive branches of government? The answers can only be found after considering the historical background of the evolution of the judiciary in England and considering further the effects, if any, which our former status as a colony ultimately leading to our present status as an independent country, with distribution of powers between the provincial and federal jurisdictions, might have had on the status, rights and powers of the judiciary and to what extent Parliament may vary or control them.

To say that England has no formal written constitution is not to say that it is without a constitution except for the specific provisions of Magna Carta, *The Act of Settlement (1700)*¹⁷ and the Act of 1760 entitled *An Act for rendering more effectual the Provisions in [The Act of Settlement] relating to the Commissions and Salaries of Judges*¹⁸ and other such statutes which, in effect, first determined a certain division of powers between the King and Parliament, that is, between the executive and legislative branches of government. The judicial system was introduced and sanctified by *The Act of Settlement (1700)* and the Act of 1760 which were in essence really constitutional treaties or imperative constitutional texts

¹⁷ 12 & 13 Will. 3, c. 2.

¹⁸ A.D. 1760, 1 Geo. III., c. 23.

réserve toutefois, à cause de la répartition des pouvoirs entre le fédéral et les provinces, du droit de celles-ci à ce que les juges soient nommés et rémunérés par le gouvernement fédéral.

^a

Il se peut très bien que l'issue du litige dépende de la réponse à la question suivante: existe-t-il vraiment dans notre système parlementaire une séparation légale des pouvoirs ou, nonobstant le rôle séparé et distinct que la magistrature a traditionnellement été appelée à exercer, le Parlement canadien, avec le consentement du gouverneur général, au nom de Sa Majesté, possède-t-il néanmoins en droit et de plein droit un pouvoir absolu sur la magistrature? Si la réponse à cette dernière question était négative et si le Parlement ne pouvait légalement exercer un pouvoir absolu sur la magistrature, quelles seraient alors ses limites? Autrement dit, la question pourrait se poser comme suit: dans quelle mesure existe-t-il réellement en droit une séparation entre le pouvoir judiciaire et les pouvoirs législatif et exécutif? On ne trouvera les réponses qu'après avoir étudié l'histoire de l'évolution du pouvoir judiciaire en Angleterre et examiné également l'effet, s'il en est, que notre ancien statut de colonie, qui a ultimement cédé la place à notre actuel statut de pays indépendant, avec répartition des pouvoirs entre les gouvernements provinciaux et fédéral, a pu avoir sur le statut, les droits et les pouvoirs du judiciaire et dans quelle mesure le Parlement peut les modifier ou les contrôler.

^b

^c

^d

^e

^f

^g

^h

ⁱ

S'il est vrai que l'Angleterre ne possède aucune constitution écrite, cela ne veut pas dire qu'elle n'a pas de constitution à l'exception de certaines dispositions précises de la Grande Charte, *The Act of Settlement (1700)*¹⁷ et la loi de 1760 intitulée *An Act for rendering more effectual the Provisions in [The Act of Settlement] relating to the Commissions and Salaries of Judges*¹⁸ et certaines autres lois qui dans les faits furent les premières à établir une certaine division des pouvoirs entre le Roi et le Parlement, c'est-à-dire entre les pouvoirs exécutif et législatif. Le système judiciaire a été introduit et consacré par *The Act of Settlement (1700)* et la loi de 1760 qui étaient essentiellement des traités constitutionnels ou des instruments constitution-

¹⁷ 12 & 13 Will. 3, c. 2.

¹⁸ A.D. 1760, 1 Geo. III., c. 23.

between the King and Parliament. As the very name of the Act indicates it is a settlement of powers between them. At that time, these two powers, to put it mildly, frequently did not agree on what should be done nor, more importantly, on who had the right to do it. These two constitutional statutes provided a very practical means of ensuring that neither King nor Parliament would be capable of attaining their particular political objectives or ambitions by exercising control over the decisions of the judiciary. The King could no longer hold over every judge's head the very real threat of immediate dismissal from an office held at his pleasure, nor could Parliament attain its own ends by an equally peremptory and almost as effective menace of withdrawal of livelihood. The situation created by those Acts constituted the major means of ensuring constitutionally a political balance of power and was a great step in establishing something akin to what our American friends refer to as a system of checks and balances.

The Canadian Bar Review in 1956¹⁹ published in two parts a very well researched and learned article by Professor W. R. Lederman, a respected authority on constitutional matters. This widely read article was referred to at some length by counsel for both parties. I, in turn, intend to quote extensively from it and wish to state at the outset that, notwithstanding certain recent remarks of the Supreme Court of Canada, to which I shall refer later, regarding Professor Lederman's views on whether constitutional law can arise from convention or custom, I accept those passages from the Professor's article which I will be quoting. On the question of the unwritten constitution of England and, more specifically, on the particular role of the judiciary in the English constitution Professor Lederman has this to say in his introduction to the above-mentioned article (refer pages 769 and 770):

It has been widely accepted legal doctrine that the English constitution begins and ends with the one principle that Parliament is supreme—that there is nothing a particular parliament cannot do by an appropriately worded statute. This is said by

¹⁹ "The Independence of the Judiciary" in *The Canadian Bar Review*, Volume 34, pages 769 to 809 and 1139 to 1179.

nels impératifs entre le Roi et le Parlement. Comme le titre même de la loi l'indique, il s'agit du règlement du partage des pouvoirs entre eux. A cet époque, ces deux pouvoirs, pour employer un euphémisme, étaient souvent en désaccord quant à ce qu'on devait faire et, ce qui est plus important, quant à savoir qui avait le droit de le faire. Ces deux lois constitutionnelles prévoyaient un moyen très pratique d'assurer que ni le Roi ni le Parlement ne serait capable d'atteindre ses objectifs ou ambitions politiques respectifs en exerçant un contrôle sur les décisions de la magistrature. Le Roi ne pouvait plus faire peser sur le juge la menace de le priver immédiatement de la charge qu'il occupait par le bon plaisir du Souverain, ni le Parlement pouvait-il atteindre ses fins par la menace également péremptoire et presque aussi efficace d'une interruption de traitement. La situation créée par ces lois constituait le principal moyen d'assurer constitutionnellement un équilibre politique des pouvoirs et constituait un premier pas important dans l'établissement de quelque chose de semblable à ce que nos voisins américains appellent un système de freins et contrepoids.

En 1956, *La Revue du Barreau canadien*¹⁹ a publié en deux parties un article savant et très bien documenté du professeur W. R. Lederman, autorité en matière constitutionnelle. Les avocats des deux parties ont cité longuement cet article très lu. Pour ma part, j'ai l'intention de le citer abondamment et je tiens à déclarer dès maintenant que nonobstant certaines remarques récentes de la Cour suprême du Canada, dont je parlerai plus loin, sur les opinions du professeur Lederman quant à savoir si la convention ou la coutume peuvent être sources de droit constitutionnel, je suis d'accord avec les passages de l'article du professeur Lederman que je citerai. Pour ce qui concerne la question de la constitution non écrite d'Angleterre et, plus précisément, du rôle particulier du pouvoir judiciaire dans la constitution anglaise, le professeur Lederman dit ce qui suit dans l'introduction de l'article susmentionné (voir les pages 769 et 770):

[TRADUCTION] C'est un principe de droit largement reconnu que l'alpha et l'omega de la constitution anglaise est le principe de la suprématie du Parlement—qu'il n'y a rien qu'un parlement ne puisse faire par une loi rédigée de la façon appropriée.

¹⁹ "The Independence of the Judiciary" dans *La Revue du Barreau canadien*, Volume 34, pages 769 à 809 et 1139 à 1179.

many authorities to be the result of the revolutionary settlement worked out in 1688 and the years immediately following. Yet there are both historical and theoretical reasons to doubt whether the completely unlimited supremacy of Parliament in this sense was established at that time or at any time. Indeed history rather indicates that other principles also assumed very great importance constitutionally at the end of the seventeenth century, and these other principles—then reaffirmed or established—could operate only as limitations in some degree at least on the supremacy of a particular parliament.

We have the recent testimony of Dr. A. L. Goodhart that the English are not as much without a constitution as they profess to be. He gives four principles which he maintains are equally basic as first or original principles of the English constitution. They are briefly as follows: (1) "That no man is above the law" (among other things, this means that all official persons, the Queen, the judges and members of Parliament included, must look to the law for the definition of their respective positions and powers). (2) "That those who govern Great Britain do so in a representative capacity and are subject to change. . . . The free election of the members of the House of Commons is a basic principle of English constitutional law." (3) That there shall be freedom of speech, of thought and of assembly. (4) That there shall be an independent judiciary. "The fourth and final principle which is a basic part of the English constitution is the independence of the judiciary. It would be inconceivable that Parliament should to-day regard itself as free to abolish the principle which has been accepted as a corner-stone of freedom ever since the Act of Settlement in 1701. It has been recognised as axiomatic that if the judiciary were placed under the authority of either the legislative or the executive branches of the Government then the administration of the law might no longer have that impartiality which is essential if justice is to prevail." Sir William Holdsworth expressed a very similar view on the status of the judiciary. He said (. . . His Majesty's Judges (1932), 173 Law Times 336, at pp. 336-377):

The judges hold an office to which is annexed the function of guarding the supremacy of the law. It is because they are the holders of an office to which the guardianship of this fundamental constitutional principle is entrusted, that the judiciary forms one of the three great divisions into which the power of the State is divided. The Judiciary has separate and autonomous powers just as truly as the King or Parliament; and, in the exercise of those powers, its members are no more in the position of servants than the King or Parliament in the exercise of their powers . . . it is quite beside the mark to say that modern legislation often bestows undivided executive, legislative and judicial powers on the same person or body of persons. The separation of powers in the British Constitution has never been complete. But some of the powers in the constitution were, and still are, so separated that their holders have autonomous powers, that is, powers which they can exercise independently, subject only to the law enacted or unenacted. The judges have powers of this nature because, being entrusted with the maintenance of the supremacy of the law, they are and always have been regarded as a separate and independent part of the constitution. It is true that this view of the law was contested by the Stuart kings;

Cela résulterait, selon plusieurs autorités, du règlement révolutionnaire auquel on est arrivé en 1688 et au cours des quelques années qui suivirent. Il existe pourtant des raisons tant historiques que théoriques de douter que la suprématie illimitée du Parlement en ce sens ait été établie à cette époque ou à aucun autre moment. L'histoire révèle plutôt que d'autres principes ont également pris une très grande importance sur le plan constitutionnel à la fin du XVII^e siècle, et ces autres principes—alors réaffirmés ou établis—ne pouvaient que limiter, dans une certaine mesure du moins, la suprématie d'un parlement.

Nous avons le témoignage récent de A. L. Goodhart selon lequel les Anglais ne sont pas aussi démunis de constitution qu'ils le prétendent. Il donne quatre principes qu'il prétend également fondamentaux à titre de principes primordiaux ou principaux de la constitution anglaise. Ils s'énoncent brièvement comme suit: (1) «Nul n'est au-dessus de la loi» (ce qui signifie notamment que toute personne investie de fonctions publiques, la Reine, les juges ainsi que les membres du Parlement doivent se référer à la loi pour la définition de leurs positions et pouvoirs respectifs). (2) «Ceux qui gouvernent la Grande-Bretagne le font à titre de représentants et peuvent être remplacés. . . . L'élection libre des membres de la Chambre des communes est un principe fondamental du droit constitutionnel anglais.» (3) Chacun jouit de la liberté de parole, de pensée et de réunion. (4) Il existe un pouvoir judiciaire indépendant. «Le quatrième et dernier principe, qui est une partie fondamentale de la constitution anglaise, est l'indépendance du judiciaire. Il serait inconcevable que le Parlement considère aujourd'hui qu'il est libre d'abolir ce principe qui a été reconnu comme constituant la pierre angulaire de la liberté depuis l'Act of Settlement en 1701. On a reconnu qu'il allait de soi que si le judiciaire était soumis au pouvoir législatif ou au pouvoir exécutif, alors l'administration de la loi pourrait ne plus avoir l'impartialité qui est essentielle pour que justice triomphe.» Sir William Holdsworth a exprimé une opinion très semblable sur le statut du judiciaire. Il dit (. . . His Majesty's Judges (1932), 173 Law Times 336, aux pp. 336 à 377):

Les juges occupent une charge à laquelle est jointe la fonction de préserver la suprématie de la loi. C'est parce que ses membres occupent une charge à laquelle est confiée la garde de ce principe constitutionnel fondamental que le judiciaire forme une des trois grandes divisions entre lesquelles est réparti le pouvoir de l'État. Le judiciaire a des pouvoirs distincts et autonomes, tout comme le Roi et le Parlement; et, dans l'exercice de ces pouvoirs, ses membres ne sont pas plus dans la position de subordonnés que le Roi ou le Parlement dans l'exercice des leurs . . . il n'est pas du tout pertinent de dire que la législation moderne confère souvent à la même personne ou au même organisme tout à la fois des pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires. La séparation des pouvoirs dans la Constitution britannique n'a jamais été complète. Mais certains des pouvoirs de la constitution étaient et sont encore tellement distincts que leurs détenteurs ont des pouvoirs autonomes, c'est-à-dire des pouvoirs qu'ils peuvent exercer indépendamment, sous réserve uniquement des lois ou du droit. Les juges ont des pouvoirs de ce genre parce que, comme on leur confie la sauvegarde de la suprématie de la loi, ils sont et ont toujours été considérés comme une partie distincte et indépendante de la constitution. Il est vrai que

but the result of the Great Rebellion and the Revolution was to affirm it. [The underlining is mine.]

This would be a convenient point at which to refer to the comments of the Supreme Court of Canada on Professor Lederman's article to which I have referred and will be referring again. Before delivering these present reasons I awaited the results of three appeals to that Court from references by the Provinces of Manitoba, Quebec and Newfoundland on the proposed patriation of our Constitution [(1981) 39 N.R. 1] (hereinafter referred to as the "patriation appeals"), as it was obvious from the arguments originally advanced before the provincial appeal courts that the question of whether a constitutional convention could crystallize into a law would be raised. In their historic reasons released on the 28th of September of this year, the majority of the Supreme Court of Canada held that no such possibility existed and commented on Professor Lederman's view to the contrary in the following terms [at pages 25 and 34]:

The attempted assimilation of the growth of a convention to the growth of the common law is misconceived.

A contrary view relied on by the provincial appellants is that expressed by Professor W.R. Lederman in two published articles, one entitled *Process of Constitutional Amendment in Canada* (1967), 12 McGill, L.J. 371, and the second entitled *Constitutional Amendment and Canadian Unity*, [1978] Law Soc. U.C. Lectures, 17. As a respected scholar, Professor Lederman's views deserve more than cursory consideration. He himself recognizes that there are contrary views, including those of an equally distinguished scholar, Professor F.R. Scott: see Scott, *Essays on the Constitution* (1977), pp. 144, 169, 204-205, 245, 370-371, 402. There is also the contrary view of Professor Hogg, already cited.

Professor Lederman relies in part on a line of cases that has already been considered, especially the reasons of Sir Lyman Duff in the *Labour Conventions* case. The leap from convention to law is explained almost as if there was a common law of constitutional law, but originating in political practice. That is simply not so. What is desirable as a political limitation does not translate into a legal limitation, without expression in imperative constitutional text or statute.

From a first reading of these passages one might be inclined to think that the Court was taking the rather surprising view that there existed no such thing as a common law of the Constitution or a constitutional legal principle, capable of enforce-

cette conception de la loi a été contestée par les Stuarts, mais la Grande rébellion et la Révolution l'ont confirmée. [C'est moi qui souligne.]

Il convient maintenant d'examiner les commentaires de la Cour suprême du Canada sur l'article du professeur Lederman que je viens de citer et dont je parlerai plus loin. J'ai attendu, avant de prononcer les présents motifs, l'issue de trois renvois portés devant la Cour suprême par les provinces du Manitoba, de Québec et de Terre-Neuve sur le projet de rapatriement de la Constitution [(1981) 39 N.R. 1] (ci-après appelé [TRADUCTION] «appels sur le rapatriement»), étant donné qu'il ressortait des arguments soumis aux cours d'appel provinciales que la question de savoir si une convention constitutionnelle pouvait se cristalliser en règle de droit serait soulevée. Dans ses motifs historiques rendus publics le 28 septembre de cette année, la majorité de la Cour suprême du Canada a statué que cela n'était pas possible et a commenté l'opinion contraire du professeur Lederman dans les termes suivants [aux pages 71 et 80]:

On fait erreur en tentant d'assimiler l'évolution d'une convention et celle de la *common law*.

Un point de vue contraire sur lequel s'appuient les provinces appelantes est celui du professeur W.R. Lederman dans deux articles qu'il a publiés, l'un intitulé *Process of Constitutional Amendment in Canada* (1967), 12 McGill L.J. 371, et le deuxième «*Constitutional Amendment and Canadian Unity*», [1978] Law Soc. U.C. Lectures, 17. L'opinion du professeur Lederman, un spécialiste renommé, mérite plus qu'un examen superficiel. Il reconnaît lui-même qu'il y a des opinions contraires, dont celle d'un spécialiste tout aussi distingué, le professeur F.R. Scott: voir Scott, *Essays on the Constitution* (1977), aux pp. 144, 169, 204-205, 245, 370-371, 402. On trouve également l'opinion contraire du professeur Hogg, déjà citée.

Le professeur Lederman s'appuie notamment sur une série de décisions déjà examinées, dont les motifs de sir Lyman Duff dans l'affaire des *Conventions de travail*. Il explique le saut de la convention à la loi comme s'il y avait une *common law* du droit constitutionnel qui tirerait son origine de la pratique politique. Ce n'est tout bonnement pas le cas. Ce qui est désirable comme limite politique ne se traduit pas en une limite juridique sans qu'il existe une loi ou un texte constitutionnel impératif.

A première vue, on pourrait être tenté de penser que la Cour adoptait le point de vue quelque peu surprenant qu'il n'existe pas, hors les textes ou les lois impératifs, de *common law* du droit constitutionnel ou un principe de droit constitutionnel

ment by the Courts, which is not found in an imperative text or statute.

However, in taking heed of that Court's admonition [at page 33] in those very reasons to the effect that "there is no independent force to be found in selective quotations from a portion of the reasons unless regard is had to issues raised and the context in which the quotations are found," one readily concludes that the Court was not referring to the existence of a common law of the Constitution in a general sense, but rather to the infinitely narrower question of whether a convention or arrangement of a political nature and which is not expressed in any imperative text or statute, which had been followed by two governments each supreme in its own areas of jurisdiction, could eventually crystallize into a legal constitutional principle recognizable and enforceable by the Courts. This becomes abundantly clear on reading the reasons of the majority of that same Court (composed of two judges who had dissented from and four who had subscribed to the previously referred to findings) who, when dealing with a further question on the appeals, stated quite categorically that a common law or unwritten law of the Constitution did exist. In their reasons under the heading "*The nature of constitutional conventions*" we find the following [at pages 189-190]:

Another part of the Constitution of Canada consists of the rules of the common law. These are rules which the courts have developed over the centuries in the discharge of their judicial duties. An important portion of these rules concerns the prerogative of the Crown. Sections 9 and 15 of the *B.N.A. Act* provide:

9. The Executive Government and authority of and over Canada is hereby declared to continue and be vested in the Queen.

15. The Commander-in-Chief of the land and Naval Militia, and of all Naval and Military Forces, of and in Canada, is hereby declared to continue and be vested in the Queen.

But the Act does not otherwise say very much with respect to the elements of "Executive Government and authority" and one must look at the common law to find out what they are, apart from authority delegated to the Executive by statute.

The common law provides that the authority of the Crown includes for instance the prerogative of mercy or clemency (*Reference as to the effect of the exercise of the royal prerogative of mercy upon deportation proceedings*, [1933] S.C.R. 269.) and the power to incorporate by charter so as to confer a general capacity analogous to that of a natural person (*Bonanza Creek Gold Mining Company Limited v. Rex*, [1916] 1 A.C.

pouvant être sanctionné par les tribunaux.

Toutefois, en suivant le conseil de la Cour [à la page 79] dans ces mêmes motifs selon lequel «un choix d'extraits de motifs n'a aucune force indépendante à moins de tenir compte des points en litige et du contexte de ces extraits», on conclut aisément que la Cour ne visait pas l'existence d'une *common law* de la Constitution dans un sens général mais plutôt la question beaucoup plus précise de savoir si une convention ou un arrangement de nature politique qui n'est pas compris dans un texte ou dans une loi impératifs, qui a été suivi par deux paliers de gouvernement, chacun étant suprême dans sa propre sphère de compétence, pouvait tôt ou tard se cristalliser en un principe de droit constitutionnel pouvant être reconnu et sanctionné par les tribunaux. Ceci devient très clair à la lecture des motifs de la majorité de cette même Cour (composée de deux juges qui s'étaient dissociés des conclusions mentionnées ci-dessus et de quatre autres juges qui y avaient souscrit) laquelle, en statuant sur une autre question soumise à la Cour, a déclaré de façon très catégorique qu'une *common law* de la Constitution ou un droit constitutionnel non écrit existait. Dans leurs motifs sous la rubrique «*La nature des conventions constitutionnelles*», on trouve le passage suivant [aux pages 224 et 225]:

Une autre partie de la constitution du Canada est formée de règles de *common law*. Ce sont des règles que les tribunaux ont élaborées au cours des siècles dans l'exécution de leurs fonctions judiciaires. Une part importante de ces règles a trait à la prerogative de la Couronne. Les articles 9 et 15 de l'*A.A.N.B.* prévoient:

9. A la Reine continueront d'être et sont par le présent attribués le gouvernement et le pouvoir exécutifs du Canada.

15. A la Reine continuera d'être et est par le présent attribué le commandement en chef des milices de terre et de mer et de toutes les forces militaires et navales en Canada.

Par ailleurs, l'Acte ne s'étend pas beaucoup sur les éléments du «gouvernement et pouvoir exécutifs» et l'on doit recourir à la *common law* pour les découvrir, mis à part l'autorité déléguée à l'exécutif par la loi.

En *common law*, l'autorité de la Couronne comprend notamment la prerogative de grâce ou de clémence (*Reference as to the effect of the exercise of the royal prerogative of mercy upon deportation proceedings*, [1933] R.C.S. 269.) et le pouvoir de constituer en compagnie par charte de façon à conférer une capacité générale analogue à celle d'une personne physique (*Bonanza Creek Gold Mining Company Limited v. Rex*,

566.). The royal prerogative puts the Crown in a preferred position as a creditor (*Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437.) or with respect to the inheritance of lands for defect of heirs (*Attorney General of Ontario v. Mercer* (1882-83), 8 App. Cas. 767.) or in relation to the ownership of precious metals (*Attorney General of British Columbia v. Attorney General of Canada* (1889), 14 A.C. 295.) and *bona vacantia* (*Rex v. Attorney General of British Columbia*, [1924] A.C. 213.). It is also under the prerogative and the common law that the Crown appoints and receives ambassadors, declares war, concludes treaties and it is in the name of the Queen that passports are issued.

Those parts of the Constitution of Canada which are composed of statutory rules and common law rules are generically referred to as the law of the Constitution.

NOTE: One might now add also the right of Parliament to proceed by way of resolution in order to obtain an amendment to the *B.N.A. Act* and also the legal validity of a unilateral application by Canada for amendment of that Act.

Other examples of unwritten laws of our Constitution were also cited by the majority such as the right of the Governor General or of a lieutenant governor to refuse to assent to a Bill and also the fact that the government is in office at the pleasure of the Crown.

The three dissenting judges also agreed fully with the existence of a common law or unwritten law of the Constitution where they stated at page 7 of their dissenting reasons [see pages 262-263]:

The Constitution of Canada, as has been pointed out by the majority, is only in part written, *i.e.* contained in statutes which have the force of law and which include, in addition to the *British North America Act* (hereinafter called the *B.N.A. Act*), the various other enactments which are listed in the reasons of the majority. Another, and indeed highly important, part of the Constitution has taken the form of custom and usage, adopting in large part the practices of the Parliament of the United Kingdom and adapting them to the federal nature of this country. These have evolved with time to form with the statutes referred to above and certain rules of the common law a constitution for Canada. This Constitution depends then on statutes and common law rules which declare the law and have the force of law, and upon customs, usages and conventions developed in political science which, while not having the force of law in the sense that there is a legal enforcement process or sanction available for their breach, form a vital part of the Constitution without which it would be incomplete and unable to serve its purpose.

As has been pointed out by the majority, a fundamental difference between the legal, that is the statutory and common

[1916] 1 A.C. 566.). La prérogative royale met la Couronne dans une situation privilégiée en tant que créancière (*Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New-Brunswick*, [1892] A.C. 437.), en ce qui concerne l'héritage de terres à défaut d'héritiers (*Attorney General of Ontario v. Mercer* (1882-83), 8 App. Cas. 767.) ou relativement à la propriété de métaux précieux (*Attorney General of British Columbia v. Attorney General of Canada* (1889), 14 A.C. 295.) et *bona vacantia* (*Rex v. Attorney General of British Columbia*, [1924] A.C. 213.). C'est également aux termes de la prérogative et de la *common law* que la Couronne nomme et accrédite des ambassadeurs, déclare la guerre, conclut des traités et c'est au nom de la Reine que l'on délivre des passeports.

On désigne du terme générique de droit constitutionnel les parties de la Constitution du Canada qui sont formées de règles législatives et de règles de *common law*.

NOTE: On pourrait maintenant ajouter le droit du Parlement de procéder par voie de résolution pour obtenir une modification de l'*A.A.N.B.* et aussi la légalité d'une demande unilatérale du Canada de modification de cet Acte.

D'autres exemples de règles de droit non écrites de notre Constitution ont également été cités par la majorité, tel le droit du gouverneur général ou d'un lieutenant-gouverneur de refuser de donner la sanction à un projet de loi ainsi que le fait que le gouvernement est en poste de par le bon plaisir de la Couronne.

Les trois juges dissidents sont également entièrement d'accord sur l'existence d'une *common law* de la Constitution ou d'un droit constitutionnel non écrit lorsqu'ils déclarent à la page 7 de leurs motifs dissidents [voir pages 286 et 287]:

La Constitution du Canada, comme le souligne la majorité, n'est écrite qu'en partie, c'est-à-dire consacrée par des textes législatifs qui ont force de loi et qui comprennent outre l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique* (ci-après appelé l'*A.A.N.B.*), les autres textes de lois énumérés dans les motifs de la majorité. Une autre partie de la Constitution, et d'ailleurs des plus importantes, est formée de la coutume et de l'usage, qui ont adopté en grande partie les pratiques du Parlement du Royaume-Uni en les adaptant à la nature fédérale de ce pays. Avec le temps, ceux-ci ont évolué pour former avec les lois mentionnées ci-dessus et certaines règles de *common law* une constitution pour le Canada. Cette Constitution repose donc sur des lois et des règles de *common law* qui disent le droit et ont force de loi, et des coutumes, usages et conventions élaborés en sciences politiques qui, sans avoir force de loi en ce sens qu'il existe un mécanisme juridique d'application ou une sanction légale de leur violation, forment un élément vital de la Constitution sans lequel elle serait incomplète et incapable d'atteindre son but.

Comme le souligne la majorité, il existe une différence fondamentale entre les règles de droit (c'est-à-dire celles tirées

law rules of the Constitution, and the conventional rules is that, while a breach of the legal rules, whether of statutory or common law nature, has a legal consequence in that it will be restrained by the courts, no such sanction exists for breach or non-observance of the conventional rules.

It thus appears evident that all members of the Supreme Court of Canada are of the view that, legally recognizable and enforceable, constitutional rights, powers and privileges as well as constitutional principles can and do in fact exist although not enshrined in any statute or text of our Constitution. However, as will be found later, my *ratio decidendi* is not founded mainly on any such principle but rather on statutory texts which constitute a settlement between King and Parliament and on the nature of the powers and jurisdiction of Canada and the provinces under the *B.N.A. Act*.

A brief historical summary of the conditions and methods of appointment of superior court judges is revealing. Except for the Chief Baron and the other Barons of the Exchequer and except for a very short period immediately preceding the advent of the Stuart Kings, judges in England were invariably appointed during the King's pleasure. It was following the Revolution, i.e., during the period of the Commonwealth (1649-1660) that the then existing Exchequer Court practice of having judges appointed during good behaviour (*quamdiu se bene gesserint*) was adopted. The former practice of making all appointments subject only to the King's pleasure was reintroduced, however, with the advent of Charles II and continued during the reign of James II. Most if not all of the former judges were dismissed and many of the new appointees were subsequently summarily dismissed for rendering decisions with which the Sovereign did not agree. William III, in turn, dismissed the judges in office at the time of his ascension and reappointed all judges from among lawyers at the bar as opposed to the common practice of the Stuart Kings of appointing court favourites. All the commissions of William III were life commissions subject only to good behaviour.

It was not, however, until he gave his royal assent to *The Act of Settlement (1700)* that the

de la loi et de la *common law*) de la Constitution et les règles conventionnelles: alors qu'une violation des règles de droit, qu'elles soient de nature législative ou de *common law*, a des conséquences juridiques puisque les tribunaux la réprimeront, aucune sanction de ce genre n'existe pour la violation ou le non-respect des règles conventionnelles.

Il semble donc évident que tous les membres de la Cour suprême du Canada sont d'avis que des droits, des pouvoirs, des privilèges de même que des principes constitutionnels pouvant être reconnus et sanctionnés légalement peuvent exister et existent de fait, même s'ils ne sont pas consacrés par une loi ou un texte législatif qui fait partie de notre Constitution. Toutefois, comme nous le verrons plus tard, la raison déterminante de ma décision n'est pas fondée principalement sur un tel principe mais plutôt sur des textes législatifs qui constituent un arrangement entre le Roi et le Parlement et sur la nature des pouvoirs et de la compétence du Canada et des provinces selon l'*A.A.N.B.*

Un bref historique des conditions et des méthodes de nomination des juges des cours supérieures est révélateur. A l'exception du baron en chef et des autres barons de l'Échiquier et à l'exception d'une très brève période précédant immédiatement l'avènement des rois de la dynastie Stuart, les juges en Angleterre étaient inévitablement nommés pendant le bon plaisir du Roi. C'est après la Révolution, c'est-à-dire au cours de la période du Commonwealth (1649-1660) que la pratique de la Cour de l'Échiquier d'alors de nommer les juges à titre inamovible (*quamdiu se bene gesserint*) fut adoptée. La pratique antérieure de soumettre toute nomination au bon plaisir du Roi fut réintroduite toutefois avec l'avènement de Charles II et a été continuée durant le règne de James II. La plupart sinon tous les anciens juges furent révoqués et plusieurs des nouveaux juges furent subséquemment révoqués sommairement pour avoir rendu des décisions avec lesquelles le Souverain n'était pas d'accord. William III, à son tour, révoqua les juges en poste au moment de son avènement et choisit tous les juges parmi les avocats inscrits au barreau, en opposition avec la pratique courante des Stuarts de nommer les favoris de la Cour. Tous les juges nommés par William III étaient nommés à vie et à titre inamovible.

Ce n'est toutefois qu'après avoir donné la sanction royale à *The Act of Settlement (1700)* que le

King became legally obliged to appoint judges during good behaviour. Parliament, naturally, was insisting on this to prevent the King from controlling the judiciary and effectively nullifying the powers of Parliament. Section 3, paragraph 7 of *The Act of Settlement* (at page 782 of Professor Lederman's article) provided as follows:

... "judges commissions be made *quamdiu se bene gesserint*, and their salaries ascertained and established; but upon the address of both houses of parliament it may be lawful to remove them".

This provision actually took effect only on the ascension of George I in 1714.

As Professor Lederman points out, the judges referred to in *The Act of Settlement* meant the judges of the Central Courts of Common Law. Until the 19th century, the only chancery judges were the Lord Chancellor and the Master of the Rolls. The latter, as well as the Vice-Chancellors and the other judges in chancery as their positions were created, were also appointed *quamdiu se bene gesserint*. The Lord Chancellor, however, by reason of his dual role as a member of the executive as well as a member of the judiciary, has to this day always held his appointment during the King's pleasure. He remains the only member of the judiciary in England with that type of commission.

The Act of Settlement was truly the foundation of the independence of the judiciary and of the constitutional principle of separation of powers. The King could now appoint the judges, but had no control over them once they were appointed. Parliament, for its part, was obliged to provide salaries and was entitled to remove a judge only by reason of misconduct on an address to the King by both Houses of Parliament; this was the interpretation put on the words "*quamdiu se bene gesserint*." See *Harcourt v. Fox*²⁰. Some authorities in England claim that a judge could and can still be removed from office without recourse to a joint address in both Houses of Parliament, upon conviction by a jury of a criminal offence. There exists some doubt as to this however. There is also the possibility of the office itself being abolished by Parliament. The constitutional validity of any such legislation, however, would probably depend on the

²⁰ (1692-93) 89 E.R. 680, 720 and 750.

Roi devint légalement obligé de nommer les juges à titre inamovible. Le Parlement insistait naturellement sur cela pour empêcher le Roi de contrôler le judiciaire et de neutraliser dans les faits les pouvoirs du Parlement. L'article 3, alinéa 7 de *The Act of Settlement* prévoit ce qui suit (à la page 782 de l'article du professeur Lederman):

[TRADUCTION] ... «la nomination des juges est à titre inamovible et leur traitement est déterminé et établi; mais ils peuvent être révoqués sur adresse des deux chambres du parlement».

Cette disposition n'est entrée en vigueur qu'à l'avènement de George I en 1714.

Comme le fait remarquer le professeur Lederman, les juges visés dans *The Act of Settlement* étaient les juges des Central Courts de *common law*. Jusqu'au 19^e siècle, les seuls juges de la Chancellerie étaient le lord Chancelier et le Maître des rôles. Ce dernier, de même que les vice-chanceliers et les autres juges de la Chancellerie, au fur et à mesure de la création de leurs charges, furent également nommés à titre inamovible. Toutefois, en raison de son double rôle de membre de l'exécutif et de membre du judiciaire, le lord Chancelier a, jusqu'à ce jour, toujours été nommé pendant le bon plaisir du Roi. Il demeure le seul membre du judiciaire en Angleterre avec un mandat de ce genre.

The Act of Settlement est véritablement le fondement de l'indépendance du judiciaire et du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Le Roi pouvait désormais nommer les juges, mais ne pouvait plus les contrôler après leur nomination. Quant au Parlement, il était obligé de fournir les traitements et avait le droit de révoquer un juge uniquement pour inconduite, sur adresse des deux Chambres du Parlement au Roi; c'est l'interprétation qu'on a donnée des mots "*quamdiu se bene gesserint*." Voir *Harcourt c. Fox*²⁰. Certaines autorités en Angleterre prétendent qu'un juge pouvait et peut encore être révoqué sans avoir recours à une adresse conjointe des deux Chambres du Parlement, sur condamnation par un jury d'une infraction criminelle. Ce point de vue est toutefois controversé. Il y a également la possibilité pour le Parlement d'abolir la fonction. La validité constitutionnelle d'une telle loi dépendrait probablement

²⁰ (1692-93) 89 E.R. 680, 720 et 750.

practical question as to whether there truly no longer exists any need for that particular judicial office.

Dealing with *The Act of Settlement*, Professor Lederman had this to say at page 790:

In any event, the seventh paragraph of the third section of the Act of Settlement dealt with payment as well as tenure of judges, providing that their salaries were to be "ascertained and established". It does not appear that financial pressure in the form of the withholding or reduction of salary had hitherto been used as a means of controlling judges, though, as we have seen, inadequate salaries contributed to the judicial scandals of the later thirteenth century. There were times also when the royal treasury was badly in arrears in paying judicial salaries, though not by design to put pressure on the judges. But apparently those who framed the constitutional settlement at the end of the seventeenth century foresaw the possibility of pressure and attempted to foreclose it. The possibility might have been in their minds because Parliament itself had been successfully using the power of the purse against the king for some time. It is worth recalling that the bill William III vetoed in 1692 attempted to "ascertain and establish" judicial salaries by making them a permanent charge against the royal hereditary revenues.

In the course of the eighteenth century, Parliament did make definite statutory provision for judicial salaries. Moreover the modern position in England seems to be that, unless and until Parliament has provided or in effect has promised a salary, no judicial vacancy exists to which the sovereign may appoint anyone. [The underlining is mine.]

Regarding the Act of 1760, Professor Lederman states at pages 791 and 792:

The preamble is, in part, as follows:

Whereas your Majesty has been graciously pleased to declare from the throne to both houses of parliament, that you look upon the independence and uprightness of judges, as essential to the impartial administration of justice, as one of the best securities to the rights and liberties of your loving subjects, and as most conducive to the honour of your crown; and in consequence thereof, your Majesty has recommended it to the consideration of your parliament, to make further provision for continuing judges in the enjoyment of their offices during their good behaviour, notwithstanding the demise of your Majesty, or any of your heirs and successors; and your Majesty has also desired your faithful commons, that you may be enabled to secure the salaries of judges, during the continuance of their commissions; and whereas in return for this paternal goodness, and in the justest sense of your tender concern for the religion, laws, and liberties, of your people, we have taken this important work into our consideration, and have resolved to enable your Majesty to effectuate the wise, just, and generous purposes of your royal heart:

Section one of this act (on the continuance of judicial commissions in spite of a demise of the sovereign) has already been

toutefois de la question d'ordre pratique de savoir si cette charge judiciaire particulière ne répondait réellement plus à aucun besoin.

Voici ce que dit le professeur Lederman à la page 790 sur *The Act of Settlement*:

[TRADUCTION] De toute façon, le septième alinéa du troisième article de l'Act of Settlement traitait du paiement de même que de la nature de la charge des juges et prévoyait que leur traitement devait être «déterminé et établi». Il ne semble pas qu'on ait jusqu'alors utilisé des pressions pécuniaires de retenue ou de réduction de traitement pour contrôler les juges, bien que, comme nous l'avons vu, des traitements inadéquats comptent parmi les causes des scandales judiciaires de la fin du treizième siècle. Il y eut des moments où le trésor royal accusait beaucoup de retard dans le paiement des traitements judiciaires, bien que ce n'ait pas été dans le but d'exercer une pression sur les juges mais il semble que ceux qui ont conçu le règlement constitutionnel à la fin du dix-septième siècle aient envisagé cette possibilité et aient tenté d'empêcher que la situation ne se présente. Il est possible qu'ils aient eu cette possibilité à l'esprit parce que le Parlement lui-même, depuis longtemps et avec succès, avait utilisé contre le roi son pouvoir de contrôle sur les finances. Il est bon de rappeler que le projet de loi auquel William III opposa son veto en 1692 avait pour objet de «déterminer et établir» les traitements des juges en en faisant une charge permanente grevant les revenus héréditaires de la royauté.

Au cours du dix-huitième siècle, le Parlement prévoit dans des textes de loi le paiement des traitements des juges. En outre, la position moderne en Angleterre semble être qu'à moins que le Parlement ne fournisse ou ne promette de fournir un traitement, il n'existe aucune charge judiciaire à combler à laquelle le souverain puisse nommer quelqu'un. [C'est moi qui souligne.]

Le professeur Lederman déclare ce qui suit relativement à la loi de 1760 aux pages 791 et 792:

[TRADUCTION] Le préambule est rédigé en partie comme suit:

Attendu qu'il a plu à votre gracieuse Majesté de déclarer aux deux chambres du parlement que vous considérez l'indépendance et l'intégrité des juges comme essentielles à l'administration impartiale de la justice, comme une des meilleures garanties des droits et libertés de vos dévoués sujets et comme contribuant le plus à l'honneur de votre couronne; en conséquence, votre Majesté a recommandé au parlement de prévoir que les juges continueront à exercer leurs fonctions durant bonne conduite, nonobstant le décès de votre Majesté ou d'un de ses héritiers et successeurs; et votre Majesté a également exprimé le souhait à ses fidèles communes que vous puissiez assurer le traitement des juges pendant la durée de leur charge; et attendu qu'en retour de cette bonté paternelle et compte tenu de votre très grande sollicitude pour la religion, les lois et les libertés de votre peuple, nous avons pris cette importante mesure en considération et avons résolu de permettre à votre Majesté de prendre cette mesure sage, juste et généreuse:

L'article un de cette loi (sur la continuation des commissions des juges malgré le décès du souverain) a déjà été cité. L'article

quoted. Section two merely reiterated the royal power to remove a judge on a joint address from Parliament requesting removal. Section three is as follows:

And be it enacted by the authority aforesaid, That such salaries as are settled upon judges for the time being, or any of them, by act of parliament, and also such salaries as have been or shall be granted by his Majesty, his heirs, and successors, to any judge or judges, shall, in all time coming, be paid and payable to every such judge and judges for the time being, so long as the patent or commissions of them, or any of them respectively, shall continue and remain in force.

Section four in effect reinforced section three by providing that, to the extent that judges were dependent upon salaries granted by George III, those salaries were to remain a charge upon the duties and revenues supporting the royal civil list of George III's successors after his death. The further story of the mode of paying judges out of public moneys is complex, but the trend was consistent and the result clear. In 1787 the consolidated fund was created by statute and some of the payments due to judges charged against it. The process of statutorily charging all salary moneys payable to the judges on the consolidated fund was substantially complete by about 1799, but not finally complete in every detail until 1875. It has already been mentioned that the result of this development is to prevent any routine or frivolous discussion of the conduct of judges by Parliament in financial debate. (See The Parliamentary Debates (fifth series) Vol. 90 (1933-34) The House of Lords, *per* Lord Rankeillour at p. 63 and Viscount Sankey L.C. at pp. 77-80.)

Speaking of the significance of the statute of 1760, Lord Herschell for the Privy Council had this to say ([1892] A.C. at p. 393):

Their Lordships think that the Act of 1 Geo. 3, c. 23, would render it difficult to contend that the Crown could after that date appoint additional judges for the payment of salary to whom Parliament had given no sanction. For the salaries of the judges were then, by the authority of Parliament, secured to them during the continuance of their commissions, and after the demise of the Sovereign were charged upon the revenues granted by Parliament for the civil government of the realm. The recital which precedes this legislation shews that, with a view to their independence, it must have been intended that all the judges should be in this position, and it certainly cannot have been the intention of Parliament to enable the Sovereign to increase without its sanction the charges which after the demise of the Sovereign were to be imposed on the revenues of the realm.

Two significant conclusions seem warranted, then, on the English position: (i) parliamentary provision for a salary is necessary for the creation of a judicial vacancy to which the sovereign may appoint, and (ii) once there has been an appointment, the judge is entitled to have his salary continue so long as his commission is in effect, that is, for life during good behaviour. In both the Act of Settlement and the later Act of 1760 for rendering the Act of Settlement more effective, tenure during good behaviour was coupled with what was in effect a prescription that judicial salaries were to be assured for the same period. Sir William Blackstone was in no doubt that this was the intention, purport and effect of the two enactments, and, on the Act of 1760, he is a contemporary authority. In his

deux réitère simplement le pouvoir royal de révoquer un juge sur adresse conjointe du Parlement demandant la révocation. L'article trois est ainsi rédigé:

Et il est statué par ladite autorité que le traitement qui est attribué aux juges en exercice ou à l'un d'entre eux par loi du parlement ainsi que le traitement qui a été ou qui sera attribué par sa Majesté, ses héritiers et successeurs à tout juge seront désormais et pour toujours payés et payables à chacun de ces juges tant et aussi longtemps que demeurera en vigueur leur patente ou commission respective.

L'article quatre venait renforcer l'article trois en prévoyant que, dans la mesure où les juges dépendaient pour leur traitement de ce que leur avait attribué George III, ces traitements devaient demeurer une charge sur les impôts et revenus affectés à la liste civile royale des successeurs de George III après sa mort. La suite de l'histoire du mode de paiement des juges à même les fonds publics est complexe, mais la tendance est constante et le résultat clair. Le fonds consolidé fut créé par une loi en 1787 et certains des paiements dus aux juges furent imputés sur celui-ci. Le procédé de l'imputation statutaire sur le fonds consolidé de toutes les sommes payables au titre de traitement aux juges était essentiellement terminé en 1799 mais ne fut complété dans tous les détails qu'en 1875. Nous avons déjà mentionné que le résultat de cette évolution fut d'empêcher toute discussion courante ou frivole sur la conduite des juges par le Parlement dans le cadre des débats sur les finances. (Voir The Parliamentary Debates (fifth series) Vol. 90 (1933-34) The House of Lords, lord Rankeillour, à la p. 63 et vicomte Sankey, L.C., aux pages 77 à 80.)

Lord Herschell dit ce qui suit au nom du Conseil privé dans ([1892] A.C., à la p. 393) au sujet de l'importance de la loi de 1760:

Vos Seigneuries pensent que la loi (1 Geo. 3, c. 23) rendrait difficile de prétendre que la Couronne pourrait après cette date nommer d'autres juges pour lesquels le Parlement n'a pas sanctionné le paiement de leur traitement. Ceci, parce que le traitement des juges leur était alors assuré, de par l'autorité du Parlement, pour la durée de leur commission et, après le décès du Souverain, était imputé au revenu accordé par le Parlement pour le gouvernement civil du royaume. Il ressort du préambule de cette loi que, pour assurer leur indépendance, on a dû vouloir que tous les juges soient dans cette position, et le Parlement n'a certainement pu avoir l'intention de permettre au Souverain d'augmenter sans la sanction du Parlement les charges qui devraient être imposées sur les revenus du royaume après le décès du Souverain.

Il semble donc qu'on puisse tirer deux conclusions importantes sur la position anglaise: (i) le Parlement doit avoir prévu des fonds pour le paiement d'un salaire pour que soit créée une charge judiciaire à laquelle le souverain peut nommer un juge, et (ii) une fois le juge nommé, ce dernier a droit à son traitement pendant la durée de sa commission, c'est-à-dire à vie, durant bonne conduite. Tant dans l'Act of Settlement que dans la loi de 1760, qui avait pour but de rendre cette première loi plus efficace, l'inaliénabilité allait de pair avec une prescription prévoyant que le traitement des juges devait leur être versé pendant la durée de leur commission. Sir William Blackstone n'avait aucun doute que tels étaient l'intention, l'objet et l'effet de ces deux lois et, pour ce qui concerne la loi de 1760, il est

Commentaries, published in 1765, he says (Blackstone, *ante*, footnote 21, Book I, pp. 267-268):

And now, by the noble improvements of that law [the Act of Settlement], in the statute of 1 Geo. III c. 23, enacted at the earnest recommendation of the king himself from the throne, the judges are continued in their offices during their good behaviour, . . . and their full salaries are absolutely secured to them during the continuance of their commissions . . . [The underlining is mine.]

In 1799, in order to increase the salaries of judges and mainly to provide for the granting of life annuities in the event of voluntary resignation from office or of their being afflicted with a permanent disability, Parliament enacted a further statute, 39 Geo. III, c. 110. Section 7 of that Act reads as follows:

VII. And be it further enacted, That it shall and may be lawful for his Majesty, his Heirs and Successors, by any Letters Patent, under the Great Seal of *Great Britain*, to give and grant unto any Person who may or shall have executed the Office of Chief Justice of the Court of King's Bench, and shall have resigned the same, an Annuity or yearly Sum of Money, not exceeding the Sum of three thousand Pounds; and to any Person who may or shall have executed the Office of Master of the Rolls, Chief Justice of the Common Pleas, or Chief Baron of the Exchequer, and who shall respectively have resigned the same, an Annuity or yearly Sum of Money, not exceeding the Sum of two thousand five hundred Pounds; and to any Person who may or shall have executed the Office of Puisne Judge of the Courts of King's Bench or Common Pleas, or of Baron of the Coif of the Court of Exchequer, and who shall have resigned the same, an Annuity or yearly Sum of Money, not exceeding the Sum of two thousand Pounds; the said several last mentioned Annuities to commence from and after the Period when the Person, to whom any such Annuity or yearly Sum of Money shall be granted as aforesaid, shall have resigned his said Office, and to continue from thenceforth for and during the natural Life of the Person to whom the same shall be granted as aforesaid; and every such Annuity or yearly Sum of Money shall be issued and payable out of, and charged and chargeable upon the Consolidated Fund, next in Order of Payment to, and after paying, or reserving sufficient to pay, the said several Annuities herein-before granted, and all such Sum or Sums of Money as have been directed by any former Act or Acts of Parliament to be paid out of the same, but with like Preference to all other Payments as aforesaid; and the same shall from Time to Time be paid and payable quarterly, free and clear of all Taxes and Deductions whatever, on the four usual Days of Payment in the Year before mentioned, in each and every Year, by even and equal Portions, the first Payment thereof to be made on such of the said Days as shall next happen after such Resignation as aforesaid of the Person to whom any such Annuity or yearly Sum of Money shall be granted: Provided always, That no such Annuity or yearly Sum of Money, granted to any Person having executed the Office of Chief Justice, Master of the Rolls, Chief Baron, Justice, or Baron of the Coif, of the said Courts respectively, shall be valid, unless such Chief Justice, Master of the Rolls, Chief

une autorité contemporaine de son adoption. Dans ses *Commentaries*, publiés en 1765, il dit (Blackstone, ouvrage précité, note 21, Livre I, aux pp. 267 et 268):

Et maintenant, grâce aux nobles améliorations de cette loi [l'Act of Settlement], dans la loi 1 Geo. III, c. 23, adoptée sur la sincère recommandation du roi lui-même, les juges continueront d'occuper leur charge à titre inamovible, . . . et leur plein traitement leur est absolument garanti pendant la durée de leur commission . . . [C'est moi qui souligne.]

En 1799, pour augmenter le traitement des juges et surtout pour prévoir une rente viagère en cas de démission volontaire ou d'incapacité permanente, le Parlement adopta une autre loi, 39 Geo. III, c. 110, dont l'article 7 est ainsi conçu:

[TRADUCTION] VII. Et qu'il soit statué qu'il sera et pourra être légal à sa Majesté, ses Héritiers ou Successeurs, par lettres patentes émises sous le grand sceau de la *Grande-Bretagne*, de donner ou d'accorder à toute personne qui exercera ou pourra avoir exercé la fonction de juge en chef de la Cour du banc du Roi et qui se sera démise de ses fonctions, une rente ou somme annuelle n'excédant pas trois mille livres; et à toute personne qui exercera ou aura exercé la fonction de Maître des rôles, juge en chef de la Cour des plaids communs, ou baron en chef de la Cour de l'Échiquier, et qui se sera démise de ses fonctions, une rente ou somme annuelle n'excédant pas deux mille cinq cents livres; et à toute personne qui exercera ou aura exercé la charge de juge puîné des cours du banc du Roi ou des plaids communs, ou celle de baron de la coiffe de la Cour de l'Échiquier et qui se sera démise de ses fonctions, une rente ou somme annuelle n'excédant pas deux mille livres; lesdites rentes devant être versées aux personnes auxquelles elles auront été accordées conformément à ce qui précède à compter de leur démission de leurs fonctions pour la durée de leur vie; et toute rente ou somme semblable sera payable à même le Fonds consolidé, et imputé et imputable à celui-ci et, en respectant l'ordre de paiement, après le paiement ou la mise de côté d'une somme suffisante pour payer lesdites rentes attribuées ci-dessus et de toute somme dont le paiement a été prescrit à même ledit Fonds par une ou des lois antérieures du Parlement, mais avant tout autre paiement, tel que mentionné ci-dessus; et ces rentes seront payées et payables trimestriellement, franches et quittes de toute taxe et déduction, les quatre jours de paiement ordinaires dans l'année susmentionnée, chaque année, en parties égales, le premier paiement devant être fait le premier jour de paiement après la démission de la personne à laquelle une telle rente ou somme annuelle sera accordée: étant entendu toutefois qu'aucune telle rente ou somme annuelle, accordée à une personne ayant exercé la charge de juge en chef, Maître des rôles, baron en chef, juge, ou baron de la coiffe desdites cours ne sera valide à moins qu'ils n'aient exercé une ou plusieurs desdites charges pendant quinze ans ou qu'ils ne soient frappés d'une infirmité permanente, les empêchant d'exercer leurs fonctions, dont mention expresse sera faite dans l'octroi.

Baron, Justice, or Baron respectively, shall have continued in one or more of the said last mentioned Offices for the Period of fifteen Years, or shall be afflicted with some permanent Infirmary, disabling him from the due Execution of his Office, which shall be distinctly recited in the said Grant.

A judge could therefore still continue in office for life, but, if he chose to resign his office he was entitled to a yearly fixed indemnity for life, providing he had served for fifteen years.

Until approximately 1843, judges in Canada were appointed during the pleasure of the King. There had been previous but fruitless attempts, representations and recommendations made to change the nature of the tenure. However, Westminster had been reluctant to relinquish its control over the judiciary in the colonies. In view of the poor communications in existence at the time and of the manner in which laws were administered in some of the colonies, such a policy was understandable. Up until that time in certain cases colonial judges held their appointments during good conduct in so far as the local legislatures or assemblies were concerned but only during the pleasure of the King in so far as the mother country was concerned. The colonial judges had no constitutional legal tenure or security of salary.

It must be noted here, however, that the judiciary in the Canadas and elsewhere in British North America, unlike the judges of the United Kingdom at the time, were not obliged to confine their activities to judicial functions. Most of them occupied important lucrative key positions in the government of the colonies, such as active membership in legislative assemblies and legislative or executive councils as well as other public administrative positions.

In 1831, Viscount Goodrich, the Colonial Secretary, wrote to Aylmer, the Governor in Canada, advising him that the King would be agreeable that a Bill be enacted by the Legislative Council and Assembly of Lower Canada declaring that the commissions of all judges of the Supreme Courts be granted during good behaviour on condition that "an adequate permanent provision should be made for the judges." This was to be also subject to the condition that no judge would, in the future, be named to or vote at either of the Executive or

^a Un juge pouvait donc demeurer en poste durant toute sa vie mais, s'il décidait de se démettre de ses fonctions, il avait droit à une indemnité annuelle fixe durant toute sa vie, à condition d'avoir exercé ses fonctions pendant quinze ans.

Jusque vers 1843, les juges au Canada furent nommés durant le bon plaisir du Roi. On avait auparavant fait, sans succès, des tentatives, des représentations et des recommandations pour que la fonction ne soit plus amovible. Toutefois, Westminster s'était montré réticent à renoncer à son contrôle du judiciaire dans les colonies. Compte tenu de la pauvreté des moyens de communication à l'époque et de la façon dont les lois étaient administrées dans certaines colonies, une telle politique était compréhensible. Jusqu'à cette époque, dans certains cas, des juges étaient nommés à titre inamovible en ce qui concerne les législatures ou assemblées locales, mais seulement durant le bon plaisir du Roi en ce qui concerne la mère patrie. Ni la durée des fonctions ni la garantie de traitement des juges des colonies n'étaient inscrites dans la Constitution.

^f Il faut noter ici toutefois que les juges au Canada et ailleurs en Amérique du Nord britannique, à l'opposé des juges du Royaume-Uni de l'époque, n'étaient pas obligés de restreindre leurs activités à leurs fonctions judiciaires. La plupart d'entre eux occupaient des postes clés lucratifs dans le gouvernement des colonies, et étaient par exemple membres actifs des assemblées législatives et des conseils législatifs ou exécutifs et occupaient d'autres postes de l'administration publique.

En 1831, le vicomte Goodrich, secrétaire aux Colonies, écrivit à Aylmer, le gouverneur du Canada, l'avisant qu'il plairait au Roi qu'une loi soit adoptée par le Conseil législatif et l'Assemblée législative du Bas-Canada déclarant que les juges des cours suprêmes seraient inamovibles, à condition que [TRADUCTION] «soit prévu un traitement permanent adéquat pour les juges.» Cette mesure était également assujettie à la condition qu'aucun juge ne serait désormais nommé au Conseil exécutif ou législatif de la province et qu'il n'y voterait

Legislative Councils of the Province, with the exception of the Chief Justice of Quebec who would remain a member of the Legislative Council in order to assist in framing the laws. The Bill was passed by the Legislature but the Legislative Council did not assent to it. It was not until 1843 that, following a recommendation made by Lord Durham in 1839, the Canadian Legislature adopted an Act which provided for the appointment of superior court judges during good behaviour. On this subject Professor Lederman quotes from the historian Edward Kylie to page 1151:

In 1843 an act of the Canadian legislature declared it 'expedient to render the Judges of the Court of King's Bench in that part of this Province which heretofore constituted the Province of Lower Canada, independent of the Crown'. Such judges were hereafter to hold their offices during good behaviour, not during pleasure, and they could be removed only on a joint address of the legislative council and the legislative assembly. In 1849 the same principle was applied to the Court of Queen's Bench and the Superior Court newly constituted in Lower Canada, and to the Courts of Common Pleas and of Chancery in Upper Canada Meanwhile the removal of the judges from the executive and legislative bodies was being made complete. No justice in any of the courts established in Lower Canada was allowed to sit or vote in the executive council, or in the legislative council or assembly The judges in the . . . Upper Canadian courts were likewise restricted to the discharge of their peculiar duties.

In 1849, 12 Vict. (Province of Canada) c. 63, section VI, which undoubtedly drew its inspiration from the British Act of 1799 to which I have previously referred, granted judges the privilege of retiring if they wished to do so after fifteen years service or if afflicted with some permanent infirmity. They were then entitled to life annuities during their retirement equivalent to two-thirds of their annual salaries.

One year previously, in 1848, the judges in Nova Scotia were granted security of tenure which they, thenceforth, enjoyed together with security of income as provided for in the English Acts of Settlement and of 1760. They could thereafter only be removed from office on the grounds of misconduct or of incapacity upon a joint address of the Legislative Council and House of Assembly. They also enjoyed an additional right in that any decision regarding their removal from office would not take effect until approved by the Privy Council. They had, previous to 1848, been prevented from participating any longer or playing any role

pas, à l'exception du juge en chef du Québec qui demeurerait membre du Conseil législatif pour participer à la rédaction des lois. Le projet de loi fut adopté par la Législature mais le Conseil législatif ne l'a pas sanctionné. Ce n'est qu'en 1843, à la suite d'une recommandation faite par lord Durham en 1839, que la Législature canadienne adopta une loi qui prévoyait la nomination des juges des cours supérieures à titre inamovible. Le professeur Lederman cite à cet égard l'historien Edward Kylie à la page 1151:

[TRADUCTION] En 1843, une loi de la législature canadienne déclarait qu'il 'convenait de rendre indépendants de la Couronne les juges de la Cour du banc du Roi dans la partie de cette province qui constituait auparavant la province du Bas-Canada'. Ces juges devaient désormais occuper leur charge durant bonne conduite, non durant le bon plaisir de sa Majesté, et ne pouvaient être révoqués que sur adresse conjointe du conseil législatif et de l'assemblée législative. En 1849, le même principe fut appliqué à la Cour du banc de la Reine et à la Cour supérieure nouvellement constituée au Bas-Canada ainsi qu'à la Cour des plaid communs et à la Cour de la Chancellerie au Haut-Canada Entre-temps, on achevait de donner effet à l'interdiction pour les juges de faire partie des corps exécutif et législatif. Il n'était permis à aucun juge d'une cour constituée au Bas-Canada de siéger ou de voter au conseil exécutif ni au conseil législatif ou à l'assemblée législative Les juges des . . . cours du Haut-Canada furent également limités à l'exercice de leurs fonctions particulières.

En 1849, l'article VI de la loi 12 Vict. (Province du Canada) c. 63, qui s'inspirait indubitablement de la loi britannique de 1799 dont j'ai déjà parlé, reconnaissait aux juges le privilège de prendre leur retraite s'ils le voulaient après quinze ans de service ou s'ils étaient affligés d'une infirmité permanente. Ils avaient alors droit, durant leur retraite, à une rente viagère égale aux deux tiers de leur traitement annuel.

L'année précédente, en 1848, les juges de la Nouvelle-Écosse devinrent inamovibles, sécurité dont ils jouiraient désormais en même temps que la garantie de traitement, tel que prévu dans l'Act of Settlement et la loi de 1760, toutes deux d'Angleterre. Ils ne pouvaient depuis lors être révoqués de leurs fonctions que pour mauvaise conduite ou pour incapacité, sur adresse conjointe du Conseil législatif et de l'Assemblée législative. Ils jouissaient également d'un droit additionnel en ce sens que toute décision concernant leur révocation ne prendrait effet qu'après approbation du Conseil privé. Ils avaient, avant 1848, été empêchés de

in the executive or legislative branches of government.

It is clear therefore that nearly twenty years before Confederation, Canadian judges held their commissions during good behaviour and were assured of a full salary for life or of an annuity should they fall ill or should they, after fifteen years of service, voluntarily wish to retire. This relaxing of authority by the United Kingdom over its remaining colonies in North America was undoubtedly attributable to a large extent to the experience gained from its previous policies, which had led to the American Revolution.

This brings us to *The British North America Act, 1867*. When considering the constitutional aspect and historical background, it is of some importance to consider the *B.N.A. Act* as it existed previous to 1960, as opposed to the state of the Constitution following that date. Section 99 of the *B.N.A. Act* was amended at that time by section 1 of 9 Eliz. II, c. 2 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 36] known as the *B.N.A. Act, 1960*. Until that time judges were appointed for life and could hold office for life. By that amendment, judges were required to retire upon attaining the age of 75 years. In all other respects, section 99 as it existed since Confederation was never modified. It originally read as follows:

99. The Judges of the Superior Courts shall hold Office during good Behaviour, but shall be removable by the Governor General on Address of the Senate and House of Commons.

It now reads:

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

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

Section 100 has never been amended. It reads as follows:

100. The Salaries, Allowances, and Pensions of the Judges of the Superior, District, and County Courts (except the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick), and of the Admiralty Courts in Cases where the Judges thereof are for the

participer désormais aux pouvoirs exécutif ou législatif du gouvernement ou d'y jouer quelque rôle que ce soit.

Il est donc clair que près de vingt ans avant la Confédération, les juges canadiens étaient nommés à titre inamovible et étaient assurés d'un plein traitement à vie ou d'une pension s'ils tombaient malades ou si, après quinze ans de service, ils désiraient volontairement prendre leur retraite. Ce relâchement de l'autorité du Royaume-Uni sur les colonies qu'il lui restait en Amérique du Nord était sans aucun doute attribuable dans une large mesure à la leçon tirée de ses politiques antérieures, qui avaient mené à la Révolution américaine.

Ce qui nous amène à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. Aux fins de l'examen de l'aspect constitutionnel et du contexte historique, il est important d'examiner l'*A.A.N.B.* tel qu'il existait avant 1960, par opposition à l'état de la Constitution après cette date. L'article 99 de l'*A.A.N.B.* fut modifié à cette époque par l'article 1 de 9 Eliz. II, c. 2 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 36] appelé l'*A.A.N.B., 1960*. Jusqu'à cette époque, les juges étaient nommés à vie et pouvaient exercer leurs fonctions à vie. Par cette modification, les juges étaient tenus de prendre leur retraite à 75 ans. A tous les autres égards, l'article 99 tel qu'il existait au moment de la Confédération, n'a jamais été modifié. A l'origine, il était conçu dans les termes suivants:

99. Les juges des cours supérieures resteront en charge durant bonne conduite, mais ils pourront être démis de leurs fonctions par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes.

Il est actuellement rédigé en ces termes:

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

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

L'article 100 n'a jamais été modifié. Il se lit comme suit:

100. Les salaires, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de comté (sauf les cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick) et des cours de l'Amirauté, lorsque les juges de ces dernières sont

Time being paid by Salary, shall be fixed and provided by the Parliament of Canada.

I have on occasion, on grounds which I shall deal with later, heard senior superior court judges, who were appointed previous to the 29th of December, 1960, question the constitutional validity of the section 99 amendment as it applied to them. However, they contented themselves with grumbling and growling and never to my knowledge actually challenged the enactment.

As to the importance of these two sections and of section 96, Lord Atkin had this to say in *Toronto Corporation v. York Corporation*²¹ at pages 425 and 426:

The first question touches a matter of first importance to the people of Canada. While legislative power in relation to the constitution, maintenance and organization of Provincial Courts of Civil Jurisdiction, including procedure in civil matters, is confided to the Province, the independence of the judges is protected by provisions that the judges of the Superior, District, and County Courts shall be appointed by the Governor-General (s. 96 of the British North America Act, 1867), that the judges of the Superior Courts shall hold office during good behaviour (s. 99), and that the salaries of the judges of the Superior, District, and County Courts shall be fixed and provided by the Parliament of Canada (s. 100). These are three principal pillars in the temple of justice, and they are not to be undermined. [The underlining is mine.]

On the same subject, Professor Lederman had this to say (*ibid.* page 1158):

The judicial provisions of the confederation act of 1867 (30-31 Vict., c. 3) make it clear that the federating provinces and the new nation were to continue to follow the model afforded by the English judiciary. Here, as in other respects, there was to be "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom".

Also at page 1160:

By section 96 appointment of provincial superior-court judges remains a royal prerogative, now to be exercised by the Governor General under control of the federal cabinet. Also, by sections 97 and 98 such judges must be lawyers drawn from the bars of their respective provinces. Section 99 is obviously a close reproduction of the famous provisions for tenure during good behaviour and removal by joint parliamentary address of the Act of Settlement. Finally, section 100 requires that the salaries of superior-court judges "shall be fixed and provided by the Parliament of Canada". The Act of Settlement said salaries were to be "ascertained and established", but it seems obvious that "fixed and provided" was intended to convey the same meaning. It is a fair conclusion, then, that provincial superior-court judges are assimilated respecting appointment, tenure,

²¹ [1938] A.C. (P.C.) 415.

alors salariés, seront fixés et payés par le parlement du Canada.

J'ai à l'occasion entendu des juges de cours supérieures parmi les plus anciens, nommés avant le 29 décembre 1960, mettre en doute la constitutionnalité de la modification de l'article 99 dans la mesure où elle s'appliquait à eux. Ils se contentaient toutefois de se plaindre et de critiquer sans jamais, à ma connaissance, attaquer cette loi en justice.

Pour ce qui a trait à l'importance de ces deux articles et de l'article 96, voici ce qu'en dit lord Atkin dans *Toronto Corporation c. York Corporation*²¹, aux pages 425 et 426:

[TRADUCTION] La première question touche un domaine d'importance capitale pour le peuple canadien. Alors que le pouvoir législatif relatif à la création, au maintien et à l'organisation de tribunaux de justice pour la province, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux, est confié à la province, l'indépendance des juges est protégée par les dispositions prévoyant que les juges des cours supérieures, de district et de comté sont nommés par le gouverneur général (art. 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867), que les juges des cours supérieures seront inamovibles (art. 99), et que les salaires, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de comté seront fixés et payés par le parlement du Canada (art. 100). Ce sont là trois piliers principaux du temple de la justice, et il ne faut pas les détruire. [C'est moi qui souligne.]

Sur ce même sujet, le professeur Lederman dit ce qui suit à la page 1158 du même article:

[TRADUCTION] Les dispositions judiciaires de la loi constitutive de la fédération (1867, (30-31 Vict., c. 3)), établissent clairement que les provinces constituantes et le nouvel État devaient continuer de se conformer au modèle du pouvoir judiciaire anglais. A cet égard, comme à d'autres, il devait y avoir «une Constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni».

Et à la page 1160:

[TRADUCTION] En vertu de l'article 96, la nomination des juges des cours supérieures des provinces demeure une prérogative royale devant désormais être exercée par le gouverneur général sous le contrôle du cabinet fédéral. Aussi, les articles 97 et 98 prévoient que ces juges doivent être des avocats membres du barreau de leur province respective. L'article 99 reprend manifestement assez fidèlement les fameuses dispositions relatives à l'inamovibilité et à la révocation sur adresse conjointe du Parlement que l'on trouve dans l'Act of Settlement. Enfin, l'article 100 exige que les salaires des juges des cours supérieures soient «fixés et payés par le parlement du Canada». L'Act of Settlement prévoyait que les salaires devaient être «déterminés et établis», mais il semble évident que les termes «fixés et payés» devaient avoir la même signification. Il convient donc de con-

²¹ [1938] A.C. (C.P.) 415.

removal and security of salaries to the position of the judges of the historic English superior courts after the Act of Settlement.
[The underlining is mine.]

Following Confederation and until the constitutional amendment in 1960, the *Judges Act* was amended as follows:

1. *An Act to amend "The Supreme and Exchequer Courts Act," etc.*, S.C. 1887, 50-51 Vict., c. 16, sections 4 and 6:

At that time the judges of the Supreme Court of Canada and of the Exchequer Court were also appointed during good behaviour: by this Act they could retire after 15 years in office or sooner on account of infirmity.

2. *An Act to amend the law respecting the Superannuation of Judges of Provincial Courts*, S.C. 1895, 58-59 Vict., c. 39, section 1:

Superannuation granted to judges who have served for fifteen years or more or become afflicted by permanent disability or infirmity may be granted upon resignation life pension of two-thirds of salary.

Note: No specific duty on Executive to decide whether in best interests of justice.

3. *An Act to amend the Supreme and Exchequer Courts Act, the Exchequer Court Act, and the Act respecting the Judges of Provincial Courts*, S.C. 1903, 3 Ed. VII, c. 29, section 1:

This amendment provided for another case of possible retirement by judges: judges of the Supreme Court of Canada or of the Exchequer Court or of any superior courts could retire with full salary at 75, after 20 years in office or at 70, after 25 years in office, or, irrespective of their age, after 30 years in office.

4. *The Judges Act*, R.S.C. 1906, c. 138, section 20:

Increase in retirement annuity rights to full salary if age 75 and occupied post for 20 years or more, or if 70 years of age and occupied position for 25 years or if 65 for 30 years.

clure que la situation des juges des cours supérieures des provinces était assimilée, pour ce qui concerne la nomination, la durée de la charge, la révocation et la garantie du traitement, à celle des juges des cours supérieures d'Angleterre au lendemain de l'Act of Settlement. [C'est moi qui souligne.]

Après la Confédération et jusqu'à l'amendement constitutionnel de 1960, la *Loi sur les juges* a été modifiée comme suit:

1. *Acte à l'effet de modifier l'Acte des cours Suprême et de l'Echiquier, etc.*, S.C. 1887, 50-51 Vict., c. 16, articles 4 et 6:

A cette époque, les juges de la Cour suprême du Canada et de la Cour de l'Échiquier étaient nommés à titre inamovible: en vertu de cet Acte, ils pouvaient prendre leur retraite après 15 années de service ou plus tôt pour cause d'infirmité.

2. *Acte modifiant la loi concernant les pensions des juges des cours provinciales*, S.C. 1895, 58-59 Vict., c. 39, article 1:

La pension accordée aux juges ayant exercé leurs fonctions pendant quinze ans ou plus ou qui sont frappés d'une incapacité ou d'une infirmité permanente peut être accordée sur démission; pension viagère égale aux deux tiers du traitement.

Note: Il n'est pas expressément imposé à l'exécutif de décider si cela est dans le meilleur intérêt de la justice.

3. *Acte modifiant l'Acte des cours Suprême et de l'Echiquier, l'Acte de la cour de l'Echiquier et l'Acte concernant les juges des cours provinciales*, S.C. 1903, 3 Ed. VII, c. 29, article 1:

Cette modification prévoyait une autre possibilité de retraite pour les juges: les juges de la Cour suprême du Canada ou de la Cour de l'Échiquier ou de toute cour supérieure pouvaient prendre leur retraite avec traitement intégral à l'âge de 75 ans, après 20 ans de service ou à l'âge de 70 ans, après 25 ans de service, ou, peu importe leur âge, après 30 ans de service.

4. *La Loi des juges*, S.R.C. 1906, c. 138, article 20:

Augmentation de la pension de retraite la rendant égale au traitement intégral si la retraite est prise à l'âge de 75 ans et que le bénéficiaire a occupé sa charge pendant 20 ans ou plus ou à l'âge de 70 ans s'il a occupé sa charge pendant 25 ans ou à l'âge de 65 ans s'il a occupé sa charge pendant 30 ans.

5. *An Act to amend the Judges Act*, S.C. 1919, 9-10 Geo. V, c. 59, section 11:

This amendment provided that no annuity would be paid to a judge retiring after 15 years in office unless the Governor in Council was of the opinion that the retirement was in the public interest. See section 11. It is to be noted that this new provision does not apply to the retirement after 30 years in office nor to the retirements after 20 or 25 years in office when the judge is 75 or 70. Section 11 does not apply to County Court judges who are obliged to retire on account of age. The enactment suggests that before 1919 the Governor in Council had no discretion to refuse annuities to a judge who retired after 15 years in office. It might well be that section 11 of chapter 59 was unconstitutional because it offended section 100 of the *B.N.A. Act* and the right which judges enjoyed, in Canada since 1849, and in England since 1799. In any event, commencing in 1919 the Governor in Council still had no discretion to refuse retirement annuities to a judge who retires after 20 years in office and who is 75 or after 25 years in office and who is 70 nor to a judge who retires after 30 years in office.

6. *An Act to amend the Judges Act*, S.C. 1927, 17 Geo. V, c. 33, section 2:

In that year the judges of the Supreme Court of Canada and of the Exchequer Court were forced to retire at the age of 75. Section 2 of this Act provided for annuities to judges who had to retire and obviously no section of the *Judges Act* allowed discretion to the Governor in Council to grant or not to grant annuities to these judges.

7. *The Judges Act*, R.S.C. 1927, c. 105, sections 23 and 24:

Sections 23 and 24 of the Act confirmed the prevailing situation at that time regarding retirement annuities:

(i) section 23 dealt with the case of voluntary retirement after 15 years in office, irrespective of the age of the judge. This voluntary

5. *Loi portant modification de la Loi des juges*, S.C. 1919, 9-10 Geo. V, c. 59, article 11:

Cette modification prévoit qu'aucune pension n'est versée à un juge cessant d'exercer ses fonctions après 15 années de service à moins que le gouverneur en conseil ne soit d'avis que cette démission est dans l'intérêt public. Voir l'article 11. Il est à remarquer que cette nouvelle disposition ne s'applique pas à la retraite après 30 ans de service ni à celle après 20 ans ou 25 ans de service lorsque le juge est âgé de 75 ans ou de 70 ans. L'article 11 ne s'applique pas aux juges des cours de comté qui sont obligés de prendre leur retraite à cause de leur âge. Cette loi suggère qu'avant 1919, le gouverneur en conseil n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de refuser une pension à un juge qui démissionnait après 15 années de service. Il se peut fort bien que l'article 11 du chapitre 59 ait été inconstitutionnel parce que contraire à l'article 100 de l'*A.A.N.B.* et qu'il portait atteinte aux droits dont les juges bénéficiaient, au Canada, depuis 1849 et, en Angleterre, depuis 1799. De toute façon, à compter de 1919, le gouverneur en conseil n'avait pas encore le pouvoir discrétionnaire de refuser une pension de retraite à un juge qui démissionnait après 20 ans de service et qui était âgé de 75 ans ou après 25 ans de service et qui était âgé de 70 ans ni à un juge qui démissionnait après 30 ans de service.

6. *Loi modifiant la Loi des juges*, S.C. 1927, 17 Geo. V, c. 33, article 2:

Cette année-là, les juges de la Cour suprême du Canada et de la Cour de l'Échiquier ont été obligés de prendre leur retraite à l'âge de 75 ans. L'article 2 de cette Loi prévoyait des pensions aux juges qui devaient prendre leur retraite et évidemment, aucun article de la *Loi des juges* ne prévoyait que le gouverneur en conseil avait le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser une pension à ces juges.

7. *La Loi des juges*, S.R.C. 1927, c. 105, articles 23 et 24:

Les articles 23 et 24 de cette Loi confirmaient la situation courante à l'époque relativement aux pensions de retraite:

(i) l'article 23 portait sur le cas de la retraite volontaire après 15 ans de service, peu importe l'âge du juge. La retraite volontaire

retirement was subject to the opinion of the Governor in Council that the retirement was in the public interest: see subsection 3 of section 23. The annuity was equal to $\frac{2}{3}$ of the judge's salary;

(ii) section 24 provided for the case of retirement after 30 years in office irrespective of the age and after 25 and 20 years in office if the judge was 70 or 75: no discretion was given to the Governor in Council;

(iii) subsection 2 of section 24 dealt with the case of the judges of the Supreme Court of Canada and of the Exchequer Court who were forced to retire at 75: no discretion was granted to the Governor in Council.

8. *An Act to amend the Judges Act*, S.C. 1930, 20-21 Geo. V, c. 27, section 1:

This amendment specified that the provisions of chapter 33 of 17 Geo. V enacted in 1927 did not apply retroactively and that judges of the Supreme Court of Canada or of the Exchequer Court appointed before March 31, 1927 and who were forced to retire at 75 were to receive annuities equal to their full salary even if they had not been ten years in office. Obviously the payment of the full salary to these judges was not dependent on the will of the Governor in Council.

9. *An Act to amend the Judges Act (Annuities)*, S.C. 1944, 8 Geo. VI, c. 45, section 1:

Provides for the right of a judge to elect to either retain the personal retirement annuity benefits previously provided for or to accept the new plan of a reduced annuity for the judge coupled with a life annuity for his wife payable to her both before and after his decease.

10. *The Judges Act, 1946*, S.C. 1946, 10 Geo. VI, c. 56, section 23:

This Act abrogated the right of the superior court judges to be paid their full salary on retiring after 30 years in office irrespective of their age or after 25 or 20 years in office if they were 70 or 75. Still the Act maintains the right of the judge to retire at any age after 15 years in

était assujettie à l'opinion du gouverneur en conseil quant à savoir si elle était dans l'intérêt public: voir le paragraphe 3 de l'article 23. La pension était égale aux $\frac{2}{3}$ du traitement du juge;

(ii) l'article 24 traitait de la retraite après 30 ans de service peu importe l'âge et après 25 ans et 20 ans de service si le juge était âgé de 70 ou de 75 ans respectivement: aucun pouvoir discrétionnaire n'était attribué au gouverneur en conseil;

(iii) le paragraphe 2 de l'article 24 portait sur le cas des juges de la Cour suprême du Canada et de la Cour de l'Échiquier qui étaient obligés de prendre leur retraite à 75 ans: aucun pouvoir discrétionnaire n'était accordé au gouverneur en conseil.

8. *Loi modifiant la Loi des juges*, S.C. 1930, 20-21 Geo. V, c. 27, article 1:

Cette modification précisait que les dispositions du chapitre 33 de 17 Geo. V adopté en 1927 ne s'appliquaient pas rétroactivement et que les juges de la Cour suprême du Canada ou de la Cour de l'Échiquier nommés avant le 31 mars 1927 et qui avaient été obligés de prendre leur retraite à 75 ans devaient recevoir une pension de retraite égale à leur traitement même s'ils n'avaient pas exercé leurs fonctions pendant 10 ans. Il est évident que le paiement du traitement intégral à ces juges ne dépendait pas de la discrétion du gouverneur en conseil.

9. *Loi modifiant la Loi des juges (Pensions)*, S.C. 1944, 8 Geo. VI, c. 45, article 1:

Cette Loi prévoyait que le juge avait le droit de choisir de continuer à recevoir les prestations de pension de retraite qu'il recevait alors conformément aux lois existantes ou d'accepter le nouveau plan d'une pension réduite pour le juge accompagnée d'une rente viagère pour sa femme, payable à elle tant avant qu'après le décès du juge.

10. *La Loi de 1946 sur les juges*, S.C. 1946, 10 Geo. VI, c. 56, article 23:

Cette Loi abrogeait le droit des juges des cours supérieures de recevoir leur traitement intégral à leur retraite après 30 ans de service peu importe leur âge ou après 25 ans ou 20 ans de service s'ils étaient âgés de 70 ans ou de 75 ans. Toutefois la Loi préservait le droit pour le juge

office provided the Governor in Council was of the opinion that the retirement was in the public interest. See section 28. But section 23 which provided for the retirement of the judges of the Supreme Court of Canada or of the Exchequer Court at the age of 75 and for the payment of annuities to the judges was not made dependent on the opinion of the Governor in Council. The provisions of section 28 did not apply to section 23.

There were one or two other amendments which are not relevant to the present issue.

Therefore, previous to 1960, when the *B.N.A. Act* was amended, judges were to be paid their full salaries for life. They had, however, since 1849, as the English judges had since 1799, enjoyed the privilege of retiring after fifteen years in office and of receiving a non-contributory annuity for life of two-thirds of their annual salaries, providing the Governor General in Council was of the opinion that the retirement was in the public interest. They also had the right of retiring and of receiving the annuity should they become incapable of performing their duties by reason of mental or physical incapacity. As previously stated, I entertain some doubt as to the constitutional validity of this discretion presumably granted to the Governor General in Council mainly on the grounds that the judicial office of provincial superior court judge straddles both jurisdictions and cannot be materially altered without a constitutional amendment. In any event, the discretion of the Governor General only extended to the question of whether the proposed retirement is in the public interest. Once that question has been answered in the affirmative the judge is still, as he always has been, absolutely entitled to receive his annuity for life. In other words, there is no discretion as to whether the annual compensation should be paid once it has been determined that the retirement is in the public interest.

The 1960 amendment of the *B.N.A. Act* provides for the first time for obligatory retirement at age 75 and sections 23 to 25 of the *Judges Act* were accordingly amended by S.C. 1960, c. 46 which provides for:

(i) Voluntary retirement after 15 years in office irrespective of age if the Governor in

de cesser d'occuper sa charge à tout âge après 15 ans de service pourvu que le gouverneur en conseil soit d'avis que cette démission était dans l'intérêt public. Voir l'article 28. Mais l'article 23 qui prévoyait la retraite des juges de la Cour suprême du Canada ou de la Cour de l'Échiquier à l'âge de 75 ans et le paiement de pensions aux juges n'était pas assujéti à l'opinion du gouverneur en conseil. Les dispositions de l'article 28 ne s'appliquaient pas à l'article 23.

Il y a une ou deux autres modifications qui ne sont pas pertinentes en l'espèce.

Donc, avant 1960, année où l'*A.A.N.B.* fut modifié, les juges devaient recevoir leur traitement intégral leur vie durant. Depuis 1849 toutefois, ils avaient, comme les juges d'Angleterre depuis 1799, le privilège de prendre leur retraite après quinze ans de service et de recevoir leur vie durant une pension sans cotisation égale aux deux tiers de leur traitement annuel, pourvu toutefois que le gouverneur général en conseil fût d'avis que cette retraite était dans l'intérêt public. Ils avaient également le droit de prendre leur retraite et de recevoir la pension s'ils devenaient incapables d'exercer leurs fonctions en raison d'incapacité mentale ou physique. Comme je l'ai déjà dit, j'ai certains doutes quant à la constitutionnalité de ce pouvoir discrétionnaire accordé au gouverneur général en conseil surtout parce que la fonction judiciaire d'un juge d'une cour supérieure provinciale relève des deux paliers de pouvoir et ne peut être modifiée substantiellement sans amendement constitutionnel. De toute façon, le pouvoir discrétionnaire du gouverneur général ne s'étend qu'à la question de savoir si la retraite projetée est dans l'intérêt public. Lorsque la réponse à cette question est affirmative, le juge a encore, comme il l'a toujours eu, le droit absolu de recevoir une pension sa vie durant. En d'autres termes, il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire quant à savoir si une indemnité annuelle devrait être versée après qu'il a été décidé que la retraite est dans l'intérêt public.

La modification de l'*A.A.N.B.* en 1960 prévoit pour la première fois la retraite obligatoire à l'âge de 75 ans et les articles 23 à 25 de la *Loi sur les juges* furent modifiés en conséquence par S.C. 1960, c. 46 qui prévoit ce qui suit:

(i) Retraite volontaire après 15 ans de service peu importe l'âge si le gouverneur en conseil

Council is of the opinion that the retirement is in the best interest of justice or of the national interest;

(ii) Retirement at the age of 75 after 10 years in office with no discretion granted to the Governor in Council;

(iii) Voluntary retirement at the age of 70 after 15 years in office with no discretion granted to the Governor in Council;

(iv) Retirement on account of permanent infirmity with no discretion granted to the Governor in Council.

The federal government before obtaining this amendment to the *B.N.A. Act* took the precaution of obtaining the consent of all of the provinces because of their jurisdiction over the administration of justice. It was, according to the Favreau White Paper, felt that this question (of compulsory retirement) was of direct concern to the provinces. A further amendment by S.C. 1970-71-72, c. 55, authorized judges to retire as of right after fifteen years in office if of the age of 65 or over.

It was not until the 20th of December, 1975, that any superior court judge was required to contribute toward the annuities which were payable for life. Because of the legal constitutional obligation of Parliament to pay a judge for life pursuant to *The Act of Settlement* and the Act of 1760, but, more importantly, because the powers of the Parliament of Canada, unlike that of the United Kingdom, are subject to the jurisdiction of the provinces over the administration of justice as provided for in the sections of the *B.N.A. Act* to which I have already referred, there arises a question as to its right to require judges to contribute to their own annuities without a constitutional amendment or the consent of the provinces. This specific issue, however, is not required to be decided in order to dispose of the present case.

The defendant claims that the plaintiff was never legally entitled to the annuities provided for in sections 23 and 25 of the *Judges Act* nor to the supplementary retirement benefits provided for in the *Supplementary Retirement Benefits Act* because sections 23 and 25 of the *Judges Act* provided that "the Governor in Council may

est d'avis que cette retraite contribue à la meilleure administration de la justice ou est dans l'intérêt national;

(ii) Retraite à l'âge de 75 ans après 10 ans de service, aucun pouvoir discrétionnaire n'étant conféré à cet égard au gouverneur en conseil;

(iii) Retraite volontaire à l'âge de 70 ans après 15 ans de service, aucun pouvoir discrétionnaire n'étant conféré à cet égard au gouverneur en conseil;

(iv) Retraite pour motif d'infirmité permanente, aucun pouvoir discrétionnaire n'étant conféré à cet égard au gouverneur en conseil.

Avant d'obtenir cette modification de l'*A.A.N.B.*, le gouvernement fédéral a pris la précaution d'obtenir le consentement de toutes les provinces à cause de leur compétence en matière d'administration de la justice. D'après le livre blanc Favreau, on était d'avis que cette question (retraite d'office) intéressait directement les provinces. Une autre modification, édictée par S.C. 1970-71-72, c. 55, donnait aux juges le droit de prendre leur retraite après 15 ans de service à condition d'être âgés d'au moins 65 ans.

Ce n'est que le 20 décembre 1975 que les juges des cours supérieures furent tenus de contribuer à leur pension qui était payable leur vie durant. A cause de l'obligation légale constitutionnelle du Parlement de payer un juge sa vie durant en vertu de *The Act of Settlement* et de la loi de 1760 mais aussi, ce qui est plus important, parce que les pouvoirs du Parlement du Canada, au contraire de ce qui a cours au Royaume-Uni, sont assujettis à la compétence des provinces sur l'administration de la justice, tel que prévu dans les articles de l'*A.A.N.B.* que j'ai déjà mentionnés, il se pose la question de savoir si le Parlement a le droit d'exiger des juges qu'ils contribuent à leur propre pension sans amendement constitutionnel ou consentement des provinces. Cette question précise n'a toutefois pas à être tranchée pour arriver à une décision en l'espèce.

La défenderesse prétend que le demandeur n'a jamais en droit eu droit aux pensions prévues aux articles 23 et 25 de la *Loi sur les juges* ni aux prestations de retraite supplémentaires prévues dans la *Loi sur les prestations de retraite supplémentaires* parce que les articles 23 et 25 de la *Loi sur les juges* prévoient que le gouverneur en

grant . . .”, and that, since “may” is only permissive, no federally appointed judge has a legal right to the annuities provided for in that Act and in the *Supplementary Retirement Benefits Act*. The argument is founded, of course, on section 28 of the *Interpretation Act*²² which stipulates that “may”, in a statutory enactment, is to be construed as permissive.

The plaintiff's counter-argument was based on the now well-recognized rule that, notwithstanding that the words of a statute might merely be enabling or permissive and, therefore, merely confer a power, there may nevertheless exist concurrently with that power, a legal duty on the person in whom it is vested, to exercise it. (See *Julius v. Lord Bishop of Oxford*²³; *R. v. Adamson*²⁴; *R. v. Cambridge*²⁵; *R. v. Finnis*²⁶; *R. v. Boteler*²⁷; *R. v. Evans*²⁸; and *Thyssen Mining Construction of Canada Ltd. v. The Queen*²⁹.) Considerable legal argument was addressed to the Court and an abundance of jurisprudence as well as a large number of legal authors were cited and quoted on the question as to what principle would prevail in the case of each of the various provisions of these sections. Having regard, however, to the disposal which I will be making of this case as a result of a more general argument of the plaintiff and which is particularly applicable to this case, with which I now intend to deal, I do not think it advisable to decide which, if any, of these provisions establishes a firm legal entitlement.

The general argument which is particularly applicable to the plaintiff's case is to the effect that, under the Constitution, Parliament could not on the 20th of December, 1975, diminish, reduce or impair the fixed and established salary and other benefits of the plaintiff to which he had become entitled from the time of his appointment on the 24th of July, 1975.

There cannot, in my mind, be any question but that the additional emoluments or benefits such as

²² R.S.C. 1970, c. I-23.

²³ [1874-80] All E.R. (Rep.) 43; (1880) 5 App. Cas. 214, at 225 and 241.

²⁴ [1875] 1 Q.B.D. 201.

²⁵ (1839) 8 Dowl. 89.

²⁶ (1859) 28 L.J. 263; M.C. 201.

²⁷ (1864) 33 L.J. 129; M.C. 101.

²⁸ (1890) 54 J.P. 471.

²⁹ [1975] F.C. 81 at 88.

conseil peut accorder . . .» et que, comme le mot «peut» implique une discrétion, aucun juge nommé par le fédéral n'a un droit légal aux pensions prévues par cette Loi et par la *Loi sur les prestations de retraite supplémentaires*. Cet argument est évidemment fondé sur l'article 28 de la *Loi d'interprétation*²² qui prévoit que le terme «peut» dans un texte législatif exprime une faculté.

L'argument du demandeur en réponse à cela est fondé sur la règle maintenant bien connue selon laquelle nonobstant le fait que les mots d'une loi n'expriment qu'une faculté et ne font que conférer un pouvoir, il se peut néanmoins qu'il existe, concurremment avec ce pouvoir, un devoir légal pour la personne auquel il est conféré de l'exercer (voir *Julius c. Lord Bishop of Oxford*²³; *R. c. Adamson*²⁴; *R. c. Cambridge*²⁵; *R. c. Finnis*²⁶; *R. c. Boteler*²⁷; *R. c. Evans*²⁸; et *Thyssen Mining Construction of Canada Ltd. c. La Reine*²⁹). On a soumis de nombreux arguments juridiques à la Cour et on a cité un grand nombre d'arrêts et d'auteurs pour déterminer quel principe l'emporterait dans le cas de chacune des diverses dispositions de ces articles. Compte tenu toutefois du fait que ma décision en l'espèce découle d'un argument d'ordre plus général du demandeur qui s'applique particulièrement en l'espèce, et que j'examinerai maintenant, je ne crois pas qu'il soit approprié de décider laquelle de ces dispositions, le cas échéant, confère un droit légal ferme.

L'argument d'ordre général qui s'applique particulièrement au cas du demandeur porte qu'en vertu de la Constitution, le Parlement ne pouvait, le 20 décembre 1975, diminuer, réduire ou baisser le traitement fixé et établi ni les autres avantages du demandeur auxquels il avait droit à compter de sa nomination le 24 juillet 1975.

Je n'ai aucun doute que les émoluments ou avantages additionnels, tels le droit à la pension

²² S.R.C. 1970, c. I-23.

²³ [1874-80] All E.R. (Rep.) 43; (1880) 5 App. Cas. 214, aux pp. 225 et 241.

²⁴ [1875] 1 Q.B.D. 201.

²⁵ (1839) 8 Dowl. 89.

²⁶ (1859) 28 L.J. 263; M.C. 201.

²⁷ (1864) 33 L.J. 129; M.C. 101.

²⁸ (1890) 54 J.P. 471.

²⁹ [1975] C.F. 81, à la p. 88.

the annuity rights for the judge himself, the protection afforded him against inflation or that afforded his dependants in the event of his decease truly formed part of the remuneration or compensation to which the plaintiff was entitled from the moment of his appointment, to the same extent as if actual salary had been paid in lieu of those benefits. It is abundantly clear also that he was at that time fully entitled to his salary without any deductions except those applicable to all citizens pursuant to general legislation such as income tax and old age pension laws.

I have already quoted section 3 of the Act of 1760, which complemented and completed *The Act of Settlement* but I shall repeat it here for ease of reference:

III. And be it enacted by the Authority aforesaid, That such Salaries as are settled upon Judges for the time being, or any of them, by Act of Parliament, and also such Salaries as have been or shall be granted by his Majesty, his Heirs, and Successors, to any Judge or Judges, shall, in all time coming, be paid and payable to every such Judge and Judges for the time being, so long as the Patents or Commissions of them, or any of them respectively, shall continue and remain in force. [Emphasis added.]

By reason of the natural reluctance of judges to engage in litigation whenever their salaries or other rights are affected, there exists a paucity of jurisprudence on the matter. Since *The Act of Settlement*, many learned authors, constitutional experts and famous statesmen have, however, dealt with that specific subject. An example of the reluctance of the judiciary to bring before the courts issues in which they were interested arose in England at the time of the passing of the *National Economy Act* in 1931. I referred earlier to this matter and to the fact that the judges dealt with the situation by forwarding a memorandum on the matter to the Prime Minister. The relevant portions of the text are reproduced in Professor Lederman's article (*ibid.* at pages 793 and 794):

The Government ordered reduction of judicial salaries by one fifth, along with a great many others, but the constitutional propriety of this action was widely doubted. Sir William Holdsworth argued that judges were not "in the service of His Majesty" within the meaning of the *National Economy Act*. Only public officers who could be instructed in the name of the Crown how to perform their functions (he said) could be described as "servants of" or "in the service of" His Majesty. (Holdsworth, *The Constitutional Position of Judges* (1932), 48 L.Q. Rev. 25.) As we have seen, royal power to instruct the judges in this sense was on its way out by 1328.

pour le juge lui-même, la protection qui lui est donnée contre l'inflation ou celle donnée aux personnes à sa charge en cas de décès, faisaient réellement partie du traitement ou de l'indemnité auquel le demandeur avait droit à compter du moment de sa nomination, de la même façon que si un traitement réel avait été versé au lieu de ces avantages. Il est très clair aussi qu'il avait à cette époque plein droit à son traitement sans aucune déduction si ce n'est celles applicables à tous les citoyens conformément aux lois d'ordre général telles les lois de l'impôt sur le revenu et sur la pension de vieillesse.

J'ai déjà cité l'article 3 de la loi de 1760 qui complétait *The Act of Settlement* mais je le cite de nouveau par souci de commodité:

[TRADUCTION] III. Et il est statué par ladite autorité que le traitement qui est attribué aux juges en exercice ou à l'un d'entre eux par loi du parlement ainsi que le traitement qui a été ou qui sera attribué par sa Majesté, ses héritiers et successeurs à tout juge seront désormais et pour toujours payés et payables à chacun de ces juges tant et aussi longtemps que demeurera en vigueur leur patente ou commission respective. [C'est moi qui souligne.]

En raison de la réticence naturelle des juges d'aller en justice quand leur traitement ou autres droits sont affectés, il existe très peu de jurisprudence en la matière. Depuis *The Act of Settlement*, plusieurs auteurs, autorités en matière constitutionnelle et hommes d'État renommés ont toutefois traité de ce sujet précis. Un exemple de la réticence du judiciaire de porter devant les tribunaux des questions qui l'intéressent s'est présenté en Angleterre au moment de l'adoption de la *National Economy Act* en 1931. J'ai déjà parlé de cette question et du fait que les juges y ont fait face en envoyant un mémoire sur la question au Premier ministre. Les parties importantes du texte sont reproduites dans l'article du professeur Lederman (*ibid.*, aux pages 793 et 794):

[TRADUCTION] Le gouvernement ordonna que le traitement des juges, ainsi que celui de bien d'autres, soit réduit d'un cinquième, mais la constitutionnalité de cette mesure fut mise en doute par un bon nombre de personnes. Sir William Holdsworth prétendit que les juges n'étaient pas «au service de Sa Majesté» au sens de la *National Economy Act*. Seuls des fonctionnaires auxquels il pourrait être dit au nom de la Couronne comment exercer leurs fonctions (a-t-il dit) pourraient être considérés comme «employés» ou «au service de» Sa Majesté. (Holdsworth, *The Constitutional Position of Judges* (1932), 48 L.Q. Rev. 25.) Comme nous l'avons déjà vu, le

Professor E. C. S. Wade took issue with Holdsworth, (E. C. S. Wade, *His Majesty's Judges* (1932), 173 *Law Times* at pp. 246 and 267. A reply by Holdsworth is printed in the same volume at page 336) arguing that judges were properly described as "in the service of His Majesty", and that, as a matter of statutory construction, the words in issue were intended to include the judges. Government spokesmen took the same line, and the cuts were put in effect. But the most significant development was that the judges themselves sent a confidential memorandum on the subject to the Prime Minister on December 4th, 1931, which became public when it was read into the record of the House of Lords on July 24th, 1933, by the Lord Chancellor at the request of the Lord Chief Justice and the Master of the Rolls. (Reproduced starting at p. 103 of (1933), 176 *Law Times*. The quotation is not quite the whole of this memorandum.) It is clear from this unique document that the judges themselves fully agreed with Sir William Holdsworth:

The judges of His Majesty's Supreme Court of Judicature think it their duty to submit certain considerations in regard to the recent reductions of the salary payable to judges which seem to have escaped notice.

It is, we think, beyond question that the judges are not in the position occupied by civil servants. They are appointed to hold particular offices of dignity and exceptional importance. They occupy a vital place in the constitution of this country. They stand equally between the Crown and the Executive, and between the Executive and the subject. They have to discharge the gravest and most responsible duties. It has for over two centuries been considered essential that their security and independence should be maintained inviolate.

The Act of Settlement made clear provision for this in the following terms: 'That after the said limitation shall take effect as aforesaid, judges' commissions be made *quamdiu se bene gesserint*, and their salaries ascertained and established; but upon the Address of both Houses of Parliament, it may be lawful to remove them' . . . Further by sect. 12 of the Act of 2 and 3 Will. 4, c. 116, judges were exempted from taxes.

It was long ago said that there can be no true liberty in a country where the judges are not entirely independent of the Government; and the soundness of the remark has never been questioned. Art. III of the Constitution of the United States runs as follows: 'The judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both of the supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behaviour, and shall, at stated times, receive for their services, a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office'.

In this matter our country has set an example to the world, and we believe that the respect felt by the people for an English judge has been partly due to his unique position, a feeling which will survive with difficulty if his salary can be reduced as if he were an ordinary salaried servant of the Crown.

pouvoir royal de donner des directives aux juges dans ce sens était en voie de disparition en 1328.

Le professeur E. C. S. Wade s'inscrit en faux contre Holdsworth, (E. C. S. Wade, *His Majesty's Judges* (1932), 173 *Law Times*, aux pp. 246 et 267. On trouve la réponse de Holdsworth dans ce même volume à la page 336) faisant valoir que les juges pouvaient être considérés à bon droit comme «au service de Sa Majesté» et qu'il découlait de l'interprétation de la loi que les mots en cause devaient comprendre les juges. Les porte-parole du gouvernement adoptèrent la même position et les coupures furent effectuées. Mais le fait le plus important fut que les juges eux-mêmes envoyèrent un mémoire confidentiel à ce sujet au Premier ministre le 4 décembre 1931, mémoire qui devint public lorsqu'il fut versé au dossier de la Chambre des Lords le 24 juillet 1933 par le lord Chancelier à la demande du juge en chef et du Maître des rôles. (Reproduit à compter de la p. 103 de (1933), 176 *Law Times*. La citation ne comprend pas la totalité de ce mémoire.) Il ressort clairement de ce document unique que les juges eux-mêmes étaient tout à fait d'accord avec Sir William Holdsworth:

Les juges de la Cour souveraine de justice de Sa Majesté croient qu'il est de leur devoir de soumettre certaines considérations relativement aux récentes réductions du traitement payable aux juges qui semblent avoir été oubliées.

Nous sommes d'avis qu'il ne fait aucun doute que les juges ne sont pas dans la même position que celle des fonctionnaires. Ils sont nommés à des dignités d'importance exceptionnelle. Ils occupent une place vitale dans la constitution de ce pays. Ils agissent à titre d'arbitres à la fois entre la Couronne et l'exécutif et entre l'exécutif et le sujet. Ils doivent exercer les fonctions les plus importantes et les plus lourdes de conséquences. Il a depuis plus de deux siècles été considéré essentiel que leur sécurité matérielle et leur indépendance devraient rester à l'abri de toute atteinte.

L'Act of Settlement le prévoyait expressément dans les termes suivants: 'Qu'après que ladite limitation entrera en vigueur comme il a déjà été dit, les commissions des juges seront faites *quamdiu se bene gesserint*, et leur traitement déterminé et établi; mais ils pourront être révoqués sur adresse des deux Chambres du Parlement' . . . En outre, l'art. 12 de la loi 2 et 3 Will. 4, c. 116, exemptait les juges d'impôt.

Quelqu'un a dit il y a très longtemps qu'il ne peut y avoir de véritable liberté dans un pays où les juges ne sont pas complètement indépendants du gouvernement; et le bien-fondé de cette remarque n'a jamais été mis en doute. L'art. III de la Constitution des États-Unis d'Amérique est ainsi rédigé: 'Le pouvoir judiciaire des États-Unis est attribué à une Cour suprême et aux tribunaux inférieurs que le Congrès pourra ordonner et établir. Les juges de la Cour suprême et des tribunaux inférieurs occuperont leur charge à titre inamovible et recevront aux époques déterminées, en contrepartie de leurs services, une rémunération qui ne pourra être diminuée tant qu'ils exerceront leur fonction'.

A cet égard, notre pays a donné un exemple au monde entier et nous croyons que le respect qu'a le peuple pour un juge anglais est en partie attribuable à sa position unique, un sentiment qui ne survivra qu'avec difficulté si son traitement peut être réduit comme s'il était un employé ordinaire de la Couronne qui touche un traitement.

It was owing to the general acceptance of these views that on the one hand the salaries of High Court judges have never been the subject of a House of Commons vote, but have been charged on the Consolidated Fund, and that on the other hand the judges hold their office as expressed above during good behaviour and are removable only on an Address to the Crown by both Houses of Parliament.

If the salaries of the judges can be reduced almost *sub silentio* by the methods recently employed, the independence of the Judicature is seriously impaired. It cannot be wise to expose judges of the High Court to the suggestion, however malevolent and ill-founded, that if their decisions are favourable to the Crown in revenue and other cases, their salaries may be raised and if unfavourable may be diminished.

We must express our deep regret that no opportunity was given to the judges of offering a voluntary reduction of salaries for an appropriate period; but we recognize that the Government was in a grave difficulty and that the time for consideration was very short . . . [The underlining is mine.]

The legislation was withdrawn in so far as it affected the judges. It is interesting to note here that this opinion and protest addressed to the Prime Minister by the judiciary of the United Kingdom was given at the very depth of the great depression when unemployment had reached unheard of levels, prices had tumbled and the salaries of those who were still fortunate enough to remain employed in either the private or public sectors of society had all been decreased to a very substantial degree. There seemed to be no doubt as to the political desirability of the legislation. The objections raised by the judges were on purely legal constitutional grounds.

The great majority of legal authors and constitutional experts, both past and present, are of the view that, once appointed, a judge's salary is inviolable for as long as his commission continues.

We find in Blackstone's *Commentaries on the Laws of England*³⁰ "Of the Rights of Persons" at pages 267-268:

And, in order to maintain both the dignity and independence of the judges in the superior courts, it is enacted by the statute 13 W. III, c. 2, that their commissions shall be made (not as formerly, *durante bene placito*, but) *quamdiu bene se gesserint*, and their salaries ascertained and established; but that it may be lawful to remove them on the address of both houses of parliament. And now, by the noble improvements of that law, in the statute of 1 Geo. III. c. 23, enacted at the earnest

³⁰ (15th Edition) Book I, Chapter 7.

C'est parce que ce point de vue est généralement partagé que d'une part les traitements des juges de la Haute Cour n'ont jamais fait l'objet d'un vote à la Chambre des communes mais ont été imputés sur le Fonds consolidé et que, d'autre part, les juges occupent leur poste, comme il a été dit ci-dessus, à titre inamovible et ne peuvent être révoqués que sur adresse des deux Chambres du Parlement à la Couronne.

Si les traitements des juges peuvent être réduits presque *sub silentio* par les méthodes employées récemment, l'indépendance de la magistrature subit une sérieuse atteinte. Il n'est pas sage d'exposer les juges de la Haute Cour à la suggestion, quelque malveillante et mal fondée qu'elle puisse être, que si leurs décisions sont favorables à la Couronne dans des affaires portant sur le revenu et dans d'autres cas, leurs traitements pourront être augmentés et, que si elles sont défavorables, ils pourront être diminués.

Nous devons exprimer notre profond regret qu'il n'a pas été donné aux juges la possibilité d'offrir sur une base volontaire une réduction de leur traitement pour une période appropriée; mais nous sommes conscients du fait que le gouvernement faisait face à une difficulté grave et que le temps de réflexion était très court . . . [C'est moi qui souligne.]

La loi fut retirée dans la mesure où elle touchait aux juges. Il est intéressant de noter ici que cet avis, cette protestation adressée au Premier ministre par la magistrature du Royaume-Uni a été présentée au point le plus bas de la grande dépression quand le chômage avait atteint des niveaux inconnus jusqu'alors, que les prix s'étaient effondrés et que les salaires de ceux qui avaient encore la chance d'avoir un emploi dans les secteurs privé ou public avaient été réduits de façon substantielle. Il ne semblait y avoir aucun doute quant à l'opportunité politique de cette loi. Les objections soulevées par les juges étaient fondées uniquement sur des motifs d'ordre constitutionnel.

La grande majorité des juristes et des autorités en droit constitutionnel d'hier et d'aujourd'hui sont d'avis qu'une fois le juge nommé, son salaire est inviolable tant qu'il exerce ses fonctions.

On trouve le passage suivant dans *Commentaries on the Laws of England*³⁰ de Blackstone à «Of the Rights of Persons», aux pages 267 et 268:

[TRADUCTION] Et, afin de préserver et la dignité et l'indépendance des juges des cours supérieures, il est statué par la loi 13 W. III, c. 2 qu'ils seront nommés (non pas, comme jusqu'alors, *durante bene placito*, mais) *quamdiu bene se gesserint*, et leurs traitements déterminés et établis; mais qu'on pourra les révoquer sur adresse des deux chambres du Parlement. Et maintenant, grâce aux améliorations apportées à cette loi par la loi 1 Geo. III, c. 23, adoptée sur la sincère recommandation du roi,

³⁰ (15^e édition) Livre I, Chapitre 7.

recommendation of the king himself from the throne, the judges are continued in their offices during their good behavior, notwithstanding any demise of the crown, (which was formerly held immediately to vacate their seats,) and their full salaries are absolutely secured to them during the continuance of their commissions; his majesty having been pleased to declare, that "he looked upon the independence and uprightness of the judges as essential to the impartial administration of justice; as one of the best securities of the rights and liberties of his subjects; and as most conducive to the honor of the crown."

Shimon Shetreet in the publication *Judges on Trial, A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*³¹ states at pages 35-36 that it appears that judges' salaries were reduced several times in the 19th century but adds in a footnote that apparently the government of the day obtained the consent of the judges concerned. Then in commenting on the move during the depression to reduce administratively the judges' salaries in England pursuant to the *National Economy Act, 1931*, he adds at the same page of that text:

The judges strongly protested against the reduction. In meeting the Prime Minister and in a collective memorandum to the Lord Chancellor, which was subsequently read in the House of Lords, they argued that the independence of the judiciary would be impaired if their salaries were reduced in this manner. The government finally retreated and the reduction of judicial salaries was cancelled.

Final judgement on the reduction of judicial salaries is disputed. Professor Heuston thought that 'there can be little doubt that in the controversy of the 1930s the judges had the stronger position in point of law'. This view finds support in the Parliamentary practice of avoiding any reduction of salaries or the alteration of conditions of office of existing judges without obtaining their consent. But the opposite view that neither the security of judicial tenure nor judicial independence was affected at all by a universally applied deflationary measure, also has merit.

On the subject of whether the salaries of judges were ever reduced in England, Professor Lederman doubts that the total annual compensation ever was reduced. He states (*ibid.* page 795):

The changes to which Holdsworth refers in his *History* all seem to be increases, (see Holdsworth, Vol. I, pp. 252-254 and 262) though it is difficult to be sure what the net effect was when the mode of payment was being slowly changed from charges on special taxes and royal revenues to charges on the consolidated fund, and when judicial income from patronage and fees was being progressively eliminated.

³¹ (1976) edited by Gordon J. Borrie, University of Birmingham.

les juges exerceront leurs fonctions durant bonne conduite, nonobstant toute passation de la couronne, (qui jusqu'alors était considérée comme libérant immédiatement leur poste) et leur traitement intégral leur est absolument garanti pendant la durée de leur commission; ayant plu à sa majesté de déclarer qu'«il considérait l'indépendance et l'intégrité des juges comme essentielles à l'administration impartiale de la justice, comme une des meilleures garanties des droits et libertés de ses sujets, et comme contribuant le plus à l'honneur de la couronne.»

Dans la publication *Judges on Trial, A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*³¹, Shimon Shetreet déclare aux pages 35 et 36 qu'il semble que le traitement des juges ait été réduit plusieurs fois au 19^e siècle mais ajoute dans une note en bas de page qu'il semble que le gouvernement de l'époque ait obtenu le consentement des juges intéressés. Plus loin, commentant le projet de réduire par voie administrative le traitement des juges en Angleterre durant la dépression en vertu de la *National Economy Act, 1931*, il ajoute à la même page de cet ouvrage:

[TRADUCTION] Les juges protestèrent avec vigueur contre la réduction. Dans une rencontre avec le Premier ministre et dans un mémoire collectif adressé au lord Chancelier, qui fut subseqüemment lu devant la Chambre des Lords, ils firent valoir que l'indépendance du pouvoir judiciaire serait affectée si leur traitement était réduit de cette façon. Enfin, le gouvernement fit marche arrière et la réduction du traitement des juges fut annulée.

Le jugement définitif sur la réduction du traitement des juges est contesté. Le professeur Heuston pense qu'il ne fait 'presque aucun doute que dans la controverse des années 30, les juges avaient la position la plus solide sur le plan du droit'. Cet avis trouve un appui dans la pratique parlementaire d'éviter toute réduction de traitement ou modification des conditions de la charge des juges existants sans d'abord obtenir leur consentement. Mais le point de vue opposé, que ni l'immovibilité des juges ni l'indépendance du pouvoir judiciaire ne furent affectées par des mesures déflationnistes d'application universelle, a également du mérite.

Sur la question de savoir si le traitement des juges a jamais été réduit en Angleterre, le professeur Lederman doute que l'indemnité annuelle globale ait jamais été réduite. Il déclare (*ibid.*, à la p. 795):

[TRADUCTION] Les changements que mentionne Holdsworth dans son *History* semblent tous être des augmentations, (voir Holdsworth, Vol. I, pp. 252 à 254 et 262) bien qu'il soit difficile de déterminer avec certitude quel fut l'effet net lorsque le mode de paiement, soit des charges sur des taxes spéciales et sur les revenus royaux, était lentement remplacé par des charges sur le fonds consolidé, et lorsqu'on était en train d'éliminer progressi-

³¹ (1976) édité par Gordon J. Borrie, University of Birmingham.

The Canadian Government, in order to reduce the judges' salaries by 10% during the depression as was done for all those in the public service by direct legislation, and to avoid the constitutional difficulty involved by reason of the judiciary's special status, caused Parliament to enact the *Income War Tax Act*³² which authorized the levying of a special 10% applicable only against the judiciary. This fact was advanced by the defendant in an attempt to show that there existed a right of Parliament to reduce the salaries of judges. The legislation was never challenged by the judiciary for the obvious reason that all public employees were suffering a 10% reduction of income and employees in the private sector were suffering to a much greater extent. It seems clear to me that altogether apart from the constitutional position of judges, the legislation, if challenged, would have been declared void and of no effect as a taxing statute as being clearly discriminatory against the judges as a class of individuals with regard to the remainder of the population.

Professor Lederman had this to say regarding that particular piece of legislation (*ibid.* pages 1163 bottom, 1164 and 1165):

In the matter of salary security, it is interesting that a federal government recently acted on the Blackstonian version of the meaning of security-of-salary provisions like section 100 of the B.N.A. Act, though not in connection with alleged judicial disability. In 1932 the problem of including judges in a general salary-cutting statute for the civil service was before the Canadian House of Commons. As shown in part II of this essay, the same issue was a matter of controversy in England in 1931 and 1932. The Canadian government proposed a ten per cent statutory salary deduction for the civil service, but the judiciary were specifically exempted. Prime Minister Bennett said of this (Debates, House of Commons, Dominion of Canada, Session 1932, Vol. I, p. 562):

The judges are not included in this measure. It has been contended by legal authority, and an article in the last issue of the *Law Quarterly Review* goes into the matter rather fully, that it would be a breach of the statutory rights of judges to undertake to make a curtailment of their salaries in this way. There are, however, other methods by which the matter may be dealt with, and the government has not finally determined what action it may take in that regard.

³² S.C. 1932, c. 44.

vement le patronage et les honoraires comme sources de revenu des juges.

Afin de réduire le traitement des juges de 10% pendant la dépression, comme on l'a fait pour tous les fonctionnaires de la Fonction publique par une loi directe et pour éviter la difficulté constitutionnelle attribuable au statut spécial du judiciaire, le gouvernement canadien a fait adopter par le Parlement la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*³² qui autorisait l'imposition d'une taxe spéciale de 10% applicable seulement aux juges. La défendresse a souligné ce fait pour tenter de démontrer que le Parlement avait le droit de réduire le traitement des juges. Cette loi n'a jamais été contestée par les juges pour la raison évidente que tous les employés du secteur public subissaient une réduction de revenu de 10% et que les employés du secteur privé subissaient encore davantage les effets de la dépression. Il me semble clair qu'indépendamment de la position constitutionnelle des juges, si on avait contesté cette loi, elle aurait été déclarée nulle et non avenue en tant que loi d'impôt parce qu'établissant clairement une discrimination illicite contre les juges en tant que catégorie distincte du reste de la population.

Le professeur Lederman dit ce qui suit concernant cette loi (*ibid.*, aux pages 1163 (au bas de la page), 1164 et 1165):

[TRADUCTION] Pour ce qui concerne la garantie du traitement, il est intéressant de noter qu'un gouvernement fédéral se soit récemment conformé à la version blackstonienne de la signification de dispositions relatives à la garantie du traitement comme celles de l'article 100 de l'A.A.N.B. mais pas relativement à une prétendue incapacité du juge. En 1932, le problème de l'inclusion des juges dans une loi portant réduction des salaires dans la Fonction publique s'est posé à la Chambre des communes du Canada. Comme nous l'avons vu dans la partie II du présent article, la même question faisait l'objet d'une controverse en Angleterre en 1931 et 1932. Le gouvernement canadien proposa une réduction statutaire de 10 pour cent des salaires dans la Fonction publique mais en exemptant spécifiquement les juges. Le Premier ministre Bennett dit à cet égard (Débats, Chambre des communes, Dominion du Canada, Session 1932, Vol. I, p. 562):

Les juges ne sont pas visés par cette mesure. Des juristes prétendent, et un article dans le dernier numéro de *Law Quarterly Review* étudie la question de façon approfondie, que cela porterait atteinte aux droits statutaires des juges de diminuer ainsi leur traitement. Il existe toutefois d'autres moyens de régler cette question et le gouvernement n'a pas encore décidé quelle mesure il entendait prendre à cet égard.

³² S.C. 1932, c. 44.

Undoubtedly the article referred to was Sir William Holdsworth's, which has been explained and approved in part II of this essay. When in his turn the Minister of Justice, Mr. Hugh Guthrie, was pressed to explain the exemption of judges, he made it clear that he held the same view of the importance of the judiciary and of the security of their salaries as Holdsworth. But there was much pressure to extend the deduction to judges, and eventually the cabinet gave in. The result was a special Income Tax Act to levy an additional tax of ten per cent for one year on judicial salaries. The Minister of Justice asserted that this action was justified by a Privy Council decision on the taxing power of the federal parliament. He must have been referring to *Caron v. The King* in 1924, ([1924] A.C. 999) but on examination this case does not support the validity of a discriminatory tax of this character, only of a non-discriminatory tax. Also, as shown in part II of this essay, the Judicial Committee in 1937 reiterated this principle of non-discrimination respecting judges in upholding the validity of applying a general provincial income tax to them. It looks as if the special taxing statute of 1932, as a taxing statute, was ultra vires the federal parliament. A general income tax of ten per cent on all public salaries might have been valid to effect the total object, including the judicial salaries.

Finally, in this regard, while Holdsworth argued for security of judicial salaries in England partly as a matter of statutory construction, the argument is stronger in Canada. The words "fixed and provided" are specially entrenched in the constitutional sense as part of section 100 of the B.N.A. Act and hence confer a guarantee of salary to superior-court judges that cannot be impaired by an ordinary federal statute. [The underlining is mine.]

The same author more recently stated in *The Canadian Judiciary*³³ at page 5:

In other words, I am saying that security of tenure and salary for judges in Canada, as a matter of basic constitutional law and tradition, is not limited to the strictly literal reach of sections 99 and 100 of the B.N.A. Act. I remind you of the words of Goodhart and Holdsworth. They make it clear that essential provision for the independence of the judiciary generally has long been deeply rooted as an original principle in the basic customary law of the constitution. In Britain herself, the explicit provisions about judicial security are in the ordinary statutes—but these ordinary statutes, including the Act of Settlement itself, manifest the more fundamental unwritten constitutional principle I have described, as Goodhart and Holdsworth insist. The same point can and should be made about the status of Canadian judges.

J. R. Mallory in his text *The Structure of Canadian Government*³⁴ after tracing the develop-

³³ (Edited by Allen M. Linden) Osgoode Hall Law School, York University, Toronto 1976.

³⁴ Macmillan of Canada, Toronto.

Il ne fait aucun doute que l'article mentionné était celui de Sir William Holdsworth que j'ai expliqué et approuvé dans la partie II du présent article. Lorsque, à son tour, le ministre de la Justice, Hugh Guthrie, fut pressé d'expliquer l'exemption accordée aux juges, il déclara clairement qu'il partageait l'opinion de Holdsworth relativement à l'importance du judiciaire et de la garantie de leur traitement. Mais la pression était forte d'étendre la réduction aux juges et enfin, le cabinet céda. On adopta donc une Loi de l'impôt sur le revenu spéciale assujettissant les traitements des juges à un impôt additionnel de 10 pour cent pendant une année. Le ministre de la Justice affirma que cette mesure était justifiée par une décision du Conseil privé sur le pouvoir d'imposition du Parlement fédéral. Il faisait sans doute allusion à *Caron c. Le Roi* en 1924, ([1924] A.C. 999) mais, lecture faite, cette affaire ne fonde pas la validité d'une taxe discriminatoire de ce genre, mais seulement celle d'une taxe non discriminatoire. Aussi, comme nous l'avons vu à la partie II du présent article, le Comité judiciaire réitéra en 1937 le principe de la non-discrimination relativement aux juges en concluant à la légitimité d'appliquer aux juges une loi d'impôt sur le revenu provinciale d'application générale. Il semble que la loi fiscale spéciale de 1932, à titre de loi fiscale, était ultra vires du Parlement fédéral. Un impôt de 10 pour cent sur le revenu, d'application générale, sur tous les salaires de la Fonction publique, y compris les traitements des juges, aurait pu valablement atteindre l'objectif visé.

Enfin, à cet égard, alors que Holdsworth plaidait la cause de la garantie des traitements des juges en Angleterre en se fondant en partie sur l'interprétation des lois, cet argument est encore plus probant au Canada. Les mots «fixés et payés» sont spécifiquement enchâssés au sens constitutionnel à l'article 100 de l'A.A.N.B. et confèrent donc aux juges des cours supérieures une garantie de traitement à laquelle une loi fédérale ordinaire ne peut porter atteinte. [C'est moi qui souligne.]

Le même auteur a déclaré plus récemment dans *The Canadian Judiciary*³³, à la page 5:

[TRADUCTION] En d'autres termes, je dis que l'inamovibilité et le traitement garanti pour les juges au Canada, en tant qu'éléments fondamentaux du droit et de la tradition constitutionnels, ne découlent pas uniquement des seuls termes des articles 99 et 100 de l'A.A.N.B. Je vous rappelle les mots de Goodhart et Holdsworth. Ils disent clairement que la prise de mesures essentielles pour assurer l'indépendance du judiciaire de façon générale est depuis longtemps enracinée comme principe original dans le droit coutumier fondamental de la constitution. En Angleterre même, les dispositions expresses relatives à la sécurité du judiciaire se trouvent dans des lois ordinaires—mais, comme Goodhart et Holdsworth insistent pour le dire, ces lois ordinaires, y compris l'Act of Settlement même, illustrent le principe constitutionnel non écrit encore plus fondamental dont j'ai parlé. Le même argument pourrait et devrait être repris relativement au statut des juges canadiens.

Dans *The Structure of Canadian Government*³⁴, après avoir fait l'historique du développement du

³³ (Édité par Allen M. Linden) Osgoode Hall Law School, York University, Toronto 1976.

³⁴ Macmillan of Canada, Toronto.

ment of the judiciary as a third power in our system of government, in chapter 8 of his book approves of the views of Blackstone and of Professor Lederman regarding judges' salaries in the following terms (refer pages 291 and 292):

Part of the security of a judge's tenure has always been related to his right to enjoy his full salary. Professor Lederman notes Blackstone's view that the judges' "full salaries are absolutely secured to them during the continuance of their commissions," and feels that the provision of section 100 of the B.N.A. Act which requires Parliament to fix and provide the salaries means the same as the corresponding English provision, the effect of which is to protect judges against diminution of their salaries during the force of their commissions. This does not mean that judges are not liable for income tax or any other tax which applies equally to all others. However, the government of Canada, when it imposed a 10 per cent cut in civil service salaries in 1932, did not feel that it had the legal right to impose a similar cut on judicial salaries. Instead, it imposed a special income tax with a special impost for one year on judicial salaries. While this was not challenged at the time, it would appear doubtful if such a discriminatory tax was any more justified than the proposed salary cut.

R. MacGregor Dawson in *The Government of Canada*³⁵ states at page 396:

The judiciary, in short, must be given a special sphere, clearly separated from that of the legislature and executive. They must, to accomplish this separation, be given privileges which are not vouchsafed to other branches of the government; and they must be protected against political, economic, or other influences which would disturb that detachment and impartiality which are indispensable prerequisites for the proper performance of their function. It is these unusual factors which create the condition known as the "independence" of the judiciary. [The underlining is mine.]

He adds at page 402 of the same publication:

Salary is another factor determining the independence of the judge. The first condition is that it should be certain and not subject to the changing opinions of Parliament. Judicial salaries in Canada are therefore fixed by statute and do not appear in the annual parliamentary vote, and they are given special security by being made a charge on the Consolidated Revenue Fund. When the salaries of public officials were cut down during the depression those of the judiciary were not reduced, although a special income tax of 10 per cent was levied on judicial salaries, in order to maintain the principle—if not the income—intact. [The underlining is mine.]

Although the South African and the American Constitutions contain express provisions whereby

³⁵ Fifth Edition, University of Toronto Press.

pouvoir judiciaire comme troisième pouvoir dans notre système de gouvernement, J. R. Mallory, au chapitre 8 de son livre, approuve dans les termes suivants les opinions de Blackstone et du professeur Lederman relativement aux traitements des juges (voir les pages 291 et 292):

[TRADUCTION] L'inamovibilité du juge est toujours allée de pair avec le droit de toucher l'intégralité de son traitement. Le professeur Lederman cite l'opinion de Blackstone que «le traitement intégral» des juges «leur est absolument garanti pour la durée de leur commission» et est d'avis que les dispositions de l'article 100 de l'A.A.N.B. qui exige que le Parlement fixe et fournisse les traitements signifient la même chose que les dispositions anglaises correspondantes, qui ont pour effet de protéger les juges contre toute diminution de leur traitement pendant la durée de leur commission. Ce qui ne veut pas dire que les juges ne soient pas assujettis à l'impôt sur le revenu ou à tout autre impôt qui s'applique également à toute la population. Toutefois lorsqu'il imposa une réduction de 10 pour cent à la Fonction publique en 1932, le gouvernement du Canada n'estimait pas avoir le droit d'imposer une réduction semblable aux juges. Il imposa plutôt une loi spéciale d'impôt prévoyant un impôt spécial d'une année sur le traitement des juges. Bien que cette loi n'ait pas été contestée à l'époque, il semblerait douteux qu'un tel impôt discriminatoire ait été plus justifié que la réduction projetée de traitement.

Dans *The Government of Canada*³⁵, R. MacGregor Dawson déclare à la page 396:

[TRADUCTION] En somme, une sphère spéciale doit être attribuée au judiciaire, clairement distincte de celles du législatif et de l'exécutif. Pour effectuer cette séparation, on doit donner aux juges des privilèges qui ne sont pas reconnus aux autres branches du gouvernement; et on doit les protéger contre les influences politiques, économiques et autres qui pourraient nuire à leur désintéressement et à leur impartialité, conditions indispensables pour qu'ils puissent exercer leurs fonctions de façon appropriée. Ce sont ces facteurs inhabituels qui créent la condition appelée l'"indépendance" du judiciaire. [C'est moi qui souligne.]

Il ajoute à la page 402 du même ouvrage:

[TRADUCTION] Le traitement est un autre facteur qui contribue à l'indépendance du juge. La première condition est qu'il soit certain et qu'il ne soit pas à la merci des changements d'opinions du Parlement. Les traitements des juges au Canada sont donc fixés par des lois et n'apparaissent pas aux crédits votés annuellement par le Parlement et il leur est donné une sécurité spéciale en en faisant une charge grevant le Fonds du revenu consolidé. Lorsque les salaires des employés de la Fonction publique furent réduits durant la dépression, ceux du judiciaire ne le furent pas, bien qu'une taxe spéciale sur le revenu de 10 pour cent fut imposée sur le traitement des juges, pour garder le principe—sinon le revenu—intact. [C'est moi qui souligne.]

Bien que les Constitutions sud-africaine et américaine prévoient expressément que la rémunéra-

³⁵ Cinquième édition, University of Toronto Press.

the compensation payable to judges cannot be diminished during their term of office and ours does not, this does not mean that our Constitution is not subject to that provision. On the contrary, those express provisions are but codifications of that well recognized principle which has existed since *The Act of Settlement* and, if not, then at the very least since the Act of 1760. The security of judges' salaries as a question of fundamental constitutional law is to be distinguished from mere convention between governments as considered and found by the Judicial Committee of the Privy Council in *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*³⁶.

I do not accept the argument of counsel for the defendant that the salary and benefits of incumbent judges were generally maintained merely as a matter of policy. On the contrary, I find that it was a matter of constitutional law which frequently caused some difficulty and embarrassment to legislators and which they, by devious means on one or two occasions such as the enactments re the *Income War Tax Act* of 1932, attempted to avoid. Finally, the preservation of the salaries of incumbents was not only a principle applied generally but one applied constantly with the exception of one or, at the most, two occasions where, because of the social or economic situation existing at the time and the embarrassment of trying its own case, the judiciary chose not to challenge the legislation before their own courts. It appears in those cases that had they chosen to act, compensation would undoubtedly have been re-established.

A further argument was advanced to the effect that the maintenance of the judges' salaries granted as of the date of their appointment depended at the very most on a constitutional convention and not on any legally recognizable or enforceable principle of constitutional law. In the recent patriation appeals to which I have referred, when considering whether a constitutional convention existed regarding the requirement of provincial consent to the amendments to the *B.N.A. Act*, both the majority and the dissenting minority of the Supreme Court of Canada approved of the

³⁶ [1969] 1 A.C. 645.

tion payable aux juges ne peut être réduite pendant la durée de leur fonction et que la nôtre ne le fasse pas, cela ne signifie pas que notre Constitution ne soit pas soumise à ce principe. Au contraire, ces dispositions expresses ne sont que la codification d'un principe reconnu qui existe depuis *The Act of Settlement* ou, si tel n'est pas le cas, du moins depuis la loi de 1760. Il faut établir une distinction entre la garantie du traitement des juges à titre de question de droit constitutionnel fondamentale et une simple convention entre gouvernements, comme il a été décidé par le Comité judiciaire du Conseil privé dans *Madzimbamuto c. Lardner-Burke*³⁶.

Je ne suis pas d'accord avec l'argument de l'avocat de la défenderesse selon lequel le traitement et les avantages de juges titulaires ont généralement été maintenus simplement en application d'une politique. Au contraire, je conclus qu'il s'agissait d'une question de droit constitutionnel qui a souvent causé des problèmes et de l'embarras aux législateurs. Ceux-ci ont tenté de contourner la difficulté par des moyens détournés à une ou deux occasions par des lois telle la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* de 1932. Enfin, la préservation des salaires de titulaires n'était pas seulement un principe appliqué généralement mais aussi appliqué de façon constante, à une ou deux exceptions près lorsque, à cause d'une situation sociale ou économique qui existait à l'époque et de l'embarras qu'entraînerait le fait de juger sa propre cause, les juges ont choisi de ne pas contester la législation devant leurs propres tribunaux. Il semble que dans ces cas, s'ils avaient choisi d'ester en justice, l'indemnité aurait sans aucun doute été rétablie.

Un autre argument veut que le maintien du traitement accordé aux juges à la date de leur nomination dépende tout au plus d'une convention constitutionnelle et non d'un principe de droit constitutionnel pouvant être reconnu ou sanctionné. Dans les récents appels sur le rapatriement de la constitution que j'ai mentionnés, en examinant la question de savoir si une convention constitutionnelle existait relativement à l'exigence du consentement des provinces aux modifications de l'*A.A.N.B.*, tant la majorité que la minorité dissidente de la Cour suprême du Canada ont approuvé

³⁶ [1969] 1 A.C. 645.

definition given by the learned Chief Justice of Manitoba, Freedman C.J., in the Manitoba Reference on that question, namely [at page 195]:

Thus there is general agreement that a convention occupies a position somewhere in between a usage or custom on the one hand and a constitutional law on the other. There is general agreement that if one sought to fix that position with greater precision he would place convention nearer to law than to usage or custom. There is also general agreement that 'a convention is a rule which is regarded as obligatory by the officials to whom it applies'. Hogg, 'Constitutional Law of Canada' (1977), p. 9. There is, if not general agreement, at least weighty authority, that the sanction for breach of a convention will be political rather than legal.

I cannot consider that, in Canada, either the question of security of tenure or of salaries of judges is merely a "rule which is regarded as obligatory by the officials to whom it applies": it is much more fundamental and essential than that. As previously stated, in England, as of the date of Confederation, the security of judicial salaries was constitutionally guaranteed as a matter of law since *The Act of Settlement*. (This is not to say that, since it was a unitary state, the Constitution could not have been changed by Parliament with the consent of the King.) On the passing of the *B.N.A. Act* the same status was acquired by justices of the supreme courts of the provinces as was enjoyed by English judges at the time. With that status of the judiciary came the same rights, powers and privileges, including by express statute the right to have their salaries "fixed and established" by Parliament, which includes the right to receive these salaries for the duration of their commissions as justices. Under the Constitution, the appointment and payment of provincial superior court justices and the criminal law which they applied fell under federal jurisdiction, while the administration of justice, the constitution of the courts and the substantive law which those justices administered in matters of property and civil rights fell under provincial jurisdiction. It thus seems clear that there exists a legal constitutional requirement derived from the federal nature of our Constitution to the effect that the rights of federally appointed judiciary, as they existed at the time of Confederation, cannot be abrogated, curtailed or changed without an amendment to the Constitution. Failing a constitutional amendment, even the express consent of the Provinces would not suffice because a constitutional power or obliga-

la définition donnée par le juge en chef du Manitoba, le juge Freedman, dans le renvoi du Manitoba sur cette question, soit [à la page 230]:

[TRADUCTION] Ainsi il existe un consensus général qu'une convention se situe quelque part entre un usage ou une coutume d'une part et une loi constitutionnelle de l'autre. Il y a un consensus général que si l'on cherchait à fixer cette position avec plus de précision, on placerait la convention plus près de la loi que de l'usage ou de la coutume. Il existe également un consensus général qu'une convention est une règle que ceux à qui elle s'applique considèrent comme obligatoire». Hogg, «Constitutional Law of Canada» (1977), P. 9. Selon la prépondérance des autorités sinon le consensus général, la sanction de la violation d'une convention est politique et non juridique.

Je ne peux envisager qu'au Canada, la question de l'inamovibilité des juges et de la garantie de leur traitement n'est qu'une «règle que ceux à qui elle s'applique considèrent comme obligatoire»: cette question est beaucoup plus fondamentale et essentielle que cela. Comme nous l'avons déjà dit, en Angleterre, au moment de la Confédération, la garantie des traitements des juges était constitutionnellement protégée en droit depuis *The Act of Settlement*. (Ce qui ne veut pas dire, puisque c'est un État unitaire, que la Constitution n'aurait pu être modifiée par le Parlement avec le consentement du Roi.) Avec l'adoption de l'*A.A.N.B.*, les juges des cours suprêmes des provinces ont acquis le même statut que celui des juges anglais de l'époque. Ce statut de la magistrature était assorti des mêmes droits, pouvoirs et privilèges, y compris, par une loi le prévoyant expressément, le droit à ce que leur traitement soit «fixé et établi» par le Parlement, ce qui comprend le droit de recevoir ce traitement pendant la durée de leurs fonctions. En vertu de la Constitution, la nomination et le paiement des juges des cours supérieures provinciales et le droit criminel qu'ils appliquaient relevaient de la compétence fédérale, alors que l'administration de la justice, la création de tribunaux de justice et les règles de fond que ces juges appliquaient en matière de propriété et de droit civil relevaient de la compétence provinciale. Il semble donc clair qu'il existe une exigence de droit constitutionnel découlant de la nature fédérale de notre Constitution et qui veut que les droits des juges nommés par le fédéral, tels qu'ils existaient au moment de la Confédération, ne puissent être abrogés, diminués ou modifiés sans un amendement de la Constitution. A défaut d'un amendement de la Constitution, même le consentement exprès des provinces

tion cannot be legally changed or abandoned in a federal state by mere consent.

It might also be of some benefit to reiterate that, in the case at bar, we are not concerned merely with a reduction of the compensation of an incumbent judge below the amount which he was receiving immediately before the legislation was passed, but, a reduction below the amount to which he was entitled and was in fact receiving from the moment of his appointment. Furthermore, the case at bar does not fall within the ambit of those decisions such as *Judges v. Attorney-General of Saskatchewan*, *supra*, or in the *Re The Constitutional Questions Act. Re The Income Tax Act, 1932*, *supra*, which establish that the members of the judiciary are not, by reason of their constitutional position, exempt at law from the provisions of general taxing statutes applicable to all citizens of the country.

Although it obviously has no validity from a constitutional law standpoint, it is interesting to note the contents and spirit of the fourth article of the "Declaration of San Juan de Puerto Rico"³⁷ on the integrity and independence of the judiciary, which was issued as a result of the first judicial conference of the Americas in Puerto Rico in 1965:

Fourth:

The economic autonomy of the Judicial Power, based on resources that permit the fulfillment of its high mission, should be constitutionally recognized. Judges should receive adequate compensation in order to free them from the pressures of economic insecurity. This compensation should not be altered to their detriment.

Although political or social necessity are not factors which are to be taken into account in determining the legal issue before me, I have, in order to underline the importance of that issue, quoted several passages from learned jurists and authors which affirm over the last two hundred years the absolute requirement in a free society of a completely independent judiciary each member of which, in the performance of his judicial functions, is answerable to no one but the law, his own conscience, the courts and *se male gesserit*, to

³⁷ *Handbook for Judges*, edited by Glen R. Winters, The American Judicature Society, 1975.

ne serait pas suffisant parce qu'une obligation ou un pouvoir constitutionnel ne peut être légalement modifié ou abandonné dans un État fédéral sur simple consentement.

^a Il serait peut-être bon de répéter qu'en l'espèce, il ne s'agit pas simplement de la réduction de la rémunération d'un juge titulaire à un niveau inférieur à celui qu'il recevait immédiatement avant l'adoption de la loi, mais d'une réduction à un niveau inférieur à celui auquel il avait droit et qu'il recevait de fait depuis sa nomination. En outre, la présente espèce n'est pas visée par des décisions telles *Judges c. Le procureur général de la Saskatchewan*, précitée ou *Re The Constitutional Questions Act. Re The Income Tax Act, 1932*, précitée, qui établissent que les membres de la magistrature ne sont pas, de par leur statut constitutionnel, exempts en droit des dispositions des lois d'impôt générales applicables à tous les citoyens du pays.

^e Bien qu'il n'ait manifestement aucune validité du point de vue du droit constitutionnel, il est intéressant de noter la teneur et l'esprit du quatrième article de la «Declaration of San Juan de Puerto Rico»³⁷ sur l'intégrité et l'indépendance du pouvoir judiciaire qui a été faite à la suite de la première conférence judiciaire des Amériques tenue à Puerto Rico en 1965:

[TRADUCTION] Quatrièmement:

^g L'autonomie matérielle du pouvoir judiciaire, fondée sur des ressources lui permettant de remplir sa mission importante, devrait être constitutionnellement reconnue. Les juges devraient recevoir une rémunération adéquate afin de les libérer des pressions de l'insécurité économique. Cette rémunération ne devrait pas être modifiée à leur désavantage.

^h Bien que les nécessités politiques ou sociales ne soient pas des facteurs dont je dois tenir compte pour trancher la question juridique qui m'est soumise, j'ai, pour souligner l'importance de la question, cité plusieurs passages d'éminents juristes et auteurs qui affirment, au cours des deux cents dernières années, le besoin absolu dans une société libre d'un pouvoir judiciaire complètement indépendant dont chaque membre n'est responsable, dans l'exécution de ses fonctions judiciaires, devant personne si ce n'est la loi, sa propre cons-

³⁷ *Handbook for Judges*, édité par Glen R. Winters, The American Judicature Society, 1975.

Parliament and the Throne by means of an impeachment process on joint address to the latter by both Houses. For the importance of that requirement in the context of Canada today, one can find no better reference than the report on the very comprehensive and scholarly study made by the Honourable Jules Deschênes, Chief Justice of the Superior Court of Quebec, on the subject of *The Independent Judicial Administration of the Courts*. The study was sponsored by the Canadian Judicial Council in cooperation with the Canadian Judges Conference and the Canadian Institute for the Administration of Justice. The report was released by the Judicial Council a few days ago. It contains some 198 recommendations for the better administration of justice in Canada. The Chief Justice finds all of his recommendations on the absolute need for ensuring and preserving a completely independent judicial power. On this subject the Chief Justice states at page 12:

Yet the independence of the judicial power from the legislative and executive powers constitutes one of the pillars of our political system; on an equal footing with the principle of the primacy of the rule of law, its importance cannot be exaggerated. Indeed it has just been reaffirmed last May. (*Draft Principles on The Independence of the Judiciary*, prepared by a Committee of Experts meeting at Siracusa, Sicily, on 25-29 May 1981.)

For reasons previously stated, I conclude that Parliament, without at least the consent of the judge affected, is at law constitutionally prevented from reducing, by means of any legislation specifically directed to reductions of or deductions from judicial salaries, the compensation to which that judge was entitled at the time of his appointment and I come to this conclusion not only because of the manner in which jurisdiction is shared between the provinces and Canada but, because it arises out of an intrinsic and fundamental principle of constitutional law which we inherited with the British parliamentary system.

Although such compensation can undoubtedly be reduced *de facto*, it cannot be done *de jure* without changing our Constitution and fundamentally affecting the parliamentary system under which we operate.

cience, les tribunaux et, en cas de mauvaise conduite, devant le Parlement et la Couronne au moyen d'une procédure de mise en accusation sur adresse conjointe des deux Chambres à Sa Majesté. Pour ce qui a trait à l'importance de cette exigence dans le contexte du Canada d'aujourd'hui, on ne peut trouver meilleure référence que le rapport fait par l'honorable Jules Deschênes, juge en chef de la Cour supérieure du Québec, à la suite d'un examen exhaustif et savant sur *L'administration judiciaire autonome des Tribunaux*. L'étude a été commanditée par le Conseil canadien de la magistrature en collaboration avec la Conférence canadienne des juges et l'Institut canadien d'administration de la justice. Le rapport a été publié par le Conseil canadien de la magistrature il y a quelques jours. Il contient 198 recommandations pour une meilleure administration de la justice au Canada. Le juge en chef fonde toutes ses recommandations sur le besoin absolu d'assurer et de préserver un pouvoir judiciaire complètement indépendant. A cet égard le juge en chef déclare à la page 12:

Pourtant l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard des pouvoirs législatif et exécutif constitue l'un des piliers de notre système politique; de pair avec le principe de la primauté de la règle de droit, on ne saurait en exagérer l'importance. On vient d'ailleurs encore de le proclamer. (*Draft Principles on The Independence of the Judiciary* prepared by a Committee of Experts, meeting at Siracusa, Sicily, on 25-29 May 1981.)

Pour les motifs énoncés ci-dessus, je conclus que le Parlement, sans au moins le consentement du juge intéressé, ne peut constitutionnellement, en droit, réduire, par toute loi portant directement sur des réductions ou des déductions de traitements des juges, la rémunération à laquelle ce juge avait droit au moment de sa nomination. J'arrive à cette conclusion non seulement à cause du partage des pouvoirs entre les provinces et le fédéral mais parce qu'elle découle d'un principe intrinsèque et fondamental de droit constitutionnel dont nous avons hérité avec le système parlementaire britannique.

Bien que cette rémunération puisse indubitablement être réduite *de facto*, elle ne peut l'être *de jure* sans modifier notre Constitution et sans changer fondamentalement le système parlementaire sous lequel nous agissons.

I therefore find that the plaintiff is entitled to a declaration that subsection (2) of section 29.1 of the *Judges Act* as amended by section 100 of the *Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975, supra*, is, in so far as the plaintiff is concerned, *ultra vires* the Parliament of Canada. He is also entitled to his costs of this action.

Since I have effectively disposed of this case on the basis of the fact that the plaintiff was appointed (the 24th of July, 1975) before the impugned legislation was proclaimed (the 20th of December, 1975) but subsequent to the retroactive date when it purported to become effective (the 16th of February, 1975), I will refrain from dealing with the first argument advanced on behalf of the plaintiff to the effect that subsection 29.1(1) is *ultra vires* because by reason of the *B.N.A. Act* as well as the customary law of the Constitution, Parliament is not entitled to require contribution for the annuities of judges which the latter enjoyed on the 20th of December, 1975, when the Act complained of was proclaimed. Regarding the other argument that all the provisions complained of are inoperative, in so far as the plaintiff is concerned, I fail to see how, if Parliament possesses the jurisdiction and power to reduce the plaintiff's salary, the law could possibly be considered as inoperative in its application to that salary.

Finally, I wish to state that, in rendering this decision, I am not unaware of the fact that, should none among the other justices whose commissions date previous to the 16th of February, 1975, challenge the obligation to contribute 1½% from their salaries or should the challenge fail at law, then, the more senior judges obviously will be receiving 1½% less than the plaintiff. Having regard to my findings as to discrimination generally and the *Canadian Bill of Rights* in particular, it would appear that, on the grounds of discrimination they would have no redress. They might, however, find some solace in the Gospel by St. Matthew pertaining to the workers in the vineyard (Matt. 20, 1-16).

Je conclus donc que le demandeur a droit à un jugement déclaratoire portant que le paragraphe (2) de l'article 29.1 de la *Loi sur les juges*, tel que modifié par l'article 100 de la *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)* précitée est, pour ce qui concerne le demandeur, *ultra vires* du Parlement du Canada. Il a également droit aux frais de l'action.

Puisque j'ai tranché le présent litige en fonction de la nomination du demandeur (le 24 juillet 1975) avant la promulgation de la loi attaquée (le 20 décembre 1975), mais après la date rétroactive de son entrée en vigueur (le 16 février 1975), je ne me prononcerai pas sur le premier argument présenté au nom du demandeur selon lequel le paragraphe 29.1(1) est *ultra vires* parce qu'en vertu de l'*A.A.N.B.* de même qu'en vertu du droit coutumier de la Constitution, le Parlement n'a pas le droit d'exiger des contributions pour les pensions des juges dont ces derniers bénéficiaient le 20 décembre 1975, date à laquelle la Loi attaquée a été promulguée. Pour ce qui a trait à l'autre argument selon lequel toutes les dispositions attaquées sont inopérantes pour ce qui concerne le demandeur, je ne vois pas comment, si le Parlement possède la compétence et le pouvoir de réduire le traitement du demandeur, la loi pourrait être considérée comme inopérante en ce qu'elle s'applique à ce traitement.

Enfin, je tiens à déclarer, en rendant la présente décision, que je n'ignore pas que, si aucun juge dont la nomination est antérieure au 16 février 1975 ne conteste l'obligation de contribuer 1½% de son traitement ou si cette contestation est rejetée, alors les juges les plus anciens recevront évidemment 1½% de moins que le demandeur. Compte tenu de ma conclusion sur la discrimination en général et sur la *Déclaration canadienne des droits* en particulier, il semblerait qu'ils n'auraient aucun recours fondé sur la discrimination. Ils pourraient toutefois trouver une consolation dans les paroles de l'Évangile de St-Matthieu relativement aux travailleurs de la vigne (Matth. 20, 1-16).