

Timothy S. B. Danson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: DANSON v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20854.

1990: June 1; 1990: October 4.

Present: Lamer C.J.* and Wilson, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Charter litigation — Factual basis — Proceedings brought by way of application to enforce Charter rights — Application not supported by facts — Whether or not Charter action can be brought absent factual basis — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15 — Constitution Act, 1867, s. 92(14) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Rules of Civil Procedure, Rules 14.05(3)(h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.

Courts — Jurisdiction — Mootness — Courts below considering issue in absence of factual situation — Fresh evidence adduced in Supreme Court of Canada — Whether the legal issue considered by the courts below rendered moot by the appellant's introduction of fresh evidence here.

Civil procedure — Commencement of proceedings — Application challenging constitutionality of Rules permitting assessment of costs against solicitors — Application made absent factual basis — Whether or not application can be brought absent factual basis — Rules of Civil Procedure, Rules 14.05(3)(h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.

Rule 57.07 of Ontario's new *Rules of Civil Procedure* provided for the assessment of costs against solicitors personally in certain circumstances. Other rules to the same effect included Rules 37.03(6), 15.02(1) and (3). Appellant, an Ontario lawyer, sought to have these Rules declared to be of no force and effect as being beyond provincial competence. It was alleged that the Rules attacked the independence of the bar, exceeded the scope of s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* and violated ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights* *J*

* Chief Justice at the time of judgment.

Timothy S. B. Danson *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*^a RÉPERTORIÉ: DANSON c. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 20854.

^b 1990: 1^{er} juin; 1990: 4 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer* et les juges Wilson, Sopinka, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

c

Droit constitutionnel — Charte des droits — Litige fondé sur la Charte — Contexte factuel — Procédure intentée par requête en exécution de droits reconnus par la Charte — Absence de faits à l'appui de la requête — Une action en vertu de la Charte peut-elle être intentée sans contexte factuel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Règles de procédure civile, règles 14.05(3)(h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.

e

Tribunaux — Compétence — Caractère théorique — Examen de la question par les tribunaux d'instance inférieure en l'absence de contexte factuel — Nouveaux éléments de preuve présentés à la Cour suprême du Canada — La question juridique examinée par les tribunaux d'instance inférieure est-elle devenue théorique parce que l'appelant a produit de nouveaux éléments de preuve?

Procédure civile — Introduction de l'instance — Requête contestant la constitutionnalité de règles autorisant la condamnation de procureurs aux dépens — Requête présentée en l'absence de contexte factuel — Une requête peut-elle être présentée en l'absence de contexte factuel? — Règles de procédure civile, règles 14.05(3)(h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.

h

La règle 57.07 des nouvelles *Règles de procédure civile* de l'Ontario prévoit qu'en certaines circonstances le procureur peut être condamné personnellement aux dépens. Les règles 37.03(6) et 15.02(1) et (3) ont le même effet. L'appellant, un avocat de l'Ontario, a demandé que ces règles soient déclarées inopérantes parce qu'elles ne relèvent pas de la compétence provinciale. Il allègue que les règles portent atteinte à l'indépendance du barreau, s'étendent au-delà de la portée du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et violent *i*

* Juge en chef à la date du jugement.

and Freedoms. Appellant brought an application in the Supreme Court of Ontario pursuant to Rule 14.05(3)(h), which allows a proceeding to be brought by application where it is unlikely that there would be any material facts in dispute. The application contained no supporting affidavit, and no facts were alleged. The Attorney General of Ontario brought a motion to quash the application. The motions judge dismissed the motion. He held that it properly fell within Rule 14.05(3)(h) and that, apart from Rule 14.05(3)(h), the court had inherent jurisdiction to determine the constitutionality of the impugned rules by application. An appeal was dismissed by the Divisional Court but was allowed by the Ontario Court of Appeal.

Appellant filed a notice of application for leave to appeal to this Court before its "new Rules" providing for documentary applications had come into effect. The application made no mention of a motion to adduce fresh evidence. The respondent submitted a factum and did not attend the oral hearing. After respondent's factum on the application for leave had been filed, the appellant filed a notice of motion to adduce fresh evidence in the appeal. This fresh evidence included the appellant's opinions concerning the role of counsel, the dynamics of courtroom advocacy, and the manner in which the impugned rules undermine the independence of the bar. Also included was evidence of specific instances in which particular counsel were threatened with the invocation of the impugned rules. The Court did not have the benefit of oral or written argument in opposition to the motion to adduce fresh evidence. The application for leave to appeal and the application to adduce fresh evidence were granted on the date of the oral hearing.

At issue here were: (1) whether the legal issue considered by the courts below (i.e., can this application be heard without reference to any factual situation and without any affidavit evidence) had been rendered moot by the appellant's introduction of fresh evidence in this Court; and (2) whether the appellant could bring an application pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and/or to Rule 14.05(3)(h) of the *Ontario Rules of Civil Procedure* to seek a declaration that Rules 57.07, 37.03(6) and 15.02(1) and (3) of the *Ontario Rules of Civil Procedure* are unconstitutional, if no facts are alleged by the applicant in support of the relief claimed.

Held: The appeal should be dismissed.

les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appellant a présenté une requête en Cour suprême de l'Ontario conformément à la règle 14.05(3)(h), qui prévoit qu'une instance peut être intentée par requête lorsque la question n'est pas susceptible de donner lieu à une contestation des faits pertinents. La requête n'était appuyée d'aucun affidavit et aucun fait n'était allégué. Le procureur général de l'Ontario a présenté une motion en annulation de la requête. Le juge qui a entendu la motion l'a rejetée. Il a conclu qu'elle relevait de la règle 14.05(3)(h) et que, sous réserve de la règle 14.05(3)(h), la cour avait le pouvoir inhérent de déterminer la constitutionnalité des règles contestées par requête. La Cour divisionnaire a rejeté l'appel mais la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel de cette décision.

L'appellant a déposé un avis de requête en autorisation de pourvoi à notre Cour avant l'entrée en vigueur des «nouvelles règles» concernant la présentation par écrit de ces requêtes. L'avis ne mentionnait pas de requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve. L'intimée a produit un mémoire et n'a pas comparu à l'audience. Après le dépôt du mémoire de l'intimée relativement à la requête en autorisation de pourvoi, l'appellant a déposé un avis de requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve, comportant essentiellement des opinions de l'appellant sur le rôle de l'avocat, sur la dynamique de la plaidoirie devant le tribunal et sur la manière dont les règles contestées portent atteinte à l'indépendance du barreau ainsi que des exemples précis où on avait menacé des avocats d'invoquer les règles contestées. La Cour n'a pu bénéficier d'arguments oraux ou écrits en opposition à la requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve. La requête en autorisation de pourvoi et la requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve ont été accueillies le jour de l'audition.

Les questions en litige sont les suivantes: 1) la question de droit examinée par les juridictions inférieures (c.-à-d. la demande peut-elle être entendue en l'absence de tout contexte factuel et sans preuve par affidavit) est-elle devenue théorique en raison de la production par l'appellant de nouveaux éléments de preuve devant notre Cour? et 2) l'appellant peut-il présenter une demande en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou de la règle 14.05(3)(h) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario pour obtenir un jugement déclaratoire portant que les règles 57.07, 37.03(6) et 15.02(1) et (3) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario sont inconstitutionnelles si le requérant ne présente aucun fait à l'appui du redressement demandé?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

The appeal was not moot. A decision was required on the question of whether appellant's application under Rule 14.05(3)(h) could proceed without a factual underpinning. It would be highly unusual for this Court to accede to the submission that its own act of granting a motion to adduce fresh evidence in an appeal has rendered the appeal itself moot.

A proper factual foundation must exist before measuring legislation against the provisions of the *Charter*, particularly where the effects of impugned legislation are the subject of the attack. A distinction must be drawn between two categories of facts in constitutional litigation: "adjudicative facts" and "legislative facts". Adjudicative facts are those that concern the immediate parties. They are specific and must be proved by admissible evidence. Legislative facts are those that establish the purpose and background of legislation, including its social, economic and cultural context. Such facts are of a more general nature, and are subject to less stringent admissibility requirements.

The application, which seeks to attack the impugned rules on the basis of their alleged effects upon the legal profession in Ontario, should not be proceeded with because a *Charter* challenge based upon allegations of the unconstitutional effects of impugned legislation must be accompanied by admissible evidence of the alleged effects. It would be difficult if not impossible for a motions judge to assess the merits of the appellant's application under Rule 14.05(3)(h) without evidence of those effects by way of adjudicative facts and legislative facts. Appellant has the facts needed to bring his challenge, by way of application, to a conclusion on the merits if he so chooses. He need not prove that the impugned rules were applied against him personally as standing was not an issue; but he must present admissible evidence that the effects of the impugned rules violate provisions of the *Charter*.

Cases Cited

Applied: *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; **referred to:** *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Re Residential Tenancies Act*, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110.

Le pourvoi n'est pas théorique. Il est nécessaire de déterminer si la requête de l'appellant en vertu de la règle 14.05(3)h) peut être présentée sans contexte factuel. Il serait inusité de la part de la Cour d'accepter la prétention qu'un pourvoi est devenu théorique en raison de sa propre décision d'accueillir une requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve.

Un contexte factuel adéquat doit exister avant qu'on puisse examiner une loi en regard des dispositions de la *Charte*, surtout lorsque le litige porte sur les effets de la loi contestée. Une distinction doit être établie entre deux catégories de faits dans un litige constitutionnel: «les faits en litige» et «les faits législatifs». Les faits en litige sont ceux qui concernent directement les parties au litige. Ils sont précis et doivent être établis par des éléments de preuve recevables. Les faits législatifs sont ceux qui établissent l'objet et l'historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont d'une nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères.

La requête, qui vise à contester les règles pour le motif qu'elles portent atteinte à la profession juridique en Ontario, ne devrait pas être présentée parce qu'une contestation relative à la *Charte* fondée sur la prétention que les effets de la loi contestée sont inconstitutionnels doit être appuyée par une preuve recevable concernant les effets contestés. Il serait difficile sinon impossible au juge saisi de la motion d'apprécier le bien-fondé de la requête que l'appellant présente en vertu de la règle 14.05(3)h) sans preuve de ces effets par l'apport de faits en litige et de faits législatifs. L'appellant dispose des faits nécessaires pour obtenir par requête, s'il le veut, une conclusion sur le bien-fondé de sa contestation. Il n'a pas à établir que les règles contestées ont été appliquées dans son cas personnel puisque la qualité pour agir n'est pas en litige; mais il doit présenter des éléments de preuve recevables montrant que les effets des règles contestées violent les dispositions de la *Charte*.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; **arrêts mentionnés:** *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi: Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110.

Statutes and Regulations Cited

Act to Amend the Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. 34 (3rd Supp.), s. 4.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.
Constitution Act, 1867, s. 92(14).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Courts of Justice Act, 1984, S.O. 1984, c. 11.
Election Finances Act, S.M. 1982-83-84, c. 45.
Liquor Control Act, R.S.N.B. 1973, c. L-10.
Retail Business Holidays Act, R.S.O. 1980, c. 453.
Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, Rules 14.05(3)(h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/88-247, Rules 23, 32(1).
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26.

Authors Cited

Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*, vol. 2. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1958.
 Morgan. "Proof of Facts in Charter Litigation," in Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 60 O.R. (2d) 676, allowing the Attorney General for Ontario's appeal from the decision of the Divisional Court (1986), 55 O.R. (2d) 1, upholding the dismissal of the motion to quash (1985), 51 O.R. (2d) 405. Appeal dismissed.

Morris Manning, Q.C., and *Theresa R. Simone*, for the appellant.

Blenus Wright, Q.C., and *Robert E. Charney*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This appeal concerns the question of the appropriateness of seeking constitutional declarations by way of application, without alleging facts in support of the relief claimed.

The Facts

On January 1, 1985, new *Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84, came into force in the

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
^a *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, ch. 11.
Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. 34 (3^e suppl.), art. 4.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26.
^b *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-10.
Loi sur le financement des campagnes électorales, L.M. 1982-83-84, ch. 45.
Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail, L.R.O. 1980, ch. 453.
^c *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/88-247, règles 23, 32(1).
Règles de procédure civile, Règl. de l'Ont. 560/84, règles 14.05(3)(h), 15.02(1), (3), 37.03(6), 57.07.

d Doctrine citée

Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*, vol. 2. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1958.
 Morgan. «Proof of Facts in Charter Litigation,» in Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 60 O.R. (2d) 676, qui a accueilli l'appel interjeté par le procureur général de l'Ontario de la décision de la Cour divisionnaire (1986), 55 O.R. (2d) 1, confirmant le rejet de la motion en annulation (1985), 51 O.R. (2d) 405. Pourvoi rejeté.

Morris Manning, c.r., et *Theresa R. Simone*, pour l'appellant.

Blenus Wright, c.r., et *Robert E. Charney*, pour l'intimée.

^h Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Il s'agit en l'espèce de déterminer s'il est approprié de demander un jugement déclaratoire en matière constitutionnelle, par requête, sans alléguer de faits à l'appui de la réparation demandée.

Les faits

^j Le 1^{er} janvier 1985, les nouvelles *Règles de procédure civile*, Règl. de l'Ont. 560/84, adoptées

Province of Ontario, enacted pursuant to the *Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11. Among these rules is Rule 57.07, known colloquially among the Ontario Bar as the "Torquemada Rule". (Torquemada was the first grand inquisitor of the Spanish Inquisition whose name has become synonymous with cruelty.) The rule provides for the assessment of costs against solicitors personally in certain circumstances. Other rules to the same effect include Rules 37.03(6) and 15.02(1) and (3). Rule 57.07 provides as follows:

57.07 (1) Where a solicitor for a party has caused costs to be incurred without reasonable cause or to be wasted by undue delay, negligence or other default, the court may make an order,

- (a) disallowing costs between the solicitor and client or directing the solicitor to repay to the client money paid on account of costs;
- (b) directing the solicitor to reimburse the client for any costs that the client had been ordered to pay to any other party; and
- (c) requiring the solicitor personally to pay the costs of any party.

(2) An order under subrule (1) may be made by the court on its own initiative or on the motion of any party to the proceeding, but no such order shall be made unless the solicitor is given a reasonable opportunity to make representations to the court.

(3) The court may direct that notice of an order against a solicitor under subrule (1) be given to the client in the manner specified in the order.

The appellant is a barrister and solicitor, and a member of the Law Society of Upper Canada. On January 16, 1985, the appellant brought an application in the Supreme Court of Ontario pursuant to Rule 14.05(3)(h) of the *Rules of Civil Procedure* for a declaration that Rules 57.07, 37.03(6) and 15.02(1) and (3) are of no force or effect. Rule 14.05(3)(h) provides as follows:

14.05 ...

(3) A proceeding may be brought in the Supreme Court by application where these rules authorize the commencement of a proceeding by application or where the relief claimed is,

en application de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, ch. 11, sont entrées en vigueur en Ontario. Parmi ces règles se trouve la règle 57.07, surnommée au barreau de l'Ontario la «règle Torquemada». (Torquemada, dont le nom est devenu synonyme de cruauté, fut le premier grand inquisiteur de l'Inquisition espagnole.) La règle prévoit qu'en certaines circonstances le procureur peut être condamné personnellement aux dépens. Les règles 37.03(6) et 15.02(1) et (3) ont le même effet. La règle 57.07 prévoit:

57.07 (1) Si le procureur d'une partie a fait engager des dépens sans raison valable ou les a fait augmenter inutilement par des retards abusifs, par négligence ou par une autre omission, le tribunal peut, par ordonnance:

- a) lui refuser les dépens procureur-client ou lui enjoindre de rembourser son client des sommes que celui-ci lui a versées pour les dépens;
- b) lui enjoindre de rembourser son client des dépens que celui-ci est tenu de payer à une autre partie;
- c) lui enjoindre de payer personnellement les dépens d'une autre partie.

(2) L'ordonnance visée au paragraphe (1) peut être rendue par le tribunal, de son propre chef ou à la suite d'une motion d'une partie à l'instance; elle ne peut être rendue que si le procureur a eu une occasion raisonnable d'être entendu par le tribunal.

(3) Le tribunal peut prescrire que le client du procureur contre lequel une ordonnance est rendue en application du paragraphe (1) en soit avisé de la façon prévue par l'ordonnance.

L'appelant est avocat et membre de la Société du barreau du Haut-Canada. Le 16 janvier 1985, l'appelant a présenté une requête en Cour suprême de l'Ontario en vertu de la règle 14.05(3)(h) des *Règles de procédure civile* pour obtenir un jugement déclaratoire portant que les règles 57.07, 37.03(6) et 15.02(1) et (3) sont inopérantes. La règle 14.05(3)(h) prévoit:

14.05 ...

(3) Une instance peut être intentée par requête à la Cour suprême si les présentes règles l'autorisent ou si elle vise à obtenir une des mesures de redressement suivantes:

(h) in respect of any matter where it is unlikely that there will be any material facts in dispute. [Emphasis added.]

The application was stated to be based on the ground that the impugned rules are *ultra vires* the provincial legislature, owing to their alleged attack on the independence of the bar and their alleged extension beyond the power granted to the provincial legislature by s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, and on the ground that the rules violate ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The application contained no supporting affidavit, and no facts were alleged.

The Proceedings Below

Prior to the scheduled hearing date for the application, counsel for the Attorney General for Ontario brought a cross-motion to quash the application, on the grounds that there is no statute or rule, apart from Rule 14.05(3)(h), granting the court jurisdiction to determine the constitutionality of the impugned rules by application, and that the application did not comply with the requirements of Rule 14.05(3)(h). The motions judge, McRae J. ((1985), 51 O.R. (2d) 405), held that the application properly fell within Rule 14.05(3)(h) as there were, in his view, no material facts in dispute. McRae J. held further that, apart from Rule 14.05(3)(h), the court had inherent jurisdiction to determine the constitutionality of the impugned rules by application. The motion to quash the application was accordingly dismissed.

The Divisional Court ((1986), 55 O.R. (2d) 1), by a majority, dismissed the Attorney General's appeal from the dismissal of the motion to quash. Osler J. (Sirois J. concurring) held that the meaning of Rule 14.05(3)(h) was not that adjudicative facts must necessarily be present in an application under the rule, but that if there are such facts they must be undisputed. Osler J. held further that Rule 14.05(3)(h) had been properly invoked, and that there were no material facts in dispute within the meaning of the rule. Van Camp J., dissenting, took the view that to permit the applicant to proceed under Rule 14.05(3)(h) in the circumstances of this case would be to stretch the words of the rule beyond their clear meaning.

h) une mesure relative à une question qui n'est pas susceptible de donner lieu à une contestation des faits pertinents. [Je souligne.]

La requête était fondée sur les moyens suivants: les règles contestées sont *ultra vires* de la législature provinciale parce qu'elles portent atteinte à l'indépendance du barreau et parce que leur portée va au-delà du pouvoir conféré à la législature provinciale par le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et ces règles portent atteinte aux art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La requête n'est appuyée d'aucun affidavit et aucun fait n'est allégué.

c Les juridictions inférieures

Avant la date d'audition prévue pour la requête, l'avocat du procureur général de l'Ontario a présenté une motion incidente en annulation de la requête parce que, selon lui, aucune loi ni règle, sous réserve de la règle 14.05(3)h, ne conférerait compétence à la cour pour déterminer sur requête la constitutionnalité des règles contestées et parce que la requête en cause n'était pas conforme aux exigences de la règle 14.05(3)h. Le juge McRae a entendu la motion ((1985), 51 O.R. (2d) 405) et a conclu que la requête relevait à juste titre de la règle 14.05(3)h parce qu'à son avis aucun fait pertinent n'était contesté. Le juge McRae a décidé en outre que, sous réserve de la règle 14.05(3)h, la cour avait le pouvoir inhérent de déterminer la constitutionnalité des règles contestées par requête. La motion en annulation de la requête a donc été rejetée.

La Cour divisionnaire ((1986), 55 O.R. (2d) 1), à la majorité, a rejeté l'appel interjeté par le procureur général par suite du rejet de la motion en annulation. Le juge Osler (avec l'appui du juge Sirois) a décidé qu'il n'était pas nécessaire au sens de la règle 14.05(3)h qu'il existe des faits en litige, mais que, s'il existait des faits, ils ne devaient pas faire l'objet de contestation. Le juge Osler a décidé en outre que la règle 14.05(3)h avait été invoquée à bon droit et qu'aucun fait pertinent n'était contesté au sens de la règle. Le juge Van Camp, dissidente, a exprimé l'avis que permettre au requérant de procéder en vertu de la règle 14.05(3)h, dans les circonstances de l'espèce, reviendrait à élargir la portée des termes clairs de la règle.

The Ontario Court of Appeal ((1987), 60 O.R. (2d) 676) allowed the Attorney General's appeal from the decision of the Divisional Court, and quashed the application. Finlayson J.A. stated that the motions judge had misconceived the Attorney General's motion to quash as an attack on the jurisdiction of a High Court judge to entertain a challenge to the rules, and as an attack on the standing of the present appellant to bring the application. Finlayson J.A. was of the view that the sole issue before the motions judge was whether Rule 14.05(3)(h) "... had been complied with so as to permit the applicant to proceed in the manner proposed by him" (at p. 680). Finlayson J.A. held that the application, as framed, could not be brought pursuant to Rule 14.05(3)(h). He referred to the general principle that constitutional cases require a factual underpinning, and pointed out that Rule 14.05(3)(h), at p. 680:

... assumes the adjudication of a real issue between parties where there is no dispute as to the material facts. If there are no facts then there must be agreement that there are no facts. That is not the case here and it is wrong to assume that "it is unlikely that there will be any material facts in dispute". If it was "unlikely" at one time, the position of the [Attorney General] makes it clear that it is not any more.

Finlayson J.A. listed a number of potential areas of factual dispute that would arise on the appellant's application, as follows, at pp. 683-84:

- (1) The facts supporting his standing to make the complaint.
- (2) How he is or could be affected by the rules in question.
- (3) Are we dealing solely with his perceptions of the effect of the rules, on the profession, or is this the view of the profession?
- (4) How his perceptions of the diminished role of the advocate, or that of anyone else, translate into a threat to the legal profession.
- (5) How his perceptions of the effect of the rules, or that of anyone else, adversely affect a client's rights.

La Cour d'appel de l'Ontario ((1987), 60 O.R. (2d) 676) a accueilli l'appel du procureur général contre la décision de la Cour divisionnaire et a annulé la requête. Le juge Finlayson a affirmé que le juge qui avait entendu la motion avait interprété à tort la motion en annulation du procureur général comme une contestation de la compétence d'un juge de la Haute Cour pour entendre une demande visant les règles et comme une contestation de la qualité du présent appellant pour présenter la requête. Le juge Finlayson était d'avis que la seule question que devait trancher le juge saisi de la motion était de savoir si la règle 14.05(3)(h) [TRANSDUCTION] «... avait été respectée de façon à permettre au requérant de procéder de la manière qu'il avait proposée» (à la p. 680). Le juge Finlayson a conclu que la requête, telle qu'elle était formulée, ne pouvait être présentée en application de la règle 14.05(3)(h). Il a mentionné le principe général selon lequel les affaires constitutionnelles exigent un contexte factuel et a souligné, à la p. 680, que la règle 14.05(3)(h):

[TRANSDUCTION] ... suppose l'existence d'une véritable question à trancher entre les parties lorsqu'aucun fait pertinent n'est contesté. S'il n'y a pas de faits, il faut que les parties conviennent qu'il n'y en a pas. Ce n'est pas le cas en l'espèce et il est incorrect de supposer que la question «n'est pas susceptible de donner lieu à une contestation des faits pertinents». S'il en était ainsi à un moment donné, la position du [procureur général] établit maintenant clairement le contraire.

Le juge Finlayson a formulé plusieurs questions pouvant donner lieu à contestation de faits dans le cadre de la requête de l'appellant, aux pp. 683 et 684:

[TRANSDUCTION]

- (1) Les faits donnant à l'appellant qualité pour présenter la demande?
- (2) En quoi est-il ou peut-il être visé par les règles en question?
- (3) S'agit-il seulement de sa perception de l'effet des règles sur les membres de la profession ou s'agit-il de l'opinion des membres de la profession?
- (4) De quelle manière le rôle réduit de l'avocat, tel que lui-même ou toute autre personne le perçoit devient-il une menace pour les membres de la profession juridique?
- (5) En quoi l'effet des règles tel que lui-même ou toute autre personne le perçoit, porte-il atteinte aux droits d'un client?

- (6) How this alleged threat to the legal profession offends a Charter protected right.
- (7) What factual underpinning is there for the assertion that the rules are “beyond the scope of s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*”?

In addition to making the precise nature of the application difficult to discern, Finlayson J.A. pointed out that the absence of a factual basis makes the Attorney General's task of defending the rules under s. 1 of the *Charter* (if the need should arise) all the more difficult. Finlayson J.A. was particularly concerned that “...the court might on this sketchy record, feel constrained to make some sweeping generality which would later appear unwise” (at p. 685). Thus the failure of a diffuse challenge could prejudice subsequent challenges to the impugned rules by parties with specific and factually established complaints.

Krever and Tarnopolsky J.J.A. wrote separate judgments concurring in the conclusion arrived at by Finlayson J.A. Krever J.A. expressed the view that there could be cases in which a law could be challenged by application under Rule 14.05(3)(h). This would be so if the nature of an applicant's challenge to an impugned law were such that the supporting arguments were not dependent upon factual circumstances—as, for example, in a claim that the *Charter* prevents the assessment of costs against a solicitor under any circumstances whatever. Here, however, the claim related to the effects of the impugned rules on the legal profession in the event of judicial abuse of the rules, and these effects could not be assessed in the absence of facts.

Tarnopolsky J.A. agreed with both Finlayson and Krever J.J.A., and emphasized, at p. 688, that:

... because of the widespread effects of a successful constitutional challenge, especially where it would result in invalidation of parliamentary or delegated legislation, a court should not countenance such a challenge in the absence of an adequate factual underpinning.

- (6) En quoi cette menace, s'il en est, à la profession juridique porte-t-elle atteinte à un droit protégé par la *Charte*?

- (7) Existe-t-il un contexte factuel permettant d'affirmer que les règles «s'étendent au-delà de la portée du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*»?

Le juge Finlayson a souligné que, en plus de rendre difficile la définition précise de la nature de la requête, l'absence de contexte factuel rendrait encore plus difficile, le cas échéant, la défense des règles par le procureur général en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le juge Finlayson était particulièrement préoccupé de ce que [TRADUCTION] «... la cour puisse, à partir d'un dossier aussi sommaire, se sentir obligée de faire des déclarations trop générales qui se révéleraient plus tard ne pas être sages» (à la p. 685). Ainsi, l'échec d'une contestation trop diffuse pourrait faire obstacle à des contestations ultérieures des règles en question, par certaines parties qui auraient des plaintes précises fondées sur des faits.

Les juges Krever et Tarnopolsky ont rédigé des opinions distinctes mais souscrivent à la conclusion du juge Finlayson. Le juge Krever a exprimé l'avis qu'il pourrait y avoir des cas où une loi pourrait être contestée en vertu de la règle 14.05(3)(h). Ce serait le cas si la nature des arguments invoqués par un requérant pour contester une loi ne dépendait pas de circonstances factuelles—comme, par exemple, si l'on prétendait que la *Charte* interdit dans toutes les circonstances qu'un procureur soit condamné aux dépens. Cependant, en l'espèce, la demande concernait les effets des règles contestées sur les membres de la profession juridique dans l'éventualité où le pouvoir judiciaire abuserait des règles et ces effets ne pouvaient être évalués en l'absence de faits.

Le juge Tarnopolsky s'est dit d'accord avec les juges Finlayson et Krever, et a souligné, à la p. 688, que:

[TRADUCTION] ... en raison des larges répercussions qu'aurait une décision constitutionnelle favorable, surtout si elle avait pour effet d'invalidier la législation parlementaire ou déléguée, un tribunal ne devrait pas accepter une telle contestation en l'absence d'un contexte factuel adéquat.

The Application for Leave to Appeal

It is necessary now to set out the chronology of events that led up to the granting of leave to appeal to this Court, because, as will shortly be seen, the granting of the appellant's motion to adduce fresh evidence has become an issue in the appeal itself.

The present appellant filed a notice of application for leave to appeal to this Court on April 5, 1988. In that notice of application there is no mention of a motion to adduce fresh evidence. On September 21, 1988, counsel for the respondent filed his factum on the application for leave, in which he submitted, at paragraph 1, as follows:

1. Although this matter was commenced prior to the new Rules on applications for leave to appeal, the Attorney General for Ontario, in the interest of saving time and costs is complying with the new Rules by submitting a factum and will not appear by counsel.

Counsel's reference to the "new Rules" is to the change in this Court's practice on applications for leave from a system of oral applications to a system of, in general, documentary applications. This change occurred on April 25, 1988 (twenty days after the notice of application for leave was filed in the present appeal), upon the proclamation into force (SI/88-87) of *An Act to Amend the Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. 34 (3rd Supp.), s. 4, which enacted a new s. 43 for the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. (See also SOR/88-247, which promulgated a new Rule 23 for the *Rules of the Supreme Court of Canada*.)

Two days after the filing of the respondent's factum on the application for leave, on September 23, 1988, the appellant filed a notice of motion to adduce fresh evidence in the appeal, consisting of an affidavit of the appellant and numerous exhibits thereto. The content of the fresh evidence, in brief, includes the opinions of the appellant concerning the role of counsel, the dynamics of courtroom advocacy, and the manner in which the impugned rules undermine the independence of the bar. Also

La requête en autorisation de pourvoi

Il faut maintenant relater la chronologie des événements à l'origine de l'autorisation de pourvoi en notre Cour parce que, comme nous le verrons bientôt, la décision d'accueillir la requête de l'appelant de produire de nouveaux éléments de preuve est devenue une question dans le pourvoi lui-même.

Le 5 avril 1988, le présent appelant a déposé un avis de requête en autorisation de pourvoi à notre Cour. Cet avis ne fait pas mention d'une requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve. Le 21 septembre 1988, l'avocat de l'intimée a produit son mémoire relativement à la requête en autorisation de pourvoi dans lequel il prétend, au paragraphe 1, ce qui suit:

[TRADUCTION] 1. Bien que cette affaire ait été introduite avant l'entrée en vigueur des nouvelles règles en matière d'autorisation de pourvoi, le procureur général de l'Ontario, en vue d'économiser du temps et de l'argent, se conforme aux nouvelles règles en présentant un mémoire et ne comparaitra pas par avocat.

Par «nouvelles règles», l'avocat entend la modification des règles de pratique de notre Cour en matière de requêtes en autorisation de pourvoi qui ne font plus l'objet d'une audience mais, en général, sont présentées par écrit. Cette modification est entrée en vigueur le 25 avril 1988 (vingt jours après le dépôt en l'espèce de l'avis de requête en autorisation de pourvoi), à la suite de l'entrée en vigueur (TR/88-87) de l'art. 4 de la *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. 34 (3^e suppl.), édictant un nouvel art. 43 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. (Voir également DORS/88-247, qui promulgue la nouvelle règle 23 des *Règles de la Cour suprême du Canada*.)

Le 23 septembre 1988, deux jours après le dépôt du mémoire de l'intimée concernant la requête en autorisation de pourvoi, l'appelant a déposé un avis de requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve, c'est-à-dire un affidavit de l'appelant et plusieurs pièces à l'appui. Cette nouvelle preuve comporte essentiellement des opinions exprimées par l'appelant sur le rôle de l'avocat, sur la dynamique de la plaidoirie devant le tribunal et sur la manière dont les règles contestées portent

included is evidence of specific instances in which particular counsel were threatened with the invocation of the impugned rules by opposing counsel, and, in one incident, by a Master of the Supreme Court of Ontario.

The respondent filed no documents in response to the notice of motion to adduce fresh evidence. In accordance with the position expressed in the factum of September 21, 1988, the respondent did not appear by counsel at the oral hearing of the application for leave held on December 5, 1988, before a panel of this Court comprising McIntyre J., Lamer J. (as he then was), and Wilson, La Forest and Sopinka JJ. However, the change in the Court's practice does not apply when a motion to which Rule 23 does not apply is joined with an application for leave. A motion to adduce fresh evidence is such a motion. We did not, therefore, have the benefit of oral or written argument in opposition to the motion to adduce fresh evidence, and on the date of the oral hearing the application for leave to appeal and the motion to adduce fresh evidence were granted: [1988] 2 S.C.R. vi.

The Issues

The appeal book filed jointly by the parties contains what purports to be an order of Chief Justice Dickson, dated October 30, 1989, stating constitutional questions for the purposes of this appeal. The purported constitutional questions coincide with the issues as stated in the appellant's factum, in the following terms:

1. What kind of evidentiary base, if any, is required before a person can challenge the constitutional validity of government legislation under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*?
2. In bringing an application for declaratory relief pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, must the applicant establish adjudicative facts?
3. Are the decisions of this Honourable Court in *Singh v. Minister of Employment and Immigration, Oper-*

atteinte à l'indépendance du barreau. Elle comporte en outre des exemples précis où l'avocat de la partie adverse et, dans un cas, un protonotaire de la Cour suprême de l'Ontario ont menacé d'invoquer les règles contestées.

L'intimée n'a produit aucun document en réponse à l'avis de requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve. Conformément à la position exprimée dans le mémoire du 21 septembre 1988, l'intimée n'a pas comparu par avocat à l'audition de la requête en autorisation de pourvoi tenue le 5 décembre 1988 devant un banc de notre Cour composé des juges McIntyre, Lamer (aujourd'hui Juge en chef), Wilson, La Forest et Sopinka. Cependant, la modification apportée aux règles de pratique de la Cour n'entre pas en jeu lorsqu'une requête à l'égard de laquelle la règle 23 ne s'applique pas est jointe à une requête en autorisation de pourvoi. Une requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve en constitue un exemple. Nous n'avons donc pu bénéficier d'arguments oraux ou écrits en opposition à la requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve et, à la date d'audition, la requête en autorisation de pourvoi ainsi que la requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve ont été accueillies: [1988] 2 R.C.S vi.

Les questions

Le dossier conjoint produit par les parties contient ce qui semble être une ordonnance dans laquelle le juge en chef Dickson en date du 30 octobre 1989 formule des questions constitutionnelles aux fins du présent pourvoi. Ces questions constitutionnelles correspondent aux questions formulées dans le mémoire de l'appelant et se lisent ainsi:

[TRADUCTION]

1. Quel fondement factuel est nécessaire, le cas échéant, pour qu'un justiciable puisse contester la validité constitutionnelle d'une loi en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?
2. Dans une demande en vue d'obtenir un redressement de la nature d'un jugement déclaratoire en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le requérant doit-il établir des faits en litige?
3. Les arrêts *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, Operation Dismantle c. La Reine, R. c.*

ation Dismantle Inc. v. The Queen, R. v. Morgentaler and R. v. Big M Drug Mart Ltd. to be interpreted in such a way so as to obviate the necessity of leading adjudicative facts in applications under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*?

Inexplicably, the order was not taken out, and therefore in this appeal no constitutional questions were stated and no corresponding notices were served on the federal and provincial attorneys general under Rule 32 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*. It is irregular, to say the least, for this Court to be presented with an order that has not been made as part of the record in an appeal. In the circumstances, however, this error is inconsequential. In their written and oral submissions, the parties did not refer to the order; and since the issues raised by the appellant in this appeal do not attack the constitutional validity, or urge the inoperability, of a federal or provincial statute or regulation, constitutional questions were not required to be stated in this case: see Rule 32(1). In any event, the questions presented by the appellant are so vague as to be incapable of a categorical answer.

The respondent Attorney General states the issues in this appeal as follows:

1. Has the legal issue considered by the courts below (i.e. can this application be heard without reference to any factual situation and without any affidavit evidence) been rendered moot by the Appellant's introduction of fresh evidence in this Court?

2. May the Appellant bring an application pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and/or to Rule 14.05(3)(h) of the *Ontario Rules of Civil Procedure* to seek a declaration that Rules 57.07, 37.03(6) and 15.02(1) and (3) of the *Ontario Rules of Civil Procedure* are unconstitutional, if no facts are alleged by the Applicant in support of the relief claimed?

Mootness

The only issue considered by the courts below, in adjudicating upon the respondent's motion to quash, was whether the appellant could obtain, by an application under Rule 14.05(3)(h), the declaration sought in circumstances in which no facts

Morgentaler et R. c. Big M Drug Mart Ltd. de notre Cour doivent-ils être interprétés de manière à écarter l'obligation de présenter des faits en litige dans des demandes en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

De manière inexplicable, l'ordonnance n'a pas été délivrée, ce qui signifie qu'aucune question constitutionnelle n'a été formulée et donc qu'aucun avis correspondant n'a été signifié aux procureurs généraux fédéral et provinciaux en vertu de la règle 32 des *Règles de la Cour suprême du Canada*. Il est pour le moins irrégulier de soumettre à notre Cour une ordonnance qui n'a pas été produite comme élément du dossier d'appel. Cependant, dans les circonstances, cette erreur est sans conséquence. Dans leur mémoire et dans leur plaidoirie, les parties n'ont pas fait allusion à l'ordonnance; et puisque l'appelant, dans les questions qu'il soulève, ne conteste pas la validité constitutionnelle d'une loi ou d'un règlement fédéral ou provincial ni ne demande de les déclarer inopérants, il n'était pas nécessaire de formuler de questions constitutionnelles en l'espèce: voir règle 32(1). Quoi qu'il en soit, les questions formulées par l'appelant sont tellement vagues qu'on ne peut y répondre catégoriquement.

Le procureur général intimé formule ainsi les questions que soulève ce pourvoi:

[TRADUCTION] 1. La question de droit examinée par les juridictions inférieures (c.-à-d. cette demande peut-elle être entendue en l'absence de tout contexte factuel et sans preuve par affidavit) est-elle devenue théorique en raison de la production par l'appelant de nouveaux éléments de preuve devant notre Cour?

2. L'appelant peut-il présenter une demande en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou de la règle 14.05(3)(h) des *Règles de procédure civile de l'Ontario* pour obtenir un jugement déclaratoire portant que les règles 57.07, 37.03(6) et 15.02(1) et (3) des *Règles de procédure civile de l'Ontario* sont inconstitutionnelles si l'appelant ne présente aucun fait à l'appui du redressement demandé?

Le caractère théorique de la demande

Dans l'examen de la motion en annulation présentée par l'intimée, les tribunaux d'instance inférieure ont examiné uniquement la question de savoir si l'appelant pouvait obtenir, par requête en vertu de la règle 14.05(3)(h), le jugement déclara-

are alleged in support of the relief claimed. The respondent now argues that, in view of the fresh evidence filed in this appeal, that issue is no longer alive in these proceedings. In the course of the hearing of this appeal, counsel for the respondent indicated that if the affidavit and exhibits that are now before us in the form of fresh evidence had been filed originally in support of the appellant's application under Rule 14.05(3)(h), the respondent would have cross-examined on that affidavit and proceeded to argue the application on its merits.

The response of counsel for the appellant, under questioning from the bench, was to say that if this appeal were allowed, the fresh evidence would *not* be submitted to the motions judge on the application, because the use to which the impugned rules could be put and the basic principle of the independence of the bar (both of which are the subject of the appellant's affidavit) are matters that can be judicially noticed or put forward in argument, rather than by way of evidence. The appellant's position is that the fresh evidence placed before this Court is merely illustrative of the sorts of matters that would be presented, in argument, on the application.

I pause to observe that the appellant's submissions at the hearing of the appeal concerning the significance of the fresh evidence are inconsistent with the submissions that were made in support of the motion for leave to adduce the evidence. In an effort to come within this Court's requirements for the adduction of fresh evidence (see *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480), the appellant submitted at the application for leave that the proposed evidence was in the nature of adjudicative facts, so as to satisfy the concern of the Court of Appeal that there be a factual underpinning. The appellant now contends that the fresh evidence is in the nature of legislative facts, and that no adjudicative facts are necessary to allow the application under Rule 14.05(3)(h) to proceed.

toire demandé sans qu'aucun fait ne soit allégué à l'appui du redressement en question. L'intimée prétend maintenant que, compte tenu des nouveaux éléments de preuve produits en l'espèce, cette question ne se pose plus dans cette procédure. Pendant l'audition du pourvoi, l'avocat de l'intimée a souligné que si l'affidavit et les pièces qui sont maintenant devant nous comme nouveaux éléments de preuve avaient été produits à l'origine à l'appui de la requête de l'appelant en vertu de la règle 14.05(3)h, l'intimée aurait tenu un contre-interrogatoire relativement à l'affidavit et plaidé la demande au fond.

En réponse à cette prétention et à des questions posées par la Cour, l'avocat de l'appelant a dit que si le pourvoi était accueilli, les nouveaux éléments de preuve *ne* seraient *pas* présentés au juge qui entend les motions parce que l'usage qu'on pourrait faire des règles contestées et le principe fondamental de l'indépendance du barreau (qui font l'objet de l'affidavit de l'appelant) sont des points dont on peut prendre connaissance d'office ou que l'on peut présenter dans les débats plutôt que par voie de preuve. Selon la thèse de l'appelant, les nouveaux éléments de preuve soumis à notre Cour servent simplement à illustrer le genre de points qui seraient abordés dans les débats.

Je m'arrête pour souligner que les arguments de l'appelant à l'audition du pourvoi concernant l'importance des nouveaux éléments de preuve sont incompatibles avec les arguments présentés à l'appui de la requête en vue d'obtenir l'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve. Voulant se conformer aux exigences de notre Cour en matière de présentation de nouveaux éléments de preuve (voir l'arrêt *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480), l'appelant a soutenu au moment de la présentation de la requête en autorisation de pourvoi que les nouveaux éléments de preuve constituaient des faits en litige, de façon à dissiper les préoccupations de la Cour d'appel quant à l'existence d'un contexte factuel. L'appelant prétend maintenant que les nouveaux éléments de preuve sont de la nature de faits législatifs et qu'il n'est pas nécessaire qu'il existe des faits en litige pour que la requête présentée en vertu de la règle 14.05(3)h puisse suivre son cours.

Furthermore, the appellant submitted in his factum on the application for leave that the proposed evidence "... bears directly upon a decisive issue relevant to these proceedings to wit: whether the impugned rules threaten the independence of the bar." The question whether the impugned rules threaten the independence of the bar relates to the merits of the application under Rule 14.05(3)(h), but is entirely irrelevant to the matter under decision. This appeal is concerned with a preliminary procedural issue that has no bearing on the merits of the appellant's original application under Rule 14.05(3)(h).

If the appellant's position (i.e., that the appellant's affidavit would not be submitted to the motions judge and that the appellant insists upon proceeding with no factual underpinning) and the respondent's position (i.e., that the respondent would have been content to cross-examine on the affidavit and proceed with the merits of the application) had been represented to us at the motion for leave to adduce fresh evidence, it is possible—even likely—that the motion would have been dismissed. The Court would not likely have heard an appeal in order to determine an issue which could so easily be cured by filing material that was already prepared. Had counsel for the respondent appeared at the hearing of the application for leave, this misunderstanding would probably not have arisen.

In light of the appellant's current submissions on the significance of the fresh evidence, it cannot be said that this appeal is moot. A decision is still required on the question whether the appellant's application under Rule 14.05(3)(h) can proceed without a factual underpinning. In any event, it would be highly unusual for this Court to accede to the submission that its own act of granting a motion to adduce fresh evidence in an appeal has rendered the appeal itself moot.

I turn now to the merits of the appeal.

En outre, l'appellant soutient dans son mémoire à l'appui de la requête que les éléments de preuve envisagés [TRADUCTION] «... portent directement sur une question déterminante qui est pertinente en l'espèce, celle de savoir si les règles contestées menacent l'indépendance du barreau?». La question de savoir si les règles contestées menacent l'indépendance du barreau concerne le fond de la requête présentée en vertu de la règle 14.05(3)(h), mais n'est absolument pas pertinente relativement au litige à trancher. Le présent pourvoi porte sur une question de procédure préliminaire qui n'a aucune incidence sur le fond de la requête présentée initialement par l'appellant en vertu de la règle 14.05(3)(h).

Si la thèse de l'appelant (c.-à-d., que son affidavit ne serait pas soumis au juge saisi de la motion et qu'il insiste pour procéder sans contexte factuel) et la thèse de l'intimée (c.-à-d., qu'il aurait tenu un contre-interrogatoire sur l'affidavit et qu'il aurait procédé à l'examen de la demande au fond) nous avaient été exposées au moment de la requête en autorisation en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve, il est possible—et même probable—que la requête aurait été rejetée. Il est peu probable en effet que la Cour aurait entendu un pourvoi en vue de trancher une question qui pouvait être résolue si facilement par le dépôt de documents qui existaient déjà. Si l'avocat de l'intimée avait comparu à l'audition de la requête en autorisation, ce malentendu ne serait probablement pas survenu.

Compte tenu des arguments actuels de l'appellant sur l'importance des nouveaux éléments de preuve, on ne peut dire que ce pourvoi est théorique. Il faut encore décider si la requête de l'appellant en vertu de la règle 14.05(3)(h) peut être présentée sans contexte factuel. De toute façon, il serait inusité de la part de la Cour d'accepter la prétention qu'un pourvoi est devenu théorique en raison de sa propre décision d'accueillir une requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve dans ce pourvoi.

J'examine maintenant le pourvoi au fond.

The Need for Facts

This Court has been vigilant to ensure that a proper factual foundation exists before measuring legislation against the provisions of the *Charter*, particularly where the effects of impugned legislation are the subject of the attack. For example, in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 767-68, this Court declined to hold that the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, infringed the s. 2(a) *Charter* rights of Hindus or Moslems in the absence of evidence about the details of their respective religious observance. Similarly, in *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59, at p. 83, this Court declined to consider a s. 2(b) *Charter* challenge to certain provisions of the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10, in the absence of evidence on the nature of the conduct that was claimed to constitute "expression" within the meaning of s. 2(b).

It is necessary to draw a distinction at the outset between two categories of facts in constitutional litigation: "adjudicative facts" and "legislative facts". These terms derive from Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 2, para. 15.03, p. 353. (See also Morgan, "Proof of Facts in Charter Litigation", in Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987).) Adjudicative facts are those that concern the immediate parties: in Davis' words, "who did what, where, when, how, and with what motive or intent . . ." Such facts are specific, and must be proved by admissible evidence. Legislative facts are those that establish the purpose and background of legislation, including its social, economic and cultural context. Such facts are of a more general nature, and are subject to less stringent admissibility requirements: see e.g., *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, per Laskin C.J., at p. 391; *Re Residential Tenancies Act*, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714, per Dickson J. (as he then was), at p. 723; and *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, per McIntyre J., at p. 318.

La nécessité de faits

Notre Cour a toujours veillé soigneusement à ce qu'un contexte factuel adéquat existe avant d'examiner une loi en regard des dispositions de la *Charte*, surtout lorsque le litige porte sur les effets de la loi contestée. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 767 et 768, notre Cour a refusé de conclure que la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, ch. 453, violait les droits des hindous et des musulmans reconnus à l'al. 2a) de la *Charte* en l'absence de preuve concernant les détails de leur observance religieuse respective. De même, dans l'arrêt *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, à la p. 83, notre Cour a refusé d'examiner la contestation, fondée sur l'al. 2b) de la *Charte*, de certaines dispositions de la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-10, en l'absence de preuve relative à la nature de la conduite que l'on prétendait constituer une «expression» au sens de l'al. 2b).

Il est nécessaire d'établir au départ une distinction entre deux catégories de faits dans un litige constitutionnel: [TRADUCTION] «les faits en litige» et [TRADUCTION] «les faits législatifs». Ces expressions proviennent de l'ouvrage de Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 2, par. 15.03, à la p. 353. (Voir également Morgan, «Proof of Facts in Charter Litigation», dans Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987).) Les faits en litige sont ceux qui concernent les parties au litige: pour reprendre les termes de Davis [TRADUCTION] «qui a fait quoi, où, quand, comment et dans quelle intention . . .» Ces faits sont précis et doivent être établis par des éléments de preuve recevables. Les faits législatifs sont ceux qui établissent l'objet et l'historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont de nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères: par exemple, voir *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, le juge en chef Laskin, à la p. 391; *Renvoi: Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), à la p. 723; et *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, le juge McIntyre, à la p. 318.

In the present case, the appellant contends that he ought to be entitled to proceed with his application under Rule 14.05(3)(h) in the complete absence of adjudicative facts, and, moreover, that it is sufficient that he present in argument (but not prove by affidavit or otherwise) legislative "facts", in the form of textbooks and academic material about the prevailing understanding of the concept of the independence of the bar, and material concerning the legislative history of the impugned rules. In the view I take of this matter, the appellant is not entitled to proceed with the application as presently constituted.

In the time between the granting of leave to appeal in this matter and the hearing of the appeal, this Court heard and decided *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, a case concerning an action for a declaration that certain provisions of *The Elections Finances Act*, S.M. 1982-83-84, c. 45, violated the guarantee of freedom of expression contained in s. 2(b) of the *Charter*. Cory J., speaking for a unanimous Court, stated, at pp. 361-62:

Charter decisions should not and must not be made in a factual vacuum. To attempt to do so would trivialize the *Charter* and inevitably result in ill-considered opinions. The presentation of facts is not, as stated by the respondent, a mere technicality; rather, it is essential to a proper consideration of *Charter* issues.... *Charter* decisions cannot be based upon the unsupported hypotheses of enthusiastic counsel.

Later, Cory J. stated, at p. 366:

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

This is not to say that such facts must be established in all *Charter* challenges. Each case must be considered on its own facts (or lack thereof). As Beetz J. pointed out in *Manitoba*

En l'espèce, l'appellant prétend qu'on devrait lui permettre de présenter sa requête en vertu de la règle 14.05(3)(h) même en l'absence totale de faits en litige et, en outre, qu'il suffit de présenter dans sa plaidoirie (mais sans en faire la preuve par affidavit ou autrement) les «faits» législatifs, sous forme d'ouvrages et de documentation savante concernant la notion d'indépendance du barreau et l'historique législatif des règles contestées. À mon avis, l'appellant en l'espèce n'a pas le droit de présenter la requête dans sa forme actuelle.

Entre la date de l'autorisation de pourvoi et son audition, notre Cour a entendu et décidé le pourvoi *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, concernant une action en jugement déclaratoire portant que certaines dispositions de la *Loi sur le financement des campagnes électorales*, L.M. 1982-83-84, ch. 45, violaient la garantie de la liberté d'expression prévue à l'al. 2b) de la *Charte*. Le juge Cory, au nom de la Cour unanime, affirme, aux pp. 361 et 362:

Les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel. Essayer de le faire banaliserait la *Charte* et produirait inévitablement des opinions mal motivées. La présentation des faits n'est pas, comme l'a dit l'intimé, une simple formalité; au contraire, elle est essentielle à un bon examen des questions relatives à la *Charte* [...] Les décisions relatives à la *Charte* ne peuvent pas être fondées sur des hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes.

Plus loin, le juge Cory affirme, à la p. 366:

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

Cela ne veut pas dire que de tels faits doivent être établis dans toutes les contestations fondées sur la *Charte*. Chaque instance doit être examinée en regard de ses propres faits (ou absence de faits).

(*Attorney General*) v. *Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at p. 133:

There may be rare cases where the question of constitutionality will present itself as a simple question of law alone which can be finally settled by a motion judge. A theoretical example which comes to mind is one where Parliament or a legislature would purport to pass a law imposing the beliefs of a state religion. Such a law would violate s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, could not possibly be saved under s. 1 of the *Charter*, and might perhaps be struck down right away; see *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, at p. 88. It is trite to say that these cases are exceptional. [Emphasis added.]

The unconstitutional purpose of Beetz J.'s hypothetical law is found on the face of the legislation, and requires no extraneous evidence to flesh it out. It is obvious that this is not one of those exceptional cases. In general, any *Charter* challenge based upon allegations of the unconstitutional effects of impugned legislation must be accompanied by admissible evidence of the alleged effects. In the absence of such evidence, the courts are left to proceed in a vacuum, which, in constitutional cases as in nature, has always been abhorred. As Morgan put it, *op. cit.*, at p. 162: "... the process of constitutional litigation remains firmly grounded in the discipline of the common law methodology."

The present case is, for these purposes, indistinguishable from *MacKay*, and I would respectfully adopt and apply Cory J.'s comments to these circumstances. The appellant here seeks to attack the impugned rules on the basis of their alleged effects upon the legal profession in Ontario. It would be, in my view, difficult if not impossible for a motions judge to assess the merits of the appellant's application under Rule 14.05(3)(h) without evidence of those effects, by way of adjudicative facts (i.e., actual instances of the use or threatened use of the impugned rules) and legislative facts (i.e., the purpose, history and perceptions among the profession of the impugned rules).

Comme le juge Beetz l'a souligné dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, à la p. 133:

Il peut exister des cas rares où la question de la constitutionnalité se présente sous la forme d'une question de droit purement et simplement, laquelle peut être définitivement tranchée par un juge saisi d'une requête. Un exemple théorique qui vient à l'esprit est la situation où le Parlement ou une législature prétendrait adopter une loi imposant les croyances d'une religion d'État. Pareille loi enfreindrait l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ne pourrait possiblement pas être justifiée par l'article premier de celle-ci et pourrait peut-être le risque d'être frappée d'illégalité sur-le-champ: voir *Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, à la p. 88. Or, il va sans dire qu'il s'agit là de cas exceptionnels. [Je souligne.]

Dans le cas hypothétique présenté par le juge Beetz, l'objet inconstitutionnel de la loi ressort clairement du texte même de la loi et n'exige aucune preuve extrinsèque. Il est évident qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un de ces cas exceptionnels. En général, toute contestation relative à la *Charte* fondée sur la prétention que les effets de la loi visée sont inconstitutionnels doit être appuyée par une preuve recevable concernant les effets contestés. En l'absence de telle preuve, les tribunaux auraient à se prononcer dans le vide ce qui est tout aussi difficile en matière constitutionnelle que dans la nature. Comme Morgan le dit, *op. cit.*, à la p. 162: [TRADUCTION] «... le processus du litige constitutionnel demeure fermement ancré à la discipline de la méthodologie de common law.»

On ne peut donc distinguer le présent litige de l'affaire *MacKay*, et, avec égards, je ferais mien-nes et j'appliquerais les remarques du juge Cory dans cet arrêt. L'appelant veut contester les règles en raison des effets qu'elles auraient sur la profession juridique en Ontario. À mon avis, il serait difficile sinon impossible au juge saisi de la motion d'apprécier le bien-fondé de la requête de l'appelant selon la règle 14.05(3)(h) sans preuve de ces effets par l'apport de faits en litige (c'est-à-dire des cas réels d'utilisation ou de menaces d'utilisation des règles contestées) et de faits législatifs (c'est-à-dire l'objet et l'historique des règles contestées ainsi que la perception qu'en ont les membres de la profession).

We have discovered by a roundabout route that the appellant is in possession of the facts he needs to bring his challenge, by way of application, to a conclusion on the merits if he so chooses. As the application is presently framed, however, it cannot proceed without a factual foundation. It is not necessary that the appellant prove that the impugned rules were applied against him personally (standing not being an issue); but he must present admissible evidence that the effects of the impugned rules violate provisions of the *Charter*.

This appeal must, therefore, be dismissed. In view of the circumstances outlined above, there will be no order as to costs.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Morris Manning, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Nous avons constaté par un moyen détourné que l'appellant dispose des faits nécessaires pour obtenir par requête, s'il le veut, une conclusion sur le bien-fondé de sa contestation. Cependant, compte tenu de la formulation actuelle de la requête, il ne peut procéder sans contexte factuel. Il n'est pas nécessaire que l'appellant établisse que les règles contestées ont été appliquées dans son cas personnel (la qualité pour agir n'étant pas en litige); mais il doit présenter des éléments de preuve recevables montrant que les effets des règles contestées violent les dispositions de la *Charte*.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi. Compte tenu des circonstances déjà mentionnées, il n'y aura aucune ordonnance quant aux dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: Morris Manning, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.