

Her Majesty The Queen in Right of the Province of New Brunswick as represented by the Minister of Finance *Appellant*

v.

Ian P. Mackin *Respondent*

and between

Her Majesty The Queen in Right of the Province of New Brunswick as represented by the Minister of Finance *Appellant*

v.

Douglas E. Rice *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, the Canadian Judges Conference and the Canadian Association of Provincial Court Judges *Intervenors*

INDEXED AS: MACKIN v. NEW BRUNSWICK (MINISTER OF FINANCE); RICE v. NEW BRUNSWICK

Neutral citation: 2002 SCC 13.

File No.: 27722.

2001: May 23; 2002: February 14.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Constitutional law — Judicial independence — Provincial courts — Supernumerary judges — Provincial legislation eliminating system of supernumerary judges

Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre des Finances *Appelante*

c.

Ian P. Mackin *Intimé*

et entre

Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre des Finances *Appelante*

c.

Douglas E. Rice *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, la Conférence canadienne des juges et l'Association canadienne des juges de cours provinciales *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : MACKIN c. NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DES FINANCES); RICE c. NOUVEAU-BRUNSWICK

Référence neutre : 2002 CSC 13.

N° du greffe : 27722.

2001 : 23 mai; 2002 : 14 février.

Présents : Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Cours provinciales — Juges surnuméraires — Loi provinciale éliminant le système de juges surnuméraires et

and replacing it with panel of retired judges paid per diem — Whether legislation violates guarantees of judicial independence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Constitution Act, 1867, Preamble — Act to Amend the Provincial Court Act, S.N.B. 1995, c. 6.

Constitutional law — Remedies — Damages — Provincial legislation eliminating system of supernumerary judges and replacing it with panel of retired judges paid per diem — Supernumerary judges successfully challenging constitutionality of legislation — Whether damages claim by supernumerary judges warranted — Constitution Act, 1982, ss. 24(1), 52.

Costs — Solicitor-client costs awarded on appeal — Whether solicitor-client costs appropriate.

In 1995, the New Brunswick *Act to Amend the Provincial Court Act* (“Bill 7”) abolished the system of supernumerary judges and replaced it with a panel of retired judges paid on a *per diem* basis. Supernumerary judges, who were judges under the *Provincial Court Act*, received a salary and fringe benefits equivalent to those given to judges sitting full time. Although the *Provincial Court Act* was silent concerning the size of the reduction in workload, supernumerary judges were normally asked to take on only about 40 percent of the usual workload of a full-time judge. Supernumerary judges in office when Bill 7 came into force were required to choose between retiring or returning to sit full time before April 1, 1995. The change was made in the interest of efficiency and flexibility, and for economic and financial reasons. The respondent R began to sit as a supernumerary judge in 1993, but his workload was not significantly reduced between 1993 and his eventual retirement. When Bill 7 became law, he had to return to full-time judicial office. He retired in 1997 and asked to be placed on the panel of retired judges. Prior to the enactment of Bill 7, R had organized his financial and personal affairs in light of the conditions applying to supernumerary judges. The respondent M began to sit as a supernumerary judge in 1988. Until 1990, his workload was not appreciably reduced, but thereafter, the reorganization of his judicial duties enabled him to spend several winters in Australia. M did not express his intention to retire before April 1, 1995, and was deemed to have resumed his duties as a full-time judge. The respondents instituted separate proceedings, successfully challenging the constitutionality of Bill 7 at trial and on appeal, arguing that it unjustifiably affected the tenure and financial security that form part of judicial independence. The respondents’ claim for damages was rejected at trial. The Court of Appeal held

le remplaçant par un tableau de juges à la retraite rémunérés sur une base journalière — La loi viole-t-elle les garanties d’indépendance judiciaire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 — Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale, L.N.-B. 1995, ch. 6.

Droit constitutionnel — Réparations — Dommages-intérêts — Loi provinciale éliminant le système de juges surnuméraires et le remplaçant par un tableau de juges à la retraite rémunérés sur une base journalière — Des juges surnuméraires contestent sa constitutionnalité et ont gain de cause — Ont-ils droit aux dommages-intérêts qu’ils réclament? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 24(1), 52.

Dépens — Dépens entre avocat et client en appel — Est-il approprié d’accorder des dépens entre avocat et client?

En 1995, la *Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale* (« Loi 7 ») du Nouveau-Brunswick abolit le système de juges surnuméraires et le remplace par un tableau de juges à la retraite rémunérés sur une base journalière. Les juges surnuméraires, qui étaient juges en vertu de la *Loi sur la Cour provinciale*, bénéficiaient d’un salaire et d’avantages sociaux équivalents à ceux des juges à temps plein. La *Loi sur la Cour provinciale* était muette sur la réduction de leur charge de travail, mais les juges surnuméraires devaient normalement remplir 40 p. 100 de la charge habituelle d’un juge à temps plein. Les juges surnuméraires en poste lors de l’entrée en vigueur de la Loi 7 devaient choisir avant le 1^{er} avril 1995 soit de prendre leur retraite soit de recommencer à siéger à temps complet. La modification était motivée par des raisons d’efficacité et de flexibilité ainsi que par des raisons économiques et financières. L’intimé R devient juge surnuméraire en 1993, mais sa charge de travail ne diminue pas beaucoup entre 1993 et son départ à la retraite. Après l’adoption de la Loi 7, il doit recommencer à siéger à temps plein. Il prend sa retraite en 1997 et demande à être inscrit au tableau des juges à la retraite. Avant l’adoption de la Loi 7, R avait organisé ses affaires financières et personnelles en fonction des conditions liées à ses fonctions de juge surnuméraire. L’intimé M devient juge surnuméraire en 1988. Jusqu’en 1990, sa charge de travail ne diminue pas beaucoup mais, par la suite, le réaménagement de ses affectations judiciaires lui permet de passer plusieurs hivers en Australie. N’ayant pas communiqué son intention de prendre sa retraite avant le 1^{er} avril 1995, M est réputé avoir repris ses fonctions de juge à temps plein. Les intimés engagent des procédures séparées plaçant l’inconstitutionnalité de la Loi 7 pour atteinte injustifiable aux composantes d’inamovibilité et de sécurité financière de l’indépendance judiciaire. Leur

that damages could be awarded and referred the question of the appropriate amount back to the trial judge. The respondents were awarded solicitor-client costs.

Held (Binnie and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be allowed in part. Bill 7 is unconstitutional.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major and Arbour JJ.: Judicial independence is essential to the achievement and proper functioning of a free, just and democratic society based on the principles of constitutionalism and the rule of law. The general test for judicial independence is to ask whether a reasonable person fully informed of all the circumstances would consider that a particular court enjoyed the necessary independent status. This requires independence in fact and a reasonable perception of independence. Only objective legal guarantees are capable of meeting this double requirement. Judicial independence has individual and institutional dimensions, and three essential characteristics: financial security, security of tenure and administrative independence. The constitutional protection of judicial independence requires the existence in fact of these essential characteristics and the maintenance of the perception that they exist. Thus, each of them must be institutionalized through appropriate legal mechanisms.

The opportunity to sit as a supernumerary was not integral to the office of a judge and eliminating that opportunity was not a removal from office. The ability to perform 40 percent of the usual duties but not to work full time should be classified as an inability to perform the duties of a judge. The elimination of the duties of supernumerary judges should be treated as a question relating to financial security. Individually, financial security requires that judges' salaries be provided for by law and that neither the executive nor the legislative branch arbitrarily encroach upon this right in a manner that affects the independence of the courts. Any measure taken by a government that affects any aspect of the remuneration conditions of judges will automatically trigger the application of the principles relating to the institutional dimension of financial security. In particular, governments have a constitutional duty to use an independent, effective and objective body for recommendations on salary reductions, increases or freezes for judges. If these recommendations are ignored, that decision must be justified, if necessary in a court of law, on the basis of a simple rationality test.

demande de dommages-intérêts est rejetée en première instance. La Cour d'appel juge qu'on peut leur accorder des dommages-intérêts et renvoie la question du montant approprié au juge de première instance. Les intimés obtiennent des dépens entre avocat et client.

Arrêt (les juges Binnie et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli en partie. La Loi 7 est inconstitutionnelle.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major et Arbour : L'indépendance judiciaire est essentielle à la réalisation et au bon fonctionnement d'une société libre, juste et démocratique, fondée sur les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit. Le test général de l'indépendance judiciaire consiste à se demander si une personne raisonnable et bien informée de toutes les circonstances considérerait qu'un tribunal donné jouit du statut d'indépendance requis. Il faut une indépendance dans les faits et une perception raisonnable d'indépendance. Seules des garanties juridiques objectives peuvent satisfaire à cette double exigence. L'indépendance judiciaire a une dimension individuelle et institutionnelle, et trois caractéristiques essentielles : la sécurité financière, l'inamovibilité et l'indépendance administrative. Sa protection constitutionnelle requiert à la fois l'existence en fait de ces caractéristiques essentielles et le maintien de la perception qu'elles existent. Ainsi chacune d'elles doit être institutionnalisée par des mécanismes juridiques appropriés.

La possibilité de siéger comme juge surnuméraire n'était pas partie intégrante de la charge de juge et son élimination n'équivalait pas à une révocation. La capacité de remplir 40 p. 100 des fonctions habituelles, mais non de travailler à temps plein, devrait être caractérisée comme une incapacité de remplir les fonctions de juge. L'élimination des fonctions de juge surnuméraire devrait être traitée comme une question relevant de la sécurité financière. Sur le plan individuel, la sécurité financière exige que le traitement des juges soit prévu par la loi et que les pouvoirs exécutif et législatif ne puissent arbitrairement empiéter sur ce droit de façon à affecter l'indépendance des tribunaux. Toute mesure gouvernementale affectant quelque aspect des conditions de rémunération des juges déclencherait automatiquement l'application des principes liés à la dimension institutionnelle de la sécurité financière. Plus particulièrement, les gouvernements ont l'obligation constitutionnelle de recourir à un organisme indépendant, efficace et objectif qui fera ses recommandations sur les réductions, augmentations et blocages des traitements des juges. Si ces recommandations sont écartées, cette décision doit être justifiée, au besoin devant une cour de justice, sur la base d'un critère de simple rationalité.

Bill 7 violates the institutional guarantees of judicial independence contained in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the Preamble to the *Constitution Act, 1867* and is therefore declared unconstitutional. The system of supernumerary judges constituted an undeniable economic benefit for judges of the Provincial Court appointed before Bill 7 came into force and for eventual candidates for the position of judge in the court. There is no distinction in principle between a straight salary cut and the elimination of offices that offer a clear economic benefit since both raise controversial questions of public policy and resource allocation and raise the possibility of financial manipulation. By failing to refer the question of the elimination of the office of supernumerary judge to an independent, effective and objective body, the New Brunswick government breached a fundamental duty. The lack of a grandfather clause in favour of the supernumerary judges in office and the judges of the Provincial Court appointed before Bill 7 came into force aggravates the violation.

Since the appellant did not adduce any evidence tending to show that Bill 7's constitutional shortcomings were justified under s. 1 of the *Charter*, Bill 7 must therefore be declared invalid even though the New Brunswick government was pursuing a perfectly legitimate purpose in trying to make certain changes to the organization of its judiciary. The declaration of invalidity applies to both the elimination of the office of supernumerary judge and its replacement by the panel of judges. Except with respect to the respondents, the declaration is suspended for six months from the date of judgment. Although the directives issued by this Court in the *Provincial Court Judges Reference* did not acquire their full effect until September 18, 1998, the respondents instituted their proceedings before that decision was rendered. It would be unjust if they were not allowed to take advantage of the finding of unconstitutionality due to the sequence of events.

The respondents' claim for damages is dismissed. An action for damages brought under s. 24(1) of the *Charter* cannot normally be combined with an action for a declaration of invalidity based on s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In this case, the New Brunswick government did not display negligence, bad faith or wilful blindness with respect to its constitutional obligations. Nor was the Minister of Justice's failure to keep his promise to refer Bill 7 to the Law Amendments Committee an instance of bad faith that justified the damage awards.

La Loi 7 est déclarée inconstitutionnelle comme portant atteinte aux garanties institutionnelles d'indépendance judiciaire contenues à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le système de juges surnuméraires était un avantage économique indéniable pour les juges de la Cour provinciale nommés avant l'entrée en vigueur de la Loi 7 et pour d'éventuels candidats au poste de juge de cette cour. Il n'y a pas de distinction de principe entre une réduction de salaire pure et simple et l'élimination de postes présentant un avantage économique clair puisque les deux suscitent des questions controversées d'intérêt public et de répartition des ressources, et font naître une possibilité de manipulation financière. En omettant de renvoyer la question de l'élimination du poste de juge surnuméraire à un organisme indépendant, efficace et objectif, le gouvernement du Nouveau-Brunswick a manqué à une obligation fondamentale. L'absence de clause de droits acquis en faveur des juges surnuméraires en fonction et des juges de la Cour provinciale nommés avant l'entrée en vigueur de la Loi 7 aggrave la violation.

Puisque l'appelante n'a présenté aucune preuve qui tende à justifier en vertu de l'article premier de la *Charte* les manquements constitutionnels de la Loi 7, la Loi 7 doit être déclarée invalide même si le gouvernement du Nouveau-Brunswick poursuivait une fin parfaitement légitime en voulant apporter certaines modifications à son organisation judiciaire. La déclaration d'invalidité vise à la fois l'élimination du poste de juge surnuméraire et son remplacement par un tableau de juges. Sauf en ce qui concerne les intimés, la déclaration d'inconstitutionnalité est suspendue pour une période de six mois à partir de la date du jugement. Bien que les directives données par la Cour dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* n'aient pris plein effet que le 18 septembre 1998, les intimés ont engagé les procédures judiciaires avant cette décision. Il serait injuste de ne pas leur permettre de profiter de la conclusion d'inconstitutionnalité en raison de cette séquence des événements.

La demande des intimés en dommages-intérêts est rejetée. Une action en dommages-intérêts en vertu de par. 24(1) de la *Charte* ne peut normalement être jumelée à une action en déclaration d'invalidité fondée sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En l'espèce, le gouvernement du Nouveau-Brunswick n'a pas fait preuve de négligence, de mauvaise foi ou d'aveuglement volontaire à l'égard de ses obligations constitutionnelles. Le non-respect par le ministre de la Justice de sa promesse de soumettre le projet de Loi 7 au Comité de modification des lois n'était pas non plus un acte de mauvaise foi justifiant des dommages-intérêts.

The respondents are to have their costs throughout, on a party-and-party basis. Solicitor-client costs are not appropriate in this case.

Per Binnie and LeBel JJ. (dissenting): The Provincial Court judges in New Brunswick who elected supernumerary status did not enjoy a constitutional right to work only 40 percent of the time in exchange for 100 percent of the salary of a full-time judge.

The essential guarantees of judicial independence, including financial security, are intended for the benefit of the judges, not the judged.

Although the majority's statement of the broad principles of judicial independence was agreed with, the respondents' expectation of a reduced workload was neither spelled out in the Act nor otherwise put in a legally enforceable form. The workload varied dramatically from region to region and the bare concept of a "reduced" workload is too elastic to provide a manageable constitutional standard. The legislature was clearly not prepared to guarantee any fixed and defined benefit, or indeed any benefit at all. The doctrine of judicial independence does not protect "understandings" about specific financial benefits that are pointedly not written into the governing legislation. As the Provincial Court judges were given no guarantee in the Act, the anticipated reduced workload attaching to supernumerary status formed no part of the constitutional guarantee of judicial independence. Supernumerary status was a wholly discretionary potential benefit voluntarily conferred on the judges by the legislature, and its repeal could not and did not undermine the Provincial Court's institutional independence.

Even if the respondents could establish all of the elements of the administrative law doctrine of legitimate expectation, it would not be of assistance since the doctrine does not apply to a body exercising purely legislative functions. Nor can it operate to entitle the respondents to a substantive as opposed to procedural remedy. Furthermore the constitutional requirement of an independent, effective and objective process mandated by the *Provincial Court Judges Reference* was not elaborated by this Court until two years after the amendments in issue here.

Cases Cited

By Gonthier J.

Applied: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3;

Les intimés ont droit aux dépens entre parties dans toutes les cours. En l'espèce, il n'est pas approprié d'accorder de dépens entre avocat et client.

Les juges Binnie et LeBel (dissidents) : Les juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick qui ont choisi de devenir surnuméraires ne jouissaient d'aucun droit constitutionnel de ne travailler que 40 p. 100 du temps en contrepartie d'une rémunération de juge à temps plein.

Les garanties essentielles de l'indépendance judiciaire, dont la sécurité financière, ont été établies au profit des justiciables et non des juges.

Même si l'exposé des principes généraux de l'indépendance judiciaire présenté par les juges majoritaires est accepté, l'expectative des intimés d'une réduction de la charge de travail n'était ni inscrite dans la Loi ni autrement prescrite sous une forme légalement exécutoire. La charge de travail variait considérablement entre les régions et le simple concept de « réduction » de charge de travail est trop extensible pour être une norme constitutionnelle utilisable. Il est évident que la législature n'était pas disposée à garantir un avantage fixe et défini, ou en fait un avantage quelconque. Le principe de l'indépendance judiciaire ne protège pas des « ententes » sur des avantages financiers précis qui sont précisément omis dans la loi applicable. Puisque la Loi ne donnait aux juges de la Cour provinciale aucune garantie, la réduction prévue de la charge de travail attachée au statut de surnuméraire ne faisait pas partie de la garantie constitutionnelle d'indépendance judiciaire. Le statut de surnuméraire était un avantage potentiel discrétionnaire conféré volontairement aux juges par la législature; son abrogation ne pouvait pas miner l'indépendance institutionnelle de la Cour provinciale et ne l'a pas fait.

Même si les intimés pouvaient établir tous les éléments de la théorie de droit administratif relative à l'expectative légitime, cela n'appuierait pas leur contestation puisque la théorie ne s'applique pas à un organe qui exerce des fonctions purement législatives. Elle ne permet pas non plus aux intimés d'avoir droit à une réparation substantielle par opposition à une réparation procédurale. Par ailleurs, la Cour n'a élaboré l'exigence constitutionnelle d'un processus indépendant, efficace et objectif dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* que deux ans après les modifications contestées en l'espèce.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts appliqués : *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*,

referred to: *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *British Columbia (Provincial Court Judge) v. British Columbia* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 289; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3; *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges v. Newfoundland* (2000), 191 D.L.R. (4th) 225; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42; *Crown Trust Co. v. The Queen in Right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3.

By Binnie J. (dissenting)

Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, [1997] 3 S.C.R. 3; *R. v. McCully*, N.B. Prov. Ct. (Moncton), February 13, 1996; *R. v. Woods* (1996), 179 N.B.R. (2d) 153; *R. v. Lapointe*, [1997] N.B.J. No. 57 (QL); *R. v. Leblanc* (1997), 190 N.B.R. (2d) 70; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

Statutes and Regulations Cited

Act to Amend the Provincial Court Act, S.N.B. 1995, c. 6, ss. 1, 2, 3, 9.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2, 7 to 14, 11(d), 24.
Constitution Act, 1867, Preamble, ss. 91, 92, 92(14).
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52.
Provincial Court Act, R.S.N.B. 1973, c. P-21 [am. 1987, c. 45], ss. 1 “judge”, 2(1), 3.1 [ad. 1996, c. 54, s. 1], 4.1 [am. 1988, c. 37, s. 1], 4.2, 6, 6.1 to 6.13, 8(1), 14(2), 22.01 *et seq.*
Young Offenders Act, R.S.C. 1985, c. Y-1.

[1997] 3 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *British Columbia (Provincial Court Judge) c. British Columbia* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 289; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3; *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges c. Newfoundland* (2000), 191 D.L.R. (4th) 225; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42; *Crown Trust Co. c. The Queen in Right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3; *R. c. McCully*, C. prov. N.-B. (Moncton), 13 février 1996; *R. c. Woods* (1996), 179 R.N.-B. (2^e) 153; *R. c. Lapointe*, [1997] A.N.-B. n^o 57 (QL); *R. c. Leblanc* (1997), 190 R.N.-B. (2^e) 70; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Ridge c. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Assoc. des résidents du vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

Loi et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2, 7 à 14, 11d), 24.
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 91, 92, 92(14).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52.
Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale, L.N.-B. 1995, ch. 6, art. 1, 2, 3, 9.
Loi sur la Cour provinciale, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21 [mod. 1987, ch. 45], art. 1 « juge », 2(1), 3.1 [aj. 1996, c. 54, art. 1], 4.1 [am. 1988, ch. 37, art. 1], 4.2, 6, 6.1 à 6.13, 8(1), 14(2), 22.01 *et suiv.*
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. 1985, ch. Y-1.

Authors Cited

- Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*, vol. 3. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1958.
- Dussault, René, and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed., vol. 5. Toronto: Carswell, 1990.
- Friedland, Martin Lawrence. *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*. Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*. Toronto: Carswell, 1977.
- Shetreet, Shimon. “Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges”, in Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 590.
- Universal Declaration on the Independence of Justice*, in Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 447.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1999), 40 C.P.C. (4th) 107, 23 C.C.P.B. 1, [1999] N.B.J. No. 544 (QL), allowing the respondent Mackin’s appeal and dismissing the province’s cross-appeal from a judgment of the Court of Queen’s Bench (1998), 202 N.B.R. (2d) 324, 516 A.P.R. 324, 18 C.C.P.B. 30, 21 C.P.C. (4th) 29, [1998] N.B.J. No. 267 (QL). Appeal allowed in part, Binnie and LeBel JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1999), 235 N.B.R. (2d) 1, 607 A.P.R. 1, 181 D.L.R. (4th) 643, 39 C.P.C. (4th) 195, 22 C.C.P.B. 249, [1999] N.B.J. No. 543 (QL), allowing the respondent Rice’s appeal and dismissing the province’s cross-appeal from a judgment of the Court of Queen’s Bench, [1998] N.B.J. No. 266 (QL). Appeal allowed in part, Binnie and LeBel JJ. dissenting.

Brian A. Crane, Q.C., Bruce Judah, Q.C., and Ritu Gambhir, for the appellant.

J. Brent Melanson, for the respondent Mackin.

J. Gordon Petrie, Q.C., and James M. Petrie, for the respondent Rice.

Doctrine citée

- Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*, vol. 3. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1958.
- Déclaration universelle sur l’indépendance de la justice*, dans Shimon Shetreet et Jules Deschênes, dir., *Judicial Independence : The Contemporary Debate*. Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 462.
- Dussault, René, et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, 2^e éd., t. III. Québec : Presses de l’Université Laval, 1989.
- Friedland, Martin Lawrence. *Une place à part : l’indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*. Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1995.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*. Toronto : Carswell, 1977.
- Shetreet, Shimon. « Judicial Independence : New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges », in Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., *Judicial Independence : The Contemporary Debate*. Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 590.

POURVOI contre un jugement de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (1999), 40 C.P.C. (4th) 107, 23 C.C.P.B. 1, [1999] A.N.-B. n° 544 (QL), qui a accueilli l’appel de l’intimé Mackin et rejeté l’appel incident de la province contre un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1998), 202 R.N.-B. (2^e) 324, 516 A.P.R. 324, 18 C.C.P.B. 30, 21 C.P.C. (4th) 29, [1998] A.N.-B. n° 267 (QL). Pourvoi accueilli en partie, les juges Binnie et LeBel sont dissidents.

POURVOI contre un jugement de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (1999), 235 R.N.-B. (2^e) 1, 607 A.P.R. 1, 181 D.L.R. (4th) 643, 39 C.P.C. (4th) 195, 22 C.C.P.B. 249, [1999] A.N.-B. n° 543 (QL), qui a accueilli l’appel de l’intimé Rice et rejeté l’appel incident de la province contre un jugement de la Cour du Banc de la Reine, [1998] A.N.-B. n° 266 (QL). Pourvoi accueilli en partie, les juges Binnie et LeBel sont dissidents.

Brian A. Crane, c.r., Bruce Judah, c.r., et Ritu Gambhir, pour l’appelante.

J. Brent Melanson, pour l’intimé Mackin.

J. Gordon Petrie, c.r., et James M. Petrie, pour l’intimé Rice.

Graham R. Garton, Q.C., and Karen Cuddy, for the intervener the Attorney General of Canada.

Lori Sterling and Sean Hanley, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Monique Rousseau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Deborah Carlson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

George H. Copley, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Graeme G. Mitchell, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Robert C. Maybank, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Leigh D. Crestohl, for the intervener the Canadian Judges Conference.

Robert D. Tonn, for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major and Arbour JJ. was delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

¹ This appeal primarily raises the issue of whether the abolition by the legislature of the position of supernumerary judge of the Provincial Court of New Brunswick contravenes the constitutional guarantees of judicial independence in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and in the Preamble to the *Constitution Act, 1867*. The incidental issues that arise are whether the respondent judges should be awarded damages and whether costs should be ordered on a solicitor-client basis.

II. Facts

² The Provincial Court of New Brunswick was established in 1973 by the *Provincial Court Act*,

Graham R. Garton, c.r., et Karen Cuddy, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Lori Sterling et Sean Hanley, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Monique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Deborah Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

George H. Copley, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Graeme G. Mitchell, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Robert C. Maybank, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Leigh D. Crestohl, pour l'intervenante la Conférence canadienne des juges.

Robert D. Tonn, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges de cours provinciales.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major et Arbour rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

Le présent appel soulève principalement la question de savoir si l'abolition législative du poste de juge surnuméraire à la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick contrevient aux garanties constitutionnelles d'indépendance judiciaire conférées par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Se posent incidemment les questions de l'opportunité d'octroyer des dommages-intérêts aux juges intimés et des dépens entre avocat et client.

II. Les faits

La Cour provinciale du Nouveau-Brunswick est constituée en 1973 par la *Loi sur la Cour provinciale*,

R.S.N.B. 1973, c. P-21. Section 8(1) of the Act provides that “[e]ach judge is hereby constituted a court of record and, throughout the Province, has all the powers, authority, criminal jurisdiction and quasi-criminal jurisdiction vested in a police magistrate or in two or more justices of the peace sitting and acting together, under any law or statute in force in the Province”. It accordingly has substantial criminal jurisdiction. The court is also the youth court designated by the province for the purposes of the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1. Section 6 of the *Provincial Court Act* provides that a “judge holds office during good behaviour and may be removed from office only for misconduct, neglect of duty or inability to perform his duties”. Section 4.2 provides that a “judge shall retire at the age of 75 years”. Finally, s. 3.1 states that “[a] judge shall have the same protection and privileges as are conferred upon judges of The Court of Queen’s Bench of New Brunswick, for any act done or omitted in the execution of his or her duty”.

On January 1, 1988, the *Act to Amend the Provincial Court Act*, S.N.B. 1987, c. 45, the purpose of which was to create the office of supernumerary judge and to eliminate that of deputy judge, came into force. A judge of the Provincial Court could thereby elect to sit as a supernumerary judge if he or she met the following conditions: (i) he or she had reached the age of 65 years and had accumulated 15 years of service; or (ii) he or she had reached the age of 60 years and had accumulated 25 years of service; or, finally, (iii) he or she had reached the age of 70 years and had accumulated 10 years of service. Thus, as the conditions of eligibility for the office of supernumerary judge fully reflected the conditions of eligibility for payment of a retirement pension equivalent to 60 percent of the full salary, an additional choice was given to the judges of the Provincial Court who satisfied these conditions. They could then: retire and receive their pension; continue to sit as a full-time judge; or sit as a supernumerary judge. Section 4.1(5) of the *Provincial Court Act* provided that a supernumerary judge was to remain available in order to perform the duties assigned to him or her “from time to time” by the Chief Judge. It was understood by everyone,

L.R.N.-B. 1973, ch. P-21. Le paragraphe 8(1) de la Loi prescrit que « chacun [de ses] juges constitue une cour d’archives et a, dans toute la province, les pouvoirs, l’autorité et la compétence pénale et quasi-pénale, d’un magistrat de police ou de deux juges de paix ou plus, siégeant et agissant ensemble, en vertu de toute loi ou règle de droit en vigueur dans la province ». Elle est donc investie d’une importante compétence pénale. La cour est également le tribunal pour adolescents désigné par la province aux fins de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1. L’article 6 de la *Loi sur la Cour provinciale* énonce qu’« un juge reste en fonction tant qu’il en est digne et ne peut en être démis que pour inconduite, négligence de ses devoirs ou inaptitude d’exercer ses fonctions ». L’article 4.2 porte qu’un juge doit prendre sa retraite à l’âge de 75 ans. Enfin, l’article 3.1 déclare qu’un juge jouit de la même immunité et des mêmes privilèges que les juges de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, pour tout acte fait ou omis dans l’exécution de ses devoirs.

Le 1^{er} janvier 1988 entre en vigueur la *Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale*, L.N.-B. 1987, ch. 45, qui a notamment pour objet la création des fonctions de juge surnuméraire et l’élimination de celles de juge adjoint. Un juge de la Cour provinciale peut alors choisir de siéger comme juge surnuméraire dans les cas suivants : (i) il a atteint l’âge de 65 ans et a accumulé 15 ans de service; ou (ii) il a atteint l’âge de 60 ans et a accumulé 25 ans de service; ou, enfin, (iii) il a atteint l’âge de 70 ans et a accumulé 10 ans de service. Comme ces conditions d’admissibilité au poste de juge surnuméraire correspondent exactement aux conditions d’admissibilité au paiement d’une pension de retraite équivalant à 60 p. 100 du plein traitement, elles offrent un choix supplémentaire aux juges de la Cour provinciale qui remplissent ces conditions. Ils peuvent alors soit prendre leur retraite et toucher leur pension, soit continuer à siéger comme juge à temps plein, soit siéger comme juge surnuméraire. Le paragraphe 4.1(5) de la *Loi sur la Cour provinciale* dit qu’un juge surnuméraire doit demeurer disponible afin de remplir les tâches qui lui sont assignées « à l’occasion » par le juge en chef. Il est toutefois entendu par tous qu’un juge surnuméraire de la Cour

however, that while a supernumerary judge of the Provincial Court received a salary and fringe benefits equivalent to those given to judges sitting full time, he or she was in practice asked to take on only about 40 percent of the usual workload of a full-time judge.

4 On April 1, 1995, ss. 1 through 8 of the *Act to Amend the Provincial Court Act*, S.N.B. 1995, c. 6 (also called “Bill 7”), came into force. Section 2 provided for the straight abolition of the system of supernumerary judges and s. 3 provided for its replacement by a panel of retired judges sitting at the request of the Chief Judge or the Associate Chief Judge and paid on a *per diem* basis. Also, the supernumerary judges then in office were faced with a choice of retiring or beginning to sit full time again (s. 9(1)). They were required to give notice to the government of their decision before April 1, 1995. The legislation did not contain a so-called “grandfather” clause that would have allowed the supernumerary judges in office at that time as well as the other judges of the Provincial Court appointed before Bill 7 came into force to retain the privileges conferred upon them by law. According to the appellant, the government’s decision to abolish the position of supernumerary judge was made for reasons of efficiency and flexibility as well as for economic and financial reasons. Thus, in its plea, it stated that “[t]he repeal of the supernumerary provisions by Bill 7 was a legislative initiative undertaken in the context of overall public fiscal restraint and a reasonable attempt to improve the utilization of resources and cost effectiveness in the administration of the Provincial Court”.

5 The respondent Judge Douglas E. Rice joined the provincial judiciary on August 16, 1971. On July 2, 1992, upon reaching the age of 65 years and after sitting for more than 15 years, he was entitled to retire and to receive his pension. Rather than doing so, he decided to exercise his right to sit as a supernumerary judge, which he did starting on April 30, 1993. On April 2, 1995, after Bill 7 became law, he was forced, against his will, to return to a full-time judicial office. He finally retired on October 15, 1997 and asked to be placed on the new panel of judges paid on a *per diem* basis starting on December 4 of

provinciale, s’il bénéficie d’un salaire et d’avantages sociaux équivalents à ceux d’un juge à temps plein, n’est en pratique appelé à remplir qu’environ 40 p. 100 de la charge de travail normale à temps plein.

Le 1^{er} avril 1995 entrent en vigueur les art. 1 à 8 de la *Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale*, L.N.-B. 1995, ch. 6 (« Loi 7 »). L’article 2 prévoit l’abolition pure et simple du système de juges surnuméraires et l’art. 3 son remplacement par un tableau de juges à la retraite, siégeant sur demande du juge en chef ou du juge en chef adjoint et rémunérés sur une base journalière. De plus, les juges surnuméraires alors en poste doivent choisir soit de prendre leur retraite soit de recommencer à siéger à temps complet (par. 9(1)). Leur décision doit être communiquée au gouvernement avant le 1^{er} avril 1995. La législation ne contient pas de clause dite « de droits acquis », qui permettrait aux juges surnuméraires alors en poste ainsi qu’aux autres juges de la Cour provinciale nommés avant l’entrée en vigueur de la Loi 7 de conserver les privilèges qui leur avaient été conférés par la loi. Selon l’appelante, la décision du gouvernement d’abolir le poste de juge surnuméraire était motivée par des raisons d’efficacité et de flexibilité, ainsi que par des raisons économiques et financières. Son argumentation était que [TRADUCTION] « l’abrogation des dispositions de la Loi 7 relatives aux juges surnuméraires était une initiative législative prise dans le contexte de mesures générales de réduction des dépenses publiques et une tentative raisonnable d’améliorer l’utilisation des ressources et l’efficacité financière de l’administration de la Cour provinciale ».

Le juge Douglas E. Rice, intimé, accède à la magistrature provinciale le 16 août 1971. Le 2 juillet 1992, ayant atteint l’âge de 65 ans et exercé les fonctions de juge durant plus de 15 ans, il est en droit de prendre sa retraite et de recevoir sa pension. Au lieu de cela, il décide d’exercer son droit de siéger comme juge surnuméraire, ce qu’il fait à partir du 30 avril 1993. Le 2 avril 1995, après l’adoption de la Loi 7, il doit, contre son gré, recommencer à siéger à temps plein. Il prend finalement sa retraite le 15 octobre 1997 et demande à être inscrit au nouveau tableau de juges rémunérés sur une base journalière

that year. In his written submissions, Judge Rice mentioned that he had organized his financial and personal affairs in light of the conditions applying to his duties as a supernumerary judge.

The respondent Judge Ian P. Mackin joined the provincial judiciary on October 17, 1962. On October 17, 1987, upon reaching the age of 60 years and after accumulating more than 25 years of service, he acquired the right to receive his pension. Nevertheless, on August 15, 1988, he decided, like Judge Rice, to sit as a supernumerary judge. It appears that this reorganization of his judicial duties enabled him to plan the use of his time in such a way that he was able to spend several winters in Australia. Since he did not express his intentions following the enactment of Bill 7, Judge Mackin was deemed, in accordance with s. 9(1) of the Act, to have resumed his duties as a full-time judge. He still held this office as at the date of the hearing before this Court.

Following the coming into force of Bill 7, the two respondents instituted separate proceedings in the New Brunswick courts. Judge Mackin officially informed the government of his intention to bring legal proceedings on April 25, 1995, while Judge Rice submitted his written pleadings on June 24, 1997. The respondents challenged the constitutionality of the legislation abolishing the position of supernumerary judge, arguing that it affected the components of tenure and financial security that form part of judicial independence. Damages and payment of solicitor-client costs were also claimed. In this Court, both cases were joined and argued at the same time.

III. Judgments Under Appeal

A. *New Brunswick Court of Queen's Bench*

- (1) *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)* (1998), 202 N.B.R. (2d) 324

Deschênes J. began by noting the three essential conditions (financial security, security of tenure and administrative independence) and the two

à partir du 4 décembre suivant. Dans sa plaidoirie écrite, le juge Rice mentionne qu'il a organisé ses affaires financières et personnelles en fonction des conditions liées à ses fonctions de juge surnuméraire.

Le juge Ian P. Mackin, intimé, accède à la magistrature provinciale le 17 octobre 1962. Le 17 octobre 1987, ayant atteint l'âge de 60 ans et plus de 25 ans de service, il acquiert le droit de toucher sa pension. Néanmoins, le 15 août 1988, il décide, comme le juge Rice, de siéger comme juge surnuméraire. Il appert que ce réaménagement de ses fonctions judiciaires lui a permis de planifier son emploi du temps de façon à passer plusieurs hivers en Australie. N'ayant pas communiqué ses intentions après l'adoption de la Loi 7, le juge Mackin était réputé, conformément au par. 9(1) de cette loi, avoir repris ses fonctions de juge à temps plein. Il occupait toujours ces fonctions à la date de l'audience devant notre Cour.

Dans le sillage de l'entrée en vigueur de la Loi 7, les deux intimés engagent des procédures séparées devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick. Le juge Mackin communique officiellement au gouvernement son intention d'entamer des procédures judiciaires le 25 avril 1995, tandis que le juge Rice produit sa plaidoirie écrite le 24 juin 1997. Les intimés mettent notamment en cause la constitutionnalité de la législation abolissant le poste de juge surnuméraire, plaidant qu'elle porte atteinte aux composantes d'inamovibilité et de sécurité financière propres à l'indépendance judiciaire. Ils demandent aussi des dommages-intérêts et le paiement de dépens entre avocat et client. Devant notre Cour, les deux dossiers sont joints et plaidés simultanément.

III. Les décisions antérieures

A. *Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick*

- (1) *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)* (1998), 202 R.N.-B. (2^e) 324

Le juge Deschênes rappelle d'abord les trois conditions essentielles (la sécurité financière, l'inamovibilité et l'indépendance administrative) ainsi que

6

7

8

dimensions (individual and institutional) of judicial independence as set out by this Court in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, and in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*Provincial Court Judges Reference*”), in particular. He also mentioned that the judges, whether appointed before or after the creation of the position of supernumerary judge, had definitely developed certain expectations because of the existence of the position. Thus, they were able to plan their professional and financial future accordingly and the facts show that some of them acted in this way. He therefore concluded that, like their pension plan, the existence of the position of supernumerary judge constituted a genuine financial benefit for the judges of the Provincial Court.

9

On the other hand, he was of the opinion that the office of supernumerary judge also had elements that related to the condition of security of tenure, especially in the sense that a supernumerary judge continued to enjoy the same financial benefits as a full-time judge and was forced to take mandatory retirement at the age of 75. On the basis of the test developed in *Valente*, *supra*, at p. 698 — namely, that security of tenure requires “tenure . . . that is secure against interference by the Executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner” —, Deschênes J. considered, however, that the legislative abolition of the position of supernumerary judge was not equivalent, strictly speaking, to a dismissal of the supernumerary judges then in office. Consequently, the individual dimension of the condition of security of tenure had not been infringed. However, he added that in terms of both security of tenure and financial security, the issue was institutional in nature rather than individual. Thus, it is not so much the content of the impugned legislation as the process surrounding its enactment that was constitutionally dubious.

10

Starting with the finding that the office of supernumerary judge constituted a financial benefit for the judges of the Provincial Court, Deschênes J. was of the view that the Legislative Assembly of New Brunswick should have submitted its decision to abolish this position to an independent, effective and

les deux dimensions (individuelle et institutionnelle) de l’indépendance de la magistrature, telles qu’exposées par notre Cour, notamment dans *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, et le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* »). Il mentionne ensuite que les juges nommés tant avant qu’après la création du poste de juge surnuméraire avaient certainement fondé certaines attentes sur son existence. Aussi pouvaient-ils planifier leur avenir professionnel et financier en conséquence, et les faits démontrent que certains l’ont fait. Il conclut donc qu’au même titre que leur régime de pension, l’existence du poste de juge surnuméraire constituait un important avantage financier pour les juges de la Cour provinciale.

D’autre part, il est d’avis que le statut de juge surnuméraire comportait aussi des éléments liés à l’inamovibilité, notamment en ce qu’un juge surnuméraire continuait de bénéficier des mêmes avantages financiers qu’un juge à temps plein et qu’il était soumis à la retraite obligatoire à l’âge de 75 ans. Le juge Deschênes, se fondant sur le critère élaboré dans *Valente*, p. 698, selon lequel l’inamovibilité requiert « que la charge soit à l’abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l’exécutif ou de l’autorité responsable des nominations », considère cependant que l’abolition par la législature du statut de surnuméraire n’équivalait pas à proprement parler à une révocation des juges surnuméraires alors en fonction. Par conséquent, la dimension individuelle de la condition d’inamovibilité n’avait pas été atteinte. Cependant, il ajoute que, tant pour l’inamovibilité que pour la sécurité financière, la question se situe au niveau institutionnel plutôt qu’individuel. Aussi n’est-ce pas tant le contenu de la législation contestée que le processus de son adoption qui est constitutionnellement douteux.

Ayant conclu que le poste de juge surnuméraire constituait un avantage financier pour les juges de la Cour provinciale, le juge Deschênes est d’avis que la législature du Nouveau-Brunswick devait soumettre sa décision d’abolir ce poste à une commission indépendante, efficace et objective conformément à

objective commission in accordance with what was prescribed in the *Provincial Court Judges Reference*. In fact, the decision was political in nature in two respects. First, it was informed by classic objectives of general public policy: spending cuts and a more efficient administration of justice. It also raised the spectre of interference by the legislative branch in the independence of the judiciary by means of financial manipulation. As a result, approval by a commission became necessary in order to ensure that the judiciary would not let itself — or appear to let itself — be dragged onto the political stage and at the same time jeopardize its independence. In fact, if the situation were otherwise, a reasonable person informed of all the circumstances would conclude that there was an insufficient degree of independence.

Moreover, Deschênes J. was of the opinion that this violation of the constitutional guarantees of independence could not be justified under s. 1 of the *Charter*. Because the violation consisted of a failure to refer the matter to an independent, effective and objective commission, this failure itself must be demonstrably justified. The government merely raised a defence of the reasonably justified nature of the legislation. Whether the legislation was justified or not, Deschênes J. felt that the amendment had been made arbitrarily without any real consultation with the judges affected. Finally, he mentioned that the lack of a grandfather clause was unfair to the judges of the Provincial Court generally, on the one hand, and even more unfair to those judges who sat as supernumeraries, on the other.

Consequently, Deschênes J. declared that s. 2 of the *Act to Amend the Provincial Court Act* was unconstitutional, ordered that the question of the abolition of the office of supernumerary judge be referred immediately to the existing salary commission and suspended the declaration of unconstitutionality until the commission had issued a report on the question.

On the other hand, Deschênes J. refused to award damages to Judge Mackin for the violation of judicial independence by the provincial legislature. First, he noted that s. 24(1) of the *Charter* did not apply because Judge Mackin had not been the

ce que prescrit le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*. En effet, cette décision était de nature politique, et ce à deux égards. D'abord elle visait des objectifs classiques de politique générale d'intérêt public : la réduction des dépenses et une meilleure efficacité de l'administration de la justice. Ensuite, elle évoquait le spectre de l'ingérence du pouvoir législatif dans l'indépendance de la magistrature par le biais de la manipulation financière. De ce fait, le passage par une commission devenait nécessaire afin d'éviter que le judiciaire ne se laisse — ou ne paraisse se laisser — entraîner sur la scène politique et ne mette du même coup son indépendance en péril. En effet, s'il en était autrement, une personne raisonnable informée de toutes les circonstances conclurait à un degré insuffisant d'indépendance.

Par ailleurs, le juge Deschênes est d'avis que cette atteinte aux garanties constitutionnelles d'indépendance ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Puisque l'atteinte consiste à ne pas avoir eu recours à une commission indépendante, efficace et objective, c'est cette omission qui doit être raisonnablement justifiée. Le gouvernement s'est contenté d'invoquer en défense le caractère raisonnablement justifié de la législation. Que la loi soit justifiée ou non, le juge Deschênes considère que la modification a été faite de manière arbitraire, sans véritable consultation des juges affectés. Enfin, il mentionne que l'absence d'une clause de droits acquis était injuste pour l'ensemble des juges de la Cour provinciale et encore plus injuste pour les juges surnuméraires.

Par conséquent, le juge Deschênes déclare inconstitutionnel l'art. 2 de la *Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale*, ordonne que la question de l'abolition du poste de juge surnuméraire soit immédiatement soumise à la commission de la rémunération existante, et suspend la déclaration d'inconstitutionnalité jusqu'au dépôt de son rapport sur la question.

Par ailleurs, le juge Deschênes refuse d'accorder des dommages-intérêts au juge Mackin pour l'atteinte portée à l'indépendance judiciaire par la législature provinciale. D'abord, il souligne que le par. 24(1) de la *Charte* est inapplicable, parce que

11

12

13

victim of a violation or infringement of his rights or freedoms protected by the *Charter*. Second, the general rule of public law, as set out in *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347, states that damages will not be awarded for the enactment of legislation that is subsequently declared to be unconstitutional, except in the event of bad faith or other wrongful conduct on the part of government institutions.

14 Finally, on the question of costs, Deschênes J. stated that notwithstanding the use of disputed means, Judge Mackin was advancing the legitimate cause of protecting the independence of the judiciary and that he had been partially vindicated in this regard. He accordingly ordered that he be reimbursed for his costs on a party-and-party basis.

(2) *Rice v. New Brunswick*, [1998] N.B.J. No. 226 (QL)

15 Deschênes J. applied the same reasoning to the situation of Judge Rice. He also rejected Judge Rice's argument to the effect that the legislation abolishing the office of supernumerary had been enacted for ulterior or wrongful reasons.

B. *New Brunswick Court of Appeal*

(1) *Rice v. New Brunswick* (1999), 235 N.B.R. (2d) 1

(a) *Ryan J.A.*

16 Ryan J.A. viewed the actions of the provincial government as a violation of the concept of judicial independence. He began by finding that the office of supernumerary judge was a genuinely separate judicial office as opposed to a mere status or position. He then expressed the view that the elimination of the position of supernumerary judge had violated both the condition of financial security and that of security of tenure.

17 According to Ryan J.A., financial security was violated in both its individual and institutional dimensions. With respect to judges who were performing supernumerary duties at the time, their

le juge Mackin n'a pas été victime d'une violation ou d'une négation de ses droits ou libertés garantis par la *Charte*. Ensuite, la règle générale de droit public énoncée dans *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, dit qu'il n'y a pas lieu d'accorder des dommages-intérêts en raison de l'adoption d'une loi subséquemment déclarée inconstitutionnelle, sauf en cas de mauvaise foi ou autre conduite fautive de la part des institutions gouvernementales.

Enfin, sur la question des dépens, le juge Deschênes mentionne que, malgré l'utilisation de moyens contestés, le juge Mackin poursuivait la cause légitime de la protection de l'indépendance judiciaire et que raison lui a partiellement été donnée à cet égard. Il ordonne donc que ses dépens lui soient remboursés sur la base des frais entre parties.

(2) *Rice c. Nouveau-Brunswick*, [1998] A.N.-B. n° 226 (QL)

Le juge Deschênes applique le même raisonnement à la situation du juge Rice. Il rejette aussi son argument selon lequel la législation abolissant le poste de surnuméraire aurait été adoptée pour des motifs détournés ou fautifs.

B. *Cour d'appel du Nouveau-Brunswick*

(1) *Rice c. Nouveau-Brunswick* (1999), 235 R.N.-B. (2^e) 1

(a) *Le juge Ryan*

Le juge Ryan voit dans les agissements du gouvernement provincial une atteinte à la notion d'indépendance judiciaire. Il commence par déclarer que le poste de juge surnuméraire constitue une véritable charge judiciaire distincte par opposition à un simple « statut » ou « poste ». Il exprime ensuite l'opinion que l'élimination du poste de juge surnuméraire a atteint à la fois la condition de sécurité financière et celle d'inamovibilité.

Selon le juge Ryan, la sécurité financière a été atteinte tant dans sa dimension individuelle qu'institutionnelle. Dans le cas des juges surnuméraires en poste, la sécurité financière a été touchée dans

financial security was affected in its individual dimension whereas in respect of the other judges of the Provincial Court, it was affected in its institutional dimension. He also concluded that there was in fact political interference as a result of financial manipulation. By contrast, he asserted that the guarantee of security of tenure was affected only in its individual dimension because, for the supernumerary judges in office at that time, the abolition of their positions was equivalent to an arbitrary and premature removal.

Since there was a violation of financial security, Ryan J.A. agreed with the trial judge in stating that the case should at the very least have been submitted to an independent, effective and objective commission. However, given his further findings concerning the violation of the condition of security of tenure, he felt that a referral to the existing commission would not be sufficient and that the Act quite simply had to be declared invalid. In any event, he added that the jurisdiction of this commission — which was limited to examining salaries, pension, vacation and sick leave benefits (s. 22.03(1) of the *Provincial Court Act*) — did not extend to the question of the abolition of the position of supernumerary judge.

Moreover, Ryan J.A. felt that the legislation could not be justified under s. 1. First, he maintained that judicial independence went beyond the provisions of the *Charter* and that an attack on an institution that was so fundamental to the Canadian constitutional system was well and truly unjustifiable. He then referred to the arbitrary and unfair nature of the government's actions. Finally, he noted that the lack of a grandfather clause for the benefit of the supernumerary judges and the other judges of the Provincial Court precluded any claim that the violation of judicial independence was minimal.

Concerning the awarding of damages, Ryan J.A. noted that the case related to an exceptional situation involving a veritable attack by the legislative and executive branches against the judiciary. The government of the time could not have been oblivious to what it was doing and must have been aware of the effects its decision would have on the independence of the judiciary. He concluded accordingly

sa dimension individuelle, alors que dans le cas des autres juges de la Cour provinciale, elle a été touchée dans sa dimension institutionnelle. Il conclut aussi qu'il y a eu en fait interférence politique par le biais de la manipulation financière. En revanche, il affirme que la garantie d'inamovibilité n'a été altérée que dans sa dimension individuelle, c'est-à-dire que, dans le cas des juges surnuméraires alors en fonction, l'abolition de leur poste équivalait à une révocation arbitraire et avant terme.

Comme il y a eu atteinte à la sécurité financière, le juge Ryan s'accorde avec le juge de première instance pour dire que l'affaire aurait à tout le moins dû être soumise à une commission indépendante, efficace et objective. Cependant, vu ses conclusions supplémentaires quant à l'atteinte à la condition d'inamovibilité, il estime qu'un renvoi à la commission existante ne suffit pas et que la Loi doit être déclarée invalide. De toute façon, ajoute-t-il, la compétence de cette commission se limite à l'examen des salaires, pensions, vacances et congés de maladie (par. 22.03(1) de la *Loi sur la Cour provinciale*) et ne s'étend pas à la question de l'élimination du poste de juge surnuméraire.

Par ailleurs, le juge Ryan considère que la législation ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier. D'abord, il soutient que l'indépendance judiciaire va au-delà des dispositions de la *Charte* et que l'attaque d'une institution si fondamentale au système constitutionnel canadien est totalement injustifiable. Puis il parle du caractère arbitraire et injuste des mesures gouvernementales. Enfin, il note que l'absence de clause de droits acquis bénéficiant aux juges surnuméraires et aux autres juges de la Cour provinciale réfute tout argument que l'atteinte à l'indépendance judiciaire est minimale.

Quant à l'octroi de dommages-intérêts, le juge Ryan souligne qu'il s'agit en l'espèce d'une situation exceptionnelle, mettant en cause une véritable attaque des pouvoirs législatif et exécutif contre le judiciaire. Le gouvernement de l'époque savait certainement ce qu'il faisait et devait être conscient des effets de sa décision sur l'indépendance de la magistrature. Il conclut qu'il convient de mettre

18

19

20

that it was necessary to set aside the principle of qualified government immunity referred to in *Guimond, supra*. Consequently, neither negligence nor bad faith necessarily had to be established. Furthermore, there was a direct causal link between the violation of the rights of judges and the harm sustained. Thus, damages could be awarded under s. 24(1) of the *Charter*, or because of the duty of mutual respect owed by the different branches of government to one another. In the alternative, Ryan J.A. considered that the failure of the then-Minister of Justice to keep the promise made to the provincial judges to refer the legislation eliminating the office of supernumerary judge to the Law Amendments Committee constituted sufficient evidence of bad faith justifying the award of damages. However, he decided to refer the question of determining the appropriate amount back to the trial judge.

21 Finally, Ryan J.A. ordered that Judge Rice be paid his legal costs on a solicitor-client basis.

(b) *Drapeau J.A.*

22 Drapeau J.A. concurred with Ryan J.A. He nevertheless made a number of comments of his own on the question of damages. He began by expressing his agreement with Ryan J.A. that evidence of bad faith was not required in order for damages to be awarded in this case. The individual dimension of judicial independence was at issue and both the public and the supernumerary judges personally bore the cost of the provincial government's decision unilaterally to abolish the office of supernumerary judge. He added that the legislation was enacted despite a clear awareness of its effects on the independence of the judiciary and on the supernumerary judges. He accordingly concurred with Ryan J.A. in finding that the traditional rules concerning the award of damages in constitutional proceedings should be set aside. Damages should be awarded not only to compensate the supernumerary judges but also to discourage any other attempt at legislative interference with judicial independence.

de côté le principe de l'immunité gouvernementale qualifiée mentionné dans *Guimond*, précité. Par conséquent, ni la négligence ni la mauvaise foi ne devaient nécessairement être démontrées. De plus, il existe un lien causal direct entre l'atteinte aux droits des juges et le préjudice subi. On peut donc accorder des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, ou encore en raison de l'obligation de respect mutuel que se doivent les différentes branches du gouvernement. Subsidiairement, le juge Ryan considère que le manquement du ministre de la Justice de l'époque à la promesse faite aux juges provinciaux de soumettre la législation éliminant le poste de juge surnuméraire au Comité de modification des lois constitue une preuve suffisante de mauvaise foi justifiant l'octroi de dommages-intérêts. Il décide toutefois de renvoyer la question de la détermination du montant approprié au juge de première instance.

Enfin, le juge Ryan ordonne l'adjudication au juge Rice des frais entre avocat et client.

(b) *Le juge Drapeau*

Le juge Drapeau souscrit à l'opinion du juge Ryan. Il offre néanmoins quelques commentaires de son cru sur la question des dommages-intérêts. Dans un premier temps, il est d'accord avec le juge Ryan pour dire qu'une preuve de mauvaise foi n'était pas requise pour l'octroi de dommages-intérêts en l'espèce. La dimension individuelle de l'indépendance judiciaire a été touchée, et tant le public que les juges surnuméraires personnellement ont fait les frais de la décision du gouvernement provincial d'abolir unilatéralement le poste de juge surnuméraire. Il ajoute que la législation a été adoptée malgré une connaissance manifeste de ses effets sur l'indépendance judiciaire et sur les juges surnuméraires. Il s'accorde donc avec le juge Ryan pour conclure que les règles traditionnelles relatives à l'octroi de dommages-intérêts en matière constitutionnelle devraient être écartées. Des dommages-intérêts devraient être alloués non seulement pour compenser les juges surnuméraires, mais également pour décourager toute autre tentative d'ingérence législative dans l'indépendance judiciaire.

(c) *Daigle C.J.N.B., dissenting*

Daigle C.J.N.B. examined each of the first two conditions of judicial independence in order to determine whether they were violated by the enactment of Bill 7. His analysis focused first on the question of financial security. In his opinion, it was compromised in that the abolition of the office of supernumerary judge was likely to affect the judges' planning of the conditions for their retirement. Thus, although the situation did not involve a reduction as such in their net salary — since they retained the possibility of earning the equivalent of a full-time salary — the fact remained that the judges of the Provincial Court could legitimately rely on the existence of such a position in order to make certain plans of an economic and financial nature.

According to Daigle C.J.N.B., however, the guarantee of financial security was affected only in its institutional dimension. According to the principles set out in *Provincial Court Judges Reference, supra*, the Legislative Assembly of New Brunswick had a duty to refer the question of the elimination of the office of supernumerary judge to an independent, effective and objective commission. However, he noted that there was no evidence in the case to suggest that there might have been any attempt at economic interference on the part of the legislature at the expense of the judges of the Provincial Court.

Daigle C.J.N.B. was, moreover, of the view that the constitutional guarantees of security of tenure were not infringed since it was possible for the supernumerary judges to resume their duties full time. An analysis of the *Provincial Court Act* supported him in this conclusion. First, he noted that s. 1 of the Act defined “judge” as including both a judge and a supernumerary judge. He added that s. 6 provided that a judge should hold office during good behaviour and could be removed from office only for misconduct, neglect of duty or inability to perform his duties. He also noted that a judge did not have to retire in order to become supernumerary. Rather, a supernumerary judge continued to exercise his duties as a judge of the Provincial Court until retiring. In short, Daigle C.J.N.B. found that there was no separate judicial office relating to the

(c) *Le juge en chef Daigle, dissident*

Le juge en chef Daigle examine chacune des deux premières conditions de l'indépendance judiciaire, afin de déterminer si elles ont été violées par l'adoption de la Loi 7. Son analyse se porte d'abord sur la question de la sécurité financière. À son avis, elle a été compromise en ce que l'abolition du poste de juge surnuméraire était susceptible d'altérer la planification par les juges des conditions de leur retraite. Bien qu'il ne s'agisse pas là à proprement parler d'une réduction de leur salaire net, puisqu'ils conservaient la possibilité de recevoir l'équivalent d'un traitement à temps plein, il demeure que les juges de la Cour provinciale pouvaient légitimement compter sur l'existence d'un tel poste dans leurs planifications d'ordre économique et financier.

Selon le juge en chef Daigle, toutefois, la garantie de sécurité financière a été touchée dans sa dimension institutionnelle uniquement. Suivant les enseignements du *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, il était du devoir de la législature du Nouveau-Brunswick de soumettre la question de l'élimination du poste de juge surnuméraire à une commission indépendante, efficace et objective. Il souligne cependant qu'aucune preuve en l'espèce ne permet de croire qu'il y a eu tentative d'ingérence économique de la part du législatif aux dépens des juges de la Cour provinciale.

Le juge en chef Daigle est par ailleurs d'avis que les garanties constitutionnelles d'inamovibilité n'ont pas été touchées puisque les juges surnuméraires pouvaient reprendre leurs fonctions à temps plein. L'analyse de la *Loi sur la Cour provinciale* le conforte dans cette conclusion. Il mentionne d'abord que l'art. 1 de cette loi définissait le terme « juge » comme désignant un juge et un juge surnuméraire. Il ajoute que son art. 6 énonce qu'un juge reste en fonction « tant qu'il en est digne et ne peut en être démis que pour inconduite, négligence de ses devoirs ou inaptitude d'exercer ses fonctions ». Il fait par ailleurs remarquer qu'un juge n'avait pas à prendre sa retraite pour devenir surnuméraire. Le juge surnuméraire continuait à exercer ses fonctions de juge de la Cour provinciale jusqu'à ce qu'il prenne sa retraite. Somme toute, le juge en

23

24

25

office of supernumerary judge. Consequently, the abolition of this position was of no consequence in terms of the security of tenure of the judges of the Provincial Court.

26 He was of the opinion, moreover, that the violation of the institutional guarantees of financial security was not justified under s. 1 of the *Charter*, since the government did not direct its argument to the legitimacy of its decision to ignore its duty to refer the question to an independent, effective and objective commission.

27 On the subject of damages, Daigle C.J.N.B. proceeded to apply the general rules governing the liability in tort of government institutions for enacting legislation that is subsequently declared unconstitutional. Thus, he was of the view that in such cases, damages would be awarded only in very rare instances, including where an act was passed in bad faith or for unworthy reasons. A bare allegation of unconstitutionality could not, on the other hand, justify an award of damages. In this case, not only was the refusal of the Minister of Justice to honour his promise to submit the legislative amendments to the Law Amendments Committee not alleged in the pleadings but, moreover, it does not support a finding of bad faith.

28 Daigle C.J.N.B. added that any relief under s. 24(1) of the *Charter* constituted a personal right that could be exercised only by a person whose fundamental rights had been violated. In this situation, only the institutional dimension of judicial independence was at issue. Furthermore, judicial independence exists for the benefit of the litigants and not for that of the judges. Finally, and in any event, he was of the opinion that a claim for damages could not succeed because the province enacted the legislation in good faith and in accordance with the constitutional teachings of the time. In fact, when Bill 7 came into force, the decision in *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, had not yet been rendered.

chef Daigle constate qu'il n'existait pas de charge judiciaire distincte s'attachant au poste de juge surnuméraire. Par conséquent l'abolition de ce poste n'était d'aucune conséquence sur l'inamovibilité des juges de la Cour provinciale.

Il est par ailleurs d'avis que l'atteinte aux garanties institutionnelles de la sécurité financière ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, puisque le gouvernement n'a pas présenté d'argument sur la légitimité de sa décision de passer outre son obligation de soumettre la question à une commission indépendante, efficace et objective.

Quant à l'octroi de dommages-intérêts, le juge en chef Daigle procède à une application des règles générales de la responsabilité délictuelle des institutions gouvernementales pour l'adoption d'une loi subséquemment déclarée inconstitutionnelle. Il estime que des dommages-intérêts ne seront accordés qu'en de très rares cas, notamment lorsqu'une loi aura été adoptée de mauvaise foi ou pour des raisons indues. Une simple allégation d'inconstitutionnalité ne saurait par contre justifier l'attribution de dommages-intérêts. Or, en l'espèce, non seulement le refus du ministre de la Justice d'honorer sa promesse de soumettre les modifications législatives au Comité de modification des lois n'a-t-il pas été allégué dans les procédures, mais il ne permet pas, au surplus, de conclure à la présence de mauvaise foi.

Le juge en chef Daigle ajoute que toute réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* constitue un droit personnel qui ne peut être exercé que par une personne dont les droits fondamentaux ont été violés. Or, dans la présente situation, seule la dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire est en cause. En outre, l'indépendance judiciaire existe pour le bénéfice des justiciables et non pour celui des juges. Enfin, il est d'avis de toute façon qu'une demande de dommages-intérêts ne pourrait réussir parce que la province a adopté la législation de bonne foi et en conformité avec les paramètres constitutionnels de l'époque. En effet, au moment de l'entrée en vigueur de la Loi 7, la décision dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* n'avait pas encore été rendue.

Because of the infringement of the institutional dimension of financial security, Daigle C.J.N.B. declared Bill 7 to be unconstitutional. However, he ordered a suspension of this declaration for a period of six months to allow the province to correct its approach. He refrained from referring the matter to the existing salary commission since the province could rectify the problem by other means.

Finally, he agreed with the trial judge's opinion that the award of costs as between solicitor and client was quite simply not appropriate in this case. As far as the appeal proceedings were concerned, since each party should, in his view, be successful in part, he would have ordered that they pay their own costs.

(2) *Mackin v. New Brunswick (Minister of Justice)* (1999), 40 C.P.C. (4th) 107

All three judges in the Court of Appeal adopted their reasoning in *Rice* for the decision in *Mackin*.

IV. Relevant Statutory Provisions

Provincial Court Act, R.S.N.B. 1973, c. P-21 (as of March 30, 1995)

4.1(1) A judge appointed under subsection 2(1) may elect to become a supernumerary judge upon meeting the requirements under this Act.

4.1(2) Where a judge appointed under subsection 2(1) intends to become supernumerary, the judge shall give notice to the Minister of election two months prior to the effective date specified in the notice, being a day on which the judge will be eligible to so elect, and the judge shall, effective on that day, be deemed to have elected and given notice on that day.

4.1(3) Where a judge appointed under subsection 2(1) has notified the Minister of the judge's election to give up regular judicial duties and hold office only as a supernumerary judge, the judge shall upon the effective date hold the office of supernumerary judge and shall be paid the salary annexed to that office until the judge ceases to hold office.

4.1(4) A judge appointed under subsection 2(1) may elect to hold office as a supernumerary judge upon

À cause de l'atteinte à la dimension institutionnelle de la sécurité financière, le juge en chef Daigle déclare la Loi 7 inconstitutionnelle. Il ordonne cependant une suspension de cette déclaration pour une période de six mois afin de permettre à la province de prendre des mesures correctives. Il s'abstient de renvoyer la question à la commission de la rémunération existante parce que la province pourrait corriger la situation par d'autres moyens.

Enfin, il est d'accord avec le juge de première instance que l'adjudication des dépens entre avocat et client n'est tout simplement pas appropriée en l'espèce. Quant aux procédures en appel, comme chaque partie devrait selon lui avoir partiellement gain de cause, il aurait ordonné qu'elles supportent leurs dépens respectifs.

(2) *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)* (1999), 40 C.P.C. (4th) 107

Les trois juges de la Cour d'appel adoptent leur raisonnement dans l'affaire *Rice* afin de résoudre l'affaire *Mackin*.

IV. Les dispositions législatives

Loi sur la Cour provinciale, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21 (au 30 mars 1995)

4.1(1) Un juge nommé en vertu du paragraphe 2(1) peut choisir de devenir juge surnuméraire en satisfaisant aux conditions prévues par la présente loi.

4.1(2) Lorsqu'un juge nommé en vertu du paragraphe 2(1) a l'intention de devenir juge surnuméraire, il doit en donner avis au Ministre deux mois avant la date de prise d'effet indiquée dans l'avis, celle-ci étant la date à laquelle le juge peut faire son choix, et le juge doit, à partir de ce jour, être réputé avoir choisi et donné avis à cette date.

4.1(3) Lorsqu'un juge nommé en vertu du paragraphe 2(1) a avisé le Ministre de sa décision d'abandonner ses fonctions judiciaires normales et d'occuper seulement le poste de juge surnuméraire, il doit à la date de prise d'effet occuper le poste de juge surnuméraire et recevoir le traitement attaché à ce poste jusqu'à ce qu'il cesse d'occuper son poste.

4.1(4) Un juge nommé en vertu du paragraphe 2(1) peut choisir d'occuper un poste de juge surnuméraire lorsqu'il

29

30

31

32

(a) attaining the age of sixty-five years and having continued in judicial office for at least fifteen years,

(a.1) attaining the age of sixty years and having continued in judicial office for at least twenty-five years, or

(b) attaining the age of seventy years and having continued in judicial office for at least ten years.

4.1(5) A judge appointed under subsection 2(1) who has elected to hold the office of supernumerary judge shall be available to perform such judicial duties as may be assigned to the judge from time to time by the chief judge or associate chief judge.

6. Subject to this Act, a judge holds office during good behaviour and may be removed from office only for misconduct, neglect of duty or inability to perform his duties.

An Act to Amend the Provincial Court Act, S.N.B. 1995, c. 6

1 Subsection 1(1) of the Provincial Court Act, chapter P-21 of the Revised Statutes, 1973, is amended in the definition “judge” by striking out “and a supernumerary judge”.

2 Section 4.1 of the Act is repealed.

9(1) A judge who is a supernumerary judge under the Provincial Court Act immediately before the commencement of this section shall elect, before April 1, 1995, whether to resume the duties of judicial office on a full-time basis or to retire.

9(2) An election by a judge under subsection (1) shall be in writing to the Minister of Justice and shall be effective as of April 1, 1995, if no date is specified in the election, or upon the date specified in the election, whichever is the earlier.

9(3) If a judge fails to make an election under subsection (1) or if the Minister of Justice fails to receive a notice in writing before April 1, 1995, from a judge pursuant to subsection (2), the judge shall be deemed to have resumed the duties of judicial office on a full-time basis in accordance with the Provincial Court Act, effective April 1, 1995.

V. Issues

33 On December 12, 2000, the following constitutional questions were stated:

a) atteint l’âge de soixante-cinq ans et a exercé une fonction judiciaire d’une façon continue pendant au moins quinze ans,

a.1) atteint l’âge de soixante ans et a exercé une fonction judiciaire d’une façon continue pendant au moins vingt-cinq ans, ou

b) atteint l’âge de soixante-dix ans et a exercé une fonction judiciaire d’une façon continue pendant au moins dix ans.

4.1(5) Un juge nommé en vertu du paragraphe 2(1) qui a choisi d’exercer les fonctions de juge surnuméraire doit être disponible pour exercer les fonctions judiciaires qui peuvent lui être assignées à l’occasion par le juge en chef ou le juge en chef associé.

6. Sous réserve de la présente loi, un juge reste en fonction tant qu’il en est digne et ne peut en être démis que pour inconduite, négligence de ses devoirs ou inaptitude d’exercer ses fonctions.

Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale, L.N.-B. 1995, ch. 6

1 Le paragraphe 1(1) de la Loi sur la Cour provinciale, chapitre P-21 des Lois révisées de 1973, est modifié à la définition « juge » par la suppression des mots « , un juge surnuméraire, ».

2 L’article 4.1 de la Loi est abrogé.

9(1) Un juge qui est juge surnuméraire en vertu de la Loi sur la Cour provinciale immédiatement avant l’entrée en vigueur du présent article doit choisir, avant le 1^{er} avril 1995, s’il va reprendre ses fonctions de juge à plein temps ou s’il va prendre sa retraite.

9(2) Le choix d’un juge prévu au paragraphe (1) doit se faire par écrit au ministre de la Justice et prend effet à compter du 1^{er} avril 1995, si aucune date n’a été stipulée dans le choix ou à la date stipulée dans le choix, selon la date qui survient en premier.

9(3) Si un juge ne fait pas le choix prévu au paragraphe (1) ou si le ministre de la Justice ne reçoit pas l’avis écrit d’un juge conformément au paragraphe (2) avant le 1^{er} avril 1995, le juge est réputé avoir repris ses fonctions de juge à plein temps conformément à la Loi sur la Cour provinciale, à compter du 1^{er} avril 1995.

V. Questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes sont formulées le 12 décembre 2000 :

- | | |
|---|--|
| <p>1. Does <i>An Act to Amend the Provincial Court Act</i>, S.N.B. 1995, c. 6, which repealed the supernumerary scheme for Provincial Court judges in New Brunswick, interfere with the judicial tenure and financial security of members of the Provincial Court and thereby violate in whole or in part the principle of judicial independence as guaranteed by:</p> <p>(a) the Preamble of the <i>Constitution Act, 1867</i>, or</p> <p>(b) s. 11(d) of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>?</p> <p>2. Does <i>An Act to Amend the Provincial Court Act</i>, S.N.B. 1995, c. 6, which repealed the supernumerary scheme for Provincial Court judges in New Brunswick, and which was enacted without reference to an independent remuneration commission, thereby violate in whole or in part the principle of judicial independence as guaranteed by:</p> <p>(a) the Preamble of the <i>Constitution Act, 1867</i>, or</p> <p>(b) s. 11(d) of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>?</p> <p>3. If the answer to question 1(b) or question 2(b) is yes, is the Act demonstrably justified as a reasonable limit prescribed by law under s. 1 of the <i>Charter</i>?</p> | <p>1. La <i>Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale</i>, L.N.-B. 1995, ch. 6, qui a abrogé le système surnuméraire des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, porte-t-elle atteinte au mandat judiciaire et à la sécurité financière des membres de la Cour provinciale et, en conséquence, contrevient-elle en totalité ou en partie au principe de l'indépendance judiciaire garanti, selon le cas, par :</p> <p>(a) le préambule de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>,</p> <p>(b) l'alinéa 11d) de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>?</p> <p>2. La <i>Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale</i>, L.N.-B. 1995, ch. 6, qui a abrogé le système surnuméraire des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, et qui a été adoptée sans référence à une commission indépendante de rémunération, en conséquence, contrevient-elle en totalité ou en partie au principe de l'indépendance judiciaire garanti, selon le cas, par :</p> <p>(a) le préambule de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>,</p> <p>(b) l'alinéa 11d) de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>?</p> <p>3. Si la réponse à la question 1(b) ou à la question 2(b) est oui, s'agit-il d'une Loi dont la justification peut se démontrer en tant que limite raisonnable prévue par une règle de droit en vertu de l'article premier de la <i>Charte</i>?</p> |
|---|--|

VI. Analysis

A. *Constitutional Questions*

(1) Introduction: Judicial Independence

Judicial independence is essential to the achievement and proper functioning of a free, just and democratic society based on the principles of constitutionalism and the rule of law. Within the Canadian Constitution, this fundamental value has its source in s. 11(d) of the *Charter* and in the Preamble to the *Constitution Act, 1867*, which states that the Constitution of Canada shall be “similar in Principle to that of the United Kingdom”. It was in *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, at paras. 82 *et seq.*, that this Court explained in detail the constitutional foundations and scope of judicial independence.

VI. Analyse

A. *Questions constitutionnelles*

(1) Introduction : l'indépendance judiciaire

L'indépendance judiciaire est essentielle à la réalisation et au bon fonctionnement d'une société libre, juste et démocratique, fondée sur les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit. Au sein de la Constitution canadienne, cette valeur fondamentale trouve sa source dans l'al. 11d) de la *Charte* ainsi que dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui énonce que la Constitution du Canada « repos[e] sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». C'est dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, par. 82 *et suiv.*, que notre Cour a explicité davantage les assises et la portée constitutionnelles de l'indépendance judiciaire.

35

Generally speaking, the expanded role of the judge as an adjudicator of disputes, interpreter of the law and guardian of the Constitution requires that he or she be completely independent of any other entity in the performance of his or her judicial functions. Such a view of the concept of independence may be found in art. 2.02 of the *Universal Declaration on the Independence of Justice* (reproduced in S. Shetreet and J. Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), 447, at p. 450), which states:

Judges individually shall be free, and it shall be their duty, to decide matters before them impartially, in accordance with their assessment of the facts and their understanding of the law without any restrictions, influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason. [Emphasis added.]

The adoption of a broad definition of judicial independence by this Court was confirmed, moreover, in *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, at para. 130, where Lamer C.J., for the majority, stated the following:

Finally, although I have chosen to emphasize that judicial independence flows as a consequence of the separation of powers, because these appeals concern the proper constitutional relationship among the three branches of government in the context of judicial remuneration, I do not wish to overlook the fact that judicial independence also operates to insulate the courts from interference by parties to litigation and the public generally: Lippé, supra, at pp. 152 *et seq.*, *per* Gonthier J. [Emphasis added.]

36

On the other hand, in order for a judge to remain as far as possible sheltered from pressure and interference from all sources, he or she “should be removed from financial or business entanglement likely to affect or rather to seem to affect him in the exercise of his judicial functions” (S. Shetreet, “Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges”, in Shetreet and Deschênes, *op. cit.*, 590, at p. 599).

37

The concept of independence accordingly refers essentially to the nature of the relationship between a court and others. This relationship must be marked by a form of intellectual separation that allows the judge to render decisions based solely

De façon générale, le rôle élargi du juge en tant qu’arbitre des litiges, interprète du droit et gardien de la Constitution exige qu’il soit complètement indépendant de toute autre entité dans l’exercice de ses fonctions judiciaires. L’on retrouve notamment une telle conception de la notion d’indépendance à l’art. 2.02 de la *Déclaration universelle sur l’indépendance de la justice* (dans S. Shetreet et J. Deschênes, dir., *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), 462, p. 465) qui énonce :

Le juge est libre et tenu de régler les affaires dont il est saisi en toute impartialité, selon son interprétation des faits et de la loi, sans être soumis à des restrictions, des influences, des incitations, des pressions, des menaces ou des ingérences, directes ou indirectes, de quelque origine que ce soit. [Je souligne.]

Notre Cour confirme l’adoption d’une définition large de l’indépendance judiciaire dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, par. 130, où le juge en chef Lamer, écrivant pour la majorité, précise :

Enfin, même si j’ai choisi d’insister sur le fait que l’indépendance de la magistrature est une conséquence de la séparation des pouvoirs, comme les présents pourvois concernent les rapports constitutionnels que doivent entretenir les trois pouvoirs de l’État relativement à la rémunération des juges, je ne voudrais pas faire abstraction du fait que l’indépendance de la magistrature protège également les tribunaux contre l’ingérence des parties aux litiges dont ils sont saisis et du public en général : Lippé, précité, aux pp. 152 et suiv., le juge Gonthier. [Je souligne.]

D’autre part, pour demeurer autant que possible à l’abri des pressions et ingérences de toute origine, le juge [TRADUCTION] « doit être tenu à l’écart des démêlés financiers ou d’affaires susceptibles d’influer, ou plutôt de sembler influer, sur lui dans l’exercice de ses fonctions judiciaires » (S. Shetreet, « Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges », dans Shetreet et Deschênes, *op. cit.*, 590, p. 599).

La notion d’indépendance se rapporte donc essentiellement à la nature de la relation entre un tribunal et toute autre entité. Cette relation doit être caractérisée par une forme de séparation intellectuelle qui permet au juge de rendre des décisions que seules

on the requirements of the law and justice. The legal standards governing judicial independence, which are the sources governing the creation and protection of the independent status of judges and the courts, serve to institutionalize this separation. Moreover, the Preamble to the *Constitution Act, 1867* and s. 11(d) of the *Charter* give them a fundamental status by placing them at the highest level of the legal hierarchy.

The general test for the presence or absence of independence consists in asking whether a reasonable person who is fully informed of all the circumstances would consider that a particular court enjoyed the necessary independent status (*Valente*, *supra*, at p. 689; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369). Emphasis is placed on the existence of an independent status, because not only does a court have to be truly independent but it must also be reasonably seen to be independent. The independence of the judiciary is essential in maintaining the confidence of litigants in the administration of justice. Without this confidence, the Canadian judicial system cannot truly claim any legitimacy or command the respect and acceptance that are essential to it. In order for such confidence to be established and maintained, it is important that the independence of the court be openly “communicated” to the public. Consequently, in order for independence in the constitutional sense to exist, a reasonable and well-informed person should not only conclude that there is independence in fact, but also find that the conditions are present to provide a reasonable perception of independence. Only objective legal guarantees are capable of meeting this double requirement.

As was explained in *Valente*, *supra*, at p. 687, and in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, at paras. 118 *et seq.*, the independence of a particular court includes an individual dimension and an institutional dimension. The former relates especially to the person of the judge and involves his or her independence from any other entity, whereas the latter relates to the court to which the judge belongs and involves its independence from the executive

les exigences du droit et de la justice inspirent. Les normes juridiques relatives à l'indépendance judiciaire, sources de la création et de la protection du statut indépendant des juges et des tribunaux, servent à institutionnaliser cette séparation. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'al. 11d) de la *Charte* leur confèrent par ailleurs un statut fondamental en les plaçant au plus haut niveau de la hiérarchie juridique.

Le test général de la présence ou de l'absence d'indépendance consiste à se demander si une personne raisonnable et bien informée de toutes les circonstances considérerait qu'un tribunal donné jouit du statut indépendant requis (*Valente*, précité, p. 689; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369). L'accent est mis sur l'existence d'un statut indépendant, car non seulement faut-il qu'un tribunal soit effectivement indépendant, il faut aussi qu'on puisse raisonnablement le percevoir comme l'étant. L'indépendance de la magistrature est essentielle au maintien de la confiance du justiciable dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système judiciaire canadien ne peut véritablement prétendre à la légitimité, ni commander le respect et l'acceptation qui lui sont essentiels. Afin que cette confiance soit établie et assurée, il importe que l'indépendance des tribunaux soit notoirement « communiquée » au public. Par conséquent, pour qu'il y ait indépendance au sens constitutionnel, il faut qu'une personne raisonnable et bien informée puisse conclure non seulement à l'existence de l'indépendance dans les faits, mais également constater l'existence de conditions suscitant une perception raisonnable d'indépendance. Seules des garanties juridiques objectives sont en mesure de satisfaire à cette double exigence.

Comme l'expliquent l'arrêt *Valente*, p. 687, et le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, par. 118 *et suiv.*, l'indépendance d'un tribunal donné comprend une dimension individuelle et une dimension institutionnelle. La première s'attache plus particulièrement à la personne du juge et intéresse son indépendance vis-à-vis de toute autre entité, alors que la seconde s'attache au tribunal auquel il appartient et intéresse son indépendance vis-à-vis

38

39

and legislative branches of the government. The rules relating to these dimensions result from somewhat different imperatives. Individual independence relates to the purely adjudicative functions of judges — the independence of a court is necessary for a given dispute to be decided in a manner that is just and equitable — whereas institutional independence relates more to the status of the judiciary as an institution that is the guardian of the Constitution and thereby reflects a profound commitment to the constitutional theory of the separation of powers. Nevertheless, in each of its dimensions, independence is designed to prevent any undue interference in the judicial decision-making process, which must be based solely on the requirements of law and justice.

40 Within these two dimensions will be found the three essential characteristics of judicial independence set out in *Valente, supra*, namely financial security, security of tenure and administrative independence. Together, these characteristics create the relationship of independence that must exist between a court and any other entity. Their maintenance also contributes to the general perception of the court's independence. Moreover, these three characteristics must also be seen to be protected. In short, the constitutional protection of judicial independence requires both the existence in fact of these essential characteristics and the maintenance of the perception that they exist. Thus, each of them must be institutionalized through appropriate legal mechanisms.

41 This being the case, it remains for me to determine whether the elimination of the office of supernumerary judge in the Provincial Court of New Brunswick violates judicial independence by breaching one or more of its essential characteristics in either of its dimensions.

(2) Elimination of the Office of Supernumerary Judge and Judicial Independence

(a) *Security of Tenure*

42 In *Valente, supra*, at p. 695-96, it was found that in its individual dimension, the security of tenure provided for provincial court judges in Canada generally

des pouvoirs exécutif et législatif du gouvernement. Les règles attachées à ces deux dimensions découlent d'ailleurs d'impératifs quelque peu différents. L'indépendance individuelle s'attache aux fonctions purement juridictionnelles des juges, car le tribunal doit être indépendant pour trancher un litige donné de façon juste et équitable, alors que l'indépendance institutionnelle s'attache davantage au statut du judiciaire en tant qu'institution gardienne de la Constitution et reflète par le fait même un profond engagement envers la théorie constitutionnelle de la séparation des pouvoirs. Néanmoins, dans chacune de ses dimensions, l'indépendance vise à empêcher toute ingérence indue dans le processus de décision judiciaire, lequel ne doit être inspiré que par les exigences du droit et de la justice.

Au sein de ces deux dimensions s'inscrivent les trois caractéristiques essentielles à l'indépendance judiciaire énoncées dans *Valente*, soit la sécurité financière, l'inamovibilité et l'indépendance administrative. Ensemble, elles établissent la relation d'indépendance qui doit exister entre un tribunal et toute autre entité. Leur maintien conforte également la perception générale d'indépendance du tribunal. D'ailleurs, ces trois caractéristiques doivent elles aussi être perçues comme étant garanties. En somme, la protection constitutionnelle de l'indépendance judiciaire requiert à la fois l'existence en fait de ces caractéristiques essentielles et le maintien de la perception qu'elles existent. Ainsi chacune d'elles doit être institutionnalisée au travers de mécanismes juridiques appropriés.

Cela étant, il me reste à déterminer si l'élimination du poste de juge surnuméraire à la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick viole l'indépendance judiciaire par l'atteinte à l'une ou à plusieurs de ses caractéristiques essentielles dans l'une ou l'autre de ses dimensions.

(2) L'élimination du poste de juge surnuméraire et l'indépendance judiciaire

(a) *L'inamovibilité*

L'arrêt *Valente*, précité, p. 695-696, constate que, dans sa dimension individuelle, l'inamovibilité conférée aux juges de cours provinciales au Canada

required that they may not be dismissed by the executive before the age of retirement except for misconduct or disability, following a judicial inquiry. Similarly, in New Brunswick, s. 4.2 of the *Provincial Court Act* provides that a judge shall retire at the age of 75 and ss. 6.1 to 6.13 provide that a judicial inquiry shall be held in order to adjudicate on the merits of a recommendation that a judge be removed from office.

It was stated further that, in order for the individual dimension of security of tenure to be constitutionally protected, it was sufficient that a judge could be removed from office only for a reason relating to his or her capacity to perform his or her judicial duties (*Valente, supra*, at p. 697). Any arbitrary removal is accordingly prohibited. In this context, s. 6 of the *Provincial Court Act* seems to create adequate protection for judges of the Provincial Court of New Brunswick by indicating that “a judge holds office during good behaviour and may be removed from office only for misconduct, neglect of duty or inability to perform his duties”.

In the first place, therefore, it is necessary to determine whether the elimination of the office of supernumerary judge constituted an arbitrary removal of the respondent judges from office. To this end, the nature of their office must be examined and defined on the basis of the relevant legislation.

In order to find that there was a removal from office, the judges in the majority in the Court of Appeal relied first on the proposition that the functions of the supernumerary judge constituted a genuine separate judicial office, as opposed to a mere status. Therefore, according to Ryan J.A., the characteristic of security of tenure would apply separately to this office and consequently, a supernumerary judge could not be removed from office otherwise than for a reason linked to his or her ability to perform the duties of that office and following a judicial inquiry. Since the respondents had their offices as supernumerary judges abolished by legislation with no reason given that related to their ability to perform their duties and without any form of inquiry, not only was there a removal from office but

signifie généralement qu'ils ne peuvent être révoqués par l'exécutif avant l'âge de la retraite que pour mauvaise conduite ou invalidité, après enquête judiciaire. Ainsi, au Nouveau-Brunswick, l'art. 4.2 de la *Loi sur la Cour provinciale* établit qu'un juge doit prendre sa retraite à l'âge de 75 ans et les art. 6.1 à 6.13 prévoient la tenue d'une enquête judiciaire afin de statuer sur le bien-fondé d'une recommandation de révocation d'un juge.

On ajoute que, pour que la dimension individuelle de l'inamovibilité soit constitutionnellement protégée, il suffit qu'un juge ne puisse être révoqué que pour un motif lié à sa capacité d'exercer les fonctions judiciaires (*Valente*, p. 697). Toute révocation arbitraire est donc proscrite. À cet égard, l'art. 6 de la *Loi sur la Cour provinciale* paraît établir une protection adéquate pour les juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick en énonçant qu'« un juge reste en fonction tant qu'il en est digne et ne peut en être démis que pour inconduite, négligence de ses devoirs ou inaptitude d'exercer ses fonctions ».

Il s'agit donc à prime abord de déterminer si l'élimination du poste de juge surnuméraire constituait une révocation arbitraire des juges intimés. Pour ce faire, la nature de leur charge doit être examinée et définie à partir de la législation pertinente.

Afin de conclure à la présence d'une révocation, les juges majoritaires en Cour d'appel se fondent d'abord sur la proposition selon laquelle les fonctions de juge surnuméraire constituent une véritable charge judiciaire distincte, par opposition à un simple statut. De ce fait, selon le juge Ryan, la caractéristique d'inamovibilité s'appliquerait distinctement à cette charge et par conséquent un juge surnuméraire ne pourrait être révoqué que pour un motif lié à sa capacité d'exercer les fonctions de sa charge, après enquête judiciaire. Comme les intimés ont vu leurs charges de juges surnuméraires abolies par voie législative en l'absence de motif lié à leur capacité d'exercer leurs fonctions et en l'absence de toute forme d'enquête, non seulement y a-t-il eu révocation,

43

44

45

this removal was arbitrary and unconstitutional in nature.

46 With the greatest respect, it is my opinion that this reasoning is ill-founded to the extent that the interpretation of the relevant legislation as a whole does not support its essential premise. In my judgment, there was simply no removal from the judicial office held by the respondent judges in this case.

47 First, s. 1 of the *Provincial Court Act* defined “judge” as including both a judge and a supernumerary judge. This means that, in electing to become a supernumerary, a judge nevertheless remained a judge of the Provincial Court. This finding is supported by the fact that a judge did not previously have to retire in order to become supernumerary. Rather, the judge decided to exercise his or her duties as a judge of the Provincial Court under different terms until he or she retired. Finally, it must be borne in mind that s. 9(1) of Bill 7 gave the supernumerary judges the possibility of resuming their duties full time. Obviously, therefore, there simply was no separate office linked to the position of supernumerary judge. Essentially, this position merely involved a reorganization of the workload of a judge of the Provincial Court. Consequently, there never was a real removal from office in this case and Judges Mackin and Rice at all times retained their security of tenure as judges of the Provincial Court.

48 Moreover, it was suggested that the possibility of sitting as a supernumerary judge was an integral part of the office of Provincial Court judge so that the elimination of this position could affect its integrity. The security of tenure of all provincial judges appointed before Bill 7 came into force would therefore have been infringed since the conditions applying to their office would have been fundamentally altered. Here again, I cannot accept such an argument. It seems to me to be a clear exaggeration to suggest that the possibility that a judge of the Provincial Court can sit as a supernumerary is an integral part of his main office and that the elimination of this possibility is therefore equivalent to

mais cette révocation était arbitraire et inconstitutionnelle.

Avec le plus grand respect, je suis d’avis que ce raisonnement est mal fondé, dans la mesure où sa proposition essentielle ne survit pas à une interprétation de l’ensemble de la législation pertinente. Selon moi, il n’y a tout simplement pas eu révocation de la charge judiciaire occupée par les juges intimés en l’espèce.

D’abord, l’art. 1 de la *Loi sur la Cour provinciale* définissait le terme « juge » comme incluant à la fois un juge et un juge surnuméraire. Cela signifie qu’un juge, en choisissant de devenir surnuméraire, demeurait néanmoins un juge de la Cour provinciale. Cette constatation est confortée par le fait qu’un juge n’était pas préalablement tenu de prendre sa retraite pour devenir surnuméraire. Il décidait plutôt d’exercer ses fonctions de juge de la Cour provinciale, selon des modalités différentes, jusqu’à ce qu’il prenne sa retraite. Enfin, il faut garder à l’esprit que le par. 9(1) de la Loi 7 donnait la possibilité aux juges surnuméraires de reprendre leurs fonctions à temps plein. À l’évidence, donc, il n’existait tout simplement pas de charge distincte attachée au poste de juge surnuméraire. Essentiellement, ce poste ne comportait qu’un réaménagement de la charge de travail de juge de la Cour provinciale. Par conséquent, il n’y a jamais eu de véritable révocation en l’espèce et les juges Mackin et Rice sont en tout temps demeurés inamovibles en tant que juges de la Cour provinciale.

On a par ailleurs suggéré que la possibilité de siéger comme juge surnuméraire faisait partie intégrante de la charge de juge de la Cour provinciale, de sorte que son élimination pouvait altérer l’intégrité de cette charge. L’inamovibilité de tous les juges provinciaux nommés avant l’entrée en vigueur de la Loi 7 aurait donc été atteinte, en ce que les conditions s’attachant à leur charge auraient été fondamentalement remaniées. Là encore, je ne peux me résoudre à accepter une telle proposition. Il me paraît clairement exagéré de laisser entendre que la possibilité pour un juge de la Cour provinciale de siéger comme surnuméraire est partie intégrante de sa charge principale et que par conséquent

removal from office. As I noted earlier, I view the definition of the duties of a supernumerary judge as pertaining to the office of a judge of the Provincial Court and not to a separate judicial office. The question as to whether, in certain circumstances, the conditions applying to a particular judicial office can be changed to the point where they are equivalent to a removal from office does not therefore arise in this case.

Finally, it was argued that the elimination of the position of supernumerary judge was contrary to security of tenure in that a judge able to perform 40 percent of the usual duties but unable to work full time could be forced to take early retirement. In my opinion, such a possibility should be classified as an inability to perform the duties of a Provincial Court judge rather than as a removal of that judge from office. Security of tenure within the meaning of the Constitution is therefore not affected. In short, the elimination of the duties of supernumerary judges affects first and foremost the definition of the duties of Provincial Court judges and must accordingly be treated as a question relating to the protection of financial security rather than security of tenure.

(b) *Financial Security*

(i) Overview

In *Valente, supra*, only the individual dimension of financial security was considered in connection with the determination of salaries by the executive branch. It was determined at that time that the constitutional requirements in this regard were limited to ensuring that the judges' salaries were provided for by law and that the executive could not arbitrarily encroach upon this right in a manner that affected the independence of the courts. In *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, it was confirmed that this obligation also applied to the legislative branch.

In the *Provincial Court Judges Reference, supra*, at para. 121, it was clearly indicated that the financial security of provincial court judges also had an institutional dimension, shaping the relationships between the judiciary, on the one hand, and the executive and legislative branches, on the other.

l'élimination de cette possibilité équivaut à révocation. Comme je le note précédemment, je conçois la définition des fonctions de juge surnuméraire comme se rattachant au poste de juge de la Cour provinciale et non comme une charge judiciaire distincte. La question de savoir si, en certaines circonstances, les modalités d'exercice d'une charge judiciaire donnée peuvent être modifiées au point d'équivaloir à une révocation ne se pose donc pas en l'espèce.

Enfin, on plaide que l'élimination du poste de juge surnuméraire contrevient au principe d'inamovibilité en ce qu'un juge capable de remplir 40 p. 100 des fonctions habituelles mais incapable de travailler à temps complet pourrait se voir forcé de prendre sa retraite prématurément. À mon avis, il vaut mieux caractériser une telle éventualité comme une incapacité de remplir les fonctions de juge de la Cour provinciale plutôt que comme une révocation. L'inamovibilité au sens de la Constitution n'est donc pas touchée. En somme, l'élimination des fonctions de juge surnuméraire affecte d'abord et avant tout la définition des tâches incombant aux juges de la Cour provinciale et doit par conséquent être traitée comme une question relevant de la protection de la sécurité financière plutôt que de l'inamovibilité.

(b) *La sécurité financière*

(i) Aperçu

Dans *Valente*, précité, seule la dimension individuelle de la sécurité financière est abordée, en rapport avec la fixation des traitements par le pouvoir exécutif. Cet arrêt détermine que les exigences constitutionnelles à cet égard se limitent à ce que le traitement des juges soit prévu par la loi et à ce que l'exécutif ne puisse arbitrairement empiéter sur ce droit de façon à affecter l'indépendance des tribunaux. *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, confirme que cette obligation s'applique aussi au pouvoir législatif.

Le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, précité, par. 121, précise clairement que la sécurité financière des juges des cours provinciales a aussi une dimension institutionnelle, façonnant les relations entre la magistrature, d'une part, et les pouvoirs exécutif et législatif d'autre part.

49

50

51

52 Although it is a creation of the legislature, the provincial judiciary has important constitutional functions to perform, especially in terms of what it may do: ensure respect for the primacy of the Constitution under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*; provide relief for violations of the *Charter* under s. 24; apply ss. 2 and 7 to 14 of the *Charter*; ensure compliance with the division of powers within Confederation under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*; and render decisions concerning the rights of the aboriginal peoples protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. In short, given the position occupied by the provincial courts within the Canadian legal system, the Constitution requires them to remain financially independent of the other political branches (*Provincial Court Judges Reference, supra*, at paras. 124-30).

53 We are here dealing with a situation in which the New Brunswick legislature decided to make changes in the organization of its judiciary by means of a statute applying to all the judges of the Provincial Court. Such an exercise of power affects interactions of a purely institutional nature between the legislative and judicial branches and is accordingly likely to be subject to the requirements of the institutional dimension of financial security. A violation of the institutional aspect of financial security will, furthermore, have a concrete impact on the financial security of all judges of the Provincial Court.

54 As was stated in *Provincial Court Judges Reference, supra*, at para. 131, each of the elements of financial independence at the institutional level results from the constitutional imperative that, as far as possible, the relationship between the judiciary and the other two branches of government should be depoliticized. This imperative makes it necessary for the judiciary to be protected against political interference from the other branches through financial manipulation and for it to be seen to be so protected. Furthermore, one must ensure that it does not become involved in political debates concerning the remuneration of persons paid out of public funds. In fact, the judge's role as a constitutional adjudicator requires that it be isolated therefrom and be seen to be so.

Bien qu'elle soit de création législative, la magistrature provinciale est investie d'importantes fonctions constitutionnelles, notamment en ce qu'elle est habilitée à faire : respecter la primauté de la Constitution en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*; accorder réparation pour violation de la *Charte*, en vertu de l'art. 24; appliquer les art. 2, et 7 à 14 de la *Charte*; veiller au respect du partage des pouvoirs au sein de la fédération en vertu des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; et rendre des décisions relatives aux droits des peuples autochtones protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En somme, vu la place occupée par les cours provinciales au sein du système juridique canadien, la Constitution exige qu'elles demeurent financièrement indépendantes des autres pouvoirs politiques (*Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, par. 124-130).

Nous sommes confrontés ici à une situation où la législature du Nouveau-Brunswick a décidé de modifier son organisation judiciaire au moyen d'une loi s'appliquant à tous les juges de la Cour provinciale. Un tel exercice de pouvoir touche les interactions d'ordre purement institutionnel entre les pouvoirs législatif et judiciaire et est donc susceptible d'être assujéti aux exigences liées à la dimension institutionnelle de la sécurité financière. Une atteinte à l'aspect institutionnel de la sécurité financière aura, du reste, des retombées concrètes sur la sécurité financière de tous les juges de la Cour provinciale.

Comme l'énonce le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, par. 131, les éléments de l'indépendance financière au niveau institutionnel découlent chacun de l'impératif constitutionnel qui veut que, autant que possible, les rapports entre le judiciaire et les deux autres pouvoirs de l'État soient dépolitisés. Cet impératif commande que la magistrature soit protégée contre l'ingérence politique des autres pouvoirs par le biais de la manipulation financière et qu'elle soit perçue comme telle. En outre, il faut veiller à ce qu'elle ne soit pas mêlée à des débats politiques sur la rémunération des personnes payées sur les fonds publics. En effet, son rôle d'arbitre constitutionnel requiert que la magistrature en soit et en paraisse isolée.

On the other hand, one must seek to enhance the impartiality of judges as well as the perception of such impartiality by minimizing their involvement in questions concerning their own remuneration while preventing the other branches of government from using their control of public funds in order to interfere with their adjudicative independence.

In the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, at paras. 133-35, three elements or principles were found to be essential to the institutional dimension of financial security.

First, the salaries of provincial court judges may generally be reduced, increased or frozen but in order to do this, governments must resort to a body (usually called a “salary commission”) that is independent, effective and objective, and that will make recommendations. The provincial governments have a constitutional duty to make use of this process. The existence of such a body makes it possible for the legislative or executive branch to determine the level of remuneration while allaying the possibility of interference by way of financial manipulation or the perception that such a possibility of interference exists. The recommendations of this commission are not binding on the executive or the legislature. However, they may not be ignored lightly. If a decision is made to ignore them, the decision must be justified, if necessary, in a court of law on the basis of a simple rationality test. Such a process accordingly promotes the impartiality of the judiciary and its appearance by ensuring that the financial security of judges will not be at the mercy of political meddling.

Further, any negotiation — in the sense of trade-offs — concerning the salaries of the judges between a member or representative of the judiciary, on the one hand, and a member or representative of the executive or legislative branch, on the other hand, is prohibited. Such negotiations are fundamentally inconsistent with the independence of the judiciary. First, they are inevitably political as a result of the intrinsic nature of the question of salaries paid from the public purse. Second, the holding of such negotiations would undermine the perception of the

D’autre part, il faut chercher à favoriser l’impartialité des juges, ainsi que l’image d’impartialité, en réduisant au minimum leur participation aux débats concernant leur propre rémunération, tout en empêchant les autres branches du gouvernement d’utiliser leur contrôle des finances publiques pour s’immiscer dans leur indépendance juridictionnelle.

Dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, par. 133-135, trois éléments, ou principes, sont jugés essentiels à la dimension institutionnelle de la sécurité financière.

D’abord, les traitements des juges des cours provinciales peuvent généralement être réduits, augmentés ou bloqués, mais pour ce faire les gouvernements doivent avoir recours à un organisme (généralement appelé « commission de la rémunération ») indépendant, efficace et objectif, qui offrira ses recommandations. Les gouvernements provinciaux ont l’obligation constitutionnelle de recourir à ce processus. La présence d’un tel organisme permet en effet la fixation du niveau de rémunération par le législatif ou l’exécutif, tout en neutralisant la possibilité d’ingérence par la manipulation financière ou la perception qu’une telle possibilité d’ingérence existe. Les recommandations de cette commission ne lient pas l’exécutif ou la législature. Cependant, elles ne doivent pas être écartées à la légère. S’il est décidé de les écarter, cette décision doit être justifiée, au besoin devant une cour de justice, sur la base d’un critère de simple rationalité. Un tel processus favorise donc l’impartialité et l’image d’impartialité de la magistrature, en assurant que la sécurité financière des juges n’est pas à la merci des ingérences politiques.

Ensuite, toute négociation, au sens de marchandage, concernant le traitement des juges entre un membre ou représentant de la magistrature, d’une part, et un membre ou représentant de l’exécutif ou du législatif, d’autre part, est interdite. De telles négociations sont fondamentalement incompatibles avec l’indépendance de la magistrature. D’abord, elles sont immanquablement politiques, de par la nature intrinsèque de la question des rémunérations versées sur les fonds publics. De plus, la tenue de telles négociations minerait l’image d’indépendance

55

56

57

58

independence of the judiciary since the jurisdiction of the provincial courts entails that the government is frequently a party to disputes before those courts and salary negotiations are likely to give rise to certain obvious fears concerning the independence of the judiciary arising from the attitude of the parties to these negotiations.

59 Finally, reductions in the salaries of judges must not result in lowering these below the minimum required by the office of judge. Public trust in the independence of the judiciary would be weakened if the salaries paid to judges were so low that they led people to think that the judges were vulnerable to political or other pressures through financial manipulation. In order to counter the possibility that government inaction could function as a means of financial manipulation because the salaries of judges in constant dollars would be allowed to decline as a result of inflation and also to counter the possibility that these salaries would fall below the minimum required to ensure the independence of the judiciary, the salary commission must convene when a specified period has passed since its last report was submitted in order to examine the adequacy of the judges' salaries in light of the cost of living and other relevant factors.

60 Thus, the need to ensure that the process is depoliticized imposes negative and positive obligations on the legislative and executive branches because not only must they refrain from using their financial powers to influence judges in the performance of their duties, but they must also actively protect the independence of the judiciary by enacting appropriate legislative and institutional instruments.

61 The *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, at para. 136, also indicates that these principles apply to the pensions and other benefits given to judges. Hence, any measure taken by government that affects any aspect of the remuneration conditions of judges will automatically trigger the application of the principles relating to the institutional dimension of financial security.

62 It is now necessary to examine whether the functions of supernumerary judges and their abolition

de la magistrature, étant donné que la compétence des tribunaux provinciaux fait que l'État est fréquemment partie aux litiges dont ils sont saisis et que des négociations salariales pourraient faire naître certaines craintes évidentes quant à l'indépendance de la magistrature, du fait de l'attitude des parties à ces négociations.

Enfin, les réductions des traitements des juges ne doivent pas avoir pour effet d'abaisser ces traitements au dessous du minimum requis par la charge de juge. La confiance du public dans l'indépendance de la magistrature serait affaiblie si les traitements versés aux juges étaient si bas qu'ils donneraient à penser que les juges sont vulnérables aux pressions politiques ou autres par le biais de la manipulation financière. Afin de parer à la possibilité que l'inaction du gouvernement puisse servir de moyen de manipulation financière en permettant la dégradation des traitements des juges en dollars constants, à cause de l'inflation, ainsi qu'à la possibilité que ces traitements tombent sous le minimum requis pour assurer l'indépendance de la magistrature, les commissions de la rémunération doivent se réunir après une période déterminée suivant la présentation de leur dernier rapport, afin d'étudier le caractère adéquat des traitements des juges à la lumière du coût de la vie et d'autres facteurs pertinents.

Ainsi, l'impératif de dépolitisation fait peser des obligations négatives et positives sur les pouvoirs législatif et exécutif. Car non seulement doivent-ils s'abstenir d'utiliser leurs pouvoirs financiers pour influencer les juges dans l'exercice de leurs fonctions, ils doivent, au surplus, protéger activement l'indépendance de la magistrature par l'adoption d'instruments législatifs et institutionnels appropriés.

Le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, par. 136, précise également que ces principes s'appliquent aux pensions et autres avantages accordés aux juges. Donc, toute mesure gouvernementale affectant quelque aspect des conditions de rémunération des juges déclencherait automatiquement l'application des principes liés à la dimension institutionnelle de la sécurité financière.

Il faut donc examiner maintenant si les fonctions de juge surnuméraire et leur abolition ont une

have an impact on the financial security of judges of the Provincial Court.

(ii) Application to the Instant Case

1. *Does the Elimination of the Office of Supernumerary Judge Violate the Financial Security of the Judges of the Provincial Court?*

It appears that when it was created, the office of supernumerary judge was thought to provide a certain flexibility within the organization of the provincial judicial system. On the other hand, it enabled the government to benefit from the expertise of experienced judges while paying only the difference between a full salary and the pension that would in any event have been paid to a judge who had elected to retire. Hence, the conditions of eligibility for the office of supernumerary judge have always accurately reflected those of eligibility for a retirement pension. Moreover, these duties have already been described as creating a “useful bridge towards retirement” (M. L. Friedland, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada* (1995), at p. 46 (emphasis added)).

For a judge of the Provincial Court of New Brunswick who had met certain conditions of age and seniority, the possibility of becoming a supernumerary judge was added to those of retiring and receiving a pension, on the one hand, and continuing to sit full time, on the other hand. Clearly, the only way to make such a position attractive was to offer conditions that were more advantageous than those linked to retirement or full-time duties.

Normally, a judge of the Provincial Court of New Brunswick who became a supernumerary judge enjoyed a substantial reduction in his or her workload while receiving a full salary. However, the *Provincial Court Act* was silent concerning the relative size of this reduction and, in s. 4.1(5), merely left this decision to the Chief Judge of the Court. In theory, therefore, this reduction could have been minimal or even non-existent. That was, in fact, what happened in the case of Judge Rice, who had to sit full time despite his supernumerary status because of the shortage of judges. However,

incidence sur la sécurité financière des juges de la Cour provinciale.

(ii) Application à l'espèce

1. *L'élimination du poste de juge surnuméraire porte-t-elle atteinte à la sécurité financière des juges de la Cour provinciale?*

Il appert qu'au moment de son instauration on pensait que le poste de juge surnuméraire procurerait une certaine flexibilité dans l'organisation du système judiciaire provincial. D'autre part, cela permettait au gouvernement de profiter de l'expertise de juges expérimentés, tout en défrayant uniquement la différence entre un plein traitement et la pension qui devait de toute façon être payée à un juge ayant opté pour la retraite. Ainsi, les conditions d'admissibilité au statut de surnuméraire ont toujours parfaitement reflété les conditions d'admissibilité à une pension de retraite. Par ailleurs, ces fonctions ont été décrites comme une « période transitoire utile avant la retraite » (M. L. Friedland, *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* (1995), p. 53 (je souligne)).

Pour un juge de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick ayant rempli certaines conditions d'âge et d'ancienneté, l'option de devenir juge surnuméraire s'ajoutait donc à celles de prendre sa retraite et toucher sa pension, d'une part, et de continuer à siéger à temps plein, d'autre part. Évidemment, la seule façon de rendre un tel poste attrayant était d'offrir des conditions plus avantageuses que celles de la retraite ou des fonctions à temps plein.

Normalement, un juge de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick devenant juge surnuméraire bénéficiait d'une réduction substantielle de sa charge de travail tout en conservant un plein traitement. Cependant la *Loi sur la Cour provinciale* est muette quant à l'importance relative de cette réduction; son par. 4.1(5) laissait simplement cette décision au juge en chef de la cour. En théorie donc, cette réduction aurait pu être minime, voire inexistante. C'est d'ailleurs ce qui est arrivé au juge Rice, qui a dû siéger à temps plein malgré son statut de surnuméraire en raison du manque d'effectifs. Cependant, la nor-

63

64

65

if such a practice had been widespread, it would almost certainly have eliminated access to the office of supernumerary judge as a reasonable choice for a judge who met the conditions of eligibility. The government of New Brunswick would then have been deprived of the benefits of flexibility and expertise contemplated when it created this office. Consequently, I do not believe that it is possible to examine the nature of the office of supernumerary judge on the basis of such an abstract reading of s. 4.1(5) of the Act that we end up completely ignoring the factual and legal contexts in which this provision was enacted. Moreover, by its very wording, which indicates that a supernumerary judge “shall be available to perform such judicial duties as may be assigned to the judge from time to time by the chief judge or associate chief judge”(emphasis added), the Act appears to suggest a reduced workload.

66

In my opinion, therefore, it is necessary to take into account the uncontradicted evidence showing that it was understood by everyone that a supernumerary judge had to perform approximately 40 percent of the usual workload of a judge of the Provincial Court. The retirement pension received by a judge of the Provincial Court was equivalent to 60 percent of the full salary. The reasoning behind this understanding was accordingly that it was logical for a judge who was eligible for a pension equivalent to 60 percent of his or her full salary to be given an opportunity to perform 40 percent of his or her former duties in return for a full salary.

67

In light of what has been said above, it is my view that the system of supernumerary judges constituted an undeniable economic benefit for all the judges of the Provincial Court appointed before Bill 7 came into force and for eventual candidates for the position of judge in the court. In other words, this type of benefit was certainly taken into consideration both by sitting judges and by candidates for the office of judge in planning their economic and financial affairs. Thus, it seems to me to be wrong to suggest that the abolition of the office of supernumerary judge did not violate the collective dimension of the financial security of the Provincial Court of New Brunswick. At the very least, this office provided a right to a potential benefit of a reduced

malisation d’une telle pratique aurait presque assurément éliminé le choix du statut de juge surnuméraire comme choix raisonnable offert à un juge remplissant les conditions d’admissibilité. Le gouvernement du Nouveau-Brunswick aurait alors été privé des avantages de flexibilité et d’expertise envisagés lors de la création de ces fonctions. Par conséquent, je ne crois pas que l’on puisse procéder à un examen de la nature du poste de juge surnuméraire à partir d’une lecture si abstraite du par. 4.1(5) de la Loi que l’on finisse par faire totalement abstraction des contextes factuel et juridique dans lesquels cette disposition s’inscrivait. D’ailleurs, son texte même, énonçant qu’un juge surnuméraire « doit être disponible pour exercer les fonctions judiciaires qui peuvent lui être assignées à l’occasion par le juge en chef ou le juge en chef associé » (je souligne), paraissait suggérer une charge de travail réduite.

Il faut donc, à mon avis, tenir compte de la preuve non-contredite selon laquelle il était entendu par tous qu’un juge surnuméraire devait accomplir environ 40 p. 100 de la charge habituelle de travail d’un juge de la Cour provinciale. La pension de retraite d’un juge de la Cour provinciale équivalait à 60 p. 100 du plein traitement. L’entente générale sur cette interprétation venait du raisonnement selon lequel il était logique qu’un juge admissible à une pension équivalent à 60 p. 100 de son plein traitement se voit offrir la possibilité de remplir 40 p. 100 de ses anciennes fonctions en contrepartie d’un plein traitement.

À la lumière de ce qui précède, je suis d’avis que le système de juges surnuméraires constituait un avantage économique indéniable pour tous les juges de la Cour provinciale nommés avant l’entrée en vigueur de la Loi 7 ainsi que pour d’éventuels candidats au poste de juge de cette cour. Autrement dit, ce genre d’avantage était certainement pris en considération tant par les juges en fonction que par des postulants au poste de juge dans la planification de leurs affaires économiques et financières. Aussi m’apparaît-il malvenu de suggérer que l’abolition du poste de juge surnuméraire ne portait pas atteinte à la dimension collective de la sécurité financière de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick. Pour le moins, ce poste créait un droit à l’avantage potentiel

workload, the extent of which was established by the Chief Judge, that is by judicial authority independent of the Executive or other government authority. Its abolition constituted a change in the conditions of office which were advantageous to the judges by denying them the option of being eligible for a less demanding workload to be determined in a manner respectful of the institutional independence of the court. This benefit was likely to be substantial, impacting the quality and style of life of judges in their latter years. The issue here is not whether this benefit is a sufficient guarantee of financial security or judicial independence, as was the issue in *Valente* to which my colleague Binnie J. refers, but whether the supernumerary status provided a substantial benefit pertaining to financial security likely to give rise to negotiation and politicization.

In my opinion, there is no distinction in principle between a straight salary cut and the elimination of offices that offer a clear economic benefit. Both give rise to the political aspects mentioned in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, that is to say they raise controversial questions of public policy and resource allocation and raise the possibility of interference by the other branches of government in the independence of the judiciary by means of financial manipulation. Indeed, as my colleague Binnie J. states, supernumerary status was adopted in New Brunswick after lengthy discussions between the government and the Provincial Court judges. Thus, the elimination of the office of supernumerary judge violates the institutional dimension of the financial security of judges of the Provincial Court of New Brunswick. A similar conclusion was drawn, moreover, by Parrett J. in *British Columbia (Provincial Court Judge) v. British Columbia* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 289 (S.C.), at pp. 314-15.

In short, I consider that the opinion stated by this Court in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, requires that any change made to the remuneration conditions of judges at any given time must necessarily pass through the institutional filter of an independent, effective and objective

d'une charge de travail réduite dans la mesure que choisissait le juge en chef, c'est-à-dire un pouvoir judiciaire indépendant de l'exécutif ou autre pouvoir de l'État. Son abolition a modifié des conditions de travail avantageuses pour les juges en les privant de l'option d'être admissibles à une charge de travail moins exigeante qui serait déterminée dans le respect de l'indépendance institutionnelle de la cour. Cet avantage pouvait être substantiel et avoir des incidences sur la qualité et le style de vie des juges à la fin de leur carrière. La question en l'espèce n'est pas de savoir si cet avantage est une garantie suffisante de la sécurité financière ou de l'indépendance de la magistrature, comme la question examinée dans *Valente* dont parle mon collègue le juge Binnie, mais si le statut de surnuméraire conférait un avantage substantiel relativement à la sécurité financière susceptible de donner lieu à négociation et politisation.

À mon avis, il n'y a pas de distinction de principe entre une réduction de salaire pure et simple et l'élimination de postes présentant un avantage économique clair. L'une et l'autre revêtent les deux aspects politiques mentionnés dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, c'est-à-dire qu'elles suscitent des questions controversées d'intérêt public et d'allocation des ressources et font naître la possibilité d'une ingérence des autres pouvoirs de l'État dans l'indépendance du judiciaire par le biais de la manipulation financière. Mon collègue le juge Binnie déclare d'ailleurs que le statut de surnuméraire a été adopté au Nouveau-Brunswick après de longs pourparlers entre le gouvernement et les juges de la Cour provinciale. Ainsi, l'élimination du poste de juge surnuméraire porte atteinte à la dimension institutionnelle de la sécurité financière des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick. Une conclusion similaire est d'ailleurs tirée par le juge Parrett dans *British Columbia (Provincial Court Judge) c. British Columbia* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 289 (C.S.), p. 314-315.

En somme, je considère que l'opinion offerte par notre Cour dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, précité, impose que toute modification apportée aux conditions de rémunération des juges à quelque moment que ce soit doit obligatoirement passer par le crible institutionnel d'un organisme

body so that the relationship between the judiciary, on the one hand, and the executive and legislative branches, on the other, remain depoliticized as far as possible. That is a structural requirement of the Canadian Constitution resulting from the separation of powers and the rule of law. By failing to refer the question of the elimination of the office of supernumerary judge to such a body, the government of New Brunswick breached this fundamental duty. The lack of a grandfather clause in favour of the supernumerary judges in office and the judges of the Provincial Court appointed before Bill 7 came into force also aggravates this initial violation. Consequently, Bill 7 must be declared invalid.

indépendant, efficace et objectif, afin que les relations entre le judiciaire, d'une part, et l'exécutif et le législatif, d'autre part, demeurent aussi dépolitisées que possible. C'est là une exigence structurelle de la Constitution canadienne découlant de la séparation des pouvoirs et de la primauté du droit. En omettant de renvoyer la question de l'élimination du poste de juge surnuméraire à un tel organisme, le gouvernement du Nouveau-Brunswick a failli à cette obligation fondamentale. L'absence de clause de droits acquis en faveur des juges surnuméraires en fonction et des juges de la Cour provinciale nommés avant l'entrée en vigueur de la Loi 7 vient aggraver cette première atteinte. Par conséquent, la Loi 7 doit être déclarée invalide.

70 However, the foregoing reasoning must not be interpreted as negating or ossifying the exercise by the provinces of their legislative jurisdiction under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. While the provincial legislative assemblies have exclusive jurisdiction over “[t]he Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction”, that jurisdiction must nevertheless be exercised in accordance with the structural principles of the Canadian Constitution, including the independence of the judiciary. In other words, the New Brunswick government was pursuing a perfectly legitimate purpose in trying to make certain changes to the organization of its judiciary for reasons of efficiency, flexibility and cost savings. In light of the impact of the elimination of the position of supernumerary judge on the financial security of Provincial Court judges, it should however have exercised its legislative jurisdiction while complying with the process of review by an independent, effective and objective body prescribed by the Constitution.

2. *Justification and Section 1 of the Charter*

71 As I indicated at the beginning of my analysis, judicial independence is protected by both the Preamble to the *Constitution Act, 1867* and s. 11(d) of the *Charter*. Thus, not only is it a right enjoyed

Il faudra néanmoins se garder d'interpréter le raisonnement qui précède comme niant ou paralysant à l'excès l'exercice par les provinces de leur compétence législative en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Car, si les assemblées législatives provinciales sont investies d'une compétence exclusive en regard de « [l']administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle », il n'en demeure pas moins que cette compétence doit être exercée en conformité avec les principes structurels de la Constitution canadienne, dont l'indépendance de la magistrature. Autrement dit, le gouvernement du Nouveau-Brunswick poursuivait une fin parfaitement légitime en voulant apporter certains changements à son organisation judiciaire pour des motifs d'efficacité, de flexibilité et d'économie. Vu les incidences de l'élimination du poste de juge surnuméraire sur la sécurité financière des juges de la Cour provinciale, il devait cependant exercer sa compétence législative en respectant le processus d'examen par un organisme indépendant, efficace et objectif prescrit par la Constitution.

2. *La justification et l'article premier de la Charte*

Comme je le mentionne en début d'analyse, l'indépendance judiciaire est protégée à la fois par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et par l'al. 11d) de la *Charte*. Ainsi, non seulement

by a party subject to the threat of criminal proceedings but it is also a fundamental element underlying the very operations of the administration of justice. In other words, judicial independence functions as a prerequisite for giving effect to a litigant's rights including the fundamental rights guaranteed in the *Charter*.

Given the vital role played by judicial independence within the Canadian constitutional structure, the standard application of s. 1 of the *Charter* could not alone justify an infringement of that independence. A more demanding onus lies on the government. Thus, in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, at para. 137, it was indicated that the elements of the institutional dimension of financial security did not have to be followed in cases of dire and exceptional financial emergencies caused by extraordinary circumstances such as the outbreak of war or imminent bankruptcy. In this case, it is clear that such circumstances did not exist in New Brunswick at the time when Bill 7 was passed. Moreover, no arguments were made by the appellant in this regard.

Since it had been decided in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, to resolve the questions in dispute solely on the basis of s. 11(d) of the *Charter*, the question as to whether the violation of this provision could be justified under s. 1 was examined (paras. 277 *et seq.*). In this process, it was stated: (i) that the government had to adduce evidence to justify the violation; and (ii) that it was the fact that the independent, effective and objective process had been circumvented that had to be justified and not the content of the government measures. Although in my opinion a s. 1 analysis alone is not adequate to resolve the question as to whether the violation is justified, these principles remain applicable to the more demanding analysis required by the fundamental nature of judicial independence. In this case, the appellant did not adduce any evidence tending to show that its constitutional shortcomings were justified. Furthermore, in my judgment, the lack of a grandfather clause in Bill 7 aggravates the violation of judicial independence.

s'agit-il d'un droit conféré à un justiciable visé par des poursuites pénales, mais elle constitue au surplus un élément fondamental qui sous-tend le fonctionnement même de l'administration de la justice. Autrement dit, l'indépendance judiciaire est une condition préalable à la mise en œuvre des droits du justiciable dont, notamment, les droits fondamentaux garantis par la *Charte*.

Vu le rôle vital de l'indépendance judiciaire au sein de la structure constitutionnelle canadienne, l'application usuelle de l'article premier de la *Charte* ne saurait à elle seule en justifier l'atteinte. Un fardeau plus contraignant s'impose au gouvernement. Ainsi, le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* précise que les éléments de la dimension institutionnelle de la sécurité financière n'avaient pas à être suivis en cas de crise financière exceptionnellement grave provoquée par des circonstances extraordinaires, telles que le déclenchement d'une guerre ou une faillite imminente (par. 137). Or, en l'espèce, il est manifeste que de telles circonstances n'existaient pas au Nouveau-Brunswick à l'époque de l'adoption de la Loi 7. Aucune argumentation n'a d'ailleurs été présentée par l'appelante à cet égard.

Puisque le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* décide de résoudre les questions litigieuses sur la seule base de l'al. 11d) de la *Charte*, il examine la question de savoir si l'atteinte à cette disposition peut être justifiée en vertu de l'article premier (par. 277 *et suiv.*). Dans cette analyse, la Cour déclare : (i) qu'il incombe au gouvernement de présenter une preuve justificative de l'atteinte; et (ii) que c'est le fait d'avoir contourné le processus indépendant, efficace et objectif qui doit faire l'objet de la justification et non le contenu des mesures gouvernementales. Même si je suis d'avis qu'une analyse selon l'article premier n'est pas à elle seule apte à résoudre la question de la justification de l'atteinte, ces principes demeurent applicables à l'analyse plus exigeante requise par le caractère fondamental de l'indépendance judiciaire. En l'espèce, l'appelante n'a présenté aucune preuve tendant à justifier ses manquements constitutionnels. De plus, je suis d'avis que l'absence de clause de droits acquis dans la Loi 7 aggrave l'atteinte à l'indépendance judiciaire.

72

73

3. *Appropriate Relief*

74 Some of the interveners suggested that the appellant did not breach its constitutional obligations set out in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, simply because under the directives issued by this Court on the rehearing in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3, these obligations did not acquire their full effect until September 18, 1998 while Bill 7 came into force on April 1, 1995.

75 It is true that in order to ensure continuity in the proper administration of justice, the Court decided in the rehearing of the *Provincial Court Judges Reference*, to suspend all aspects of the requirement relating to the judges' salary commission, including any reimbursement for past salary reductions for one year following the date of the judgment in the first reference (para. 18). This order was designed to permit the courts whose independence was at issue to function nevertheless, while the governments proceeded to establish and implement the process of review by a commission required by the first *Provincial Court Judges Reference*. According to the order, the requirement relating to the judges' salary commission applied for the future, effective September 18, 1998. Lamer C.J. added at para. 20:

I note that the prospectiveness of the judicial compensation requirement does not change the retroactivity of the declarations of invalidity made in this case. . . . In the rare cases in which this Court makes a prospective ruling, it has always allowed the party bringing the case to take advantage of the finding of unconstitutionality. [Emphasis added.]

76 A similar solution is appropriate in this case. The respondents instituted their legal proceedings before the *Provincial Court of Judges Reference*, *supra*, was rendered. An injustice would be perpetuated if they were not allowed to take advantage of the finding of unconstitutionality in the same way as the parties to the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, solely on the basis of this sequence of events. As I indicated in the preceding paragraph, the suspension of the requirement for a commission was

3. *La réparation appropriée*

Certains intervenants ont suggéré que l'appelante n'a pas manqué aux obligations constitutionnelles énoncées dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, du simple fait qu'en vertu de directives données par notre Cour dans sa décision suivant la nouvelle audition du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3, ces obligations avaient pris plein effet le 18 septembre 1998 alors que la Loi 7 est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1995.

Il est vrai qu'afin d'assurer le maintien de la bonne administration de la justice, la Cour a décidé lors de la nouvelle audition du *Renvoi* de suspendre tous les aspects de l'exigence concernant la commission de la rémunération des juges, y compris tout remboursement pour réduction antérieure de traitement, pendant une année à compter de la date du jugement initial (par. 18). Cette ordonnance visait à permettre aux tribunaux dont l'indépendance était en cause de fonctionner malgré tout, pendant que les gouvernements procédaient à l'établissement et à la mise en œuvre du processus d'examen par une commission requis par le premier *Renvoi*. Selon l'ordonnance, l'exigence relative à la commission de la rémunération des juges s'appliquait pour l'avenir, à compter du 18 septembre 1998. Le juge en chef Lamer ajoute au par. 20 :

Je souligne que le caractère prospectif de l'exigence relative à la rémunération des juges ne modifie pas la rétroactivité des déclarations d'invalidité prononcées dans la présente affaire [. . .] Dans les rares cas où notre Cour a rendu une décision applicable pour l'avenir, elle a toujours permis à la partie qui a porté l'affaire devant le tribunal de profiter de la conclusion d'inconstitutionnalité. [Je souligne.]

Une solution similaire est appropriée en l'espèce. Les intimés ont commencé leurs procédures judiciaires avant la décision dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*. Il serait injuste de ne pas leur permettre de profiter de la conclusion d'inconstitutionnalité au même titre que les parties dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, sur la seule base de la séquence des événements. Comme je le mentionne au paragraphe précédent, la suspension de l'exigence de la commission a été ordonnée

ordered solely on the basis of necessity, in order to permit the provincial courts to operate in the meantime in the absence of the required level of independence. However, it was certainly not a case of a blanket suspension of the constitutional obligations explained in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra* (see *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges v. Newfoundland* (2000), 191 D.L.R. (4th) 225 (Nfld. C.A.), at pp. 266-80 (*per* Green J.A.)). Also, in all fairness, I consider that the declaration of invalidity must benefit the respondents who are, for all practical purposes, in the same position as the successful parties in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*.

Moreover, this declaration applies to both the elimination of the office of supernumerary judge and its replacement by a new panel of part-time judges paid on a *per diem* basis since it is impossible for all practical purposes to dissociate both these aspects of Bill 7 (*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 710-11; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), at p. 518). However, in order to fill the legal vacuum that would be created by a simple declaration of invalidity, the declaration will initially be suspended *erga omnes* for a period of six months to allow the government of New Brunswick to provide a solution that meets its constitutional obligations (*Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721). However, it is not appropriate for this Court to dictate the approach that should be taken in order to rectify the situation. Since there is more than one way to do so, it is the government's task to determine which approach it prefers. It is also the responsibility of the government to decide whether the existing judges' salary commission established by ss. 22.01 *et seq.* of the *Provincial Court Act* may validly consider the question of the abolition of the office of supernumerary judge.

B. *Other Questions*

(1) Damages

According to a general rule of public law, absent conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power, the courts will not award damages

uniquement pour des raisons de nécessité, afin de permettre aux tribunaux provinciaux de continuer à fonctionner en l'absence du niveau d'indépendance requis. Toutefois il ne s'agissait certainement pas d'une suspension généralisée des obligations constitutionnelles explicitées par le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* (voir *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges c. Newfoundland* (2000), 191 D.L.R. (4th) 225 (C.A.T.-N.), p. 266-280 (le juge Green)). Aussi, en toute équité, je suis d'avis que la déclaration d'invalidité doit profiter aux intimés, qui se trouvent, à toutes fins pratiques, dans la même situation que les parties ayant eu gain de cause dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*.

Par ailleurs, cette déclaration vise à la fois l'élimination du poste de juge surnuméraire et son remplacement par un tableau de juges à temps partiel payés sur une base journalière, puisqu'il est pratiquement impossible de dissocier ces deux aspects de la Loi 7 (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 710-711; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (C.P.), p. 518). Cependant, afin de pallier au vide juridique que créerait une pure déclaration d'invalidité, la déclaration sera initialement suspendue *erga omnes* pour une période de six mois, afin de permettre au gouvernement du Nouveau-Brunswick d'apporter une solution conforme à ses obligations constitutionnelles (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721). Toutefois la Cour ne devrait pas dicter la marche à suivre pour remédier à la situation. En effet, comme il y a plus d'une façon d'y parvenir, il appartient au gouvernement de déterminer celle qui lui convient. Il appartient aussi au gouvernement de décider si l'actuelle commission sur la rémunération des juges mise en place par les art. 22.01 *et suiv.* de la *Loi sur la Cour provinciale* peut valablement se saisir de la question de l'élimination des fonctions de juge surnuméraire.

B. *Autres questions*

(1) Les dommages-intérêts

Selon un principe général de droit public, en l'absence de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir, les tribunaux

for the harm suffered as a result of the mere enactment or application of a law that is subsequently declared to be unconstitutional (*Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42). In other words “[i]nvalidity of governmental action, without more, clearly should not be a basis for liability for harm caused by the action” (K. C. Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 3, at p. 487). In the legal sense, therefore, both public officials and legislative bodies enjoy limited immunity against actions in civil liability based on the fact that a legislative instrument is invalid. With respect to the possibility that a legislative assembly will be held liable for enacting a statute that is subsequently declared unconstitutional, R. Dussault and L. Borgeat confirmed in their *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1990), vol. 5, at p. 177, that:

In our parliamentary system of government, Parliament or a legislature of a province cannot be held liable for anything it does in exercising its legislative powers. The law is the source of duty, as much for citizens as for the Administration, and while a wrong and damaging failure to respect the law may for anyone raise a liability, it is hard to imagine that either Parliament or a legislature can as the lawmaker be held accountable for harm caused to an individual following the enactment of legislation. [Footnotes omitted.]

79

However, as I stated in *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, since the adoption of the *Charter*, a plaintiff is no longer restricted to an action in damages based on the general law of civil liability. In theory, a plaintiff could seek compensatory and punitive damages by way of “appropriate and just” remedy under s. 24(1) of the *Charter*. The limited immunity given to government is specifically a means of creating a balance between the protection of constitutional rights and the need for effective government. In other words, this doctrine makes it possible to determine whether a remedy is appropriate and just in the circumstances. Consequently, the reasons that inform the general principle of public law are also relevant in a *Charter* context. Thus, the government and its representatives are required to exercise their powers in good faith and to respect the “established and indisputable” laws that define

n’accorderont pas de dommages-intérêts pour le préjudice subi à cause de la simple adoption ou application d’une loi subséquemment déclarée inconstitutionnelle (*Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42). Autrement dit, [TRADUCTION] « l’invalidité n’est pas le critère de la faute et ne devrait pas être le critère de la responsabilité » (K. C. Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 3, p. 487). Ainsi, au sens juridique, tant les fonctionnaires que les institutions législatives bénéficient d’une immunité restreinte vis-à-vis des actions en responsabilité civile dont le fondement serait l’invalidité d’un texte législatif. Quant à la possibilité qu’une assemblée législative soit tenue responsable pour l’adoption d’une loi subséquemment déclarée inconstitutionnelle, R. Dussault et L. Borgeat confirment dans leur *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1989), t. III, p. 959, que :

Dans notre régime parlementaire, il est impensable que le Parlement puisse être déclaré responsable civilement en raison de l’exercice de son pouvoir législatif. La loi est la source des devoirs, tant des citoyens que de l’Administration, et son inobservation, si elle est fautive et préjudiciable, peut pour quiconque faire naître une responsabilité. Il est difficilement imaginable cependant que le législateur en tant que tel soit tenu responsable du préjudice causé à quelqu’un par suite de l’adoption d’une loi. [Notes infrapaginales omises.]

Toutefois, comme je le mentionne dans *Guimond c. Québec (Procureur général)*, précité, depuis l’adoption de la *Charte* un demandeur n’est plus limité uniquement à une action en dommages-intérêts fondée sur le droit général de la responsabilité civile. Il pourrait, en théorie, solliciter des dommages-intérêts compensatoires et punitifs à titre de réparation « convenable et juste » en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Or, l’immunité restreinte accordée à l’État constitue justement un moyen d’établir un équilibre entre la protection des droits constitutionnels et la nécessité d’avoir un gouvernement efficace. Autrement dit, cette doctrine permet de déterminer si une réparation est convenable et juste dans les circonstances. Par conséquent les raisons qui sous-tendent le principe général de droit public sont également pertinentes dans le contexte de la *Charte*. Ainsi, l’État et ses représentants sont tenus d’exercer

the constitutional rights of individuals. However, if they act in good faith and without abusing their power under prevailing law and only subsequently are their acts found to be unconstitutional, they will not be liable. Otherwise, the effectiveness and efficiency of government action would be excessively constrained. Laws must be given their full force and effect as long as they are not declared invalid. Thus it is only in the event of conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power that damages may be awarded (*Crown Trust Co. v. The Queen in Right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41 (Ont. Div. Ct.)).

Thus, it is against this backdrop that we must read the following comments made by Lamer C.J. in *Schachter*, *supra*, at p. 720:

An individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* will rarely be available in conjunction with an action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Ordinarily, where a provision is declared unconstitutional and immediately struck down pursuant to s. 52, that will be the end of the matter. No retroactive s. 24 remedy will be available. [Emphasis added.]

In short, although it cannot be asserted that damages may never be obtained following a declaration of unconstitutionality, it is true that, as a rule, an action for damages brought under s. 24(1) of the *Charter* cannot be combined with an action for a declaration of invalidity based on s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Applying these principles to the situation before us, it is clear that the respondents are not entitled to damages merely because the enactment of Bill 7 was unconstitutional. On the other hand, I do not find any evidence that might suggest that the government of New Brunswick acted negligently, in bad faith or by abusing its powers. Its knowledge of the unconstitutionality of eliminating the office of supernumerary judge has never been established. On the contrary, Bill 7 came into force on April 1, 1995, more than two years before this Court expressed its opinion in the *Provincial Court Judges*

leurs pouvoirs de bonne foi et de respecter les règles de droit « établies et incontestables » qui définissent les droits constitutionnels des individus. Cependant, s'ils agissent de bonne foi et sans abuser de leur pouvoir eu égard à l'état du droit, et qu'après coup seulement leurs actes sont jugés inconstitutionnels, leur responsabilité n'est pas engagée. Autrement, l'effectivité et l'efficacité de l'action gouvernementale seraient exagérément contraintes. Les lois doivent être appliquées dans toute leur force et effet tant qu'elles ne sont pas invalidées. Ce n'est donc qu'en cas de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir que des dommages-intérêts peuvent être octroyés (*Crown Trust Co. c. The Queen in Right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41 (C. div. Ont.)).

C'est sur cette toile de fond qu'il faut lire les commentaires du juge en chef Lamer dans *Schachter*, précité, p. 720, selon lesquels :

Il y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps qu'une mesure prise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Habituellement, si une disposition est déclarée inconstitutionnelle et immédiatement annulée en vertu de l'art. 52, l'affaire est close. Il n'y aura pas lieu à une réparation rétroactive en vertu de l'art 24. [Je souligne.]

En somme, même s'il est impossible d'affirmer que des dommages-intérêts ne peuvent jamais être obtenus à la suite d'une déclaration d'inconstitutionnalité, il est exact que, en règle générale, une action en dommages-intérêts présentée en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ne peut être jumelée à une action en déclaration d'invalidité fondée sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Lorsqu'on applique ces principes à la présente situation, il est évident que les intimés n'ont pas droit à des dommages-intérêts en raison simplement du caractère inconstitutionnel de l'adoption de la Loi 7. Par ailleurs, je ne trouve aucun élément de preuve qui puisse indiquer que le gouvernement du Nouveau-Brunswick a agi négligemment, de mauvaise foi, ou en abusant de ses pouvoirs. Il n'a jamais été démontré qu'il savait que l'élimination du poste de juge surnuméraire était inconstitutionnelle. Bien au contraire, la Loi 7 est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1995, soit plus de deux années avant l'opinion rendue par

80

81

82

Reference, supra, which, it must be recognized, substantially altered the situation in terms of the institutional independence of the judiciary. Consequently, it may not reasonably be suggested that the government of New Brunswick displayed negligence, bad faith or wilful blindness with respect to its constitutional obligations at that time.

83 Furthermore, I cannot accept the statement of Ryan J.A. of the Court of Appeal that the failure of the Minister of Justice to keep his promise to refer Bill 7 to the Law Amendments Committee was an instance of bad faith that justified the awards of damages. Even if admitted to be true, such evidence is far from establishing a negligent or unreasonable attitude on the part of government. In fact, it has no probative value as to whether, in the circumstances, the legislation was enacted wrongly, for ulterior motives or with knowledge of its unconstitutionality.

84 The claim of the respondent judges for damages is accordingly dismissed.

(2) Costs

85 Although the appeal is allowed in part, the fact remains that the respondents are successful on the principal issue, namely the constitutional invalidity of the legislation in question. I would accordingly award their costs throughout.

86 At trial, the respondents were awarded party-and-party costs. In the Court of Appeal, this decision was reversed and it was decided that the government's conduct justified the award of solicitor-client costs. It is established that the question of costs is left to the discretion of the trial judge. The general rule in this regard is that solicitor-client costs are awarded only on very rare occasions, for example when a party has displayed reprehensible, scandalous or outrageous conduct (*Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 134). Reasons of public interest may also justify the making of such an order (*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 80).

cette Cour dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, qui, il faut le reconnaître, changeait considérablement la donne en matière d'indépendance institutionnelle de la magistrature. De ce fait, on ne peut raisonnablement suggérer que le gouvernement néo-brunswickois a fait preuve de négligence, de mauvaise foi ou d'aveuglement volontaire à l'égard de ses obligations constitutionnelles d'alors.

En outre, je ne puis accepter la proposition du juge Ryan de la Cour d'appel, selon laquelle le non-respect par le ministre de la Justice de sa promesse de soumettre le projet de Loi 7 au Comité de modification des lois constituait un acte de mauvaise foi justifiant l'octroi de dommages-intérêts. Même en admettant sa véracité, une telle preuve est loin de démontrer une attitude négligente ou abusive de la part du gouvernement. En fait, elle n'a aucune valeur probante quant à savoir si, dans les circonstances, la loi a été adoptée de manière fautive, pour des motifs détournés ou avec la connaissance de son inconstitutionnalité.

La demande des juges intimés en dommages-intérêts est donc rejetée.

(2) Les dépens

Même si l'appel est accueilli en partie, il demeure que les intimés ont eu gain de cause sur la principale question en litige, soit l'inconstitutionnalité de la loi contestée. Je leur accorderais donc les dépens devant toutes les cours.

En première instance, les intimés ont obtenu des dépens entre parties. En Cour d'appel, cette décision a été infirmée et il a été décidé que le comportement du gouvernement justifiait l'octroi de dépens entre avocat et client. Il est établi que la question des dépens est laissée à la discrétion du juge de première instance. La règle générale en la matière veut que des dépens entre avocat et client ne soient accordés qu'en de rares occasions, par exemple lorsqu'une partie a fait preuve d'une conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante (*Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 134). Des raisons d'intérêt public peuvent également fonder une telle ordonnance (*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 80).

Although judicial independence is a noble cause that deserves to be firmly defended, it is not appropriate in my opinion to grant such a form of costs to the respondents in this case. I would accordingly award them their costs on a party-and-party basis.

VII. Disposition

The appeal is allowed in part. The *Act to Amend the Provincial Court Act* (Bill 7) is declared unconstitutional because it violates the institutional guarantees of judicial independence contained in s. 11(d) of the *Charter* and the Preamble to the *Constitution Act, 1867*. Except with respect to the respondents, however, this declaration of unconstitutionality is suspended for a period of six months from the date of this judgment* to allow the government of New Brunswick to rectify the situation in accordance with its constitutional obligations as described in this decision and in the *Provincial Court Judges Reference, supra*. Accordingly, the constitutional questions are answered as follows:

Answer to question 1: Yes, with respect to financial security.

Answer to question 2: Yes.

Answer to question 3: No.

The respondents' claim for damages is dismissed.

However, since the respondents were successful on the main issue, they are entitled to their costs throughout.

The reasons of Binnie and LeBel JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Gonthier J. I agree with his statement of the broad principles of judicial independence but, with respect, I do not agree that supernumerary status as defined in the

*On June 17, 2002, the period of suspension was extended to February 14, 2003. On January 24, 2003, the period of suspension was further extended to August 14, 2003.

Bien que l'indépendance judiciaire constitue une noble cause méritant d'être défendue ardemment, il n'est pas à mon avis approprié d'accorder une telle forme de dépens aux intimés en l'espèce. Je leur accorderais donc leurs dépens entre parties.

VII. Dispositif

L'appel est accueilli en partie. La *Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale* (Loi 7) est déclarée inconstitutionnelle comme portant atteinte aux garanties institutionnelles d'indépendance judiciaire contenues à l'al. 11d) de la *Charte* et au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sauf à l'égard des intimés, cette déclaration d'inconstitutionnalité est toutefois suspendue pour une période de six mois à partir de la date du présent jugement* afin de permettre au gouvernement du Nouveau-Brunswick de remédier à la situation en conformité avec ses obligations constitutionnelles telles que décrites au présent arrêt ainsi que dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*. Les questions constitutionnelles reçoivent donc les réponses suivantes :

Question 1 : Oui, à l'égard de la sécurité financière.

Question 2 : Oui.

Question 3 : Non.

La demande de dommages-intérêts des intimés est rejetée.

Ayant eu gain de cause sur la question principale en litige, les intimés ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges Binnie et LeBel rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Gonthier. Je suis d'accord avec son exposé des principes généraux de l'indépendance judiciaire mais je ne peux souscrire à l'opinion que

*Le 17 juin 2002, la période de suspension a été prorogée jusqu'au 14 février 2003. Le 24 janvier 2003, la période de suspension a été prorogée de nouveau jusqu'au 14 août 2003.

87

88

89

90

91

New Brunswick *Provincial Court Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-21, constituted an economic benefit protected by the Constitution. The respondents' expectation that they would work only 40 percent of the time for 100 percent of the pay of a full-time judge was neither spelled out in the Act nor otherwise put in a legally enforceable form.

le statut de juge surnuméraire défini dans la *Loi sur la Cour provinciale* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, était un avantage économique protégé par la Constitution. L'expectative des intimés de ne travailler que 40 p. 100 du temps en contrepartie de la pleine rémunération de juge à temps plein n'était ni inscrite dans la Loi ni autrement prescrite sous une forme légalement exécutoire.

92 My colleague notes "the uncontradicted evidence showing that it was understood by everyone that a supernumerary judge had to perform approximately 40 percent of the usual workload of a judge of the Provincial Court" (para. 66 (emphasis added)). I do not doubt it. It seems clear that it was thus understood by both judges and government officials. The question, however, is whether the doctrine of judicial independence protects "understandings" about specific financial benefits that are pointedly not written into the governing legislation.

Mon collègue note « la preuve non-contredite selon laquelle il était entendu par tous qu'un juge surnuméraire devait remplir environ 40 p. 100 de la charge habituelle de travail d'un juge de la Cour provinciale » (par. 66 (je souligne)). Je n'en doute pas. Il semble clair que cela était entendu par les juges et les représentants du gouvernement. La question est toutefois de savoir si le principe de l'indépendance judiciaire protège des « ententes » sur des avantages financiers précis qui, fait significatif, ne figurent pas dans la loi applicable.

93 My colleague says that judicial independence must be protected by "objective legal guarantees" (para. 38). I agree. What we have here, however, is neither objective nor a guarantee. As my colleague notes (para. 65) the repealed provision of the New Brunswick *Provincial Court Act* defined the workload of a supernumerary judge only in terms of being "available to perform such judicial duties as may be assigned to the judge from time to time by the chief judge or associate chief judge" (s. 4.1(5)). The problem is not simply that the extent of the discretionary benefit was not specified in the Act. The more fundamental problem is that, as I read it, the legislation *guaranteed* no benefit at all.

Mon collègue affirme que l'indépendance judiciaire doit être protégée par « des garanties juridiques objectives » (par. 38). Je suis d'accord. Toutefois, ce dont il s'agit en l'espèce n'est ni objectif ni garanti. Comme mon collègue le souligne (par. 65), la disposition abrogée de la *Loi sur la Cour provinciale* du Nouveau-Brunswick définissait la charge de travail du juge surnuméraire en disant uniquement qu'il « doit être disponible pour exercer les fonctions judiciaires qui peuvent lui être assignées à l'occasion par le juge en chef ou le juge en chef associé » (par. 4.1(5)). Le problème n'est pas simplement que l'étendue de l'avantage discrétionnaire n'était pas stipulée dans la Loi. Selon mon interprétation, le problème plus fondamental est que le texte législatif ne *garantissait* absolument aucun avantage.

94 We are not dealing here with the broad unwritten principles of the Constitution. There is no general constitutional entitlement for judges to work 40 percent of the time for a 100 percent salary. What is at issue is the claim to a particular supernumerary benefit said to be voluntarily conferred by the legislature in the 1988 Act, and thereafter unconstitutionally withdrawn in 1995. The argument is that once conferred, a benefit becomes wrapped

Il ne s'agit pas ici des principes constitutionnels généraux non écrits. Il n'existe aucun droit constitutionnel général habilitant des juges à travailler 40 p. 100 du temps en contrepartie d'une pleine rémunération. Le litige vise un avantage particulier que l'on dit avoir été volontairement conféré aux juges surnuméraires par la législature dans la loi de 1988 et inconstitutionnellement abrogé en 1995. L'argument veut que l'avantage, une fois conféré, jouit de la

in constitutional protection and beyond legislative recall except in accordance with the independent, objective and effective procedure mandated by the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*Provincial Court Judges Reference*”).

In this case, however, the New Brunswick legislature refused to make a reduced workload commitment in framing the supernumerary provisions of the 1988 amendments. (No one argues that such refusal was itself contrary to unwritten constitutional guarantees.) The omission of any guarantee of a reduced workload in the original 1988 amendments was plain for all to see from the outset. The legislature thereafter refused to make sufficient funds available to fund a number of new judicial appointments to permit the supernumerary scheme to work as the judges had anticipated. The budget allocation fell well short of the earlier expectations raised by government officials, but it was consistent with the legislature’s refusal throughout to provide any sort of a legislated guarantee of a reduced workload. The result was that, while a judge on supernumerary status was required by law to do whatever judicial duties were assigned by the Chief Judge, the Chief Judge was prevented by a shortage of judges from giving effect in most cases to the expectations of the judges who elected supernumerary status.

As the Provincial Court judges were given no guarantee in the Act, it follows that the anticipated reduced workload attaching to supernumerary status contended for by the respondents formed no part of the constitutional guarantee of judicial independence of the court of which they were members. The repeal of a potential benefit voluntarily conferred by the legislature, that was wholly discretionary as to whether in practice it produced any benefit at all, could not and in my view did not undermine their institutional independence. I would therefore allow the appeal.

Facts

Supernumerary status was introduced in New Brunswick by the 1987 amendments to the Act, which came into force January 1, 1988. From

protection constitutionnelle et ne peut être abrogé par le législateur sauf en conformité avec le processus indépendant, efficace et objectif prévu dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* »).

Cependant la législature du Nouveau-Brunswick a refusé d’inscrire dans les modifications de 1988 applicables aux juges surnuméraires tout engagement de réduire la charge de travail. (Personne ne prétend que ce refus contrevenait en soi à des garanties constitutionnelles non écrites.) L’omission de garantir une réduction de la charge de travail dans les modifications de 1988 était évidente pour tous dès le départ. La législature a par la suite refusé de fournir des fonds suffisants pour financer la nomination d’un certain nombre de juges pour permettre que le régime des juges surnuméraires fonctionne comme les juges l’avaient prévu. L’enveloppe budgétaire était bien inférieure aux attentes antérieures suscitées par les fonctionnaires, mais elle était compatible avec le refus constant de la législature de garantir dans la loi une réduction de la charge de travail. Il en a résulté qu’un juge surnuméraire devait, en vertu de la loi, exécuter les fonctions judiciaires que lui assignait le juge en chef, mais que ce dernier, en raison de la pénurie de juges, ne pouvait répondre dans la plupart des cas aux attentes des juges qui avaient choisi de devenir surnuméraires.

Puisque la Loi ne donnait aux juges de la Cour provinciale aucune garantie, la réduction prévue de la charge de travail attachée, selon les intimés, au statut de juge surnuméraire, ne faisait pas partie de la garantie constitutionnelle d’indépendance judiciaire de la cour dont ils étaient membres. L’abrogation d’un avantage potentiel conféré volontairement par la législature, dont la réalisation dépendait en pratique d’un pouvoir entièrement discrétionnaire, ne pouvait pas miner leur indépendance institutionnelle et ne l’a pas fait à mon avis. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi.

Les faits

Le statut de juge surnuméraire est créé au Nouveau-Brunswick par des modifications en 1987 de la Loi, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1988.

95

96

97

then until its repeal seven years later, six Provincial Court judges elected supernumerary status. Their varied work histories illustrate the basic flaw in the respondents' legal argument, namely the absence of *any* guaranteed benefit — let alone a 40 percent workload benefit — attaching to supernumerary status under the legislative scheme.

98 The respondent, Judge Douglas Rice, elected supernumerary status on April 30, 1993 after more than 21 years on the bench. His workload was not reduced to 40 percent of what it had been. It seems not to have been reduced significantly between 1993 and his eventual retirement.

99 In the companion case the respondent, Judge Ian Mackin elected to become supernumerary on August 15, 1988 after 25 years on the bench. In the initial period his workload did not reduce appreciably either but thereafter he eased off, travelled extensively, and for at least five years prior to 1995 was able to winter for six months or so in Australia while drawing 100 percent of the salary of a Provincial Court judge on regular status.

100 Judge James D. Harper, one of the other judges who elected supernumerary status continued, like Judge Rice, more or less at full throttle. Some of the supernumerary judges he thought did “little or no work”, i.e., much less than a 40 percent workload. Others he thought worked “very hard indeed”. On November 7, 1994 Judge Harper wrote to Chief Judge Hazen Strange:

Naturally, I have been well aware that many of the supernumeraries had not been pulling their weight and were receiving full pay for little or no work. As you well know, however, there are at least two such Judges who work very hard indeed.

101 The uneven workload was caused by many factors, including both the receptiveness and/or professionalism of supernumerary judges and, more importantly, the severe resource constraints confronting the Provincial Court as a whole. There were only six supernumerary judges and, as stated, the government failed to appoint judges to replace at least two of them, namely Judge Rice and Judge

Entre leur entrée en vigueur et leur abrogation sept ans plus tard, six juges de la Cour provinciale ont choisi ce statut. Leur expérience professionnelle diversifiée illustre bien la lacune fondamentale de l'argumentation des intimés, le fait que le texte législatif ne garantissait *aucun* avantage — sans même parler de charge de travail réduite à 40 p. 100 — au statut de surnuméraire.

Le juge Douglas Rice, intimé, choisit de devenir juge surnuméraire le 30 avril 1993 après plus de 21 ans dans la magistrature. Sa charge de travail n'est pas réduite à 40 p. 100 de ce qu'elle était. Elle semble ne pas diminuer beaucoup entre 1993 et son départ à la retraite.

Dans le pourvoi connexe, le juge Ian Mackin, intimé, choisit de devenir surnuméraire le 15 août 1988, après 25 ans de magistrature. Initialement, sa charge de travail ne diminue pas beaucoup non plus, mais par la suite, il ralentit et commence à beaucoup voyager; en fait, au moins pendant les cinq années antérieures à 1995, il passe ses hivers en Australie et y reste six mois environ, tout en continuant de toucher son plein traitement de juge.

Le juge James D. Harper, un autre juge qui a choisi de devenir surnuméraire, a continué de travailler plus ou moins à plein régime, comme le juge Rice. À son avis, certains juges surnuméraires fournissaient « peu ou pas de travail », c.-à-d. bien moins que 40 p. 100 de la charge normale, tandis que d'autres travaillaient « très fort ». Le 7 novembre 1994, le juge Harper écrit au juge en chef Hazen Strange :

[TRADUCTION] Je suis bien conscient du fait que beaucoup de juges surnuméraires ne faisaient pas leur part et recevaient plein salaire pour peu ou pas de travail. Cependant, comme vous le savez bien, il y a au moins deux juges surnuméraires qui travaillent très fort.

Les fluctuations de la charge de travail résultent de plusieurs facteurs dont la réceptivité et le professionnalisme des juges surnuméraires et, fait encore plus important, la grave pénurie de ressources dans l'ensemble de la Cour provinciale. Il n'y avait que six juges surnuméraires et, on l'a dit, le gouvernement n'avait pas nommé de remplaçants pour au moins deux d'entre eux, les juges Rice et Harper.

Harper. As the Chief Judge explained in his testimony:

A. The most difficult administrative responsibility and the one that took the most time was assigning judges around the Province. At some stages we had more courts sitting on a given day, almost, than we had judges, and we had a number of satellite courts — I think at one stage 21 — I think we had at one stage 24 permanent courts and we only had something like 23 judges. So the most difficult part of my job, really, was to assign judges to courts so that they wouldn't go empty.

Q. Okay.

A. And that was true for ten years.

The administrative troubles of the Chief Judge did not end on March 3, 1995, when royal assent was given to *An Act to Amend the Provincial Court Act*, S.N.B. 1995, c. 6 repealing the provisions permitting supernumerary status. By law, each of the six incumbent judges on supernumerary status was required to elect by April 1, 1995 whether to retire or to work full-time as a member of the court. Each of them did so except the respondent Judge Mackin who refused to elect one way or the other, apparently taking the view that to make an election would be to give the 1995 repeal undeserved credibility. In his view the repeal was unlawful, and on April 25, 1995, he gave notice to the Crown of his intention to challenge in court its constitutionality.

The following day, April 26, 1995, without waiting for his constitutional challenge to proceed, Judge Mackin entered a courtroom that was not in session in the provincial courthouse at Moncton and in the presence of a couple of Crown attorneys and other members of the bar declared that he would no longer “sit, hear and decide cases under the duress of these amendments”.

By letter dated May 17, 1995 he was ordered back to work by his Chief Judge. Judge Mackin declined to comply. In his view he could no longer be considered “independent” within the meaning of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Comme l'explique le juge en chef dans son témoignage :

[TRADUCTION] R. La responsabilité administrative la plus difficile et celle qui prenait le plus de temps était d'assigner des juges à travers la province. À certains moments, nous avons pratiquement plus de séances un jour donné que de juges, et nous avons plusieurs tribunaux satellites — à un moment donné, 21 je crois — je pense qu'à un moment, nous avons 24 cours permanentes et seulement quelque chose comme 23 juges. Réellement, la plus difficile de mes tâches était d'assigner les juges aux diverses cours de façon qu'elles ne restent pas vides.

Q. D'accord.

R. Cette situation a duré dix ans.

Les tracas administratifs du juge en chef ne prennent pas fin le 3 mars 1995, avec la sanction royale de la *Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale*, L.N.-B. 1995, ch. 6, qui abroge les dispositions régissant le statut de surnuméraire. Aux termes de la loi, chacun des six juges surnuméraires doit choisir, avant le 1^{er} avril 1995, entre prendre sa retraite ou reprendre ses fonctions à temps plein. Tous font un choix, sauf le juge Mackin, intimé, qui refuse de se prononcer dans un sens ou dans l'autre, estimant apparemment que cela conférerait une crédibilité injustifiée à l'abrogation de 1995. Selon lui, l'abrogation est illégale et, par avis en date du 25 avril 1995, il informe le procureur général de son intention d'en contester judiciairement la constitutionnalité.

Le lendemain, le 26 avril 1995, avant même que procède la contestation constitutionnelle, le juge Mackin entre dans une salle d'audience de la Cour provinciale à Moncton, qui n'est pas en séance, et, en présence d'avocats de la Couronne et d'autres avocats, déclare que dorénavant il refusera de [TRADUCTION] « siéger, instruire et juger sous la contrainte de ces modifications ».

Par lettre en date du 17 mai 1995, le juge en chef lui donne l'ordre de retourner au travail. Le juge Mackin refuse d'obtempérer. Il estime ne plus pouvoir être considéré comme « indépendant » au sens de l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

102

103

104

105 On June 16, 1995 Judge Mackin’s application for an injunction to restrain the Chief Judge from “assigning, designating or otherwise requiring [him] to perform Judicial . . . duties” was dismissed by Russell J. of the Court of Queen’s Bench.

106 The Chief Judge took the view that Judge Mackin’s constitutional objection had been overruled by a superior court, and that public confidence in the judiciary would suffer unless Judge Mackin accepted that legal result unless and until it was overturned by a higher court. Thus, on July 19, 1995, although he appeared to share Judge Mackin’s view of the invalidity of the legislation repealing supernumerary status, the Chief Judge wrote to Judge Mackin to say “I believe you have had sufficient time to study the decision by Justice RUSSELL”. He then reiterated his insistence that Judge Mackin return to work. Judge Mackin’s response was to declare himself on sick leave. This was eventually supported by a one-sentence “report” from a Dr. Paul Doucet dated August 2, 1995 advising that Judge Mackin would not be returning to work for “an undetermined period of time because of medical reasons”. When asked by the Chief Judge for an explanation from Dr. Doucet of the “medical reasons”, Judge Mackin had his lawyers respond that it was “entirely possible” that the Chief Judge’s request for an explanation was in contravention of the provincial *Human Rights Act*. The legal basis for such a curious suggestion was not disclosed.

107 Eventually a pattern developed whereby Judge Mackin, when he worked at all, would go into court and frequently either adjourn matters for lengthy periods of time or enter a stay of proceedings. As Chief Judge Strange testified:

What was happening — there was one case, particularly — it was a rather terrible one where the alleged victim was a young person, a sexual assault — that was just put over for a month or two or three or four. Witnesses were showing up; the Crown was bringing witnesses in, sometimes from far away, sometimes from right there. It would just be adjourned, adjourned, adjourned, and it was making a farce of the situation; it

Le 16 juin 1995, le juge Russell de la Cour du Banc de la Reine rejette la demande d’injonction du juge Mackin visant à empêcher le juge en chef [TRADUCTION] « de l’assigner, de le désigner ou de lui demander autrement d’exercer des fonctions judiciaires ».

Le juge en chef estime que la contestation constitutionnelle du juge Mackin a été écartée par une cour supérieure et que la confiance du public dans la magistrature sera diminuée si le juge Mackin n’accepte pas ce résultat juridique, du moins tant qu’il n’est pas infirmé en appel. En conséquence, le 19 juillet 1995, le juge en chef, bien qu’il ait paru partager le point de vue du juge Mackin sur l’invalidité de la loi abrogeant le statut de surnuméraire, lui écrit en ces termes : [TRADUCTION] « Je pense que vous avez eu suffisamment de temps pour examiner la décision du juge RUSSELL ». Il réitère ensuite qu’il exige qu’il retourne à son travail. La réponse du juge Mackin est de prendre un congé de maladie. Ce congé est justifié par la suite dans un « rapport » d’une phrase daté du 2 août 1995 dans lequel le D^r Paul Doucet précise que le juge Mackin ne retournera pas au travail [TRADUCTION] « pendant une période indéterminée, pour des raisons médicales ». Lorsque le juge en chef demande au D^r Doucet une explication des « raisons médicales », le juge Mackin fait répondre par ses avocats qu’il est [TRADUCTION] « très possible » que sa demande contrevienne à la *Loi sur les droits de la personne* de la province. On n’a pas révélé le fondement juridique de cet argument curieux.

Par la suite, le juge Mackin, quand il travaille, adopte l’habitude de se présenter en salle d’audience et, fréquemment, de déclarer des ajournements de longue durée ou d’ordonner l’arrêt des procédures. Selon le témoignage du juge en chef Strange :

[TRADUCTION] Ce qui se passait — je pense à une affaire en particulier, une affaire assez terrible dans laquelle la victime présumée était une jeune personne, un cas d’agression sexuelle — il se contentait de reporter d’un, deux, trois ou quatre mois. Les témoins se présentaient; le ministère public assignait des témoins qui venaient parfois de loin, parfois de près. Le procès était simplement ajourné, ajourné, ajourné, ce qui rendait

wasn't fair to the accused; it wasn't fair to the prosecutors; it wasn't fair to the witnesses, and simply nothing was going ahead in his court

On November 14, 1995, the Chief Judge obtained from the Court of Queen's Bench a *mandamus* order requiring Judge Mackin "to hold sittings at the places and on the days designated by the Chief Judge of the Provincial Court of New Brunswick and to hear and determine cases properly brought before him during such sittings". Judge Mackin's appeal from this order was dismissed (with a variation in costs) on April 12, 1996.

In the meantime Judge Mackin had continued with his policy of granting a stay of proceedings to any accused who requested it. This had the effect of preventing the further prosecution of some quite serious criminal charges. In *R. v. McCully* on February 13, 1996, for example, the following exchange took place in Judge Mackin's court:

[Crown Attorney]: . . . I wish the record to indicate clearly that the Crown was prepared to proceed. Our witnesses, who are present, we had nothing to give notice of any motion [i.e. for a stay of proceedings].

Court: Yeah, so the — this case is stayed due to the non-structural independence of the Provincial Court.

[Crown Attorney]: Might I presume, Your Honour, that in all cases in which you're going to be sitting, you'll be staying proceedings?

Court: If anybody requests it.

[Crown Attorney]: As long as someone makes the request?

Court: Yeah.

[Crown Attorney]: Okay.

Court: Well, that's my decision.

As regularly as Judge Mackin granted a stay of proceedings in these cases his decision was reversed by the New Brunswick Court of Appeal. On June 26, 1996 it reversed Judge Mackin in *R. v. Woods* (1996), 179 N.B.R. (2d) 153. On February 12, 1997

la situation grotesque; ce n'était pas équitable pour l'accusé; ce n'était pas équitable pour la poursuite; ce n'était pas équitable pour les témoins, et tout simplement rien n'avancait dans les affaires confiées au juge Mackin

Le 14 novembre 1995, le juge en chef obtient de la Cour du Banc de la Reine une ordonnance de *mandamus* enjoignant au juge Mackin de [TRADUCTION] « siéger aux endroits et dates fixés par le juge en chef de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick et d'entendre et juger les affaires régulièrement portées devant lui au cours de ces audiences ». Le 12 avril 1996, l'appel du juge Mackin est rejeté (avec une modification dans les dépens).

Dans l'intervalle, le juge Mackin continue sa pratique d'accorder l'arrêt des procédures à tout accusé qui le demande, ce qui a pour effet de mettre fin à des poursuites dans le cas de certaines accusations criminelles graves. Par exemple, le 13 février 1996, dans l'affaire *R. c. McCully*, l'échange suivant a lieu devant le juge Mackin :

[TRADUCTION] [Avocat de la Couronne] : . . . Je veux que le dossier indique clairement que le ministère public était disposé à procéder. Nos témoins sont présents, il n'y avait pas matière à avis de requête [c.-à-d. pour un arrêt des procédures].

Cour : Oui, alors — l'arrêt des procédures est ordonné en raison de l'absence d'indépendance structurelle de la Cour provinciale.

[Avocat de la Couronne] : Votre Honneur, dois-je supposer que vous allez ordonner l'arrêt des procédures dans toutes les affaires dont vous êtes saisi?

Cour : Si quelqu'un me le demande.

[Avocat de la Couronne] : Dans la mesure où quelqu'un le demande?

Cour : Oui.

[Avocat de la Couronne] : D'accord.

Cour : Bien, c'est là ma décision.

Tout aussi régulièrement que le juge Mackin prononce l'arrêt des procédures, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick infirme sa décision. C'est ce qui arrive dans *R. c. Woods* (1996), 179 R.N.-B. (2^e) 153, le 26 juin 1996, et dans *R. c. Lapointe*, [1997]

108

109

110

he was again corrected in *R. v. Lapointe*, [1997] N.B.J. No. 57 (QL) (C.A.). On June 23, 1997 the Court of Appeal had to repeat again its disapproval of the entry of a stay of proceedings in similar circumstances in *R. v. Leblanc* (1997), 190 N.B.R. (2d) 70.

111 On April 10, 1996, the New Brunswick Minister of Justice complained about Judge Mackin's conduct to the Judicial Council of New Brunswick. About a week later, on April 19, 1996, Judge Mackin retaliated with a letter to the provincial Solicitor General requesting that contempt proceedings be brought against the provincial Minister of Justice. The province eventually rejected Judge Mackin's demand based on an opinion from the Deputy Attorney General of Alberta.

112 On June 5, 1996 the Judicial Council took the view that it ought not to take action in Judge Mackin's case until the various court proceedings had been "finally dealt with" and concluded that "the present complaint is premature".

113 Those who were required to appear in Judge Mackin's court bore the brunt of the difficulties. A number of extracts from the testimony of Chief Judge Strange (who, as stated, continued to express support for the constitutional challenge itself) gives the flavour of the situation in which members of the public found themselves:

This was causing a terrible situation. We had witnesses showing up, sometimes on relatively serious matters, sometimes from a great distance, and lawyers showing up, prosecutors showing up and so on, and matters were simply being stayed or more likely adjourned over to a lengthy date. And it was reaching the stage where it was simply upsetting the whole court system down there.

[Judge Mackin's] going to the courtroom and he's adjourning cases in 90 percent of the time. I was getting calls constantly that he wouldn't do any cases. He would adjourn them, adjourn them, and this has continued right up until — well, as recently I know is last December

A.N.-B. n° 57 (QL) (C.A.), le 12 février 1997. Le 23 juin 1997, dans *R. c. Leblanc* (1997), 190 R.N.-B. (2^e) 70, la Cour d'appel doit encore réitérer qu'elle désapprouve l'inscription d'un arrêt des procédures dans des circonstances semblables.

Le 10 avril 1996, le ministre de la Justice du Nouveau-Brunswick se plaint de la conduite du juge Mackin auprès du Conseil de la magistrature du Nouveau-Brunswick. Environ une semaine plus tard, le 19 avril 1996, le juge Mackin contre-attaque avec une lettre au Solliciteur général de la province demandant que soit intentée une procédure pour outrage au tribunal contre le ministre provincial de la Justice. La province rejette finalement la demande du juge Mackin en se fondant sur un avis du sous-procureur général de l'Alberta.

Le 5 juin 1996, le Conseil de la magistrature décide de ne pas prendre de mesures dans le dossier du juge Mackin jusqu'à ce qu'il soit [TRADUCTION] « disposé de façon définitive » des diverses procédures judiciaires et conclut que [TRADUCTION] « la plainte est prématurée ».

Ce sont les personnes appelées à comparaître devant le juge Mackin qui subissent la plus grande part des difficultés. Plusieurs passages du témoignage du juge en chef Strange (qui, je le rappelle, continuait d'appuyer la contestation constitutionnelle) illustrent la situation de certains membres du public :

[TRADUCTION] Cela créait une situation terrible. Nous avions des témoins venant parfois de très loin, qui se présentaient, parfois dans des affaires relativement sérieuses; des avocats se présentaient, des poursuivants se présentaient et ainsi de suite; on prononçait alors tout simplement l'arrêt des procédures ou encore plus vraisemblablement l'ajournement à une date éloignée. On en était arrivé au point où cette situation bouleversait tout simplement l'ensemble du système judiciaire à cet endroit.

[Le juge Mackin] se rendait à l'audience et ajournait l'audition des dossiers dans 90 p. 100 des cas. Je recevais constamment des appels disant qu'il n'allait plus entendre de litiges. Il allait ordonner des ajournements, des ajournements; cela s'est poursuivi

[1997] when there were 112 charges adjourned to one afternoon on December 15th. I mean that was not conducive to putting cases properly through the court and it was not conducive to treating people properly.

In these circumstances, the Chief Judge and his colleagues ultimately decided not to ask Judge Mackin to take on cases of any importance, as the Chief Judge explained in evidence:

I didn't want, as Chief Judge, any big cases where victims would be humbled or hurt or witnesses would show up and be sent home. I didn't want anything like that going in there. We'd had enough of that and it was wrong.

The respondent Judge Douglas Rice carried his full work load through to the date of his retirement on October 15, 1997. No replacement judge was named until after his departure. Judge Harper died in office. No replacement judge was named until after his death. The respondent Judge Ian Mackin reached mandatory retirement age on April 7, 2000.

Analysis

Judicial independence is a cornerstone of constitutional government. Financial security is one of the essential conditions of judicial independence. Yet, unless these principles are interpreted in light of the public interests they were intended to serve, there is a danger that their application will wind up hurting rather than enhancing public confidence in the courts.

In *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, this Court made the fundamental point that the guarantee of judicial independence was for the benefit of the judged, not the judges. Its purpose was not only to ensure that justice is done in individual cases, but to ensure public confidence in the court system as a whole. Le Dain J. stated at p. 689:

Without that confidence the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its effective operation. It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial,

jusque récemment — je sais qu'au mois de décembre dernier [1997], 112 accusations ont été ajournées au 15 décembre, dans l'après-midi. Je tiens à préciser que cette situation n'était pas propice à l'audition régulière des dossiers par la cour ni au bon traitement des personnes.

Compte tenu de ces circonstances, le juge en chef et ses collègues décident en fin de compte de ne pas confier au juge Mackin des dossiers ayant une importance quelconque. Voici ce que dit le juge en chef :

[TRADUCTION] Comme juge en chef, je ne voulais pas de gros dossiers dans lesquels les victimes seraient humiliées ou offensées ou dans lesquels des témoins se présenteraient et devraient repartir chez eux. Je ne voulais rien de cela. C'était arrivé trop souvent et c'était inadmissible.

L'intimé le juge Douglas Rice s'est acquitté de sa pleine charge de travail jusqu'à son départ à la retraite le 15 octobre 1997. Aucun juge suppléant n'a été nommé avant son départ. Le juge Harper était encore en fonction quand il est décédé. Aucun juge suppléant n'a été nommé avant son décès. L'intimé le juge Ian Mackin a atteint l'âge de la retraite obligatoire le 7 avril 2000.

Analyse

L'indépendance judiciaire est une pierre angulaire du gouvernement constitutionnel. La sécurité financière est une des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire. Cependant, à moins que ces principes ne soient interprétés en fonction des intérêts d'ordre public qu'ils visent à servir, il y a danger que leur application compromette la confiance du public dans les tribunaux, au lieu de l'accroître.

Dans *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, la Cour énonce le principe fondamental selon lequel la garantie d'indépendance de la magistrature a été établie au profit des justiciables et non des juges. Elle vise non seulement à ce que justice soit rendue dans des cas individuels, mais aussi à assurer la confiance du public dans l'ensemble du système judiciaire. Le juge Le Dain dit à la p. 689 :

Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et

114

115

116

117

and that the test for independence should include that perception.

118 A similar note was struck by Lamer C.J. in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 139:

The overall objective of guaranteeing judicial independence is to ensure a reasonable perception of impartiality; judicial independence is but a “means” to this “end”. If judges could be perceived as “impartial” without judicial “independence”, the requirement of “independence” would be unnecessary. However, judicial independence is critical to the public’s perception of impartiality. Independence is the cornerstone, a necessary prerequisite, for judicial impartiality.

It should be stated that neither Judge Rice nor Judge Mackin suggest that the 1995 repeal affected in any way their impartiality. Nor, I think can the repeal be said to have undermined their individual independence because their full salary and security of tenure were not affected. Their argument is that it undermined the *institutional* independence of the court of which they were members.

119 In the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, Lamer C.J. returned to the need for a purposive interpretation of the guarantee of judicial independence at para. 156 where he adopted this proposition:

Financial security is an essential condition of judicial independence. It must not, however, be considered abstractly. It must be considered in relation to its purpose, which is, ultimately, to protect the judiciary from economic manipulation by the legislature or executive.

120 Lamer C.J. emphasized the point again at para. 193:

I want to make it very clear that the guarantee of a minimum salary is not meant for the benefit of the judiciary. Rather, financial security is a means to the end of judicial independence, and is therefore for the benefit of the public. As Professor Friedland has put it, speaking as a concerned citizen, it is “for our sake, not for theirs”. . . .

121 The solution mandated in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, was to erect an institutional barrier (an “independent, effective and objective process”) between the legislature and executive

que le critère de l’indépendance comporte cette perception . . .

Le juge en chef Lamer exprime une opinion analogue dans *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 139 :

La garantie d’indépendance judiciaire vise dans l’ensemble à assurer une perception raisonnable d’impartialité; l’indépendance judiciaire n’est qu’un « moyen » pour atteindre cette « fin ». Si les juges pouvaient être perçus comme « impartiaux » sans l’« indépendance » judiciaire, l’exigence d’« indépendance » serait inutile. Cependant, l’indépendance judiciaire est essentielle à la perception d’impartialité qu’a le public. L’indépendance est la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l’impartialité judiciaire.

Il faut préciser que ni le juge Rice ni le juge Mackin ne laissent entendre que l’abrogation de 1995 a de quelque façon touché leur impartialité. On ne peut pas dire non plus que l’abrogation a miné leur indépendance individuelle puisqu’ils conservaient leur plein traitement et l’inamovibilité. Leur argumentation consiste à dire qu’elle a sapé l’indépendance *institutionnelle* de la cour dont ils étaient membres.

Dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, précité, le juge en chef Lamer revient sur la nécessité d’une interprétation téléologique de la garantie d’indépendance judiciaire en adoptant au par. 156 la proposition suivante :

[TRADUCTION] La sécurité financière est une condition essentielle de l’indépendance de la magistrature. Cependant, cet élément doit être considéré non pas dans l’abstrait, mais plutôt en relation avec son objet qui est, en définitive, de protéger le judiciaire contre la manipulation financière du législatif ou de l’exécutif.

Le juge en chef Lamer fait de nouveau ressortir ce point au par. 193 :

Je veux qu’il soit bien clair que le fait de garantir un traitement minimal ne vise pas à avantager les juges. La sécurité financière est plutôt un moyen d’assurer l’indépendance de la magistrature et, de ce fait, elle est à l’avantage du public. Comme l’a dit le professeur Friedland, en tant que citoyen concerné, une telle mesure est « dans notre propre intérêt » . . .

La solution imposée dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* était d’ériger un rempart institutionnel (un « processus indépendant, efficace et objectif ») entre la législature et

on the one hand and the judiciary on the other to deal with matters related to the judges' financial security. The constitutional requirement was to "depoliticize" the relationship. This appeal does not put in issue the merits of the solution. It does put in issue the boundaries of what may fairly be described as matters related to the guarantee of financial security.

The need for a purposive approach was acknowledged by the New Brunswick Court of Appeal in these cases, *per* Ryan J.A.:

The *Re Provincial Court Judges* case focused on the independence of the judiciary, a concept frequently misunderstood because its purpose is a protection to the public, not a benefit to judges. [Emphasis added.]

((1999), 235 N.B.R. (2d) 1, at para. 25)

In light of the history of this litigation it would not be surprising if the witnesses and parties and members of the public in Judge Mackin's court from 1995 onwards "misunderstood" the concept of judicial independence in so far as it is said to be for their benefit, and not for the benefit of the judges.

The legislature *could* have provided (but did not) that a supernumerary judge was obliged to work no more than 100 of the 251 court sitting days per year. In that event, I would have agreed with my colleague Gonthier J. that legislative repeal of such a significant fixed benefit without a prior review by an independent, effective and objective process (such as a remuneration commission) would be unconstitutional. Nothing in these reasons should be read as dissenting in any way from the process mandated in the *Provincial Court Judges Reference* to depoliticize the adjustment of judicial compensation.

My disagreement with my colleague is therefore quite narrow, and proceeds in the following steps:

- (i) the essentials of judicial independence, including financial security, necessarily reside in

l'exécutif, d'un côté, et la magistrature, de l'autre, pour les questions relatives à la sécurité financière des juges. L'exigence constitutionnelle était de « dépoliticiser » les rapports. Le présent pourvoi ne remet pas en question le bien-fondé de la solution. Il met en cause les limites de ce que l'on peut qualifier équitablement de questions touchant la garantie de sécurité financière.

Dans sa décision en l'espèce, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, sous la plume du juge Ryan, reconnaît la nécessité d'une interprétation téléologique :

[TRADUCTION] L'arrêt *Renvoi : juges de la Cour provinciale* portait sur l'indépendance de la magistrature, un concept souvent mal compris car son objet est de protéger le public, et non d'avantager les juges. [Je souligne.]

((1999), 235 R.N.-B. (2^e) 1, par. 25)

Compte tenu de l'historique du présent litige, il ne serait pas étonnant que les témoins, les parties et les membres du public des audiences présidées par le juge Mackin après 1995 « comprennent mal » le concept de l'indépendance judiciaire dans la mesure où l'on dit qu'il est à leur avantage et non à celui des juges.

La législature *aurait pu* prévoir qu'un juge surnuméraire n'était pas tenu de siéger plus de 100 jours sur les 251 jours de séance par année, mais elle ne l'a pas fait. Dans ce cas, j'aurais été d'accord avec mon collègue le juge Gonthier pour dire qu'il serait inconstitutionnel d'abroger un avantage prescrit si important sans examen préalable dans le cadre d'un processus indépendant, efficace et objectif (comme une commission sur la rémunération). Rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme un désaccord avec la procédure imposée dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* en vue de dépoliticiser la détermination du traitement des juges.

Mon désaccord avec mon collègue est donc assez restreint et suit le cheminement suivant :

- (i) les aspects essentiels de l'indépendance judiciaire, dont la sécurité financière, résident

122

123

124

- | | |
|--|--|
| <p>objective and enforceable guarantees established in the governing law;</p> <p>(ii) Provincial Court judges on supernumerary status in New Brunswick were guaranteed a full-time salary. The guarantee was honoured;</p> <p>(iii) Provincial Court judges on supernumerary status were guaranteed security of tenure. The guarantee was honoured;</p> <p>(iv) Provincial Court judges on supernumerary status were not guaranteed a 40 percent workload in exchange for full pay, or indeed any reduction in workload of an enforceable nature;</p> <p>(v) a constitutional rule that provided that any decrease or increase in an undefined judicial workload could only be initiated through a remuneration commission would be unworkable;</p> <p>(vi) the existence (or repeal) of discretionary benefits does not threaten judicial independence;</p> <p>(vii) the disappointed expectations of the Provincial Court judges, however understandable, do not justify a finding of unconstitutionality.</p> | <p>nécessairement dans des garanties objectives et exécutoires établies dans la loi applicable;</p> <p>(ii) une garantie de plein traitement a été donnée aux juges surnuméraires de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick et elle a été respectée;</p> <p>(iii) une garantie d'inamovibilité a été donnée aux juges surnuméraires de la Cour provinciale et elle a été respectée;</p> <p>(iv) aucune garantie n'a été donnée aux juges surnuméraires de la Cour provinciale d'une réduction de la charge de travail à 40 p. 100 en contrepartie d'un plein traitement, ni d'aucune réduction de nature exécutoire;</p> <p>(v) une règle constitutionnelle prévoyant qu'une charge de travail indéfinie ne peut être augmentée ou réduite que par une commission sur la rémunération serait impraticable;</p> <p>(vi) l'existence (ou l'abrogation) d'avantages discrectionnaires ne menace pas l'indépendance judiciaire;</p> <p>(vii) les expectatives déçues des juges de la Cour provinciale, si compréhensibles soient-elles, ne justifient pas une conclusion d'inconstitutionnalité.</p> |
|--|--|

I propose to deal with each of these points in turn.

J'examinerai successivement chacun de ces points.

- (i) *The essentials of judicial independence, including financial security, necessarily reside in objective and enforceable guarantees established in the governing law.*

- (i) *Les aspects essentiels de l'indépendance judiciaire, dont la sécurité financière, résident nécessairement dans des garanties objectives et exécutoires établies dans la loi applicable.*

125

The bedrock of judicial independence, whether in relation to the individual judge or to the court of which he or she is a member, is the requirement of objective non-discretionary guarantees. Thus in *Valente*, Le Dain J. referred at p. 688 to the test adopted in that case by the Ontario Court of Appeal, namely whether the alleged deficiencies in “the status of [the judges of the Ontario Provincial Court] gave rise to a reasonable apprehension that the tribunal lacked the capacity to adjudicate in an independent manner”. Le Dain J. added, “[t]his I take to be

L'exigence de garanties objectives non discrectionnaires est l'assise de l'indépendance de la magistrature, tant pour le juge pris individuellement que pour la cour dont il fait partie. Ainsi, dans *Valente*, précité, p. 688, le juge Le Dain cite le critère adopté par la Cour d'appel de l'Ontario, à savoir que les lacunes reprochées « au statut de juge de cour provinciale faisaient naître une crainte raisonnable que le tribunal n'ait pas la capacité de statuer d'une manière indépendante ». Il poursuit : « Je pense que c'est là plus précisément une référence au statut

more clearly a reference to the objective status or relationship of judicial independence, which in my opinion is the primary meaning to be given to the word ‘independent’ in s. 11(d)” (emphasis added). Thus, he concluded, “judicial independence is a status or relationship resting on objective conditions or guarantees” (p. 689).

The essential guarantees of judicial independence (both individual and constitutional) are security of tenure, financial security and administrative independence in relation to adjudicative matters.

For present purposes, the discussion in *Valente* of financial security is instructive. According to Le Dain J., the salaries of superior court judges, “fixed” in a federal statute pursuant to s. 100 of the *Constitution Act, 1867*, represent “the highest degree of constitutional guarantee of security of tenure and security of salary and pension” (p. 693), but this is not essential. While Ontario Provincial Court judges’ salaries were not “fixed” by legislation, they were guaranteed by regulation. “The essential point”, Le Dain J. said, “is that the right to salary of a provincial court judge is established by law, and there is no way in which the Executive could interfere with that right in a manner to affect the independence of the individual judge” (p. 706).

The situation here is very different. There were no guarantees of reduced workload in the Act. As the respondent Judge Rice testified, “If the Chief Judge asked me to do something, I did it”. The rule that security of tenure, financial security and administrative independence in relation to adjudicative matters must be guaranteed in the law in *explicit non-discretionary terms*, was endorsed in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at p. 75, and *Lippé*, at p. 143. Thus, if a measure is essential to judicial independence it cannot be left up in the air as a matter of discretion.

In the *Provincial Court Judges Reference*, Lamer C.J. pointed out at para. 112 that “the objective guarantees define th[e] status” of independence

objectif ou à la relation d’indépendance judiciaire, qui, à mon avis, est le premier sens qu’il faut donner au terme “indépendant” de l’al. 11d) » (je souligne). Il conclut donc que « l’indépendance judiciaire est un statut ou une relation reposant sur des conditions ou des garanties objectives » (p. 689).

Les garanties essentielles de l’indépendance judiciaire (tant individuelle qu’institutionnelle) sont l’inamovibilité, la sécurité financière et l’indépendance administrative en matières juridictionnelles.

Aux fins du pourvoi, l’analyse de la sécurité financière dans *Valente* est intéressante. Selon le juge Le Dain, le fait que les traitements des juges des cours supérieures sont « fixés » dans une loi fédérale, conformément à l’art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, représente « le plus haut degré de garantie constitutionnelle d’inamovibilité et de sécurité de traitement et de pension » (p. 693), mais ce n’est pas essentiel. Même si les traitements des juges de la Cour provinciale de l’Ontario n’étaient pas « fixés » par une loi, ils étaient garantis par règlement. Selon le juge Le Dain, « [I]’essentiel [. . .] est que le droit du juge de cour provinciale à un traitement soit prévu par la loi et qu’en aucune manière l’exécutif ne puisse empiéter sur ce droit de façon à affecter l’indépendance du juge pris individuellement » (p. 706).

La situation en l’espèce est très différente. La Loi ne garantit aucune réduction de la charge de travail. Le juge Rice, intimé, dit dans son témoignage : [TRADUCTION] « Si le juge en chef me demandait de faire quelque chose, je le faisais ». La règle que l’inamovibilité, la sécurité financière et l’indépendance administrative pour les matières juridictionnelles doivent être garanties dans la loi en des *termes explicites non discrétionnaires* a été adoptée dans *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 75, et *Lippé*, p. 143. En conséquence, si une mesure est essentielle à l’indépendance judiciaire, elle ne peut être laissée en suspens à titre de question discrétionnaire.

Dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, le juge en chef Lamer fait remarquer que « les garanties objectives définissent [le] statut »

126

127

128

129

(emphasis in original). In that case statutory provisions that lacked concrete guarantees were held insufficient to ensure judicial independence. Thus an Alberta statutory provision that said the government *may* set judicial salaries for provincial judges was declared unconstitutional even though a regulation subsequently made under the same Act made it mandatory (paras. 221-22). A Manitoba statutory provision withdrawing provincial court staff as a cost cutting measure on specific days (“Filmon Fridays”) was declared unconstitutional because the Court refused to “read down” the legislation to eliminate the objection. Lamer C.J. stated that “to read down the legislation to its proper [i.e. constitutional] scope would amount to reading in those objective conditions and guarantees” (para. 276). This, he said, was not permissible.

d’indépendance ((par. 112) souligné dans l’original). Dans ce renvoi, des dispositions législatives ne comportant pas de garanties concrètes sont jugées insuffisantes pour assurer l’indépendance judiciaire. Ainsi, est déclarée inconstitutionnelle une disposition législative de l’Alberta indiquant que le gouvernement *peut* fixer les traitements des juges de la Cour provinciale même si un règlement pris ultérieurement en vertu de la même loi en fait une obligation (par. 221-222). Une disposition législative au Manitoba prévoyant, à titre de mesure de réduction des dépenses, le retrait du personnel de la cour provinciale certains jours (les « vendredis de Filmon ») est déclarée inconstitutionnelle parce que la Cour refuse de donner une « interprétation atténuée » au texte de loi pour éliminer l’objection. Selon le juge en chef Lamer, « le fait d’interpréter de façon atténuée le texte de loi pour lui donner son champ d’application approprié [c.-à-d. constitutionnel] reviendrait à considérer qu’il comporte ces conditions et garanties objectives » (par. 276), ce qui n’est pas permis.

130 In this case we are asked to read specific guarantees of workload reduction into the *Provincial Court Act* in order that we can declare their repeal to be unconstitutional.

En l’espèce, on nous demande de tenir pour incluses dans la *Loi sur la Cour provinciale* des garanties précises de réduction de la charge de travail afin de pouvoir déclarer leur abrogation inconstitutionnelle.

131 It is only by reading in such guarantees that repeal of the statutory provisions could be said to require recourse to a remuneration commission. If, as I believe, there is no guarantee in the legislation of workload reduction, there is nothing to repeal that could be said to entail one of the objective guarantees that “define” the status of judicial independence (*Provincial Court Judges Reference, supra*, at para. 112).

Il faut tenir ces garanties pour incluses dans la loi pour pouvoir dire que l’abrogation des dispositions législatives exige le recours à une commission sur la rémunération. Si, comme je le crois, la loi ne contient aucune garantie de réduction de la charge de travail, il n’y a rien à abroger que l’on pourrait considérer comme touchant une des garanties objectives qui « définissent » le statut de l’indépendance de la magistrature (*Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, par. 112).

132 Perhaps the closest analogy to the case now before us is provided by one of the provisions struck down in *Valente, supra*. It authorized the reappointment of retired Ontario Provincial Court judges to sit “at pleasure” (p. 699). The evidence accepted by the Court was that by *tradition* these appointments were as secure as the tenure of regular Provincial Court judges who held office during good

L’une des dispositions invalidées dans *Valente*, précité, offre peut-être l’analogie la plus proche du présent pourvoi. Cette disposition autorisait la nouvelle nomination à titre amovible des juges de la Cour provinciale de l’Ontario à la retraite. Notre Cour a accepté la preuve que, *traditionnellement*, ces nominations étaient aussi protégées que la charge des juges titulaires de cour provinciale

behaviour. The existence and strength of this tradition was accepted by the Ontario Court of Appeal as sufficient to guarantee judicial independence. Le Dain J. noted that “Howland C.J.O. placed considerable emphasis on the role of tradition as an objective condition or safeguard of judicial independence” (p. 699). Howland C.J.O. had cited, *inter alia*, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), at p. 120:

The independence of the judiciary has since become such a powerful tradition in the United Kingdom and Canada that there may be little point in a fine analysis of the language of the provisions by which it is formally guaranteed.

This Court disagreed. The “fine analysis of the language of the provisions” was thought to be very important indeed. Le Dain J., speaking for a unanimous Court, ruled that traditions and expectations, however strongly observed, “cannot supply essential conditions of independence for which specific provision of law is necessary” (p. 702 (emphasis added)). This is particularly the case where the terms of the law are at odds with the alleged expectation. The Ontario law provided, contrary to the alleged tradition, that retired judges would on reappointment hold office “at pleasure” (p. 699). Here the law simply provided that the judge on supernumerary status would be available to perform whatever judicial duties were assigned. To read a specific workload limitation into such a provision would be to amend the legislation.

In my view, with respect, there must be a specific provision of law to guarantee a judge full-time pay for part-time work if it is sought (as here) to make that guarantee part of the bulwark of judicial independence.

The lesson from these cases is that traditions and expectations, however widely shared, do not constitute “objective conditions” for the purposes of defining the judicial independence required by s. 11(d) of the *Charter*. The Court cannot amend the legislation by reading in expectations, however widely

nommés à titre inamovible. La Cour d’appel de l’Ontario a considéré que l’existence et la force de cette tradition étaient suffisantes pour garantir l’indépendance judiciaire. Le juge Le Dain, p. 699, note que « le juge en chef Howland a accordé une importance considérable au rôle de la tradition en tant que condition ou garantie objectives de l’indépendance judiciaire ». Le juge en chef Howland avait notamment cité P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 120 :

[TRADUCTION] L’indépendance du pouvoir judiciaire est devenue depuis une tradition tellement puissante au Royaume-Uni et au Canada que procéder à une analyse subtile des textes qui la garantissent formellement n’aurait guère d’utilité.

La Cour s’est dite en désaccord, considérant qu’une « analyse subtile des textes » était en fait très importante. Le juge Le Dain, au nom de la Cour unanime, décide que les traditions et les attentes, si fortement respectées soient-elles, « ne peu[vent] fournir les conditions essentielles d’indépendance qui doivent être prévues expressément par la loi » (p. 702 (je souligne)). Cela est particulièrement vrai lorsque le texte de loi ne concorde pas avec les attentes alléguées. La loi de l’Ontario prévoyait, contrairement à la tradition invoquée, que les juges à la retraite pouvaient être nommés de nouveau à titre amovible (p. 699). En l’espèce, la loi prévoyait simplement que le juge surnuméraire exerçait les fonctions judiciaires qui lui étaient assignées. Considérer comme incluse dans une telle disposition une réduction spécifique de la charge de travail reviendrait à modifier la loi.

En toute déférence, je pense que la loi doit expressément garantir au juge un plein traitement en contrepartie d’un travail à temps partiel pour faire de cette garantie (comme on cherche à le faire en l’espèce) un élément du rempart de l’indépendance judiciaire.

La leçon à tirer de ces arrêts est que les traditions et les attentes, même largement reconnues, ne sont pas des « conditions objectives » pour définir l’indépendance judiciaire exigée par l’al. 11d) de la *Charte*. La Cour ne peut modifier la loi en tenant pour incluses des attentes,

133

134

135

shared (as in the anticipation of a 40 percent workload of supernumerary judges in New Brunswick) or expectation based on longstanding tradition (as in the tenure of post-retirement appointees to the Ontario provincial bench).

136 I do not underestimate the importance of the unwritten customs and traditions that support the institutional independence of the courts. I say only that a particular workload benefit, which never rose to the level of being specified let alone guaranteed in law, does not constitute part of the “objective guarantees” that define the status of judicial independence and which thereby attract constitutional protection.

137 If the legislative provision is so imprecise as not to be capable of constituting part of the guarantee of financial security (or, more broadly, of judicial independence), its existence is not essential to the constitutionality of the court, and its repeal is not therefore constitutionally prohibited.

(ii) *Provincial Court judges on supernumerary status in New Brunswick were guaranteed a full-time salary. The guarantee was honoured.*

138 In *Valente, Beauregard, Lippé*, and the *Provincial Court Judges Reference*, the Court established “the essential” guarantees of judicial independence. One of these is financial security. No objection is taken to the statutory guarantee of a fixed salary to Provincial Court judges on regular status (s. 14(2)). The judges on supernumerary status were guaranteed the same salary by their inclusion in the definition of “judge” in s. 2(1) of the Act. When the respondents returned to regular status on April 1, 1995, there was no change in either the amount of their pay or its protected status.

(iii) *Provincial Court judges on supernumerary status were guaranteed security of tenure. The guarantee was honoured.*

139 The respondents Mackin and Rice continued to enjoy the same security of tenure as Provincial

même largement reconnues (comme l’attente d’une charge de travail de 40 p. 100 pour les juges surnuméraires du Nouveau-Brunswick) ou fondées sur une longue tradition (l’inamovibilité alléguée des juges de la Cour provinciale de l’Ontario nommés après leur retraite).

Je ne sous-estime pas l’importance des coutumes et traditions non écrites qui soutiennent l’indépendance institutionnelle des tribunaux. Je dis seulement qu’un avantage donné relatif à la charge de travail, qui n’a jamais été garanti ni même mentionné dans une loi, ne fait pas partie des « garanties objectives » qui définissent le statut d’indépendance judiciaire et jouissent de ce fait d’une protection constitutionnelle.

Si la disposition législative est si imprécise qu’elle ne peut être un élément de la garantie de sécurité financière (ou, de façon plus générale, de la garantie d’indépendance judiciaire), son existence n’est pas essentielle à la constitutionnalité du tribunal et son abrogation n’est pas interdite par la Constitution.

(ii) *Une garantie de plein traitement a été donnée aux juges surnuméraires de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick et elle a été respectée.*

Dans *Valente, Beauregard, Lippé et Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, précités, notre Cour a établi les garanties « essentielles » de l’indépendance judiciaire. L’une d’elles est la sécurité financière. Aucune objection n’est soulevée quant à la garantie légale d’un traitement fixe pour les juges titulaires de la Cour provinciale (par. 14(2)). Le même salaire était garanti aux juges surnuméraires par leur inclusion dans la définition du mot « juge » au par. 2(1) de la Loi. Quand les intimés ont repris leur statut de juges titulaires le 1^{er} avril 1995, le montant et la protection de leur traitement sont demeurés inchangés.

(iii) *Une garantie d’inamovibilité a été donnée aux juges surnuméraires de la Cour provinciale et elle a été respectée.*

Les intimés Mackin et Rice ont continué de bénéficier de la même inamovibilité que les juges

Court judges on regular status. As mentioned, they were included in the definition of “judge”. I agree with my colleague Gonthier J. (at para. 47) that their supernumerary status did not give rise to any special tenure. Those who elected to become supernumerary were not “appointed” or “re-appointed”. The original appointment continued in effect with the *potential* of a reduction in workload of an indeterminate amount at an indeterminate time. As the respondent Judge Rice wrote in his letter of February 17, 1993 to the Minister of Justice electing supernumerary status:

This election is not, in any way, to be considered as my resignation from my appointment as a Judge of the Provincial Court.

In the New Brunswick Court of Appeal, Ryan J.A. argued that the use of the word “office” in s. 4.1(3) implied a separate and distinct tenure that was wiped out by the 1995 amendments. It is true that the word “office” has a special connotation in law, but it is not associated with any particular security of tenure: *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.), *per* Lord Reid, at p. 65. In *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, the “office” holder was a probationary police constable whose tenure was at pleasure. If Ryan J.A. were correct that use of the word “office” connoted a distinct and separate tenure from that of the Provincial Court judges on regular status, the result would have been an office without clear legislative definition. The holders of the allegedly distinct office of supernumerary judge would have lacked from the outset the objective guarantees of judicial independence. Such a judicial “office” would have been unconstitutional. As pointed out by Lamer C.J. in the extract from the *Provincial Court Judges Reference* previously cited at para. 39, it would not be for the Court to read into the word “office” the necessary guarantees of tenure to make up for the legislative deficiency.

titulaires de la Cour provinciale. Comme je l’ai mentionné, ils étaient inclus dans la définition du mot « juge ». Je souscris à l’opinion de mon collègue le juge Gonthier (par. 47) qu’il n’y a pas de différence dans l’inamovabilité attachée au statut de juge surnuméraire. Ceux qui choisissaient de devenir surnuméraires n’étaient pas « nommés » ou « nommés de nouveau ». La nomination initiale demeurait en vigueur, assortie d’une *possibilité* de réduction indéterminée de la charge de travail à un moment indéterminé. Comme le dit le juge Rice, intimé, dans sa lettre du 17 février 1993 au ministre de la Justice l’informant qu’il choisissait de devenir surnuméraire :

[TRADUCTION] Ce choix ne constitue en aucune façon une démission de mon poste de juge de la Cour provinciale.

Dans le jugement de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, le juge Ryan souligne que l’utilisation du mot « poste » au par. 4.1(3) implique l’existence d’une charge séparée et distincte qui a été éliminée par les modifications de 1995. Il est vrai que le mot « poste » a une connotation spéciale en droit, mais il n’est pas lié à une inamovibilité particulière : *Ridge c. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.), lord Reid, p. 65. Dans *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, le titulaire de « poste » était un agent de police en stage occupant un emploi à titre amovible. Si l’utilisation du mot « poste » comportait, comme l’indique le juge Ryan, l’idée d’une charge séparée et distincte de celle des juges titulaires de la Cour provinciale, le résultat aurait été de créer un poste sans définition légale précise. Les titulaires du poste censément distinct de juge surnuméraire auraient été privés dès le début des garanties objectives d’indépendance judiciaire. Une telle « charge » judiciaire aurait été inconstitutionnelle. Comme le souligne le juge en chef Lamer dans l’extrait du *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, cité au par. 39, il n’appartient pas à notre Cour de décider que le terme « poste » comporte les garanties nécessaires d’inamovibilité pour qu’il puisse être remédié à la lacune législative.

(iv) *Provincial Court judges on supernumerary status were not guaranteed a 40 percent workload or any other reduction.*

(iv) *Aucune garantie n'a été donnée aux juges surnuméraires de la Cour provinciale d'une réduction de la charge de travail à 40 p. 100 ni d'aucune autre réduction.*

141 Supernumerary status was adopted in New Brunswick in 1988 after lengthy discussions between the government and the Provincial Court judges which had commenced in about 1981.

Le statut de surnuméraire a été établi en 1988, après de longs pourparlers engagés en 1981 entre le gouvernement et les juges de la Cour provinciale.

142 The theory underlying the 40 percent workload expectation was that to be eligible for supernumerary status a Provincial Court judge must meet all the conditions for retirement except the desire to retire. If he or she elected to retire, the state would be required to pay a pension equivalent to 60 percent of the average of specified years of judicial earnings. There would be no further judicial work. If he or she elected supernumerary status, however, the judge could make up the 40 percent loss of income occasioned by retirement by continuing to work 40 percent of the time. This expectation of a greatly reduced workload was widely shared by Ministers, judges, civil servants and others in New Brunswick. But it was not written into the *Provincial Court Act*.

L'expectative d'une charge de travail de 40 p. 100 repose sur l'idée qu'un juge de la Cour provinciale, pour devenir admissible au statut de surnuméraire, devait remplir toutes les conditions régissant le départ à la retraite, sauf le désir de prendre sa retraite. Si le juge décidait de prendre sa retraite, l'État devait lui verser une pension égale à 60 p. 100 de la moyenne de ses gains calculés sur un nombre déterminé d'années et ses fonctions judiciaires cessaient. Cependant, s'il décidait de devenir surnuméraire, le juge pouvait combler la perte de revenu de 40 p. 100 résultant de la retraite, en continuant de travailler 40 p. 100 du temps. Cette expectative de forte réduction de la charge de travail était largement reconnue au Nouveau-Brunswick par les ministres, les juges, les fonctionnaires et autres. Toutefois elle n'était pas inscrite dans la *Loi sur la Cour provinciale*.

143 To be clear, the respondent Rice, as a Provincial Court judge with supernumerary status, was *not* a retired person with a part-time job. He was eligible to retire but he had elected not to. He was not drawing a pension "topped up" by 40 percent pay for 40 percent workload. He was receiving a full-time salary and all the benefits of a judge on regular status. He continued to receive medical coverage. His life insurance continued to be subsidized to the extent (at the date of his retirement) of over \$2,000 per month. Any increase in annual salary would translate into a higher base on which his pension would eventually be calculated (albeit, as with judges on regular status, he was required to continue pension contributions in the interim). The respondent Mackin was in a similar position. In exchange for these benefits they continued to hold themselves available for work as assigned by the Chief Judge. In a province short on judicial resources, the

Pour être bien clair, l'intimé Rice quand il était juge surnuméraire de la Cour provinciale, n'était *pas* une personne à la retraite ayant un travail à temps partiel. Il était admissible à la retraite, mais il avait choisi de ne pas la prendre. Il ne touchait pas une pension majorée de 40 p. 100 en contrepartie d'une charge de travail de 40 p. 100. Il recevait un traitement à temps plein ainsi que tous les avantages d'un juge titulaire. Il continuait de bénéficier d'un régime d'assurance médicale. Son assurance-vie continuait d'être subventionnée à raison de plus de 2 000 \$ par mois (à la date de sa retraite). Tout accroissement de salaire annuel le plaçait à un échelon plus élevé pour le calcul futur de la pension (mais, comme les juges titulaires, il devait entre-temps continuer de verser ses cotisations de retraite). L'intimé Mackin était dans une position semblable. En contrepartie de ces avantages, ils restaient disponibles pour exercer les fonctions que leur assignait le juge en chef.

assignments in some cases amounted more or less to full-time employment. If the assignments proved unexpectedly onerous, either one of them could have elected to retire on full pension at any time.

The key provision, as stated, is s. 4.1(5) of the *Provincial Court Act*, which said:

4.1(5) A judge appointed under subsection 2(1) who has elected to hold the office of supernumerary judge shall be available to perform such judicial duties as may be assigned to the judge from time to time by the chief judge or associate chief judge.

If “full” workload for a Provincial Court judge is taken to be plus or minus 251 court days a year (which is the assumption on which the repealing legislation is based), 40 percent of that is plus or minus 100 days a year. The legislation establishing supernumerary status obviously could have specified a precise figure but just as obviously it did not do so. Instead the obligation was to do the judicial work assigned by the Chief Judge, whatever and whenever it might be.

My colleague Gonthier J., in para. 65, places emphasis on the words “time to time” in s. 4.1(5). It was not, of course, contemplated that the first assignment by the Chief Judge would necessarily be the last. It was to be expected that from “time to time” the assignments would change. In my view that phrase indicates a multiplicity of assignments, not a reduction in workload. With respect, an *increase* in overall workload would be equally consistent with the statutory language (such as, for example, a transfer to a busier court).

When the respondent, Judge Rice, who at the time was a judge of over 20 years’ experience, was considering whether to elect supernumerary status in 1992, he sought a number of clarifications from the Minister of Justice. He asked for information as follows:

(3) WORK ASSIGNMENTS. Supernumerary Judges are required to sit a minimum of 40% of working days

Dans une province disposant de ressources judiciaires insuffisantes, les fonctions assignées correspondaient parfois à un emploi à temps plein ou presque. Si ces tâches s’avéraient plus lourdes que prévu, il leur était en tout temps loisible de prendre leur retraite avec une pension complète.

Comme je l’ai mentionné, la disposition clé est le par. 4.1(5) de la *Loi sur la Cour provinciale* :

4.1(5) Un juge nommé en vertu du paragraphe 2(1) qui a choisi d’exercer les fonctions de juge surnuméraire doit être disponible pour exercer les fonctions judiciaires qui peuvent lui être assignées à l’occasion par le juge en chef ou le juge en chef associé.

Si une « pleine » charge de travail de juge de la Cour provinciale est censée se situer aux alentours de 251 jours par an (hypothèse sur laquelle repose la loi abrogative), une charge de 40 p. 100 correspond à environ 100 jours par an. Il est évident que le texte instaurant le poste de surnuméraire aurait pu préciser un chiffre et il est tout aussi évident qu’il ne l’a pas fait. Au lieu de cela, les obligations du poste consistaient à exécuter les travaux judiciaires assignés par le juge en chef, quels qu’en soient la nature et le moment.

Mon collègue le juge Gonthier met l’accent au par. 65 sur l’expression « à l’occasion » du par. 4.1(5). Il n’était certainement pas envisagé que les premières tâches assignées par le juge en chef seraient nécessairement les dernières. Il fallait s’attendre à ce que les fonctions assignées changent « à l’occasion ». À mon avis, cette expression suggère une multiplicité de tâches, et non une réduction de la charge de travail. En toute déférence, le texte de loi peut tout aussi bien viser un *accroissement* de la charge de travail (par exemple, le détachement auprès d’une cour plus affairée).

En 1992, lorsque le juge Rice, intimé, qui avait alors plus de 20 ans d’expérience, examinait s’il devait choisir de devenir surnuméraire, il a demandé au ministre de la Justice un certain nombre de précisions en ces termes :

[TRADUCTION] (3) FONCTIONS ASSIGNÉES. Un juge surnuméraire est tenu de siéger au minimum 40 p.

144

145

146

147

each year, as assigned by the Chief Judge, the Associate Chief Judge, or a Judge designated for the purpose of assigning Judges in a Judicial District. [Emphasis in original.]

This was confirmed by the Minister in writing on March 16, 1992:

A supernumerary judge is required to sit the equivalent of a minimum of 40% of a full-time judge's work year. The Chief Judge, or the Associate Chief Judge, is responsible to assign sittings. [Emphasis added.]

148 Neither the respondent, Judge Rice, nor the Minister suggested that there existed a *maximum* workload short of 100 percent of the workload of a judge on regular status. Having regard to the varied work experiences of Judge Rice, Judge Harper and Judge Mackin, I do not think, with respect, that the evidence supports my colleague's conclusion, at para. 65, that "[n]ormally" a judge on supernumerary status "enjoyed a substantial reduction in his or her workload". The experience was too mixed to permit any generalization in that regard, in my opinion.

149 The assignment responsibility rested with the Chief Judge, but the reality was that he could only work within the resources the province provided. The respondents' position is, in truth, not only that the 40 percent workload should be read into the Act, but that the province had a constitutional responsibility to provide enough judges to make the 40 percent workload achievable. This, with respect, is too much to "read into" a statute that simply says a judge is to do the work assigned by the Chief Judge.

(v) *A constitutional rule that provided that any decrease or increase in an undefined judicial workload could only be initiated through a remuneration commission would be unworkable.*

150 The judgments on appeal state that the 1995 repeal of supernumerary status was unconstitutional because it did not receive prior review by an independent, effective and objective process (e.g. a remuneration commission). Quite apart from the fact the constitutional requirement of an

100 des jours ouvrables chaque année, selon les fonctions qui peuvent lui être assignées par le juge en chef, le juge en chef associé ou un juge désigné chargé d'assigner les juges d'un district judiciaire. [Souligné dans l'original.]

Le 16 mars 1992, le ministre confirmait cela par écrit :

[TRADUCTION] Un juge surnuméraire est tenu de siéger 40 p. 100 au minimum d'une année de travail d'un juge à temps plein. Il appartient au juge en chef ou au juge en chef associé d'assigner les séances. [Je souligne.]

Ni l'intimé le juge Rice ni le ministre ne laissent entendre qu'il existait une charge de travail *maximale* inférieure à la pleine charge de travail d'un juge titulaire. Compte tenu des expériences professionnelles variées des juges Rice, Harper et Mackin, je ne crois pas, en toute déférence, que la preuve appuie la conclusion de mon collègue au par. 65 selon laquelle, « [n]ormalement », un juge devenant juge surnuméraire « bénéficiait d'une réduction substantielle de sa charge de travail ». À mon avis, l'expérience était trop variable pour justifier une telle généralisation.

Il appartenait au juge en chef d'assigner les fonctions, mais en réalité il ne disposait que des ressources que lui fournissait la province. La thèse des intimés revient à dire en réalité non seulement qu'il faut interpréter la Loi comme prescrivant une charge de travail réduite à 40 p. 100, mais aussi que la province avait la responsabilité constitutionnelle de nommer suffisamment de juges pour que l'objectif de 40 p. 100 soit réalisable. En toute déférence, c'est une « inclusion » trop large dans une loi qui dit simplement qu'un juge exerce les fonctions assignées par le juge en chef.

(v) *Une règle constitutionnelle prévoyant qu'une charge de travail indéfinie ne peut être augmentée ou réduite que par une commission sur la rémunération serait impraticable.*

Selon les jugements portés en appel, l'abrogation en 1995 du statut de surnuméraire était inconstitutionnelle parce qu'elle n'avait pas été préalablement examinée dans le cadre d'un processus indépendant, efficace et objectif (soit une commission sur la rémunération). En dehors du fait que notre

independent, effective and objective process was not elaborated by this Court until the *Provincial Court Judges Reference* in 1997, two years after the amendments in issue here, I cannot accept this argument.

It is useful to reiterate that the respondents received the same salary after the repeal of the supernumerary status as they did beforehand.

In oral argument it was suggested that if a supernumerary judge were required to do more work for the same amount of money, his hourly rate, if it may be so conceived, was reduced. Instead of earning a full salary for a 40 percent workload he had to work a full year for the same amount of money. However, once the debate is properly focused on workload, and the so-called workload guarantee is related to the process mandated by the *Provincial Court Judges Reference*, the question arises as to how a remuneration commission would be supposed to give *prior* effective review to increases or decreases in judicial workload across the province.

The evidence shows that in 1990-91 each judge in the Provincial Court at Fredericton disposed of 2,714 cases a year. In Campbellton the equivalent per year was 1,775 cases and in St. John it was 2,729 cases. The busiest Provincial Court was Moncton where each of the judges disposed of about 5,335 cases per year. In each instance the Provincial Court judge on regular status received the same salary. If the statistics are to be believed, judges in different regions therefore had a very different workload and, because each earned the same salary, a very different “hourly” rate.

The Chief Judge testified that the statistics were simplistic and failed to take into account many factors, including the nature of the cases. I agree with his criticism, but even making a generous allowance for the crudity of the statistics, the workload variation is impressive. In these circumstances how many hours a year constitutes a 100 percent workload on which the 40 percent workload is to be cal-

Cour n’a élaboré l’exigence constitutionnelle d’un processus indépendant, efficace et objectif qu’en 1997 dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, soit deux ans après les modifications contestées en l’espèce, je ne puis souscrire à cet argument.

Il est utile de rappeler que les intimés ont touché le même traitement tant après qu’avant l’abrogation du statut de surnuméraire.

Dans les débats, on a laissé entendre que le traitement horaire d’un juge surnuméraire, si on peut le concevoir ainsi, diminuait s’il devait accomplir davantage de travail pour le même traitement. Au lieu de toucher un plein traitement pour 40 p. 100 du travail, le juge surnuméraire devait travailler une année complète pour le même montant. Cependant, si on porte l’attention, comme il se doit, sur la charge de travail, et qu’on établit un rapport entre la prétendue garantie de charge de travail et la procédure imposée par le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, on peut se demander comment une commission sur la rémunération serait en mesure de faire un examen *préalable* efficace des augmentations ou réductions de la charge de travail des juges à travers la province.

Selon la preuve, chaque juge de la Cour provinciale à Fredericton a statué, en 1990-1991, sur 2 714 dossiers, contre 1 775 dossiers à Campbellton et 2 729 à Saint John. C’est à Moncton que la Cour provinciale était la plus occupée, chaque juge statuant sur environ 5 335 dossiers par an. Dans chaque cas, le juge titulaire de la Cour provinciale recevait le même traitement. S’il faut croire les statistiques, les juges des diverses régions avaient des charges de travail très différentes et, puisqu’ils recevaient tous le même traitement, bénéficiaient donc de taux « horaires » très différents.

Le juge en chef a témoigné que les statistiques étaient simplistes et ne tenaient pas compte de nombreux facteurs, dont la nature des dossiers. Je fais mienne cette critique; cependant, même en tenant largement compte du caractère rudimentaire des statistiques, la variation de la charge de travail est considérable. Dans ces circonstances, il faut se demander à combien d’heures de travail correspond

151

152

153

154

culated? Are we to take a provincial average or is a judge entitled to look at the historical average for his or her region? Or his or her personal history? This again provides unevenly moving targets. The statistics show that whereas the workload in Moncton was expected to grow by 17 percent in 1991-92, the increase in St. John was only 2 percent. In Campbellton the expected growth was 66 percent.

155 The constitutional requirement is for prior reference of a change in benefits to the remuneration commission. Unless the Legislature was prepared to fix a specific number of work days per year (and, as stated, 100 days would be 40 percent of a notional 251 days a year sat by Provincial Court judges on regular status), I do not understand how “workload” as an abstract statistic can be fixed in advance. The bare concept of a *reduced* workload is too elastic to provide a manageable standard. The legislature, as stated, was clearly not prepared to guarantee any fixed and defined benefit, or indeed any benefit at all.

156 The bottom line is that the 1995 New Brunswick legislation established a *potential* benefit of wholly indeterminate value. It offered the possibility of less work for the same amount of pay, but the possibility of achieving this expectation was always subject to the exigencies of each court location and the resources available to the Chief Judge to get done the judicial work that had to be done. The *Provincial Court Judges Reference* established the requirement of an independent, effective and objective process to deal with financial security. The salary of supernumerary judges was secure. Each supernumerary judge received full pay. An extension of the remuneration commission process to an undefined “reduced” workload is neither sensible nor required. Yet it is the repeal of the workload benefit supposedly guaranteed by supernumerary status that is said to be unconstitutional because the province did not first go through a remuneration commission process.

une charge complète qui sert à calculer la charge de 40 p. 100. Faut-il prendre une moyenne provinciale, ou le juge peut-il examiner la moyenne historique de sa région? Faut-il utiliser les antécédents personnels? Cela donne aussi de fortes fluctuations. Selon les statistiques, en 1991-1992, les prévisions indiquaient un accroissement de 17 p. 100 du travail à Moncton, contre seulement 2 p. 100 à Saint John. À Campbellton, la croissance prévue était de 66 p. 100.

L'exigence constitutionnelle est de soumettre préalablement à la commission sur la rémunération les modifications des avantages. À moins que la législature ne soit disposée à fixer un nombre annuel précis de jours de travail (ce qui donnerait, comme on l'a vu, 100 jours pour une charge de travail de 40 p. 100 d'un nombre théorique de 251 jours de travail pour un juge titulaire de la Cour provinciale), je ne vois pas comment la « charge de travail » en tant que statistique abstraite peut être fixée à l'avance. Le simple concept de *réduction* de charge de travail est trop extensible pour être une norme utilisable. Comme je l'ai indiqué, il est évident que la législature n'était pas disposée à garantir un avantage fixe et défini, ou en fait un avantage quelconque.

L'essentiel est que le texte législatif de 1995 du Nouveau-Brunswick établissait un avantage *potentiel* ayant une valeur totalement indéterminée. Ce texte offrait aux juges la possibilité de travailler moins pour le même traitement, mais la réalisation de cette possibilité dépendait toujours des impératifs tenant à la région et aux ressources dont disposait le juge en chef pour les travaux judiciaires. Le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* a établi l'exigence d'un processus indépendant, efficace et objectif relativement aux questions de sécurité financière. Le traitement des juges surnuméraires était garanti. Chaque juge surnuméraire recevait un plein traitement. Il n'est ni raisonnable ni requis d'étendre l'application de la procédure d'une commission sur la rémunération à une « réduction » indéterminée de la charge de travail. Pourtant, c'est l'abrogation de l'avantage relatif à la charge de travail prétendument garanti par le statut de surnuméraire que l'on allègue être inconstitutionnelle parce que la province ne l'a pas préalablement soumise au processus d'une commission sur la rémunération.

(vi) *The existence (or repeal) of discretionary benefits does not threaten judicial independence.*

The potential advantages of supernumerary status lay either in the discretion of the Chief Judge or his delegate who was responsible for assigning the work (or assigning a specific courtroom) to the supernumerary judge or, alternatively in the discretion of the provincial government in its overall budgetary allocation for the Provincial Court and its willingness to appoint new judges to replace supernumerary judges to help to deal with the expanding workload.

In my view the culprit here, if culprit there be, is the provincial government's refusal to allocate adequate resources to the court. Chief Judge Strange was clearly willing to exercise his discretion to allow very significant workload reductions to supernumerary judges, but his priority was to staff the courts on a week-to-week basis, and the lack of adequate resources left him unable to accomplish both objectives. As between the public interest in seeing the courts operate on a full-time basis and the private interest of some of the judges on supernumerary status in realizing their expected benefits, he chose correctly, and inevitably, the public interest. The issue, therefore, is really about the government's exercise of its discretion over the Provincial Court budget.

In *Valente* it was contended that government control over such discretionary matters as post-retirement reappointment, or leaves of absence with or without pay, or permission to engage in extrajudicial employment, violated judicial independence. This argument was rejected. Le Dain J. stated at p. 714:

While it may well be desirable that such discretionary benefits of advantages, to the extent that they should exist at all, should be under the control of the judiciary rather than the Executive, as recommended by the Deschênes report and others, I do not think that their control by the Executive touches what must be considered to be one of the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter*. In so far as the

(vi) *L'existence (ou l'abrogation) d'avantages discrétionnaires ne menace pas l'indépendance judiciaire.*

Les avantages potentiels du statut de surnuméraire procédaient du pouvoir discrétionnaire du juge en chef ou du juge qui, par délégation, assignait le travail (ou une salle d'audience particulière) au juge surnuméraire, ou, subsidiairement, du pouvoir discrétionnaire du gouvernement provincial de décider du budget global de la Cour provinciale ainsi que de sa volonté de nommer de nouveaux juges en remplacement des juges surnuméraires pour faire face à une charge de travail croissante.

À mon avis, le problème en l'espèce, si problème il y a, est le refus du gouvernement provincial d'affecter suffisamment de ressources à la cour. Le juge en chef Strange était clairement disposé à exercer son pouvoir discrétionnaire pour réduire d'une façon très marquée la charge de travail des juges surnuméraires, mais il avait comme priorité d'assigner les audiences d'une semaine à l'autre. L'insuffisance des ressources l'empêchait d'atteindre l'un et l'autre de ces objectifs. Entre l'intérêt public visant à assurer le fonctionnement des cours à temps plein et l'intérêt privé de certains des juges surnuméraires voulant la concrétisation des avantages attendus, le juge en chef a correctement, et inévitablement choisi l'intérêt public. En conséquence, la question touche en réalité l'exercice par le gouvernement de son pouvoir discrétionnaire sur le budget de la Cour provinciale.

Dans *Valente*, on soutenait que le contrôle gouvernemental sur des questions discrétionnaires, comme les nouvelles nominations après la retraite, les congés non payés ou payés ou encore l'autorisation d'exercer des activités extrajudiciaires, portait atteinte à l'indépendance judiciaire. Cet argument a été rejeté. Le juge Le Dain dit à la p. 714 :

S'il peut être souhaitable que ces bénéfiques ou avantages discrétionnaires, dans la mesure où il devrait y en avoir, soient contrôlés par le pouvoir judiciaire plutôt que par l'exécutif, comme le rapport Deschênes et d'autres l'ont recommandé, je ne pense pas que leur contrôle par l'exécutif touche à ce qui doit être considéré comme l'une des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) de la

157

158

159

subjective aspect is concerned, I agree with the Court of Appeal that it would not be reasonable to apprehend that a provincial court judge would be influenced by the possible desire for one of these benefits or advantages to be less than independent in his or her adjudication.

160 When a similar objection was raised in the *Provincial Court Judges Reference* in relation to the discretion of the Government of Prince Edward Island over judges' sabbatical leave, Lamer C.J. simply cited the above passage from *Valente* and added, "To my mind, the same reasoning applies here" (para. 207).

161 Even if one were to assume (as I do) that the variable benefits of supernumerary status were a function of the government's budget control rather than within the gift of the Chief Judge, I do not think either the existence of these benefits or their ultimate repeal in 1995 violated the "objective guarantees" of judicial independence. As noted by Lamer C.J. in the *Provincial Court Judges Reference* at para. 113, the question is whether a reasonable person, who was informed of the relevant statutory provisions, their historical background and other relevant facts, after viewing the matter realistically and practically, would conclude that the tribunal or court was independent. In my view such persons would not regard the creation, continuation or ultimate repeal of the discretionary workload benefit associated with supernumerary status as compromising judicial independence. They would hold, I believe, a loftier view of their judges.

(vii) *The disappointed expectations of the Provincial Court judges, however understandable, do not justify a finding of unconstitutionality.*

162 In the end this appeal comes down to the fact that the respondents formed a quite legitimate expectation of a substantially reduced workload if they elected supernumerary status and their expectation was not honoured. A reduction to roughly 40 percent of a notional workload was permitted, but not required, by the *Provincial Court Act*. The evidence does not clearly source this expectation

Charte. Pour ce qui est de l'aspect subjectif, je conviens avec la Cour d'appel qu'il ne serait pas raisonnable de craindre qu'un juge de cour provinciale, influencé par l'éventuelle volonté d'obtenir l'un de ces bénéfiques ou avantages, soit loin d'être indépendant au moment de rendre jugement.

Le juge en chef Lamer cite simplement cet extrait de *Valente* pour répondre à une objection analogue dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* relativement au pouvoir discrétionnaire du gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard sur les congés sabbatiques des juges, et ajoute : « À mon sens, le même raisonnement s'applique en l'espèce » (par. 207).

Même si l'on suppose (comme je le fais) que les avantages variables liés au statut de surnuméraire relevaient plus du contrôle gouvernemental sur les budgets que du pouvoir discrétionnaire du juge en chef, je ne crois pas que l'existence de ces avantages ou leur abrogation en 1995 portait atteinte aux « garanties objectives » d'indépendance judiciaire. Comme le fait remarquer le juge en chef Lamer dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, par. 113, la question est de savoir si une personne raisonnable, informée des dispositions législatives pertinentes, de leur historique et des autres faits pertinents, après avoir envisagé la question de façon réaliste et pratique, conclurait que le tribunal ou la cour est indépendant. À mon avis, de telles personnes ne considéreraient pas que la création, le maintien ou l'abrogation de l'avantage discrétionnaire relatif à la charge de travail des juges surnuméraires compromet l'indépendance judiciaire. Elles auraient, je crois, une opinion plus haute de leurs juges.

(vii) *Les attentes déçues des juges de la Cour provinciale, si compréhensibles soient-elles, ne justifient pas une conclusion d'inconstitutionnalité.*

En dernière analyse, le pourvoi tient au fait que les intimés s'attendaient très légitimement à une réduction importante de leur charge de travail s'ils choisissaient le statut de surnuméraire et que cette attente ne s'est pas réalisée. La *Loi sur la Cour provinciale* permettait, mais n'exigeait pas, une réduction à environ 40 p. 100 de la charge de travail théorique. La preuve ne rattache pas

in the Minister's office (i.e., the Minister's letter talked about a minimum of 40 percent), but even if the respondents could establish all of the elements of the administrative law doctrine of legitimate expectation as set out in *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, and *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, it would not assist the respondents' attack on the repealing legislation. As Sopinka J. pointed out in *Canada Assistance Plan*, at p. 558, the doctrine does not apply "to a body exercising purely legislative functions". Nor can it operate to entitle the respondents to a substantive as opposed to procedural remedy. In some ways the respondents' effort to use their disappointed expectations to attack the validity of the legislative amendments in this case parallels the unsuccessful effort of the Government of British Columbia to use expectations created by federal-provincial funding arrangements to attack the validity of amendments to the Canada Assistance Plan in that case. The attempt was rejected there and it should be rejected here as well.

In summary, the 1988 amendments to the *Provincial Court Act* enacted a form of supernumerary status that created expectations but not guarantees. Its repeal, as high-handed and offensive as it may have appeared to the respondents, did not undermine the judicial independence of the Provincial Court judges or the court of which they were members. The repeal was undertaken in a period of budgetary cuts which impacted all the residents of New Brunswick. Supernumerary benefits for judges competed with the closure of hospital beds and the reduction or elimination of crucial public expenditures in other areas. The New Brunswick legislature sought to change a system (which had so unevenly benefited Judge Rice, Judge Harper and Judge Mackin) to a pay-for-work system in which a retired judge who in fact works about 100 days a year (i.e., 40 percent of a notional 251 court

clairement la source de cette attente au cabinet du ministre (la lettre du ministre mentionnait un minimum de 40 p. 100); cependant, même si les intimés pouvaient établir tous les éléments de la théorie de droit administratif relative à l'expectative légitime exposée dans *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, et *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, cela n'appuierait pas leur contestation de la loi abrogative. Comme le fait remarquer le juge Sopinka dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, p. 558, la théorie ne s'applique pas « à un organe qui exerce des fonctions purement législatives ». Elle ne permet pas non plus aux intimés d'avoir droit à une réparation substantielle par opposition à une réparation procédurale. À certains égards, l'utilisation par les intimés de leurs attentes déçues pour contester la validité des modifications législatives en l'espèce se rapproche de la vaine tentative du gouvernement de la Colombie-Britannique, dans le renvoi, d'utiliser les attentes créées par les accords fédéraux-provinciaux de financement pour contester la validité des modifications au Régime d'assistance publique du Canada. Cette tentative a été rejetée alors et devrait l'être également en l'espèce.

En résumé, les modifications de 1988 de la *Loi sur la Cour provinciale* ont instauré un type de statut de surnuméraire qui créait des attentes, mais non des garanties. Leur abrogation, si arbitraire et offensante qu'elle puisse paraître aux intimés, n'a pas porté atteinte à l'indépendance judiciaire des juges de la Cour provinciale ou de la cour elle-même. L'abrogation a été effectuée en période de restrictions budgétaires qui avaient une incidence sur tous les résidents du Nouveau-Brunswick. Les avantages attachés au statut de juge surnuméraire étaient en concurrence avec la suppression de lits dans les hôpitaux et la réduction ou l'élimination de dépenses publiques cruciales dans d'autres domaines. La législature du Nouveau-Brunswick a cherché à modifier un système (dont les juges Rice, Harper et Mackin ont bénéficié de façon si inégale) pour en faire un régime de rémunération

days) while drawing a full pension (i.e., equivalent to 60 percent of a full salary) would receive “top up” *per diem* payments equivalent to the remaining 40 percent of the full salary. The new system, according to the evidence, was designed to allow judges on supernumerary status to get the same financial benefits as under the 1988-95 scheme but by means of a method of payment that tied rewards to actual work. It appears that all retired Provincial Court judges are eligible for *per diem* work if they want it. Work assignments are still made by the Chief Judge within an overall budget. Whether the new system is better or fairer than the old system is not for us to judge. The only question before us is whether the change is unconstitutional. In my view, for the reasons discussed, the repeal of the former system of supernumerary status, as much as the original enactment, was within the legislative competence of the Province of New Brunswick in relation to “[t]he Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts” under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*.

Conclusion

164

I would allow the appeal with costs. I would therefore answer the first two constitutional questions in the negative and, in light of that conclusion, the third constitutional question does not arise.

Appeal allowed in part with costs, BINNIE and LEBEL JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitors for the respondent Mackin: Wood Melanson, Fredericton.

Solicitors for the respondent Rice: Stewart McKelvey Stirling Scales, Fredericton.

selon le travail fourni, dans lequel un juge à la retraite travaillant en fait environ 100 jours par an (soit 40 p. 100 d'un nombre théorique de 251 jours d'audience), touchant une pleine pension (c.-à-d. l'équivalent de 60 p. 100 d'une pleine rémunération), recevrait une indemnité journalière « complémentaire » équivalente au 40 p. 100 manquant par rapport à un plein traitement. Selon la preuve, le nouveau système visait à permettre aux juges surnuméraires de bénéficier des mêmes avantages financiers que dans le régime en vigueur entre 1988 et 1995, mais par l'instauration d'une méthode de paiement liant la rémunération à un travail réel. Il semble que tous les juges de la Cour provinciale à la retraite soient admissibles à ce régime de travail s'ils le désirent. C'est encore le juge en chef qui assigne le travail, selon un budget global. Il ne nous appartient pas de décider si le nouveau système est meilleur ou plus équitable que l'ancien. La seule question à trancher est celle de la constitutionnalité du changement. À mon avis, pour les motifs exposés, l'abrogation de l'ancien régime de juges surnuméraires relevait, tout autant que le texte original, de la compétence législative de la province du Nouveau-Brunswick relativement à « [l']administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province » en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens. Je répondrais donc par la négative aux deux premières questions constitutionnelles. Vu cette conclusion, la troisième question constitutionnelle ne se pose pas.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens, les juges BINNIE et LEBEL sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureurs de l'intimé Mackin : Wood Melanson, Fredericton.

Procureurs de l'intimé Rice : Stewart McKelvey Stirling Scales, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Judges Conference: Ogilvy Renault, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges: Myers Weinberg, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le procureur général du Canada, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Conférence canadienne des juges : Ogilvy Renault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juges de cours provinciales : Myers Weinberg, Winnipeg.