

**Joseph Borowski** *Appellant*

v.

**The Attorney General of Canada** *Respondent*

and

**Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children, R.E.A.L. Women of Canada and Women's Legal Education and Action Fund (LEAF)**

*Interveners*

INDEXED AS: BOROWSKI v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20411.

1988: October 3, 4; 1989: March 9.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Appeal — Mootness — Abortion provisions of Criminal Code — Provisions under challenge already found invalid — Ancillary questions relating to Charter rights of the foetus — Whether or not issue moot — Whether or not Court should exercise discretion to hear case — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.*

*Criminal law — Abortion — Provisions under challenge already found invalid — Ancillary questions relating to Charter rights of the foetus — Whether or not issue moot — Whether or not Court should exercise discretion to hear case.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Right to equality before and under the law — Whether or not Charter rights extending to foetus — Charter issues ancillary to question of validity of abortion provisions of Criminal Code — Provisions under challenge already found invalid — Whether or not issue moot — Whether or not Court should exercise discretion to hear case.*

*Civil procedure — Standing — Standing originally found because action seeking declaration as to legislation's validity — Provisions under challenge already found invalid — Whether or not standing as originally*

**Joseph Borowski** *Appellant*

c.

**Le procureur général du Canada** *Intimé*

<sup>a</sup>  
et

**Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children, R.E.A.L. Women of Canada et Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BOROWSKI c. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL)

<sup>c</sup>

N° du greffe: 20411.

1988: 3, 4 octobre; 1989: 9 mars.

<sup>d</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

<sup>e</sup> *Pourvoi — Caractère théorique — Dispositions du Code criminel relatives à l'avortement — Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes — Questions accessoires relatives aux droits du fœtus en vertu de la Charte — La question est-elle théorique? — La Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.*

<sup>g</sup> *Droit criminel — Avortement — Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes — Questions accessoires sur les droits du fœtus en vertu de la Charte — La question est-elle théorique? — La Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire?*

<sup>h</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Droit à l'égalité devant et dans la loi — Les droits garantis par la Charte s'appliquent-ils au fœtus? — Questions relatives à la Charte accessoires à la question de la validité des dispositions du Code criminel sur l'avortement — Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes — La question est-elle théorique? — La Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire?*

<sup>j</sup> *Procédure civile — Qualité pour agir — Qualité pour agir reconnue initialement parce que l'action visait un jugement déclarant l'invalidité de dispositions législatives — Dispositions contestées déjà déclarées inopéran-*

*determined — Whether or not s. 24(1) of the Charter and s. 52(1) of the Constitution Act, 1982 able to support claim for standing.*

Appellant attacked the validity of s. 251(4), (5) and (6) of the *Criminal Code* relating to abortion on the ground that they contravened the life and security and the equality rights of the foetus, as a person, protected by ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appellant's standing had been found on the basis that he was seeking a declaration that legislation is invalid, that there was a serious issue as to its invalidity, that he had a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there was no other reasonable and effective manner in which the issue could be brought before the Court.

The Court of Queen's Bench found s. 251(4), (5) and (6) did not violate the *Charter* as a foetus was not protected by either s. 7 or s. 15 of the *Charter* and also held that s. 1 of the *Canadian Bill of Rights* did not give the courts the right to assess the substantive content or wisdom of legislation. The Court of Appeal concluded that neither s. 7 nor s. 15 of the *Charter* applied to a foetus. The constitutional questions stated in this Court queried: (1) if a foetus had the right to life as guaranteed by s. 7 of the *Charter*; (2) if so, whether s. 251(4), (5) and (6) of the *Code* violated the principles of fundamental justice contrary to s. 7 of the *Charter*; (3) whether a foetus had the right to equal protection and equal benefit of the law without discrimination because of age or mental or physical disability as guaranteed by s. 15 of the *Charter*; (4) if so, whether s. 251(4), (5) and (6) of the *Code* violated s. 15; and (5) if questions (2) and (4) were answered affirmatively, whether s. 251(4), (5) and (6) of the *Code* were justified by s. 1 of the *Charter*. All of s. 251, however, was struck down subsequent to the Court of Appeal's decision but before the appeal reached this Court as a result of this Court's decision in *R. v. Morgentaler* (No. 2).

A serious issue existed at the commencement of the appeal as to whether the appeal was moot. Questions also existed as to whether the appellant had lost his standing and, indeed, whether the matter was justiciable. These issues were addressed as a preliminary matter and decision on them was reserved. The Court then heard argument on the merits of the appeal so that the whole appeal could be decided without recalling the parties for argument should it decide that the appeal should proceed notwithstanding the preliminary issues.

*tes — La qualité pour agir reconnue initialement subsiste-t-elle? — L'article 24(1) de la Charte et l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 peuvent-ils fonder la qualité pour agir?*

<sup>a</sup> L'appelant conteste la validité des par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* relatives à l'avortement pour le motif qu'ils enfreignent les droits à la vie, à la sécurité et à l'égalité garantis au foetus, en tant que personne, par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La qualité pour agir avait été reconnue à l'appelant parce qu'il demandait un jugement déclarant une loi invalide, parce que la question de la validité de la loi se posait sérieusement, parce qu'il avait, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi et parce qu'il n'y avait pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour.

La Cour du Banc de la Reine a conclu que les par. 251(4), (5) et (6) ne violent pas la *Charte* puisque le foetus n'est protégé ni par son art. 7 ni par son art. 15 et, en outre, que l'article premier de la *Déclaration canadienne des droits* ne permet pas aux tribunaux de juger de la teneur ou de la sagesse des lois. La Cour d'appel a conclu que ni l'art. 7, ni l'art. 15 de la *Charte* ne s'appliquent au foetus. Les questions constitutionnelles en cette Cour visent à déterminer: (1) si le foetus a le droit à la vie que garantit l'art. 7 de la *Charte*; (2) dans l'affirmative, si les par. 251(4), (5) et (6) du *Code* violent les principes de justice fondamentale contrairement à l'art. 7 de la *Charte*; (3) si le foetus a le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination en raison de l'âge ou de déficiences mentales ou physiques, selon l'art. 15 de la *Charte*; (4) dans l'affirmative, si les par. 251(4), (5), (6) du *Code* violent l'art. 15; et (5) dans le cas d'une réponse affirmative aux questions (2) et (4), si les par. 251(4), (5) et (6) du *Code* sont justifiés par l'article premier de la *Charte*. Toutefois, après l'arrêt de la Cour d'appel mais avant l'audition du pourvoi en cette Cour, l'ensemble de l'art. 251 a été déclaré inopérant par l'arrêt *R. c. Morgentaler* (n° 2).

<sup>h</sup> Dès le début du pourvoi, la question du caractère théorique du pourvoi se posait sérieusement. En outre, il paraissait douteux que le demandeur ait encore qualité pour agir et même que la question puisse être réglée par voie de justice. Ces points ont été débattus à titre de questions préliminaires et ont été mis en délibéré. La Cour a alors entendu le pourvoi au fond, de manière à être en mesure de statuer sur la totalité du pourvoi sans devoir rappeler les parties pour plaider si, malgré les questions préliminaires, elle décidait que le pourvoi devait suivre son cours.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The appeal is moot and the Court should not exercise its discretion to hear it. Moreover, appellant no longer has standing to pursue the appeal as the circumstances upon which his standing was originally premised have disappeared.

The doctrine of mootness is part of a general policy that a court may decline to decide a case which raises merely a hypothetical or abstract question. An appeal is moot when a decision will not have the effect of resolving some controversy affecting or potentially affecting the rights of the parties. Such a live controversy must be present not only when the action or proceeding is commenced but also when the court is called upon to reach a decision. The general policy is enforced in moot cases unless the court exercises its discretion to depart from it.

The approach with respect to mootness involves a two-step analysis. It is first necessary to determine whether the requisite tangible and concrete dispute has disappeared rendering the issues academic. If so, it is then necessary to decide if the court should exercise its discretion to hear the case. (In the interest of clarity, a case is moot if it does not present a concrete controversy even though a court may elect to address the moot issue.)

This appeal is moot as there is no longer a concrete legal dispute. The live controversy underlying this appeal—the challenge to the constitutionality of s. 251(4), (5) and (6) of the *Code*—disappeared when s. 251 was struck down in *R. v. Morgentaler (No. 2)*. None of the relief sought in the statement of claim was relevant. Three of the five constitutional questions that were set explicitly concerned s. 251 and were no longer applicable. The remaining two questions addressed the scope of ss. 7 and 15 of the *Charter* and were not severable from the context of the original challenge to s. 251.

A constitutional question cannot bind this Court and may not be used to transform an appeal into a reference. Constitutional questions are stated to define with precision the constitutional points at issue, not to introduce new issues, and accordingly, cannot be used as an independent basis for supporting an otherwise moot appeal.

The second stage in the analysis requires that a court consider whether it should exercise its discretion to decide the merits of the case, despite the absence of a live controversy. Courts may be guided in the exercise of

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Le pourvoi est théorique et la Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour le trancher au fond. De plus, l'appelant n'a plus qualité pour continuer le pourvoi puisque les circonstances qui fondaient initialement la qualité pour agir ont disparu.

La doctrine relative au caractère théorique relève du principe général en vertu duquel un tribunal peut refuser de trancher une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Un appel est théorique lorsque la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Un litige actuel doit exister non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. Le principe général s'applique aux litiges devenus théoriques à moins que le tribunal n'exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas l'appliquer.

La démarche à suivre pour déterminer si le litige est théorique comporte une analyse en deux temps. En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. Si c'est le cas, le tribunal décide alors s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire. (Pour être précis, une affaire est «théorique» si elle ne présente pas de litige concret même si le tribunal choisit de trancher la question théorique.)

Le présent pourvoi est théorique puisqu'il n'y a plus de différend juridique concret. Le litige qui fondait le présent pourvoi—la contestation de la constitutionnalité des par. 251(4), (5) et (6) du *Code*—a disparu quand la Cour a déclaré cet article inopérant dans *R. c. Morgentaler (n° 2)*. Aucun des redressements demandés dans la déclaration n'est pertinent. Trois des cinq questions constitutionnelles énoncées visent expressément l'art. 251 et n'ont plus d'objet. Les deux autres ont trait à la portée des droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte* et ne peuvent être traitées séparément de la contestation initiale de l'art. 251.

Une question constitutionnelle ne lie pas la Cour et ne peut pas servir non plus à transformer un pourvoi en renvoi. Les questions constitutionnelles visent à définir avec précision les points litigieux dans une affaire constitutionnelle et non à introduire de nouvelles questions. Les questions ne peuvent donc servir de fondement distinct à un pourvoi qui est par ailleurs théorique.

La deuxième partie de l'analyse consiste pour le tribunal à déterminer s'il devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher l'affaire au fond, même en l'absence de litige actuel. Dans l'exercice de ce pouvoir

their discretion by considering the underlying rationale of the mootness doctrine.

The first rationale for the policy with respect to mootness in that a court's competence to resolve legal disputes is rooted in the adversary system. A full adversarial context, in which both parties have a full stake in the outcome, is fundamental to our legal system. The second is based on the concern for judicial economy which requires that a court examine the circumstances of a case to determine if it is worthwhile to allocate scarce judicial resources to resolve the moot issue. The third underlying rationale of the mootness doctrine is the need for courts to be sensitive to the effectiveness or efficacy of judicial intervention and demonstrate a measure of awareness of the judiciary's role in our political framework. The Court, in exercising its discretion in an appeal which is moot, should consider the extent to which each of these three basic factors is present. The process is not mechanical. The principles may not all support the same conclusion and the presence of one or two of the factors may be overborne by the absence of the third, and vice versa.

The Court should decline to exercise its discretion to decide this appeal on its merits because of concerns for judicial economy and for the Court's role in the law-making process. The absence of an adversarial relationship was of little concern: the appeal was argued as fully as if it were not moot.

With respect to judicial economy, none of the factors justifying the application of judicial resources applied. The decision would not have practical side effects on the rights of the parties. The case was not one that was capable of repetition, yet evasive of review: it will almost certainly be brought before the Court within a specific legislative context or possibly in review of specific governmental action. An abstract pronouncement on foetal rights here would not necessarily obviate future repetitious litigation. It was not in the public interest, notwithstanding the great public importance of the question involved, to address the merits in order to settle the state of the law. A decision as to whether ss. 7 and 15 of the *Charter* protect the rights of the foetus is not in the public interest due to the potential uncertainty that could result from such a decision absent a legislative context.

A proper awareness of the Court's law-making function dictated against the Court's exercising its discretion to decide this appeal. The question posed here was not

discrétionnaire, les tribunaux peuvent être guidés par l'étude des assises mêmes de la doctrine du caractère théorique.

La première raison d'être de la politique en matière de causes théoriques tient à ce que la capacité des tribunaux de trancher des litiges a sa source dans le système contradictoire. Le contexte réellement contradictoire, dans lequel les deux parties ont un intérêt dans l'issue du litige, est un élément fondamental de notre système juridique. La deuxième raison tient à l'économie des ressources judiciaires qui oblige les tribunaux à se demander si, compte tenu des circonstances d'une affaire, il y a lieu de consacrer des ressources judiciaires limitées à la solution d'un litige devenu théorique. La troisième raison d'être de la doctrine tient à la nécessité pour les tribunaux d'être sensibles à l'efficacité et à l'efficacité de l'intervention judiciaire et d'être conscients de leur fonction juridictionnelle dans notre structure politique. En exerçant son pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un pourvoi théorique, la Cour doit tenir compte de chacune de ces trois principales raisons d'être. Il ne s'agit pas d'un processus mécanique. Il se peut que les principes ne tendent pas tous vers la même conclusion. L'absence d'un facteur peut prévaloir malgré la présence de l'un ou des deux autres, ou inversement.

La Cour devrait refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire de trancher le pourvoi au fond par souci d'économie des ressources judiciaires et en raison de sa fonction véritable dans l'élaboration du droit. L'absence de rapport contradictoire ne fait pas problème: le pourvoi a été plaidé aussi pleinement que s'il n'avait pas été théorique.

Aucun des facteurs qui justifieraient l'utilisation de ressources judiciaires ne s'applique. La décision n'aurait pas d'effets accessoires pratiques sur les droits des parties. Il ne s'agit pas d'une situation susceptible à la fois de se répéter et de ne jamais être soumise aux tribunaux. Il est en effet très probable que la question sera soumise à cette Cour à propos d'une loi précise ou peut-être à propos d'un acte gouvernemental précis. Une décision dans l'abstrait sur les droits du fœtus n'éliminerait pas nécessairement des litiges répétés à l'avenir. Malgré la grande importance de la question, il n'est pas dans l'intérêt public de statuer sur le fond pour déterminer l'état du droit. Une décision sur la question de savoir si les art. 7 et 15 de la *Charte* protègent les droits du fœtus n'est pas dans l'intérêt public vu l'état d'incertitude qui pourrait résulter d'une telle décision en dehors de tout contexte législatif.

La considération de la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit est une autre raison de refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour tran-

the question raised in the original action. Indeed, what was sought—a *Charter* interpretation in the absence of legislation or other governmental action bringing it into play—would turn this appeal into a private reference. The Court, if it were to exercise its discretion, would intrude on the right of the executive to order a reference and pre-empt a possible decision of Parliament by dictating the form of legislation it should enact. To do so would be a marked departure from the Court's traditional role.

The appellant also lacked standing to pursue this appeal given the fact that the original basis for his standing no longer existed. Two significant changes in the nature of this action occurred since standing was granted by this Court in 1981. Firstly, the claim is now premised primarily upon an alleged right of a foetus to life and equality pursuant to ss. 7 and 15 of the *Charter*. Secondly, the legislative context of original claim disappeared when s. 251 of the *Code* was struck down. Standing could not be based on s. 24(1) of the *Charter* for an infringement or denial of a person's own *Charter*-based right was required. Here, the rights allegedly violated were those of a foetus. Standing could not be based on s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* as this is restricted to litigants challenging a law or governmental action pursuant to power granted by law.

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Morgentaler (No. 2)*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Morgentaler v. The Queen (No. 1)*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1980), 29 O.R. (2d) 677 (C.A.), leave to appeal refused [1981] 1 S.C.R. viii; *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] S.C.R. 69; *Moir v. The Corporation of the Village of Huntingdon* (1891), 19 S.C.R. 363; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Coca-Cola Company of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] S.C.R. 385; *Sun Life Assurance Company of Canada v. Jervis*, [1944] A.C. 111; *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] S.C.R. 58; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628; *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481; *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Re Maltby and Attorney-*

cher le pourvoi au fond. La question soumise à cette Cour n'est plus celle qui était l'objet de l'action initiale. En réalité, ce qu'on demande—une interprétation de la *Charte* en l'absence de texte législatif ou d'acte gouvernemental la faisant entrer en jeu—transformerait le pourvoi en renvoi d'initiative privée. Si elle exerçait son pouvoir discrétionnaire dans un tel cas, la Cour empiéterait sur le droit du pouvoir exécutif d'ordonner un renvoi et pourrait empêcher la législateur de prendre une décision, en lui dictant les termes des dispositions législatives à adopter. Ce serait une dérogation marquée au rôle traditionnel de la Cour.

De plus, l'appellant n'a plus qualité pour continuer le pourvoi puisque le fondement initial de sa qualité pour agir n'existe plus. Il s'est produit deux changements importants dans la nature de l'action en l'espèce depuis que la Cour a reconnu à l'appelant qualité pour agir, en 1981. Premièrement, la demande actuelle se fonde principalement sur l'allégation que le droit du foetus à la vie et à l'égalité est garanti par les art. 7 et 15 de la *Charte*. Deuxièmement, en déclarant l'art. 251 du *Code* inopérant, la Cour a fait disparaître le contexte législatif de la demande. Il n'est pas possible d'invoquer en l'espèce le par. 24(1) comme fondement de la qualité pour agir puisqu'il faut qu'il y ait violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte* à la personne qui l'invoque. En l'espèce, les droits qui auraient été violés sont ceux du foetus. La qualité pour agir ne peut être accordée en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* parce qu'une action fondée sur le par. 52(1) doit se limiter à la contestation d'une loi ou d'un acte gouvernemental pris en vertu d'un pouvoir conféré par la loi.

#### Jurisprudence

**Arrêts suivis:** *R. c. Morgentaler (n° 2)*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Morgentaler c. La Reine (n° 1)*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1980), 29 O.R. (2d) 677 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée [1981] 1 R.C.S. viii; *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] R.C.S. 69; *Moir v. The Corporation of the Village of Huntingdon* (1891), 19 R.C.S. 363; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Coca-Cola Company of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] R.C.S. 385; *Sun Life Assurance Company of Canada v. Jervis*, [1944] A.C. 111; *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] R.C.S. 58; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628; *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Re Maltby*

*General of Saskatchewan* (1984), 10 D.L.R. (4th) 745; *Hall v. Beals*, 396 U.S. 45 (1969); *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U.S. 629 (1953); *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968); *Vadeboncœur v. Landry*, [1977] 2 S.C.R. 179; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Southern Pacific Co. v. Interstate Commerce Commission*, 219 U.S. 433 (1911); *Le Syndicat des Employés du Transport de Montréal v. Attorney General of Quebec*, [1970] S.C.R. 713; *Wood, Wire and Metal Lathers' Int. Union v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America*, [1973] S.C.R. 756; *Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal*, [1978] 1 S.C.R. 470; *Re Opposition by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, s. 1.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 15, 24(1).  
*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).  
*Constitution of the United States of America*, Art. III, s. 2(1).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251(4), (5), (6).  
*Supreme Court Rules*, SOR/83-74, s. 32.

#### Authors Cited

Kates, Don B., Jr. and William T. Barker. "Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory" (1974), 62 *Calif. L.R.* 1385.  
Macklem, Patrick and Eric Gertner. "Re Skapinker and Mootness Doctrine" (1984), 6 *Sup. Ct. L. Rev.* 369.  
Sharpe, Robert J. "Mootness, Abstract Questions and Alternative Grounds: Deciding Whether to Decide." In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.  
"The Mootness Doctrine in the Supreme Court" (1974), 88 *Harvard L.R.* 373.  
Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1988.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1987), 56 Sask. R. 129, 39 D.L.R. (4th) 731, [1987] 4 W.W.R. 385, 33 C.C.C. (3d) 402, 59 C.R. (3d) 223, dismissing an appeal from a judgment of Matheson J. (1983), 29 Sask. R. 16, 4 D.L.R. (4th) 112, [1984] 1 W.W.R.

and *Attorney-General of Saskatchewan* (1984), 10 D.L.R. (4th) 745; *Hall v. Beals*, 396 U.S. 45 (1969); *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U.S. 629 (1953); *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968); *Vadeboncœur c. Landry*, [1977] 2 R.C.S. 179; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Southern Pacific Co. v. Interstate Commerce Commission*, 219 U.S. 433 (1911); *Le Syndicat des Employés du Transport de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1970] R.C.S. 713; *Wood, Wire and Metal Lathers' Int. Union c. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America*, [1973] R.C.S. 756; *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470; *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 15, 24(1).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251(4), (5), (6).  
*Constitution des États-Unis d'Amérique*, article III, art. 2(1).  
*Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, art. 1.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).  
*Règles de la Cour suprême*, DORS/83-74, art. 32.

#### Doctrine citée

Kates, Don B., Jr. and William T. Barker. «Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory» (1974), 62 *Calif. L.R.* 1385.  
Macklem, Patrick and Eric Gertner. «Re Skapinker and Mootness Doctrine» (1984), 6 *Sup. Ct. L. Rev.* 369.  
Sharpe, Robert J. «Mootness, Abstract Questions and Alternative Grounds: Deciding Whether to Decide.» In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.  
«The Mootness Doctrine in the Supreme Court» (1974), 88 *Harvard L.R.* 373.  
Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1987), 56 Sask. R. 129, 39 D.L.R. (4th) 731, [1987] 4 W.W.R. 385, 33 C.C.C. (3d) 402, 59 C.R. (3d) 223, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Matheson (1983), 29 Sask. R. 16, 4 D.L.R. (4th) 112, [1984]

15, 8 C.C.C. (3d) 392, 36 C.R. (3d) 259. Appeal dismissed.

*Morris C. Shumiatcher, Q.C., and R. Bradley Hunter*, for the appellant.

*Claude R. Thomson, Q.C., and Robert W. Staley*, for the intervener Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children.

*Angela M. Costigan and Karla Gower*, for the intervener R.E.A.L. Women of Canada.

*Edward Sojony, Q.C.*, for the respondent.

*Mary Eberts and Helena Orton*, for the intervener Women's Legal Education and Action Fund (LEAF).

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This appeal by leave of this Court is from the Saskatchewan Court of Appeal, [1987] 4 W.W.R. 385, which affirmed the judgment at trial of Matheson J. of the Saskatchewan Court of Queen's Bench, [1984] 1 W.W.R. 15, dismissing the action of the plaintiff (appellant in this Court). In the courts below, the plaintiff attacked the validity of subs. (4), (5) and (6) of s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, relating to abortion on the ground that they contravened protected rights of the foetus. Subsequent to the decision of the Saskatchewan Court of Appeal but by the time the appeal reached this Court, s. 251, including the subsections under attack in this action, had been struck down in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 (hereinafter *R. v. Morgentaler* (No. 2)).

From this state of the proceedings it was apparent at the commencement of this appeal that a serious issue existed as to whether the appeal was moot. As well, it appeared questionable whether the appellant had lost his standing and, indeed, whether the matter was justiciable. The Court therefore called upon counsel to address these issues as a preliminary matter. Upon completion of these submissions, we reserved decision on these issues and heard the argument of the merits of the

1 W.W.R. 15, 8 C.C.C. (3d) 392, 36 C.R. (3d) 259. Pourvoi rejeté.

*Morris C. Shumiatcher, c.r., et R. Bradley Hunter*, pour l'appellant.

*Claude R. Thomson, c.r., et Robert W. Staley*, pour l'intervenante Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children.

*Angela M. Costigan et Karla Gower*, pour l'intervenante R.E.A.L. Women of Canada.

*Edward Sojony, c.r.*, pour l'intimé.

*Mary Eberts et Helena Orton*, pour l'intervenant Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi, sur autorisation de cette Cour, attaque un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan, [1987] 4 W.W.R. 385, confirmant le jugement du juge Matheson de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, [1984] 1 W.W.R. 15, qui avait rejeté l'action du demandeur (l'appellant en cette Cour). Devant les cours d'instance inférieure, le demandeur a contesté la validité des par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, relatifs à l'avortement pour le motif qu'ils enfreignent des droits garantis au foetus. Après l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan et avant l'audition du présent pourvoi en cette Cour, l'art. 251, et donc les paragraphes contestés en l'espèce, a été déclaré inopérant par l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (ci-après *R. c. Morgentaler* (n° 2)).

Vu l'évolution de la procédure, il était évident dès le début du pourvoi que la question de son caractère théorique se posait sérieusement. En outre, il paraissait douteux que le demandeur ait encore qualité pour agir et même que la question puisse être réglée par voie de justice. La Cour a donc demandé aux avocats de débattre ces points à titre de questions préliminaires. Après leurs plaidoiries, nous avons mis ces questions en délibéré et nous avons entendu le pourvoi au fond, de manière

appeal so that we could dispose of the whole appeal without recalling the parties for argument should we decide that, notwithstanding the preliminary issues, the appeal should proceed.

In view of the conclusion that I have reached, it is necessary to deal with the issues of mootness and standing only. Since it is a change in the nature of these proceedings, which gives rise to these issues, a review of the history of the action is necessary.

### History of the Action

Mr. Borowski commenced an action in the Court of Queen's Bench of Saskatchewan by filing a statement of claim on September 5, 1978, which asked for the following relief:

- (a) An Order of this Honourable Court declaring section 251, subsections (4), (5) and (6) of the *Criminal Code* invalid and inoperative;
- (b) An Order of this Honourable Court declaring that the provisions of all Acts of the Parliament of Canada, and all legal instruments purporting to authorize the expenditure of public moneys for any of the purposes described in section 251, subsections (4), (5) and (6) are invalid and inoperative, and the outlay of such moneys is *ultra vires* and unlawful;
- (c) A permanent injunction enjoining the Minister of Finance, his servants and agents, from allocating, disbursing or in any way providing public moneys out of the Consolidated Revenue Fund for the establishment or maintenance of therapeutic abortion committees, for the performance of abortions or in support of any act or object relating to the abortion and destruction of individual human fetuses;
- (d) The costs of this action; and
- (e) Such further and other relief as to this Honourable Court seems just and expedient.

Prior to trial, a motion was brought by the respondents questioning the jurisdiction of the Court of Queen's Bench. That motion culminated in an appeal to this Court in which a central issue was Mr. Borowski's standing to bring the action. The resulting decision of the majority of this Court, reported in *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, was that Mr. Borowski had standing to attack the provisions of the *Code* referred to in his statement of claim.

à être en mesure de statuer sur la totalité du pourvoi sans devoir rappeler les parties pour plaider si, malgré les questions préliminaires, nous décidions que le pourvoi devait suivre son cours.

- a Compte tenu de la conclusion à laquelle je suis arrivé, il suffit de traiter des questions du caractère théorique et de la qualité pour agir. Puisque celles-ci résultent d'un changement dans la nature
- b des procédures, il faut faire l'historique de l'action.

### Historique de l'action

Monsieur Borowski a intenté une action devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan en produisant, le 5 septembre 1978, une déclaration pour demander les redressements suivants:

#### [TRADUCTION]

- a) Une ordonnance de la Cour déclarant que les par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* sont nuls et inopérants;
- b) Une ordonnance de la Cour déclarant que toutes les dispositions des lois du Parlement du Canada et tous les textes juridiques qui visent à autoriser l'utilisation de fonds publics pour les objets mentionnés aux par. 251(4), (5) et (6) sont nuls et inopérants et que le versement de ces sommes est *ultra vires* et illégal;
- c) Une injonction permanente interdisant au ministre des Finances, ses agents et ses préposés, d'attribuer, de déboursier ou de rendre autrement disponible quelque somme que ce soit sur le Fonds du revenu consolidé pour l'établissement ou le maintien de comités d'avortement thérapeutique, pour la pratique d'avortements ou pour tout acte ou objet afférent à l'avortement et à la destruction de fœtus humains;
- d) Les dépens de la présente action;
- e) Tout autre redressement que la Cour estime juste et approprié.

Avant l'audition de l'affaire, les intimés ont contesté par requête la compétence de la Cour du Banc de la Reine. Cette requête a abouti à un pourvoi en cette Cour qui portait principalement sur la qualité pour agir de M. Borowski. Selon la décision de cette Cour à la majorité, publiée sous l'intitulé *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, M. Borowski avait qualité pour contester les dispositions du *Code*



Martland J., speaking for the majority, stated, at p. 598:

I interpret these cases as deciding that to establish status as a plaintiff in a suit seeking a declaration that legislation is invalid, if there is a serious issue as to its invalidity, a person need only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court. In my opinion, the respondent has met this test and should be permitted to proceed with his action.

Laskin C.J., with whom Lamer J. concurred, would have denied standing on the basis that Mr. Borowski was not a person affected by the legislation and that there were others, such as doctors and hospitals, who might be so affected. The Chief Justice concluded, therefore, that Mr. Borowski did not have any judicially cognizable interest in the matter and that the Court ought to exercise its discretion to deny standing.

An amended statement of claim was filed on April 18, 1983, in which the original claims based on an alleged violation of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, were repeated. Allegations based upon the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which had been proclaimed on April 17, 1982, were added. The prayer for relief claimed:

- (a) An Order of this Honourable Court declaring Subsections (4), (5) and (6) of Section 251 of the *Criminal Code* to be *ultra vires*, unconstitutional, invalid, inoperative and of no force or effect;
- (b) An Order of this Honourable Court declaring that the provisions of all Acts of the Parliament of Canada, and all legal instruments purporting to authorize the expenditure of public moneys for any of the purposes described in Subsections (4), (5) and (6) of Section 251 of the *Criminal Code* are *ultra vires*, inoperative, unconstitutional, invalid and of no force or effect and the outlay of such moneys is unlawful;
- (c) The costs of this action; and
- (d) Such further and other relief as to this Honourable Court seems just.

The Saskatchewan Court of Queen's Bench dismissed Mr. Borowski's claim relating to an alleged violation of s. 1 of the *Canadian Bill of Rights*.

mentionnées dans sa déclaration. Le juge Martland dit au nom de la majorité, à la p. 598:

Selon mon interprétation, ces arrêts décident que pour établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. À mon avis, l'intimé répond à ce critère et devrait être autorisé à poursuivre son action.

Le juge en chef Laskin, avec l'appui du juge Lamer, aurait statué que M. Borowski n'avait pas qualité pour agir parce qu'il n'était pas touché par la loi alors que d'autres, comme les médecins et les hôpitaux, pouvaient l'être. Le Juge en chef a conclu qu'en conséquence M. Borowski n'avait pas un intérêt judiciaire suffisant dans la question et que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour lui nier la qualité pour agir.

Le 18 avril 1983, le demandeur a produit une déclaration amendée par laquelle il renouvelait les allégations de violation de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III. Il ajoutait des allégations de violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui était entrée en vigueur le 17 avril 1982. Il demandait les redressements suivants:

[TRADUCTION]

- a) Une ordonnance de la Cour déclarant que les par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* sont *ultra vires*, inconstitutionnels, nuls et inopérants;
- b) Une ordonnance de la Cour déclarant que toutes les dispositions des lois du Parlement du Canada et tous les textes juridiques qui visent à autoriser l'utilisation de fonds publics pour les objets mentionnés aux par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* sont *ultra vires*, inconstitutionnels, nuls et inopérants et que le versement de ces sommes est illégal;
- c) Les dépens de la présente action;
- d) Tout autre redressement que la Cour estime juste et approprié.

La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a rejeté les arguments de M. Borowski fondés sur l'article premier de la *Déclaration canadienne*

Matheson J. held that both *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616 (hereinafter *Morgentaler v. The Queen (No. 1)*) and *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1980), 29 O.R. (2d) 677 (C.A.) (leave to appeal refused [1981] 1 S.C.R. viii) concluded that the *Canadian Bill of Rights* did not give the courts the right to assess the substantive content or wisdom of legislation.

Matheson J. noted that Mr. Borowski's principal argument under the *Charter* was that the foetus is a person and therefore should be afforded the protection of s. 7 of the *Charter*. It was held, however, that s. 251(4), (5), and (6) did not violate the *Charter* as a foetus is not included in "everyone" so as to trigger the application of any s. 7 rights.

On appeal Mr. Borowski did not pursue his claim that government funding of abortions was unlawful. The Saskatchewan Court of Appeal dismissed Mr. Borowski's appeal by concluding that neither s. 7 nor s. 15 (which had come into effect on April 17, 1985, prior to the hearing before the Court of Appeal) applied to a foetus. Speaking for the court, Gerwing J.A. examined the historical treatment of the foetus as well as the language and legislative history of s. 7 and concluded that the guarantees of s. 7 were not intended to extend to the unborn. As well, the foetus was held not to be included in "every individual" for the purpose of s. 15.

Leave to appeal to this Court was granted on September 3, 1987. The grounds for appeal alleged by the appellant in his notice of motion for leave to appeal refer primarily to ss. 7 and 15 of the *Charter*. On October 7, 1987, McIntyre J., pursuant to Rule 32 of the *Supreme Court Rules*, SOR/83-74, stated the following constitutional questions:

1. Does a child *en ventre sa mère* have the right to life as guaranteed by Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to question 1 is "yes", do subsections (4), (5) and (6) of Section 251 of the *Criminal Code* violate or deny the principles of fundamental justice, contrary to Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

*des droits*. Le juge Matheson a décidé que les arrêts *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616 (ci-après *Morgentaler c. La Reine (n° 1)*), et *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1980), 29 O.R. (2d) 677 (C.A.), (autorisation de pourvoi refusée, [1981] 1 R.C.S. viii), concluaient que la *Déclaration canadienne des droits* ne permettait pas aux tribunaux de juger de la teneur ou de la sagesse des lois.

Le juge Matheson souligne que M. Borowski soutient essentiellement, en vertu de la *Charte*, que le foetus est une personne et devrait donc être protégé par l'art. 7 de la *Charte*. La Cour conclut toutefois que les par. 251(4), (5) et (6) ne violent pas la *Charte* puisque le foetus n'est pas visé par le mot «chacun» et ne bénéficie donc pas de l'application de l'art. 7.

En appel, M. Borowski n'a plus soutenu que la contribution du gouvernement au financement des avortements était illégale. La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel de M. Borowski en statuant que ni l'art. 7 ni l'art. 15 (qui était entré en vigueur le 17 avril 1985, avant l'audition de l'appel) ne s'appliquent au foetus. Au nom de la cour, le juge Gerwing a examiné l'histoire du droit relatif au foetus ainsi que la formulation de l'art. 7 et sa genèse législative, et il a conclu que les garanties de l'art. 7 ne s'appliquent pas à l'enfant à naître. De même, la cour a conclu que le foetus n'est pas visé par les mots «personne» et «tous» aux fins de l'art. 15.

Cette Cour a accordé l'autorisation de pourvoi le 3 septembre 1987. Les moyens invoqués par l'appelant dans sa requête en autorisation visent principalement les art. 7 et 15 de la *Charte*. Le 7 octobre 1987, le juge McIntyre formulait ainsi les questions constitutionnelles, conformément à l'art. 32 des *Règles de la Cour suprême*, DORS/83-74:

1. Un enfant conçu a-t-il le droit à la vie que garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, les par. 251(4), (5), (6) du *Code criminel* violent-ils ou nient-ils les principes de justice fondamentale contrairement à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Does a child *en ventre sa mère* have the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination because of age or mental or physical disability that are guaranteed by Section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If the answer to question 3 is "yes", do subsections (4), (5) and (6) of Section 251 of the *Criminal Code* violate or deny the rights guaranteed by Section 15?

5. If the answer to question 2 is "yes" or if the answer to question 4 is "yes", are the provisions of subsections (4), (5) and (6) of Section 251 of the *Criminal Code* justified by Section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

On January 28, 1988, after leave to appeal was granted, this Court decided *R. v. Morgentaler (No. 2)*, *supra*, in which all of s. 251 was found to violate s. 7 of the *Charter*. Accordingly, s. 251 in its entirety was struck down.

In July of 1988 in light of this Court's judgment in *R. v. Morgentaler (No. 2)*, *supra*, counsel on behalf of the Attorney General of Canada applied to adjourn the hearing of the appeal. The respondent argued that the issue was now moot as s. 251 of the *Criminal Code* had been nullified and that the two remaining constitutional questions (numbers 1 and 3) which simply ask whether a child *en ventre sa mère* is entitled to the protection of ss. 7 and 15 of the *Charter* respectively are not severable from the other, now moot constitutional questions. Although the respondent claimed the matter was moot, no application to quash the appeal was made. The application to adjourn the hearing of the appeal was denied by Chief Justice Dickson on July 19, 1988, leaving it to the Court to address the mootness issue.

I am of the opinion that the appeal should be dismissed on the grounds that: (1) Mr. Borowski's case has been rendered moot and (2) he has lost his standing. When section 251 was struck down, the basis of the action disappeared. The initial prayer for relief was no longer applicable. The foundation for standing upon which the previous decision of this Court was based also disappeared.

3. L'enfant conçu a-t-il le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination en raison de l'âge ou de déficiences mentales ou physiques, que garantit l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, les par. 251(4), (5), (6) du *Code criminel* violent-ils ou nient-ils les droits garantis par l'art. 15?

5. Si la réponse à la question 2 est affirmative et si la réponse à la question 4 est affirmative, les par. 251(4), (5), (6) du *Code criminel* sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Le 28 janvier 1988, après avoir autorisé le pourvoi en l'espèce, la Cour a rendu l'arrêt *R. c. Morgentaler (N° 2)*, précité, dans lequel elle a jugé que l'art. 251 viole l'art. 7 de la *Charte*. En conséquence, elle a déclaré inopérant l'ensemble de l'art. 251.

En juillet 1988, en raison de l'arrêt *R. c. Morgentaler (n° 2)* de cette Cour, le procureur général du Canada a demandé l'ajournement de l'audition du pourvoi. L'intimé soutenait que le litige concernant l'art. 251 du *Code criminel* était maintenant sans objet puisque cet article avait été déclaré inopérant et que les deux autres questions constitutionnelles (les questions 1 et 3), concernant le droit de l'enfant à naître à la protection des art. 7 et 15 de la *Charte*, ne pouvaient être séparées des questions constitutionnelles qui étaient devenues théoriques. Bien que l'intimé ait soutenu que la cause était théorique, il n'a pas demandé l'annulation du pourvoi. Le juge en chef Dickson a rejeté la demande d'ajournement le 19 juillet 1988. La Cour doit donc traiter de la question du caractère théorique du litige.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs suivants: (1) la cause de M. Borowski est devenue théorique et (2) il a perdu la qualité nécessaire pour agir. L'annulation de l'art. 251 a fait disparaître sa cause d'action. La demande initiale de redressement n'a plus d'objet. Le fondement même de la qualité pour agir reconnue par cette Cour dans sa décision antérieure a lui aussi disparu.

Mootness

The doctrine of mootness is an aspect of a general policy or practice that a court may decline to decide a case which raises merely a hypothetical or abstract question. The general principle applies when the decision of the court will not have the effect of resolving some controversy which affects or may affect the rights of the parties. If the decision of the court will have no practical effect on such rights, the court will decline to decide the case. This essential ingredient must be present not only when the action or proceeding is commenced but at the time when the court is called upon to reach a decision. Accordingly if, subsequent to the initiation of the action or proceeding, events occur which affect the relationship of the parties so that no present live controversy exists which affects the rights of the parties, the case is said to be moot. The general policy or practice is enforced in moot cases unless the court exercises its discretion to depart from its policy or practice. The relevant factors relating to the exercise of the court's discretion are discussed hereinafter.

The approach in recent cases involves a two-step analysis. First it is necessary to determine whether the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic. Second, if the response to the first question is affirmative, it is necessary to decide if the court should exercise its discretion to hear the case. The cases do not always make it clear whether the term "moot" applies to cases that do not present a concrete controversy or whether the term applies only to such of those cases as the court declines to hear. In the interest of clarity, I consider that a case is moot if it fails to meet the "live controversy" test. A court may nonetheless elect to address a moot issue if the circumstances warrant.

Le caractère théorique

a La doctrine relative au caractère théorique est un des aspects du principe ou de la pratique générale voulant qu'un tribunal peut refuser de juger une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Le principe général s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Si la décision du tribunal ne doit avoir aucun effet pratique sur ces droits, le tribunal refuse de juger l'affaire. c Cet élément essentiel doit être présent non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. En conséquence, si, après d l'introduction de l'action ou des procédures, surviennent des événements qui modifient les rapports des parties entre elles de sorte qu'il ne reste plus de litige actuel qui puisse modifier les droits des parties, la cause est considérée comme théorique. e Le principe ou la pratique général s'applique aux litiges devenus théoriques à moins que le tribunal n'exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas l'appliquer. J'examinerai plus loin les facteurs dont f le tribunal tient compte pour décider d'exercer ou non ce pouvoir discrétionnaire.

g La démarche suivie dans des affaires récentes comporte une analyse en deux temps. En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. En deuxième lieu, si la réponse à la première question est affirmative, le tribunal décide s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire. La jurisprudence n'indique pas toujours très clairement si le mot «théorique» (*moot*) s'applique aux affaires qui ne comportent pas de litige concret ou s'il s'applique seulement à celles de ces affaires que le tribunal refuse d'entendre. Pour être précis, je considère qu'une affaire est «théorique» si elle ne répond pas au critère du «litige actuel». Un tribunal peut de toute façon choisir de juger une question théorique si il estime que les circonstances le justifient.

When is an Appeal Moot?—The Authorities

The first stage in the analysis requires a consideration of whether there remains a live controversy. The controversy may disappear rendering an issue moot due to a variety of reasons, some of which are discussed below.

In *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] S.C.R. 69, this Court refused to grant leave to appeal to applicants seeking a judgment excluding the respondents from sitting and exercising their functions as Members of the Ontario Legislative Assembly. However, the Legislative Assembly had been dissolved prior to the hearing before this Court. As a result, Duff C.J., on behalf of the Court, held at p. 72:

It is one of those cases where, the state of facts to which the proceedings in the lower Courts related and upon which they were founded having ceased to exist, the sub-stratum of the litigation has disappeared. In accordance with well-settled principle, therefore, the appeal could not properly be entertained. [Emphasis-added.]

A challenged municipal by-law was repealed prior to a hearing in *Moir v. The Corporation of the Village of Huntingdon* (1891), 19 S.C.R. 363, leading to a conclusion that the appealing party had no actual interest and that a decision could have no effect on the parties except as to costs. Similarly, in a fact situation analogous to this appeal, the Privy Council refused to address the constitutionality of challenged legislation where two statutes in question were repealed prior to the hearing: *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (P.C.)

Appeals have not been entertained in situations in which the appellant had agreed to an undertaking to pay the respondent the damages awarded in the court below plus costs regardless of the disposition of the appeal: *Coca-Cola Company of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] S.C.R. 385, and *Sun Life Assurance Company of Canada v. Jervis*, [1944] A.C. 111. In *Coca-Cola v. Mathews*, Rinfret C.J. held the result of the undertaking was to eliminate any further *lis* between the parties such

Quand un pourvoi est-il théorique?—La jurisprudence

La première étape de l'analyse exige qu'on se demande s'il reste un litige actuel. Diverses circonstances, dont je vais donner des exemples, peuvent faire disparaître un litige et rendre la question théorique.

Dans l'arrêt *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] R.C.S. 69, cette Cour a refusé d'accorder une autorisation de pourvoi à des requérants qui demandaient un jugement interdisant aux intimés d'exercer leurs fonctions de députés de l'assemblée législative de l'Ontario et de participer à ses délibérations. L'assemblée législative avait été dissoute avant l'audition de l'affaire par cette Cour. Le juge en chef Duff, au nom de la Cour, dit à la p. 72:

[TRADUCTION] Il s'agit d'une de ces affaires où les circonstances auxquelles les procédures des tribunaux d'instance inférieure se rapportent et sur lesquelles elles sont fondées n'existent plus, le substratum du litige a disparu. Selon les principes reconnus, il n'est plus possible de connaître du pourvoi. [Je souligne.]

Dans l'affaire *Moir v. The Corporation of the Village of Huntingdon* (1891), 19 R.C.S. 363, l'abrogation du règlement municipal contesté avant l'audition du pourvoi a entraîné la conclusion que l'appelant n'avait pas d'intérêt réel et qu'une décision n'aurait pas de conséquence pour les parties, sauf pour les dépens. De même, dans une situation analogue à l'espèce, le Conseil privé a refusé de se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions législatives contestées parce que les lois en cause avaient été abrogées avant l'audition: *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (C.P.)

Certains pourvois n'ont pas été entendus dans des cas où l'appelant avait pris l'engagement de verser à l'intimé les dommages-intérêts accordés par les cours d'instance inférieure et les dépens, quelle que soit l'issue du pourvoi: *Coca-Cola Company of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] R.C.S. 385, et *Sun Life Assurance Company of Canada v. Jervis*, [1944] A.C. 111. Dans l'affaire *Coca-Cola v. Mathews*, le juge en chef Rinfret a statué que l'engagement avait comme conséquence

that the Court would have been forced to decide an abstract proposition of law.

As well, the sale of a restaurant for which a renewal of a licence was sought as required by the impugned municipal by-law rendered an issue technically moot: *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] S.C.R. 58. Issues in contention may be of a short duration resulting in an absence of a live controversy by the time of appellate review. Such a situation arose in *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628, in which the cessation of a strike between the parties ended the actual dispute over the validity of an injunction prohibiting certain strike action by one party.

The particular circumstances of the parties to an action may also eliminate the tangible nature of a dispute. The death of parties challenging the validity of a parole revocation hearing (*Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481 (C.A.)) and a speeding ticket (*R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234) ended any concrete controversy between the parties.

As well, the inapplicability of a statute to the party challenging the legislation renders a dispute moot: *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357. This is similar to those situations in which an appeal from a criminal conviction is seen as moot where the accused has fulfilled his sentence prior to an appeal: *Re Maltby and Attorney-General of Saskatchewan* (1984), 10 D.L.R. (4th) 745 (Sask. C.A.)

The issue of mootness has arisen more frequently in American jurisprudence, and there, the doctrine is more fully developed. This may be due in part to the constitutional requirement, contained in s. 2(1) of Article III of the American Constitution, that there exist a "case or controversy":

Section 2. [1] The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made,

d'éliminer tout litige entre les parties de sorte que la Cour aurait été forcée de se prononcer sur une question juridique abstraite.

a Dans un autre cas, la vente d'un restaurant pour lequel on cherchait à obtenir un renouvellement du permis exigé par le règlement municipal contesté avait rendu la question théorique: *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] R.C.S. 58. Pour certains problèmes de courte durée, le litige n'existe plus quand l'affaire est portée en appel. C'est ce qui est arrivé dans l'affaire *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628, quand la fin de la grève qui opposait les parties a mis fin au litige concernant la validité de l'injonction qui interdisait certains actes de grève à l'une de ces parties.

d Un changement dans la situation des parties à une action peut aussi éliminer l'aspect tangible du litige. Le décès d'une partie qui contestait la validité d'une audition sur la révocation de sa libération conditionnelle (*Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481 (C.A.)) et, dans un autre cas, le décès d'une partie qui contestait une contravention pour excès de vitesse (*R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234) ont mis fin à des litiges concrets.

De même, l'inapplicabilité d'une loi à celui qui en conteste la validité rend le litige théorique: *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357. Une situation semblable se présente quand l'appel d'une déclaration de culpabilité est considéré comme théorique parce que l'accusé a purgé la peine avant l'audition de l'appel: *Re Maltby and Attorney-General of Saskatchewan* (1984), 10 D.L.R. (4th) 745 (C.A. Sask.)

La question du caractère théorique a été étudiée plus fréquemment aux États-Unis, dans la jurisprudence et la doctrine, et l'analyse du principe y est plus développée. Cela tient vraisemblablement au par. 2(1) de l'article III de la Constitution américaine qui exige qu'il y ait «une cause ou un différend»:

2. (1) Le pouvoir judiciaire s'étendra à toutes les causes, en droit (*Law*) et en équité (*Equity*), survenues sous l'empire de la présente constitution, des lois des

or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

États-Unis, des traités conclus, ou qui seraient conclus, sous leur autorité; à toute les causes concernant les ambassadeurs, les autres ministres et les consuls; à toutes les causes d'amirauté et de juridiction maritime; aux différends dans lesquels les États-Unis seront partie; aux différends entre deux ou plusieurs États; entre un État et les citoyens d'un autre État; entre citoyens de différents États; entre citoyens d'un même État réclamant des terres en vertu de concessions d'autres États; entre un État ou ses citoyens et des États, citoyens ou sujets étrangers.

(Traduction de S. Rials, Presses Universitaires de France.)

However, despite the constitutional enshrinement of the principle, the mootness doctrine has its roots in common law principles similar to those in Canada: see "The Mootness Doctrine in the Supreme Court" (1974), 88 *Harvard L.R.* 373, at p. 374. Situations resulting in a finding of mootness are similar to those in Canada. For example, in *Hall v. Beals*, 396 U.S. 45 (1969), a challenge to a Colorado voter residency requirement of six months was held moot due to a legislative change in the law removing the plaintiff from the application of the statute. Mootness was also raised in *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U.S. 629 (1953), where a defendant voluntarily ceased allegedly unlawful conduct. Similarly, in *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968), mootness was an issue where an accused completed his sentence prior to an appeal of his conviction.

Cependant, en dépit de la consécration du principe dans la Constitution, la doctrine du caractère théorique a ses sources dans des principes de *common law* semblables à ceux qui prévalent au Canada: voir «The Mootness Doctrine in the Supreme Court» (1974), 88 *Harvard L.R.* 373, à la p. 374. Les cas où l'on a conclu au caractère théorique de l'action sont semblables à ceux du Canada. Par exemple, dans *Hall v. Beals*, 396 U.S. 45 (1969), la contestation par un électeur du Colorado de la condition de résidence de six mois a été déclarée théorique parce qu'une modification de la loi avait soustrait le demandeur à l'application de cette loi. La question a été soulevée dans l'affaire *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U.S. 629 (1953), parce que le défendeur avait volontairement mis fin à la conduite illégale alléguée. De même, dans *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968), le caractère théorique a été invoqué parce que l'accusé avait fini de purger sa peine avant l'appel de sa déclaration de culpabilité.

The American jurisprudence indicates a similar willingness to consider the merits of an action in some circumstances even when the controversy is no longer concrete and tangible. The rule that abstract, hypothetical or contingent questions will not be heard is not absolute (see: Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 84; Kates and Barker, "Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory" (1974), 62 *Calif. L.R.* 1385). A two-stage process is involved in which a court may consider the merits of an appeal even where the issue is moot.

La jurisprudence américaine manifeste le même souci de juger une action au fond dans certaines circonstances même si le litige n'est plus ni concret ni tangible. La règle selon laquelle les tribunaux ne se prononcent pas sur des questions abstraites, hypothétiques ou contingentes n'est pas absolue (voir: Tribe, *American Constitutional Law* (2<sup>e</sup> éd. 1988), à la p. 84; Kates et Barker, «Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory» (1974), 62 *Calif. L.R.* 1385). L'analyse en deux temps permet à une cour d'entendre un appel au fond même si la question est théorique.