

Glenda Doucet-Boudreau, Alice Boudreau, Jocelyn Bourbeau, Bernadette Cormier-Marchand, Yolande Levert and Cyrille Leblanc, in their name and in the name of all Nova Scotia parents who are entitled to the right, under Section 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to have their children educated in the language of the minority, namely the French language, in publicly funded French-language school facilities, and Fédération des parents acadiens de la Nouvelle-Écosse Inc. *Appellants*

v.

Attorney General of Nova Scotia *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Commissioner of Official Languages for Canada, Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones, Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc. (FAJEFCL) and Conseil scolaire acadien provincial (CSAP) *Interveners*

INDEXED AS: DOUCET-BOUDREAU v. NOVA SCOTIA (MINISTER OF EDUCATION)

Neutral citation: 2003 SCC 62.

File No.: 28807.

2002: October 4; 2003: November 6.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Glenda Doucet-Boudreau, Alice Boudreau, Jocelyn Bourbeau, Bernadette Cormier-Marchand, Yolande Levert et Cyrille Leblanc, en leur propre nom et en celui de tous les parents de la Nouvelle-Écosse qui, en vertu de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ont le droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité, à savoir le français, dans des écoles francophones financées sur les fonds publics, et la Fédération des parents acadiens de la Nouvelle-Écosse Inc. *Appellants*

c.

Procureur général de la Nouvelle-Écosse *Intimé*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Commissaire aux langues officielles du Canada, Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones, Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc. (FAJEFCL) et Conseil scolaire acadien provincial (CSAP) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : DOUCET-BOUDREAU c. NOUVELLE-ÉCOSSE (MINISTRE DE L'ÉDUCATION)

Référence neutre : 2003 CSC 62.

N° du greffe : 28807.

2002 : 4 octobre; 2003 : 6 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Remedy available for realization of minority language education rights — Trial judge ordering province to make best efforts to provide homogeneous French-language facilities and programs by particular dates — Order further requiring parties to appear before same judge periodically to report on status of those efforts — Whether trial judge had authority to retain jurisdiction to hear reports from Province on the status of those efforts as part of his remedy under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether reporting order was “appropriate and just in the circumstances” — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 23, 24(1).

Appeals — Mootness — Appropriate and just remedy — Minority language education rights — Appeal raising important question about jurisdiction of superior courts to order what may be an effective remedy in some classes of cases — Moot appeal should be heard to provide guidance in similar cases.

The appellants are Francophone parents living in five school districts in Nova Scotia. They applied for an order directing the Province and the Conseil scolaire acadien provincial to provide, out of public funds, homogeneous French-language facilities and programs at the secondary school level. The trial judge noted that the government did not deny the existence or content of the parents’ rights under s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but rather failed to prioritize those rights and delayed fulfilling its obligations, despite clear reports showing that assimilation was “reaching critical levels”. He found a s. 23 violation and ordered the Province and the Conseil to use their “best efforts” to provide school facilities and programs by particular dates. He retained jurisdiction to hear reports on the status of the efforts. The Province appealed the part of the order in which the trial judge retained his jurisdiction to hear reports. The majority of the Court of Appeal allowed the appeal and struck down the impugned portion of the order. On the basis of the common law principle of *functus officio*, the majority held that the trial judge, having decided the issue between the parties, had no further jurisdiction to remain seized of the case. They also held that, while

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Réparation pouvant être accordée pour assurer le respect des droits à l’instruction dans la langue de la minorité — Juge de première instance ordonnant à la province de faire de son mieux pour fournir des établissements et des programmes d’enseignement homogènes de langue française dans des délais déterminés — Ordonnance enjoignant également aux parties de se présenter périodiquement devant le même juge pour rendre compte des efforts déployés en ce sens — Le juge de première instance avait-il le pouvoir de se déclarer compétent pour entendre les comptes rendus de la province sur les efforts déployés pour mettre à exécution la réparation fondée sur l’art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — L’ordonnance enjoignant de rendre compte était-elle « convenable et juste eu égard aux circonstances »? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23, 24(1).

Appels — Caractère théorique — Réparation convenable et juste — Droits à l’instruction dans la langue de la minorité — Pourvoi soulevant une question importante au sujet du pouvoir des cours supérieures d’ordonner des mesures susceptibles de constituer une réparation efficace dans certaines catégories de cas — Appel théorique devant être entendu afin de fournir des repères dans des affaires similaires.

Les appelants sont des parents francophones provenant de cinq districts scolaires de la Nouvelle-Écosse. Ils ont sollicité une ordonnance enjoignant à la province et au Conseil scolaire acadien provincial de fournir, sur les fonds publics, des programmes et des écoles homogènes de langue française au niveau secondaire. Le juge de première instance a souligné que le gouvernement n’avait pas nié l’existence ou le contenu des droits garantis aux parents par l’art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais qu’il avait plutôt omis de leur donner la priorité et tardé à remplir ses obligations, en dépit de l’existence de rapports démontrant que le taux d’assimilation « atteignait un seuil critique ». Il a conclu à l’existence d’une violation de l’art. 23 et a ordonné à la province et au Conseil de « faire de leur mieux » pour fournir des établissements et des programmes d’enseignement homogènes de langue française dans des délais déterminés. Il s’est déclaré compétent pour entendre des comptes rendus sur les efforts déployés en ce sens. La province a interjeté appel contre la partie de l’ordonnance dans laquelle le juge de première instance se déclarait compétent pour entendre des comptes rendus. Dans un arrêt majoritaire, la Cour d’appel a accueilli l’appel et

courts have broad ranging powers under s. 24(1) of the *Charter* to fashion remedies, the *Charter* does not extend a court's jurisdiction to permit it to enforce its remedies.

Held (Major, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the trial judge's order restored.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Bastarache and Arbour JJ.: This appeal involves the nature of remedies available under s. 24(1) of the *Charter* for the realization of the minority language education rights protected by s. 23. A purposive approach to remedies in a *Charter* context requires that both the purpose of the right being protected and the purpose of the remedies provision be promoted. To do so, courts must issue effective, responsive remedies that guarantee full and meaningful protection of *Charter* rights and freedoms.

Section 23 of the *Charter* is designed to correct past injustices not only by halting the progressive erosion of minority official language cultures across Canada, but also by actively promoting their flourishing. While the rights are granted to individuals, they apply only if the "numbers warrant". For every school year that governments do not meet their obligations under s. 23, there is an increased likelihood of assimilation which carries the risk that numbers might cease to "warrant". If delay is tolerated, governments could potentially avoid the duties imposed upon them by s. 23. The affirmative promise contained in s. 23 and the critical need for timely compliance will sometimes require courts to order affirmative remedies to guarantee that language rights are meaningfully, and therefore necessarily promptly, protected.

Under s. 24(1) of the *Charter*, a superior court may craft any remedy that it considers appropriate and just in the circumstances. In doing so, it must exercise a discretion based on its careful perception of the nature of the right and of the infringement, the facts of the case, and the application of the relevant legal principles. The court must also be sensitive to its role as judicial arbiter and not fashion remedies which usurp the role of the other

invalidé la partie contestée de l'ordonnance rendue. Se fondant sur la règle de common law du *functus officio*, les juges majoritaires ont conclu que le juge de première instance ne pouvait pas rester saisi de l'affaire après avoir tranché la question en litige entre les parties. Ils ont également statué que, même s'il est vrai que les tribunaux disposent, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, d'un vaste éventail de pouvoirs en matière de réparations, la *Charte* n'élargit pas leur compétence de manière à leur permettre de mettre à exécution les réparations qu'ils accordent.

Arrêt (les juges Major, Binnie, LeBel et Deschamps sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge de première instance est rétablie.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache et Arbour : Le pourvoi porte sur la nature des réparations qui, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, peuvent être accordés afin d'assurer le respect des droits à l'instruction dans la langue de la minorité garantis par l'art. 23. L'interprétation téléologique des réparations dans le contexte de la *Charte* exige de favoriser la réalisation de l'objet du droit garanti et de l'objet des dispositions réparatrices. À cette fin, les tribunaux doivent accorder des réparations efficaces et adaptées qui protègent pleinement et utilement les droits et libertés garantis par la *Charte*.

L'article 23 de la *Charte* vise à réparer des injustices passées non seulement en mettant fin à l'érosion progressive des cultures des minorités de langue officielle au pays, mais aussi en favorisant activement leur épanouissement. Bien que les droits soient conférés aux individus, ils ne peuvent être exercés que si « le nombre le justifie ». Le risque d'assimilation et, par conséquent, le risque que le nombre cesse de « justifier » la prestation des services augmentent avec les années scolaires qui s'écoulent sans que les gouvernements exécutent les obligations que leur impose l'art. 23. Si les atermoiements sont tolérés, les gouvernements pourront éventuellement se soustraire aux obligations que leur impose l'art. 23. La promesse concrète contenue à l'art. 23 et la nécessité cruciale qu'elle soit tenue à temps obligent parfois les tribunaux à ordonner des mesures réparatrices concrètes destinées à garantir aux droits linguistiques une protection réelle et donc nécessairement diligente.

Aux termes du par. 24(1) de la *Charte*, une cour supérieure peut accorder toute réparation qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Ce faisant, elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur son appréciation prudente de la nature du droit et de la violation en cause, sur les faits et sur l'application des principes juridiques pertinents. La cour doit également être consciente de son rôle d'arbitre

branches of governance. The boundaries of the courts' proper role will vary according to the right at issue and the context of each case.

The nature and extent of remedies available under s. 24(1) remain limited by the words of the section itself and must be read in harmony with the rest of our Constitution. While it would be unwise at this point to attempt to define the expression "appropriate and just", there are some broad considerations that judges should bear in mind in evaluating the appropriateness and justice of a potential remedy. An appropriate and just remedy in the circumstances of a *Charter* claim is one that meaningfully vindicates the rights and freedoms of the claimants and employs means that are legitimate within the framework of our constitutional democracy. It is a judicial one which vindicates the right while invoking the function and powers of a court. An appropriate and just remedy is also fair to the party against whom the order is made. Since s. 24 is part of a constitutional scheme for the vindication of fundamental rights and freedoms enshrined in the *Charter*, the judicial approach to remedies must remain flexible and responsive to the needs of a given case. The meaningful protection of *Charter* rights, and in particular the enforcement of s. 23 rights, may thus in some cases require the introduction of novel remedies. Lastly, the remedial power in s. 24(1) cannot be strictly limited by statutes or rules of the common law. However, insofar as the statutory provisions or common law rules express principles that are relevant to determining what is "appropriate and just in the circumstances", they may be helpful to a court choosing a remedy under s. 24(1).

Here, the remedy ordered by the trial judge was appropriate and just in the circumstances. He exercised his discretion to select an effective remedy that meaningfully vindicated the s. 23 rights of the appellants in the context of serious rates of assimilation and a history of delay in the provision of French-language education. The order is a creative blending of remedies and processes already known to the courts in order to give life to the rights in s. 23. Given the critical rate of assimilation found by the trial judge, it was appropriate for him to grant a remedy that would in his view lead to prompt compliance. The remedy took into account, and did not depart unduly or unnecessarily from, the role of the courts in our constitutional democracy. The remedy vindicated the rights of the parents while leaving the detailed choices of means largely to the executive. The reporting order was judicial in the sense that it called on the functions and powers

judiciaire et s'abstenir d'usurper les fonctions des autres branches du gouvernement. Le rôle des tribunaux varie en fonction du droit en cause et du contexte de chaque affaire.

C'est le texte même du par. 24(1) qui limite la nature et la portée des réparations pouvant être accordées, et ce texte doit recevoir une interprétation qui s'accorde avec le reste de notre Constitution. Bien qu'il ne soit pas sage, à ce stade, de tenter de définir l'expression « convenable et juste », il existe néanmoins des facteurs généraux dont les juges devraient tenir compte en évaluant le caractère convenable et juste d'une réparation potentielle. La réparation convenable et juste eu égard aux circonstances d'une demande fondée sur la *Charte* est celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur et qui fait appel à des moyens légitimes dans le cadre de notre démocratie constitutionnelle. C'est une réparation judiciaire qui défend le droit en cause tout en mettant à contribution le rôle et les pouvoirs d'un tribunal. La réparation convenable et juste est également équitable pour la partie visée par l'ordonnance. Étant donné que l'art. 24 fait partie d'un régime constitutionnel de défense des droits et libertés fondamentaux consacrés dans la *Charte*, l'approche judiciaire en matière de réparation doit être souple et tenir compte des besoins en cause. Il peut donc parfois arriver que la protection utile des droits garantis par la *Charte* et, en particulier l'application de l'art. 23, commandent des réparations d'un genre nouveau. Enfin, le pouvoir que le par. 24(1) confère en matière de réparation ne peut pas être strictement limité par des dispositions législatives ou des règles de common law. Cependant, les lois ou les règles de common law peuvent aider les tribunaux à choisir les réparations à accorder sous le régime du par. 24(1) dans la mesure où elles énoncent des principes utiles pour déterminer ce qui est « convenable et juste eu égard aux circonstances ».

En l'espèce, la réparation accordée par le juge de première instance était convenable et juste eu égard aux circonstances. Le juge a exercé son pouvoir discrétionnaire de choisir une réparation efficace qui permettrait de défendre utilement les droits garantis aux appelants par l'art. 23, dans le contexte d'un taux d'assimilation élevé et du fait qu'on tarde depuis des années à offrir l'enseignement en français. L'ordonnance accordée est un mélange créatif de réparations et de procédures déjà connues des tribunaux, destiné à donner vie aux droits garantis par l'art. 23. En raison du taux élevé d'assimilation qu'il a constaté, il convenait que le juge de première instance accorde une réparation qui, selon lui, pourrait être mise à exécution promptement. En accordant la mesure réparatrice en question, le juge a tenu compte du rôle des tribunaux dans notre démocratie constitutionnelle et ne s'en est pas écarté indûment ou inutilement.

known to courts. The range of remedial orders available to courts in civil proceedings demonstrates that constitutional remedies involving some degree of ongoing supervision do not represent a radical break with the past practices of courts. Further, although the common law doctrine of *functus officio* cannot strictly pre-empt the remedial discretion in s. 24(1), an examination of the *functus* question indicates that the trial judge issued an order that is appropriately judicial. The retention of jurisdiction did not include any power to alter the disposition of the case and did nothing to undermine the provision of a stable basis for launching an appeal. Finally, in the context, the reporting order was not unfair to the government. While, in retrospect, it would certainly have been advisable for the trial judge to provide more guidance to the parties as to what they could expect from the reporting sessions, his order was not incomprehensible or impossible to follow. It was not vaguely worded so as to render it invalid.

Per Major, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. (dissenting): While superior courts' powers to craft *Charter* remedies may not be constrained by statutory or common law limits, they are nonetheless bound by rules of fundamental justice and by constitutional boundaries. Such remedies should be designed keeping in mind the canons of good legal drafting, the fundamental importance of procedural fairness, and a proper awareness of the nature of the role of courts in our democratic political regime. In the context of constitutional remedies, courts fulfill their proper function by issuing orders precise enough for the parties to know what is expected of them, and by permitting the parties to execute those orders. Such orders are final. A court purporting to retain jurisdiction to oversee the implementation of a remedy, after a final order has been issued, will likely be acting inappropriately on two levels: (1) by attempting to extend the court's jurisdiction beyond its proper role, it will breach the separation of powers principle; (2) by acting after exhausting its jurisdiction, it will breach the *functus officio* doctrine.

La réparation permettait de défendre les droits des parents tout en laissant largement au pouvoir exécutif le soin de choisir les moyens précis d'y parvenir. L'ordonnance enjoignant de rendre compte est judiciaire en ce sens qu'elle fait appel à des fonctions et à des pouvoirs connus des tribunaux. L'éventail des réparations que les tribunaux peuvent accorder en matière civile démontre que les réparations fondées sur la Constitution qui nécessitent l'exercice d'une certaine surveillance ne représentent pas une rupture radicale avec la pratique judiciaire antérieure. De plus, bien que la règle de common law du *functus officio* ne puisse, à strictement parler, court-circuiter le pouvoir discrétionnaire que le par. 24(1) confère en matière de réparation, l'examen de la question du *functus officio* indique que le juge de première instance a rendu une ordonnance judiciaire comme il se doit. La déclaration de compétence n'incluait aucun pouvoir de modifier le dispositif de l'affaire et n'empêchait pas de disposer d'une assise stable pour interjeter appel. Enfin, dans les circonstances, l'ordonnance enjoignant de rendre compte n'était pas inéquitable pour le gouvernement. L'ordonnance du juge de première instance n'était ni incompréhensible ni impossible à respecter, même si l'on constate, avec le recul, qu'il aurait sûrement été souhaitable que le juge éclaire davantage les parties sur ce qu'elles pouvaient attendre des auditions de comptes rendus. Le libellé de l'ordonnance n'était pas vague au point de la rendre invalide.

Les juges Major, Binnie, LeBel et Deschamps (dissentants) : Bien qu'il ne puisse pas être limité par une disposition législative ou une règle de common law, l'exercice par les cours supérieures de leur pouvoir d'accorder des réparations fondées sur la *Charte* doit respecter les règles de justice fondamentale et certaines limites imposées par la Constitution. L'ordonnance qui accorde ce type de réparation doit respecter les règles élémentaires de rédaction juridique et tenir compte de l'importance fondamentale de l'équité procédurale et du rôle des tribunaux dans notre régime politique démocratique. En matière de réparations fondées sur la Constitution, les tribunaux ne remplissent correctement leur fonction que s'ils rendent des ordonnances assez précises pour que les parties sachent ce qu'on attend d'elles et soient ainsi en mesure d'exécuter ces ordonnances. Ces ordonnances sont définitives. Un tribunal qui, après avoir rendu une ordonnance définitive, prétend se déclarer compétent pour surveiller la mise en œuvre de la réparation ordonnée est susceptible d'errer sur deux plans. Premièrement, en essayant d'élargir son champ de compétence au-delà du rôle qu'il doit jouer, il contrevient au principe de la séparation des pouvoirs. Deuxièmement, en continuant d'agir après avoir épuisé sa compétence, il enfreint la règle du *functus officio*.

Here, the drafting of the reporting order was anything but clear. The order gave the parties no clear notice of their obligations, the nature of the reports or even the purpose of the reporting hearings. The uncertainty engendered by the order amounted to a breach of procedural fairness. For this reason alone, the order can be found to be inappropriate under s. 24(1) and therefore void. In addition, the reporting order assumed that the judge could retain jurisdiction at will, after he had finally disposed of the matter of which he had been seized. As a general rule, courts should avoid interfering in the management of public administration. Once they have rendered judgment, they should resist the temptation to directly oversee or supervise the administration of their orders and operate under a presumption that judgments of courts will be executed with reasonable diligence and good faith. In this case, the trial judge assumed jurisdiction over a sphere traditionally outside the province of the judiciary, and also acted beyond the jurisdiction with which he was legitimately charged as a trial judge, thereby breaching the constitutional principle of separation of powers and the *functus officio* doctrine. His remedy undermined the proper role of the judiciary within our constitutional order and unnecessarily upset the balance between the three branches of government. Since no part of the Constitution can conflict with another, the trial judge's order for reporting hearings cannot be interpreted as appropriate and just under s. 24(1).

The proper development of the law of constitutional remedies requires that courts reconcile their duty to act within proper jurisdictional limits with the need to give full effect to the rights of a claimant. The intrusiveness of the trial judge's order was in no way necessary to secure the appellants' s. 23 *Charter* interests. In the present case, refusing superior courts the power to order reporting hearings clearly would not deny claimants' access to a recognized *Charter* remedy and, more importantly, to that which they are guaranteed by s. 23 — namely, the timely provision of minority language instruction facilities. If, as suggested by the appellants, the reporting hearings were an incentive for the government to comply with the best efforts order, it is difficult to see how they could have been more effective than the construction deadline coupled with the possibility of a contempt order. Moreover, at the level of constitutional principles, because this incentive is legal in nature, it would not have led to the improper politicization of the relationship between the judiciary and the executive. While a trial judge's decisions with respect to remedies are owed deference, this must be tempered when, as here, fundamental

En l'espèce, l'ordonnance enjoignant de rendre compte est loin d'être claire. Elle n'indique pas clairement aux parties la nature de leurs obligations, la nature des comptes rendus à présenter ni même l'objet des auditions de comptes rendus. L'incertitude créée par l'ordonnance constituait une atteinte à l'équité procédurale. Il est possible, pour cette seule raison, de considérer que l'ordonnance n'est pas convenable au sens du par. 24(1) et qu'elle est donc nulle et sans effet. En outre, elle tient pour acquis que le juge pouvait à loisir se déclarer compétent pour agir, après avoir tranché définitivement l'affaire dont il était saisi. En général, les tribunaux judiciaires doivent éviter de s'immiscer dans la gestion de l'administration publique. Les tribunaux qui ont rendu jugement doivent résister à la tentation de superviser ou surveiller directement l'exécution de leurs ordonnances et présumer que leurs jugements seront exécutés avec diligence raisonnable et de bonne foi. Dans la présente affaire, le juge de première instance s'est déclaré compétent dans un domaine qui, traditionnellement, ne relève pas des tribunaux et a aussi outrepassé la compétence légitime dont il est investi en tant que juge de première instance, violant par le fait même le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs et la règle du *functus officio*. La réparation qu'il a accordée mine le rôle que les tribunaux doivent jouer dans notre ordre constitutionnel et perturbe inutilement l'équilibre entre les trois branches du gouvernement. Puisqu'il ne peut y avoir incompatibilité entre les différents principes constitutionnels, l'ordonnance dans laquelle le juge de première instance enjoint de rendre compte ne peut pas être qualifiée de convenable et juste au sens du par. 24(1).

L'évolution harmonieuse du droit en matière de réparation fondée sur la Constitution exige que les tribunaux concilient leur obligation d'agir conformément à leur compétence juridictionnelle avec la nécessité d'assurer complètement le respect des droits du demandeur. Le juge de première instance n'avait pas à rendre une telle ordonnance attentatoire pour faire respecter les droits garantis aux appelants par l'art. 23 de la *Charte*. En l'espèce, le refus de reconnaître aux cours supérieures le pouvoir d'ordonner la tenue d'auditions de comptes rendus n'empêcherait sûrement pas les demandeurs d'obtenir une réparation reconnue fondée sur la *Charte* ni de se prévaloir de ce que leur garantit l'art. 23, à savoir la fourniture en temps utile d'établissements d'enseignement dans la langue de la minorité. Si, comme le laissent entendre les appelants, les auditions de comptes rendus avaient pour effet d'inciter le gouvernement à se conformer à l'ordonnance l'enjoignant de faire de son mieux, on voit difficilement comment ces auditions auraient pu être plus efficaces qu'un délai de construction assorti de la possibilité d'une ordonnance pour outrage au tribunal. En outre, sur le plan des

legal principles are threatened. Proper consideration of the principles of procedural fairness and the separation of powers is required to establish the requisite legitimacy and certainty essential to an appropriate and just remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

Cases Cited

By Iacobucci and Arbour JJ.

Referred to: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Marchand v. Simcoe County Board of Education* (1986), 29 D.L.R. (4th) 596; *Marchand v. Simcoe County Board of Education (No. 2)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 171; *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney-General)* (1988), 47 D.L.R. (4th) 586; *Conseil des Écoles Séparées Catholiques Romaines de Dufferin et Peel v. Ontario (Ministre de l'Éducation et de la Formation)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 704, aff'd (1996), 30 O.R. (3d) 681; *Conseil Scolaire Fransaskois de Zenon Park v. Saskatchewan*, [1999] 3 W.W.R. 743, aff'd [1999] 12 W.W.R. 742; *Assoc. Française des Conseils Scolaires de l'Ontario v. Ontario* (1988), 66 O.R. (2d) 599; *Assn. des parents francophones de la Colombie-Britannique v. British Columbia* (1998), 167 D.L.R. (4th) 534; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House*

principes constitutionnels, cette mesure incitative n'aurait pas, en raison de sa nature légale, politisé indûment les rapports entre les pouvoirs judiciaire et exécutif. Quoiqu'il soit nécessaire de faire montre de déférence à l'égard des décisions que les juges de première instance rendent en matière de réparation, l'application de cette règle doit être tempérée lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, des principes de droit fondamentaux sont menacés. Pour respecter les exigences de légitimité et de certitude auxquelles est assujettie une réparation convenable et juste au sens du par. 24(1) de la *Charte*, il faut dûment prendre en considération les principes d'équité procédurale et de la séparation des pouvoirs.

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Arbour

Arrêts mentionnés : *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 c. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Marchand c. Simcoe County Board of Education* (1986), 29 D.L.R. (4th) 596; *Marchand c. Simcoe County Board of Education (No. 2)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 171; *Lavoie c. Nova Scotia (Attorney-General)* (1988), 47 D.L.R. (4th) 586; *Conseil des Écoles Séparées Catholiques Romaines de Dufferin et Peel c. Ontario (Ministre de l'Éducation et de la Formation)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 704, conf. par (1996), 30 O.R. (3d) 681; *Conseil Scolaire Fransaskois de Zenon Park c. Saskatchewan*, [1999] 3 W.W.R. 743, conf. par [1999] 12 W.W.R. 742; *Assoc. Française des Conseils Scolaires de l'Ontario c. Ontario* (1988), 66 O.R. (2d) 599; *Assn. des parents francophones de la Colombie-Britannique c. British Columbia* (1998), 167 D.L.R. (4th) 534; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Fraser c. Commission des relations*

of Assembly), [1993] 1 S.C.R. 319; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509; *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Re Manitoba Language Rights Order*, [1985] 2 S.C.R. 347; *Re Manitoba Language Rights Order*, [1990] 3 S.C.R. 1417; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1992] 1 S.C.R. 212; *British Columbia (Association des parents francophones) v. British Columbia* (1996), 139 D.L.R. (4th) 356; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Minority Language School Board No. 50* (1983), 48 N.B.R. (2d) 361; *Attorney-General v. Birmingham, Tame, and Rea District Drainage Board*, [1910] 1 Ch. 48, aff'd [1912] A.C. 788; *Kennard v. Cory Brothers and Co.*, [1922] 1 Ch. 265, aff'd [1922] 2 Ch. 1; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; *Reekie v. Messervey*, [1990] 1 S.C.R. 219.

By LeBel and Deschamps JJ. (dissenting)

Sonoco Ltd. v. Local 433 (1970), 13 D.L.R. (3d) 617; *Sporting Club du Sanctuaire Inc. v. 2320-4365 Québec Inc.*, [1989] R.D.J. 596; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, [2003] 1 S.C.R. 884, 2003 SCC 36; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88; *In re Swire* (1885), 30 Ch. D. 239; *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] S.C.R. 186; *Chandler v. Alberta Association of*

de travail dans la Fonction publique, [1985] 2 R.C.S. 455; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; *Mareva Compania Naviera S.A. c. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509; *Anton Piller KG c. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 2 R.C.S. 347; *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 1417; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212; *British Columbia (Association des parents francophones) c. British Columbia* (1996), 139 D.L.R. (4th) 356; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Minority Language School Board No. 50* (1983), 48 R.N.-B. (2^e) 361; *Attorney-General c. Birmingham, Tame, and Rea District Drainage Board*, [1910] 1 Ch. 48, conf. par [1912] A.C. 788; *Kennard c. Cory Brothers and Co.*, [1922] 1 Ch. 265, conf. par [1922] 2 Ch. 1; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Reekie c. Messervey*, [1990] 1 R.C.S. 219.

Citée par les juges LeBel et Deschamps (dissidents)

Sonoco Ltd. c. Local 433 (1970), 13 D.L.R. (3d) 617; *Sporting Club du Sanctuaire Inc. c. 2320-4365 Québec Inc.*, [1989] R.D.J. 596; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884, 2003 CSC 36; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88; *In re Swire* (1885), 30 Ch. D. 239; *Paper Machinery Ltd. c. J. O. Ross Engineering Corp.*,

Architects, [1989] 2 S.C.R. 848; *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577; *R. v. H. (E.F.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 89; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Dixon v. British Columbia (Attorney-General)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 247; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, r. 390(1).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 23, 24(1).
Civil Procedure Rules (Nova Scotia), rr. 15.07, 15.08(d), (e).
Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.
Constitution Act, 1982.
Education Act, S.N.S. 1995-96, c. 1, ss. 11-16, 88(1).
Judicature Act, R.S.N.S. 1989, c. 240, ss. 33, 34(d), 38.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 59.06(2)(c), (d).

Authors Cited

Bennett, Frank. *Bennett on Receiverships*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
 Bogart, W. A. “‘Appropriate and Just’: Section 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Question of Judicial Legitimacy” (1986), 10 *Dalhousie L.J.* 81.
 Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.
 de Smith, Stanley A., Harry Woolf and Jeffrey L. Jowell. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. and First Cum. Supp. London: Sweet & Maxwell, 1995, 1998.
 Dussault, René, and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed., vol. 4. Toronto: Carswell, 1990.
 Gillespie, Nora. “Charter Remedies: The Structural Injunction” (1989-90), 11 *Advocates’ Q.* 190.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell (updated 2002, release 1).
 Jacob, Jack I. H. *The Fabric of English Civil Justice*. London: Stevens & Sons, 1987.
 Manfredi, Christopher Philip. *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*. Toronto: M&S, 1993.

[1934] R.C.S. 186; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Grillas c. Ministre de la Main-d’Œuvre et de l’Immigration*, [1972] R.C.S. 577; *R. c. H. (E.F.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 89; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Dixon c. British Columbia (Attorney-General)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 247; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

Lois et règlements cités

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, art. 390(1).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 23, 24(1).
Civil Procedure Rules (Nova Scotia), art. 15.07, 15.08(d), e).
Education Act, S.N.S. 1995-96, ch. 1, art. 11 à 16, 88(1).
Judicature Act, R.S.N.S. 1989, ch. 240, art. 33, 34(d), 38.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.
Loi constitutionnelle de 1982.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 59.06(2)(c), d).

Doctrine citée

Bennett, Frank. *Bennett on Receiverships*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.
 Bogart, W. A. « ‘Appropriate and Just’ : Section 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Question of Judicial Legitimacy » (1986), 10 *Dalhousie L.J.* 81.
 Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.
 de Smith, Stanley A., Harry Woolf and Jeffrey L. Jowell. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. and First Cum. Supp. London : Sweet & Maxwell, 1995, 1998.
 Dussault, René, et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, 2^e éd., t. III. Québec : Presses de l’Université Laval, 1989.
 Gillespie, Nora. « Charter Remedies : The Structural Injunction » (1989-90), 11 *Advocates’ Q.* 190.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 1. Scarborough, Ont. : Carswell (updated 2002, release 1).
 Jacob, Jack I. H. *The Fabric of English Civil Justice*. London : Stevens & Sons, 1987.
 Manfredi, Christopher Philip. *Judicial Power and the Charter : Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*. Toronto : M&S, 1993.

McLachlin, Beverley M. “The Charter: A New Role for the Judiciary?” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 540.

Morton, F. L., and Rainer Knopff. *The Charter Revolution and the Court Party*. Peterborough, Ont.: Broadview Press, 2000.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Oosterhoff, A. H. *Oosterhoff on Wills and Succession*, 5th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.

Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1982.

Petter, Andrew. “The Politics of the Charter” (1986), 8 *Supreme Court L.R.* 473.

Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2001, “*functus officio*”.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated October 2002, release 9).

Roach, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 2002, release 10).

Walker, David M. *Oxford Companion to Law*. Oxford: Oxford University Press, 1980, “*functus officio*”.

Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (2001), 203 D.L.R. (4th) 128, 194 N.S.R. (2d) 323, 85 C.R.R. (2d) 189, [2001] N.S.J. No. 240 (QL), 2001 NSCA 104, setting aside a decision of the Nova Scotia Supreme Court (2000), 185 N.S.R. (2d) 246, 575 A.P.R. 246, [2000] N.S.J. No. 191 (QL). Appeal allowed, Major, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.

Joel E. Fichaud, Q.C., and *Melanie S. Comstock*, for the appellants.

Alexander M. Cameron, for the respondent.

Bernard Laprade and *Christopher Rupar*, for the interveners the Attorney General of Canada.

Janet E. Minor and *Vanessa Yolles*, for the interveners the Attorney General of Ontario.

McLachlin, Beverley M. « The Charter : A New Role for the Judiciary? » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 540.

Morton, F. L., and Rainer Knopff. *The Charter Revolution and the Court Party*. Peterborough, Ont. : Broadview Press, 2000.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Oosterhoff, A. H. *Oosterhoff on Wills and Succession*, 5th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.

Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1982.

Petter, Andrew. « The Politics of the Charter » (1986), 8 *Supreme Court L.R.* 473.

Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2001, « *functus officio* ».

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated October 2002, release 9).

Roach, Kent. *The Supreme Court on Trial : Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 2002, release 10).

Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (2001), 203 D.L.R. (4th) 128, 194 N.S.R. (2d) 323, 85 C.R.R. (2d) 189, [2001] N.S.J. No. 240 (QL), 2001 NSCA 104, qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (2000), 185 N.S.R. (2d) 246, 575 A.P.R. 246, [2000] N.S.J. No. 191 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Major, Binnie, LeBel et Deschamps sont dissidents.

Joel E. Fichaud, c.r., et *Melanie S. Comstock*, pour les appelants.

Alexander M. Cameron, pour l’intimé.

Bernard Laprade et *Christopher Rupar*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Janet E. Minor et *Vanessa Yolles*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Gabriel Bourgeois, Q.C., for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Written submissions only by *Deborah Paquette*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Laura C. Snowball and *Subrata Bhattacharjee*, for the intervener the Commissioner of Official Languages for Canada.

Michel Doucet and *Christian E. Michaud*, for the intervener Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones.

Roger J. F. Lepage and *Peter T. Bergbusch*, for the intervener Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc.

Noella Martin and *Janet M. Stevenson*, for the intervener Conseil scolaire acadien provincial.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Bastarache and Arbour JJ. was delivered by

IACOBUCCI AND ARBOUR JJ. — This appeal involves the nature of remedies available under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for the realization of the minority language education rights protected by s. 23 of the *Charter*. The specific issue is whether a trial judge may, after ordering that a provincial government use its best efforts to build French-language school facilities by given dates, retain jurisdiction to hear reports on the progress of those efforts. The issue of broader and ongoing judicial involvement in the administration of public institutions is not before the Court in this case.

I. Background and Judicial History

The appellants are Francophone parents living in five school districts in Nova Scotia (Kingston/Greenwood, Chéticamp, Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), Argyle, and Clare) and Fédération des parents acadiens de la Nouvelle-Écosse Inc., a non-

Gabriel Bourgeois, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Argumentation écrite seulement par *Deborah Paquette*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Laura C. Snowball et *Subrata Bhattacharjee*, pour l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada.

Michel Doucet et *Christian E. Michaud*, pour l'intervenante la Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones.

Roger J. F. Lepage et *Peter T. Bergbusch*, pour l'intervenante la Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc.

Noella Martin et *Janet M. Stevenson*, pour l'intervenant le Conseil scolaire acadien provincial.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache et Arbour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET ARBOUR — Le pourvoi porte sur la nature des réparations qui, en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, peuvent être accordés afin d'assurer le respect des droits à l'instruction dans la langue de la minorité garantis par l'art. 23 de la *Charte*. Il s'agit plus précisément de savoir si, après avoir ordonné à un gouvernement provincial de faire de son mieux pour construire des écoles francophones dans des délais déterminés, le juge de première instance peut se déclarer compétent pour entendre des comptes rendus sur les efforts déployés à cet égard. La Cour n'est pas saisie de la question de la participation élargie et continue des tribunaux à l'administration d'institutions publiques.

I. Les faits et les jugements antérieurs

Les appelants sont des parents francophones provenant de cinq districts scolaires de la Nouvelle-Écosse (Kingston/Greenwood, Chéticamp, Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), Argyle et Clare), ainsi que la Fédération des parents acadiens de

profit organization that monitors the advancement of educational rights of the Acadian and Francophone minority in Nova Scotia. The Attorney General of Nova Scotia is the respondent, acting on behalf of the Department of Education of Nova Scotia.

3 Apart from the specific facts of the case, it is most important to note the historical context on which this dispute is centred. As we will discuss below, French-language education in Nova Scotia has not had an enviable record of success. While the situation improved over the rather dismal record of the previous centuries, the twentieth century left much to be achieved. Section 23 of the *Charter* has been the hope of the French-speaking minority of Nova Scotia to redress the linguistic failings and inequality of history.

4 It is conceded in this appeal that s. 23 of the *Charter* entitles the appellant parents to publicly funded French-language educational facilities for their children. For some time, Francophone parents in these five school districts of Nova Scotia had been urging their provincial government to provide homogeneous French-language schools at the secondary level in addition to the existing primary level facilities. The government of Nova Scotia, for its part, agreed: it did not dispute that the number of students warranted the facilities demanded. The government amended the *Education Act*, S.N.S. 1995-96, c. 1, ss. 11-16, in 1996 to create the Conseil scolaire acadien provincial (the “Conseil”), a province-wide French-language school board, with a view to realizing the *Charter*’s minority language education rights. However, while s. 11(1) empowered the Conseil to deliver and administer all French-language programs, only the Minister, with the approval of the Governor in Council, could construct, furnish and equip schools (see s. 88(1)). Although the government eventually announced the construction of the new French-language school facilities, construction of the promised schools never began. So in 1998, 16 years after the right was entrenched in the Constitution, the appellant parents applied to the Supreme Court of Nova Scotia for an order directing the Province and the Conseil to provide, out of public funds, homogeneous

la Nouvelle-Écosse Inc., un organisme sans but lucratif voué à la défense des droits à l’instruction que possède la minorité acadienne et francophone de la province. L’intimé est le procureur général de la province, qui représente le ministère de l’Éducation.

Indépendamment des faits particuliers de la présente affaire, le contexte historique du litige revêt une grande importance. Comme nous le verrons plus loin, l’instruction en français en Nouvelle-Écosse n’a pas connu un succès enviable. Bien que la situation, lamentable aux siècles précédents, se soit améliorée, il restait encore beaucoup à accomplir au XX^e siècle. La minorité francophone de la province espérait que l’art. 23 de la *Charte* permettrait de corriger les lacunes et les inégalités historiques en matière de langue.

On reconnaît, en l’espèce, que l’art. 23 de la *Charte* donne aux parents appelants le droit de faire instruire leurs enfants dans des établissements d’enseignement francophones financés sur les fonds publics. Depuis un certain temps, les parents francophones de ces cinq districts scolaires réclamaient au gouvernement provincial des écoles secondaires francophones homogènes en plus des écoles primaires existantes. Le gouvernement a acquiescé à leurs demandes : il n’a pas contesté que le nombre d’élèves justifiait ce service. Afin de respecter les droits à l’instruction dans la langue de la minorité garantis par la *Charte*, il a modifié les art. 11 à 16 de l’*Education Act*, S.N.S. 1995-96, ch. 1, de manière à instituer le Conseil scolaire acadien provincial (le « Conseil »), conseil scolaire francophone ayant compétence dans toute la province. Toutefois, même si le par. 11(1) habilite le Conseil à fournir et à administrer tous les programmes de langue française, seul le ministre peut, avec l’agrément du gouverneur en conseil, construire et aménager des écoles (voir le par. 88(1)). Malgré l’annonce faite en ce sens par le gouvernement, la mise en chantier des nouvelles écoles francophones promises n’a jamais eu lieu. C’est pourquoi, en 1998, soit 16 ans après la constitutionnalisation de ces droits, les parents appelants ont demandé à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse de délivrer une ordonnance enjoignant à la province et au Conseil de fournir,

French-language facilities and programs at the secondary school level.

The application was heard before LeBlanc J. in October 1999. LeBlanc J. declared that the applicants were entitled parents under s. 23 of the *Charter* and that the number of students warranted the provision of French homogeneous secondary school facilities in Chéticamp, Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), Argyle, and Clare: (2000), 185 N.S.R. (2d) 246. He noted, however, that the real issue was not the existence and content of the applicants' s. 23 rights, but the date on which the programs and facilities would finally be made available.

LeBlanc J. found that the respondents had not given sufficient attention to the serious rate of assimilation among Acadians and Francophones in Nova Scotia. The Province treated s. 23 rights as if they were but one more demand for educational programs and facilities, and failed to accord them due priority as constitutional rights. Meanwhile, assimilation continued. LeBlanc J. stated that “[i]t is beyond any doubt that it is time that homogeneous programs and facilities be provided to s. 23 students” (para. 206).

LeBlanc J. considered the state of school programs and facilities, including the progress that had already been made toward complying with s. 23 of the *Charter*, in each of the five school districts at issue. He directed the Province, which, through the Department of Education, is responsible for providing school facilities, and the Conseil, which is responsible for program provision, to build schools and provide programs by more and less specific deadlines. LeBlanc J. required that the respondents use their “best efforts” to comply with his order. Finally, he retained jurisdiction to hear reports from the respondents on their

sur les fonds publics, des programmes et des écoles homogènes de langue française au niveau secondaire.

Après avoir entendu la demande des parents en octobre 1999, le juge LeBlanc rend un jugement déclarant que les parents jouissent des droits garantis à l’art. 23 de la *Charte* et que le nombre d’élèves justifie la fourniture d’établissements d’enseignement secondaire francophones homogènes à Chéticamp, Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), Argyle et Clare : (2000), 185 N.S.R. (2d) 246. Il indique toutefois que ce qui est véritablement en cause est non pas l’existence et le contenu des droits que l’art. 23 garantit aux appelants, mais plutôt la date à laquelle ils pourront finalement bénéficier des programmes et des écoles.

Le juge LeBlanc estime que les défendeurs n’ont pas attaché assez d’importance à l’inquiétant taux d’assimilation des Acadiens et des francophones de la Nouvelle-Écosse. Selon lui, la province a considéré que les droits garantis par l’art. 23 n’étaient rien de plus qu’une autre demande de programmes éducatifs et d’établissements d’enseignement, et elle ne leur a pas accordé la priorité qui leur est due en tant que droits conférés par la Constitution. Pendant ce temps, l’assimilation se poursuivait. Le juge LeBlanc affirme [TRADUCTION] « [qu’]il ne fait pas l’ombre d’un doute qu’il est temps de fournir aux élèves visés par l’art. 23 des programmes et établissements homogènes » (par. 206).

Le juge LeBlanc examine la situation des programmes éducatifs et des établissements d’enseignement dans les cinq districts scolaires en cause, notamment les progrès accomplis en ce qui concerne le respect de l’art. 23 de la *Charte*. Il ordonne à la province — qui, par l’intermédiaire du ministère de l’Éducation, a la responsabilité de fournir les écoles — et au Conseil — à qui il incombe d’établir les programmes éducatifs — de construire des écoles et d’offrir des programmes dans des délais plus ou moins précis. Il enjoint aux défendeurs de faire [TRADUCTION] « de leur mieux » pour se conformer à son

5

6

7

compliance. The precise wording of the order was as follows:

1. In Kingston/Greenwood, the entitled parents under Section 23 have a right to a homogeneous French program from grades Primary to 12 and the entitled parents have a right to a homogeneous French facility for grades Primary to 12 by September 2000.
2. In Cheticamp, the entitled parents under Section 23 have a right to a homogeneous French secondary program in a homogeneous French facility by September 2000.
3. In Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), the Respondent CSAP shall use its best efforts to provide a homogeneous French program for grades 9 through 12 by September 2000 and the Respondent Department of Education shall use its best efforts (a) to provide a homogeneous French facility (on an interim basis) for grades 9 through 12 by September 2000 and (b) to provide a permanent homogeneous French facility by January 2001.
4. In Argyle, the Respondent CSAP shall use its best efforts to provide a homogeneous French program for grades Primary through 12 by September 2000 and the Respondent Department of Education shall provide a homogeneous French facility for grades Primary through 12 by September 2001.
5. In Clare, the Respondent CSAP shall provide a homogeneous French program for grades Primary through 12 by September 2000 and the Respondent Department of Education shall take immediate steps to provide homogeneous French facilities for grades Primary through 12 by September 2001.
6. The Respondents shall use their best efforts to comply with this Order.
7. The Court shall retain jurisdiction to hear reports from the Respondents respecting the Respondents' compliance with this Order. The Respondents shall report to this Court on March 23, 2001 at 9:30 a.m., or on such other date as the Court may determine.

ordonnance. Enfin, il se déclare compétent pour entendre les comptes rendus des défendeurs sur leur respect de l'ordonnance. Voici le texte précis de l'ordonnance :

[TRADUCTION]

1. À Kingston/Greenwood, les parents visés à l'art. 23 ont droit à un programme homogène en français pour les élèves de première à douzième année et à une école francophone homogène pour les élèves de première à douzième année, d'ici septembre 2000.
2. À Chéticamp, les parents visés à l'art. 23 ont droit à un programme secondaire homogène en français dans une école francophone homogène, d'ici septembre 2000.
3. À Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), le défendeur le Conseil scolaire acadien provincial (le « Conseil ») devra faire de son mieux pour offrir un programme homogène en français destiné aux élèves de neuvième à douzième année, d'ici septembre 2000, et le défendeur le ministère de l'Éducation devra faire de son mieux pour (a) fournir (provisoirement) une école francophone homogène destinée aux élèves de neuvième à douzième année, d'ici septembre 2000, et (b) fournir une école francophone homogène permanente, d'ici janvier 2001.
4. À Argyle, le défendeur le Conseil devra faire de son mieux pour offrir un programme homogène en français destiné aux élèves de première à douzième année, d'ici septembre 2000, et le défendeur le ministère de l'Éducation devra faire de son mieux pour fournir une école francophone homogène destinée aux élèves de première à douzième année, d'ici septembre 2001.
5. À Clare, le défendeur le Conseil doit offrir un programme homogène en français destiné aux élèves de première à douzième année, d'ici septembre 2000, et le défendeur le ministère de l'Éducation doit prendre des mesures immédiates pour fournir des écoles francophones homogènes destinées aux élèves de première à douzième année, d'ici septembre 2001.
6. Les défendeurs devront faire de leur mieux pour se conformer à la présente ordonnance.
7. La cour se déclare compétente pour entendre les comptes rendus des défendeurs sur leur respect de la présente ordonnance. Les défendeurs devront rendre compte à la cour, le 23 mars 2001 à 9 h 30, ou à toute autre date fixée par cette dernière.

The reference to “the Court” in the final paragraph was interpreted by LeBlanc J., and the parties, as a reference to himself sitting as a judge of the provincial supreme court, rather than to the Supreme Court of Nova Scotia generally, which, as a court of first instance, would be competent to hear applications relating to any failure by the respondents to comply with LeBlanc J.’s order and would require no express retention of jurisdiction. LeBlanc J. presided over several of these “reporting hearings” between July 27, 2000, and March 23, 2001. Prior to each reporting session the trial judge directed the Province to file an affidavit from the appropriate official at the Department of Education, setting out the Department’s progress in complying with the trial judge’s decision. The trial judge permitted the respondent and Conseil to adduce evidence, including rebuttal evidence on various matters relating to compliance with the best efforts order. The Attorney General of Nova Scotia, on behalf of the Department of Education, appealed the part of the order in which LeBlanc J. retained his jurisdiction to hear reports.

The majority at the Nova Scotia Court of Appeal allowed the appeal before the final scheduled reporting hearing took place ((2001), 194 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSCA 104). Flinn J.A., writing for the majority, emphasized that the declaration of the parents’ rights and the order to provide programs and facilities were not in issue in the appeal (para. 6). Only the trial judge’s retention of jurisdiction to hear reports was challenged. Flinn J.A. held that the trial judge, having decided the issue between the parties, had no further jurisdiction to remain seized of the case. This opinion was based on the common law principle of *functus officio* and Flinn J.A.’s view that the *Judicature Act*, R.S.N.S. 1989, c. 240, not only fails explicitly to authorize the retention of jurisdiction by a trial court after it has decided the issues before it and provided a remedy, but also precludes a trial judge from retaining jurisdiction to determine whether there is compliance with the order. He cited this

Les parties partagent l’avis du juge LeBlanc selon lequel le terme « cour » utilisé au dernier paragraphe le désigne lui-même en sa qualité de juge de la Cour suprême de la province, et ne désigne pas la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse en général qui, en tant que tribunal de première instance, aurait compétence pour entendre les demandes relatives à toute omission de la part des défendeurs de se conformer à l’ordonnance du juge LeBlanc, sans qu’elle ait à se déclarer expressément compétente à cet égard. Le juge LeBlanc préside plusieurs de ces « auditions de comptes rendus » entre le 27 juillet 2000 et le 23 mars 2001. Avant chacune de ces auditions, il exige le dépôt par la province d’un affidavit dans lequel le fonctionnaire compétent du ministère de l’Éducation expose les progrès réalisés en matière de respect de la décision du tribunal. Le juge permet à l’intimé et au Conseil de présenter des éléments de preuve et de contre-preuve sur diverses questions concernant le respect de l’ordonnance « de faire de son mieux ». Au nom du ministère de l’Éducation, le procureur général de la Nouvelle-Écosse interjette appel contre la partie de l’ordonnance dans laquelle le juge LeBlanc se déclare compétent pour entendre des comptes rendus.

Dans un arrêt majoritaire, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse accueille l’appel avant la dernière audience prévue pour la présentation de comptes rendus ((2001), 194 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSCA 104). Le juge Flinn souligne, au nom des juges majoritaires, que l’appel ne porte ni sur le jugement déclaratoire concernant les droits des parents ni sur l’ordonnance enjoignant de fournir des programmes et des établissements (par. 6). Il porte uniquement sur la déclaration par le juge de première instance qu’il a compétence pour entendre des comptes rendus. Le juge Flinn statue que le juge de première instance ne peut pas rester saisi de l’affaire après avoir tranché la question en litige entre les parties. Cette opinion du juge Flinn repose sur la règle de common law du *functus officio* et sur l’interprétation qu’il donne de la *Judicature Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 240, selon laquelle non seulement cette loi n’autorise pas expressément le tribunal de première instance

Court's decision in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 952-53, for the principle that it is for Parliament, and not judges, to fix the jurisdiction of courts and that the *Charter* was intended to fit in, rather than to alter, the existing scheme of Canadian legal procedure. After reviewing the language rights jurisprudence, Flinn J.A. concluded that there was no authority or precedent supporting the trial judge's decision to order and conduct the reporting sessions. He concluded that, while it is true that courts have broad ranging powers under s. 24(1) to fashion remedies, and are encouraged to be creative in so doing, the *Charter* does not extend a court's jurisdiction to permit it to enforce its remedies. Finally, Flinn J.A. expressed a reluctance to open the door to American jurisprudence on the enforcement of mandatory injunctions and a fear that post-trial intervention by trial judges in the enforcement of remedies would undermine the tradition of co-operation between the judiciary and the other branches of government.

à se déclarer compétent après avoir tranché les questions dont il est saisi et avoir accordé une réparation, mais encore elle empêche le juge de première instance de se déclarer compétent pour déterminer si l'ordonnance rendue a été respectée. Il a cité l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 952-953, à l'appui du principe voulant qu'il appartienne au législateur, et non aux juges, de définir la compétence des tribunaux, et qu'on ait voulu que la *Charte* s'inscrive dans le régime procédural canadien et non qu'elle le modifie. Après avoir passé en revue la jurisprudence relative aux droits linguistiques, le juge Flinn conclut que ni la doctrine ni la jurisprudence n'étaient la décision du juge de première instance d'ordonner et de tenir des auditions de comptes rendus. Il a conclu que, même s'il est vrai que les tribunaux disposent, en vertu du par. 24(1), d'un vaste éventail de pouvoirs en matière de réparations et qu'ils sont encouragés à se montrer créatifs à cet égard, la *Charte* n'élargit pas leur compétence de manière à leur permettre de mettre à exécution les réparations qu'ils accordent. Enfin, le juge Flinn se montre hésitant à ouvrir la porte à la jurisprudence américaine sur l'exécution des injonctions, disant craindre que l'intervention du juge de première instance dans l'exécution d'une réparation, après le procès, porte atteinte à la tradition de coopération entre le pouvoir judiciaire et les autres branches du gouvernement.

10

Freeman J.A. dissented. In his view, LeBlanc J.'s order was not final and the judge was not *functus officio* until the continuing supervision was completed; the trial judge was able to keep his decision from being final simply by declaring that he was doing so. Freeman J.A. referred to the order as a "creative blending of declaratory and injunctive relief with a means of mediation" and found it to be "of the very essence of the kind of remedy courts are encouraged to seek pursuant to s. 24(1) to give life to *Charter* rights" (para. 70). He noted that requiring fresh applications by the parties each time the Province or the Conseil appeared not to be using its best efforts could have dragged matters out interminably, and would have left the matter to a judge with less familiarity with the issues and legal principles involved.

Dans son opinion dissidente, le juge Freeman affirme que le juge LeBlanc n'a pas rendu une ordonnance définitive et que sa compétence n'a donc pris fin qu'une fois la surveillance terminée; pour empêcher que sa décision soit définitive, il suffisait que le juge le dise expressément. Le juge Freeman qualifie l'ordonnance de [TRADUCTION] « mélange créatif de jugement déclaratoire et d'injonction axée sur la médiation » et considère qu'elle participe de [TRADUCTION] « l'essence même des réparations que les tribunaux sont encouragés à appliquer sous le régime du par. 24(1) afin de donner vie aux droits garantis par la *Charte* » (par. 70). Selon lui, si les parties avaient été tenues de présenter de nouvelles demandes chaque fois que la province ou le Conseil semblait ne pas faire de son mieux, l'affaire aurait pu traîner indéfiniment et

Freeman J.A. concluded that the order, meant to “head off the potential for an enforcement nightmare”, “got the job done, virtually on time, with a minimum of inconvenience or unnecessary cost” (para. 84).

II. Issues

A preliminary issue raised by the respondent is whether the Court should decline to hear this appeal because it is moot.

The main issue in the appeal is simply this: having found a violation of s. 23 of the *Charter* and having ordered that the Province make its best efforts to provide homogeneous French-language facilities and programs by particular dates, did the Nova Scotia Supreme Court have the authority to retain jurisdiction to hear reports from the Province on the status of those efforts as part of its remedy under s. 24(1) of the *Charter*?

Strictly speaking, only the retention of jurisdiction to hear reports, and not the “best efforts” order itself, is at issue in the present appeal. Nonetheless, the best efforts order and the retention of jurisdiction were conceived by the trial judge as two complementary parts of a whole. A full appreciation of the balance and moderation of the trial judge’s approach to crafting this remedy requires that the reports respecting the respondents’ compliance with the order be viewed and evaluated in the context of the remedy as a whole.

III. Charter Provisions

LeBlanc J.’s order was designed to remedy a breach of s. 23 of the *Charter* which provides:

23. (1) Citizens of Canada

(a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or

être soumise à un juge moins au fait du dossier et des principes juridiques en cause. Le juge Freeman conclut que l’ordonnance, destinée à [TRADUCTION] « empêcher l’exécution de tourner au cauchemar », « a donné le résultat recherché, pratiquement en temps voulu, avec un minimum d’inconvénients et de dépenses inutiles » (par. 84).

II. Les questions en litige

L’intimé s’est demandé, à titre préliminaire, si la Cour ne devrait pas refuser d’entendre le pourvoi pour le motif qu’il est devenu théorique.

En l’espèce, la question principale est simplement de savoir si, après avoir conclu à la violation de l’art. 23 de la *Charte* et après avoir ordonné à la province de faire de son mieux pour fournir des établissements et des programmes d’enseignement homogènes de langue française dans des délais déterminés, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a le pouvoir de se déclarer compétente pour entendre les comptes rendus de la province sur les efforts qu’elle a déployés pour mettre à exécution la réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*.

À proprement parler, le pourvoi ne porte que sur la déclaration de compétence pour entendre des comptes rendus et non sur l’ordonnance même « de faire de son mieux ». Toutefois, le juge de première instance considère que ces déclarations et ordonnance sont des éléments complémentaires d’un tout. Pour bien évaluer le caractère mesuré et modéré de l’approche que le juge a adoptée en accordant la réparation dont il est question en l’espèce, il faut interpréter et évaluer à la lumière de l’ensemble de cette réparation les comptes rendus concernant le respect de l’ordonnance par les intimés.

III. Les dispositions de la Charte

L’ordonnance du juge LeBlanc vise à réparer une violation de l’art. 23 de la *Charte*, lequel prévoit :

23. (1) Les citoyens canadiens :

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

11

12

13

14

(b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,

have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province

(a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and

(b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.

15 LeBlanc J. ordered the remedy challenged in this case pursuant to s. 24(1) of the *Charter* which provides:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

IV. Analysis

A. *Mootness*

16 Before considering the main issue in this case, it is necessary to consider the respondent's argument that this appeal should not be heard because it is moot.

17 The doctrine of mootness reflects the principle that courts will only hear cases that will have the effect of resolving a live controversy which will or may actually affect the rights of the parties to the

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :

a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

Le juge LeBlanc a accordé la réparation — contestée en l'espèce — conformément au par. 24(1) de la *Charte*, dont voici le texte :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

IV. Analyse

A. *Le caractère théorique*

Avant d'aborder la principale question soulevée en l'espèce, il faut examiner l'argument de l'intimé que la Cour ne devrait pas entendre ce pourvoi pour le motif qu'il est théorique.

La règle du caractère théorique procède du principe voulant que les tribunaux n'instruisent que des affaires présentant un litige actuel à résoudre, où leur décision aura ou pourra avoir des conséquences

litigation except when the courts decide, in the exercise of their discretion, that it is nevertheless in the interest of justice that the appeal be heard (see *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at p. 353). In our view, the instant appeal is moot. The parties attended several reporting hearings, presented evidence and allowed the deponents of affidavits to be cross-examined. The desired effect has been achieved: the schools at issue have been built. Restoring the validity of the trial judge's order would have no practical effect for the litigants in this case and no further reporting sessions are necessary.

Although this appeal is moot, the considerations in *Borowski*, *supra*, suggest that it should be heard. Writing for the Court, Sopinka J. outlined the following criteria for courts to consider in exercising discretion to hear a moot case (at pp. 358-63):

- (1) the presence of an adversarial context;
- (2) the concern for judicial economy; and
- (3) the need for the Court to be sensitive to its role as the adjudicative branch in our political framework.

In this case, the appropriate adversarial context persists. The litigants have continued to argue their respective sides vigorously.

As to the concern for conserving scarce judicial resources, this Court has many times noted that such an expenditure is warranted in cases that raise important issues but are evasive of review (*Borowski*, *supra*, at p. 360; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46). The present appeal raises an important question about the jurisdiction of superior courts to order what may be an effective remedy in some classes of cases. To the extent that the reporting order is

sur les droits des parties, sauf s'ils décident, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, qu'il est néanmoins dans l'intérêt de la justice d'entendre un appel (voir *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 353). Nous sommes d'avis que le présent pourvoi est devenu théorique. Les parties ont comparu à plusieurs auditions de comptes rendus, fourni des éléments de preuve et permis le contre-interrogatoire des auteurs des affidavits. L'effet recherché a été obtenu : les écoles demandées ont été construites. Le rétablissement de la validité de l'ordonnance du juge de première instance n'entraînerait en l'espèce aucun effet pratique pour les parties, et aucune autre audition de comptes rendus ne s'impose.

Les remarques dans *Borowski*, précité, nous incitent cependant à entendre le pourvoi malgré son caractère théorique. Le juge Sopinka a énuméré, au nom de la Cour, les critères régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'entendre des affaires théoriques (aux p. 358-363) :

- (1) l'existence d'un débat contradictoire;
- (2) le souci d'économie des ressources judiciaires;
- (3) la nécessité pour les tribunaux d'être conscients de leur fonction juridictionnelle dans notre structure politique.

Le nécessaire débat contradictoire existe toujours en l'espèce. Les parties ont en effet continué de défendre avec vigueur leurs points de vue respectifs.

Quant au souci d'économiser des ressources judiciaires limitées, la Cour a maintes fois signalé que les affaires soulevant des questions importantes qui risquent d'échapper à l'examen judiciaire justifient de mettre ces ressources à contribution (*Borowski*, précité, p. 360; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 c. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46). Le présent pourvoi soulève une question importante au sujet du pouvoir des cours supérieures d'ordonner des mesures susceptibles de constituer

18

19

20

effective, it will tend to evade review since parties may rapidly comply with orders before an appeal is heard.

21 Moreover, in deciding whether to hear a moot case, courts must weigh the expenditure of scarce judicial resources against “the social cost of continued uncertainty in the law” (*Borowski, supra*, at p. 361). The social cost of uncertainty as to the available *Charter* remedies is high. The *Charter* is designed to protect those who are most vulnerable to the dangers of majority rule; this aspect of the *Charter’s* purpose is evident in the provisions protecting official minority language education rights. If the Court leaves this matter undecided and courts are left under a misapprehension as to the tools available to ensure that government behaviour conforms with the *Charter*, the obvious danger is less than full protection of *Charter* rights. Thus, the expenditure of judicial resources is warranted in the present case despite the fact that the appeal may be moot. The decision of this Court will provide guidance on the important question of the nature and extent of remedies under s. 24 of the *Charter* in similar cases.

22 Finally, the Court is neither departing from its traditional role as an adjudicator nor intruding upon the legislative or executive sphere by deciding to hear this case (*Borowski, supra*, at p. 362). The question of what remedies are available under the *Charter* falls squarely within the expertise of the Court and is not susceptible to legislative or executive pronouncement. Furthermore, unlike in *Borowski, supra*, at p. 365, the appellants are not seeking an answer to an abstract question on the interpretation of the *Charter*; they are not “turn[ing] this appeal into a private reference”. The Attorney General of Nova Scotia appealed successfully against an order made against it by a superior court. Although the immediate grievances of the appellants have now been addressed, deciding in this case will assist the

une réparation efficace dans certaines catégories de cas. Dans la mesure où elles s’avèrent efficaces, les ordonnances enjoignant de rendre compte tendent à échapper à l’examen judiciaire puisque les parties peuvent s’y conformer rapidement avant l’audition de l’appel.

De plus, pour décider s’il convient d’entendre une affaire théorique, les tribunaux doivent soupeser les ressources judiciaires limitées en fonction du « coût social de l’incertitude du droit » (*Borowski*, précité, p. 361). Or, l’incertitude quant aux réparations permises par la *Charte* entraîne un coût social élevé. La *Charte* vise à protéger ceux qui sont le plus exposés aux dangers de la règle de la majorité; cet aspect des objectifs de la *Charte* ressort clairement des dispositions protégeant les droits à l’instruction dans la langue officielle parlée par la minorité. Si la Cour ne tranche pas cette question et que, de ce fait, les tribunaux ne comprennent pas bien les moyens dont ils disposent pour garantir que le comportement du gouvernement respecte la *Charte*, il est évident que la protection des droits garantis par la *Charte* risque d’être incomplète. C’est pourquoi il est justifié d’affecter des ressources judiciaires à l’examen de la présente affaire malgré la possibilité qu’elle soit devenue théorique. La décision de la Cour fournira des repères pour l’analyse de l’importante question de la nature et de l’étendue des réparations fondées sur l’art. 24 de la *Charte* qui doivent être accordées dans des affaires similaires.

Enfin, en décidant d’entendre le présent pourvoi, la Cour ne s’écarte pas de sa fonction juridictionnelle traditionnelle pas plus qu’elle n’empiète sur les fonctions législative ou exécutive (*Borowski*, précité, p. 362). La question des réparations pouvant être accordées en vertu de la *Charte* relève tout à fait du champ d’expertise de la Cour et ne peut pas faire l’objet d’une décision du législateur ou du pouvoir exécutif. En outre, contrairement à la situation dans l’affaire *Borowski*, les appelants en l’espèce ne demandent pas de répondre à une question abstraite d’interprétation de la *Charte*; ils ne « transforme[nt] [pas] le pourvoi en renvoi d’initiative privée » (*Borowski*, précité, p. 365). Le procureur général de la Nouvelle-Écosse a obtenu l’annulation en appel d’une ordonnance rendue contre lui par une cour

parties to this action, and others in similar circumstances, in their ongoing relationships.

B. *The Retention of Jurisdiction*

(1) The Importance of Context: Sections 23 and 24 of the Charter

It is well accepted that the *Charter* should be given a generous and expansive interpretation and not a narrow, technical, or legalistic one (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493). The need for a generous interpretation flows from the principle that the *Charter* ought to be interpreted purposively. While courts must be careful not to overshoot the actual purposes of the *Charter*'s guarantees, they must avoid a narrow, technical approach to *Charter* interpretation which could subvert the goal of ensuring that right holders enjoy the full benefit and protection of the *Charter*. In our view, the approach taken by our colleagues LeBel and Deschamps JJ. which appears to contemplate that special remedies might be available in some circumstances, but not in this case, severely undervalues the importance and the urgency of the language rights in the context facing LeBlanc J.

The requirement of a generous and expansive interpretive approach holds equally true for *Charter* remedies as for *Charter* rights (*R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81 (“*Dunedin*”). In *Dunedin*, McLachlin C.J., writing for the Court, explained why this is so. She stated, at para. 18:

[Section] 24(1), like all *Charter* provisions, commands a broad and purposive interpretation. This section forms a vital part of the *Charter*, and must be construed generously, in a manner that best ensures

supérieure. Même s'il est maintenant satisfait aux revendications immédiates des appelants, une décision en l'espèce contribuera à faciliter les rapports entre les parties à la présente affaire et ceux d'autres parties se trouvant dans une situation similaire.

B. *La déclaration de compétence*

(1) L'importance du contexte : les art. 23 et 24 de la Charte

Il est bien reconnu qu'il faut donner à la *Charte* une interprétation large et libérale et non étroite ou formaliste (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493). La nécessité de l'interprétation libérale découle du principe d'interprétation téléologique de la *Charte*. Bien qu'ils doivent prendre soin de ne pas outrepasser les objets véritables des garanties qu'elle accorde, les tribunaux n'en doivent pas moins éviter de donner à la *Charte* une interprétation étroite et formaliste susceptible de contrecarrer l'objectif qui est d'assurer aux titulaires de droits l'entier bénéfice et la pleine protection de la *Charte*. À notre avis, l'approche adoptée par nos collègues les juges LeBel et Deschamps, qui paraît reconnaître la possibilité d'obtenir des réparations particulières dans certaines circonstances, mais non en l'espèce, sous-estime grandement l'importance des droits linguistiques et la nécessité pressante d'en assurer le respect dans le contexte de l'affaire dont le juge LeBlanc était saisi.

L'exigence d'une interprétation large et libérale vaut autant pour les réparations fondées sur la *Charte* que pour les droits qui y sont garantis (*R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81 (« *Dunedin* »)). Dans l'arrêt *Dunedin*, précité, par. 18, la juge en chef McLachlin en explique la raison, au nom de la Cour :

... comme toutes les autres dispositions de la *Charte*, le par. 24(1) commande une interprétation large et téléologique. Il constitue une partie essentielle de la *Charte* et doit être interprété de la manière la plus généreuse qui

the attainment of its objects Moreover, it is remedial, and hence benefits from the general rule of statutory interpretation that accords remedial statutes a “large and liberal” interpretation Finally, and most importantly, the language of this provision appears to confer the widest possible discretion on a court to craft remedies for violations of *Charter* rights. In *Mills*, McIntyre J. observed at p. 965 that “[i]t is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion”. This broad remedial mandate for s. 24(1) should not be frustrated by a “(n)arrow and technical” reading of the provision [Reference omitted.]

25

Purposive interpretation means that remedies provisions must be interpreted in a way that provides “a full, effective and meaningful remedy for *Charter* violations” since “a right, no matter how expansive in theory, is only as meaningful as the remedy provided for its breach” (*Dunedin, supra*, at paras. 19-20). A purposive approach to remedies in a *Charter* context gives modern vitality to the ancient maxim *ubi jus, ibi remedium*: where there is a right, there must be a remedy. More specifically, a purposive approach to remedies requires at least two things. First, the purpose of the right being protected must be promoted: courts must craft responsive remedies. Second, the purpose of the remedies provision must be promoted: courts must craft effective remedies.

26

The purpose of s. 23 of the *Charter* is “to preserve and promote the two official languages of Canada, and their respective cultures, by ensuring that each language flourishes, as far as possible, in provinces where it is not spoken by the majority of the population” (*Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at p. 362). Minority language education rights are the means by which the goals of linguistic and cultural preservation are achieved (see *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839, at p. 849-50 (“*Schools Reference*”). This Court has, on a number of occasions, observed the close link between

soit compatible avec la réalisation de son objet [. . .] Il s’agit en outre d’une disposition réparatrice qui, de ce fait, bénéficie de la règle générale d’interprétation législative selon laquelle les lois réparatrices reçoivent une interprétation « large et libérale » [. . .] Dernière considération et élément le plus important : le texte de cette disposition paraît accorder au tribunal le plus vaste pouvoir discrétionnaire possible aux fins d’élaboration des réparations applicables en cas de violations des droits garantis par la *Charte*. Dans l’arrêt *Mills*, précité, le juge McIntyre a fait remarquer qu’« [i] est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu » (p. 965). Il ne faut pas que ce large mandat réparateur du par. 24(1) soit mis en échec par une interprétation « étroite et formaliste » de la disposition . . . [Renvoi omis.]

Selon le principe de l’interprétation téléologique, les dispositions réparatrices doivent être interprétées de manière à assurer « une réparation complète, efficace et utile à l’égard des violations de la *Charte* », « puisqu’un droit, aussi étendu soit-il en théorie, est aussi efficace que la réparation prévue en cas de violation, sans plus » (*Dunedin*, précité, par. 19-20). L’interprétation téléologique des réparations dans le contexte de la *Charte* actualise l’ancienne maxime *ubi jus, ibi remedium*, là où il y a un droit, il y a un recours. Plus particulièrement, cette interprétation comporte au moins deux exigences, à savoir, premièrement, favoriser la réalisation de l’objet du droit garanti (les tribunaux sont tenus d’accorder des réparations adaptées à la situation), et deuxièmement, favoriser la réalisation de l’objet des dispositions réparatrices (les tribunaux sont tenus d’accorder des réparations efficaces).

L’article 23 de la *Charte* a pour objet de « maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu’elles représentent et [de] favoriser l’épanouissement de chacune de ces langues, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n’est pas parlée par la majorité » (*Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 362). Les droits à l’instruction dans la langue de la minorité permettent d’atteindre les objectifs de préservation de la langue et de la culture (voir *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, p. 849-850 (« *Renvoi sur les écoles* »)). La Cour a affirmé, à maintes

language and culture. In *Mahe*, at p. 362, Dickson C.J. stated:

... any broad guarantee of language rights, especially in the context of education, cannot be separated from a concern for the culture associated with the language. Language is more than a mere means of communication, it is part and parcel of the identity and culture of the people speaking it. It is the means by which individuals understand themselves and the world around them.

A further aspect of s. 23 of the *Charter* is its remedial nature (see, for example, *Mahe, supra*, at p. 363; *Schools Reference, supra*, at p. 850; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1, at para. 26). The section is designed to correct past injustices not only by halting the progressive erosion of minority official language cultures across Canada, but also by actively promoting their flourishing (*Mahe, supra*, at p. 363; *Schools Reference, supra*, at p. 850). Section 23 must therefore be construed “in recognition of previous injustices that have gone unredressed and which have required the entrenchment of protection of minority language rights” (*Schools Reference*, at p. 850; see also *Arsenault-Cameron, supra*, at para. 27). This Court has made it clear that the fact that language rights arose from political compromise does not alter their nature and importance; consequently, s. 23 must be given the same large and liberal interpretation as all *Charter* rights (*R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 25; *Arsenault-Cameron, supra*, at para. 27).

The minority language education rights protected under s. 23 of the *Charter* are unique. They are distinctively Canadian, representing “a linchpin in this nation’s commitment to the values of bilingualism and biculturalism” (*Mahe, supra*, at p. 350). Section 23 places positive obligations on governments to mobilize resources and enact legislation for the development of major institutional structures (*Mahe*, at p. 389). While the rights are granted to individuals (*Schools Reference*, at p. 865), they apply only if the “numbers warrant”, and the specific programs or facilities that the government is

reprises, qu’il existait un lien étroit entre la langue et la culture. Dans l’arrêt *Mahe*, précité, p. 362, le juge en chef Dickson écrit :

... toute garantie générale de droits linguistiques, surtout dans le domaine de l’éducation, est indissociable d’une préoccupation à l’égard de la culture véhiculée par la langue en question. Une langue est plus qu’un simple moyen de communication; elle fait partie intégrante de l’identité et de la culture du peuple qui la parle. C’est le moyen par lequel les individus se comprennent eux-mêmes et comprennent le milieu dans lequel ils vivent.

L’article 23 de la *Charte* a également un caractère réparateur (voir, par exemple, *Mahe*, précité, p. 363; *Renvoi sur les écoles*, précité, p. 850; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1, par. 26). Il vise à réparer des injustices passées non seulement en mettant fin à l’érosion progressive des cultures des minorités de langue officielle au pays, mais aussi en favorisant activement leur épanouissement (*Mahe*, précité, p. 363; *Renvoi sur les écoles*, précité, p. 850). C’est pourquoi il faut l’interpréter « compte tenu des injustices passées qui n’ont pas été redressées et qui ont nécessité l’enchâssement de la protection des droits linguistiques de la minorité » (*Renvoi sur les écoles*, p. 850-851; voir aussi *Arsenault-Cameron*, précité, par. 27). La Cour a mentionné clairement que le fait que les droits linguistiques découlent d’un compromis politique n’a aucune incidence sur leur nature ou leur importance; l’art. 23 doit donc recevoir la même interprétation large et libérale que les autres droits garantis par la *Charte* (*R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 25; *Arsenault-Cameron*, précité, par. 27).

Les droits à l’instruction dans la langue de la minorité, que garantit l’art. 23, ont un caractère unique. Ils sont typiquement canadiens en ce qu’ils constituent « la clef de voûte de l’engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme » (*Mahe*, précité, p. 350). L’article 23 impose aux gouvernements l’obligation absolue de mobiliser des ressources et d’édicter des lois pour l’établissement de structures institutionnelles capitales (*Mahe*, p. 389). Bien que les droits soient conférés aux individus (*Renvoi sur les écoles*, p. 865), ils ne peuvent être exercés que si « le nombre le justifie », et la

27

28

required to provide varies depending on the number of students who can potentially be expected to participate (*Mahe, supra*, at p. 366; *Schools Reference, supra*, at p. 850; *Arsenault-Cameron, supra*, at para. 38). This requirement gives the exercise of minority language education rights a unique collective aspect even though the rights are granted to individuals.

29

Another distinctive feature of the right in s. 23 is that the “numbers warrant” requirement leaves minority language education rights particularly vulnerable to government delay or inaction. For every school year that governments do not meet their obligations under s. 23, there is an increased likelihood of assimilation which carries the risk that numbers might cease to “warrant”. Thus, particular entitlements afforded under s. 23 can be suspended, for so long as the numbers cease to warrant, by the very cultural erosion against which s. 23 was designed to guard. In practical, though not legal, terms, such suspensions may well be permanent. If delay is tolerated, governments could potentially avoid the duties imposed upon them by s. 23 through their own failure to implement the rights vigilantly. The affirmative promise contained in s. 23 of the *Charter* and the critical need for timely compliance will sometimes require courts to order affirmative remedies to guarantee that language rights are meaningfully, and therefore necessarily promptly, protected (see, for example, *Marchand v. Simcoe County Board of Education* (1986), 29 D.L.R. (4th) 596 (Ont. H.C.); *Marchand v. Simcoe County Board of Education (No. 2)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 171 (Ont. H.C.); *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney-General)* (1988), 47 D.L.R. (4th) 586 (N.S.S.C.T.D.); *Conseil des Écoles Séparées Catholiques Romaines de Dufferin et Peel v. Ontario (Ministre de l'Éducation et de la Formation)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 704 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), aff'd (1996), 30 O.R. (3d) 681 (C.A.); *Conseil Scolaire Fransaskois de Zenon Park v. Saskatchewan*, [1999] 3 W.W.R. 743 (Sask. Q.B.), aff'd [1999] 12 W.W.R. 742 (Sask. C.A.); *Assoc. Française des Conseils Scolaires de l'Ontario v. Ontario* (1988), 66 O.R. (2d) 599 (C.A.); *Assn. des parents francophones de*

nature de l'obligation des gouvernements de fournir des établissements et des programmes varie en fonction du nombre d'élèves susceptibles de se prévaloir des services (*Mahe, précité*, p. 366; *Renvoi sur les écoles, précité*, p. 850; *Arsenault-Cameron, précité*, par. 38). Cette exigence donne à l'exercice de ces droits individuels une dimension collective particulière.

Les droits garantis par l'art. 23 présentent une autre caractéristique : en raison de l'exigence du « nombre justificatif », ils sont particulièrement vulnérables à l'inaction ou aux attermolements des gouvernements. Le risque d'assimilation et, par conséquent, le risque que le nombre cesse de « justifier » la prestation des services augmentent avec les années scolaires qui s'écoulent sans que les gouvernements exécutent les obligations que leur impose l'art. 23. Ainsi, l'érosion culturelle que l'art. 23 visait justement à enrayer peut provoquer la suspension des services fournis en application de cette disposition tant que le nombre cessera de justifier la prestation de ces services. De telles suspensions peuvent fort bien devenir permanentes en pratique, mais non du point de vue juridique. Si les attermolements sont tolérés, l'omission des gouvernements d'appliquer avec vigilance les droits garantis par l'art. 23 leur permettra éventuellement de se soustraire aux obligations que leur impose cet article. La promesse concrète contenue à l'art. 23 de la *Charte* et la nécessité cruciale qu'elle soit tenue à temps obligent parfois les tribunaux à ordonner des mesures réparatrices concrètes destinées à garantir aux droits linguistiques une protection réelle et donc nécessairement diligente (voir, par exemple, *Marchand c. Simcoe County Board of Education* (1986), 29 D.L.R. (4th) 596 (H.C. Ont.); *Marchand c. Simcoe County Board of Education (No. 2)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 171 (H.C. Ont.); *Lavoie c. Nova Scotia (Attorney-General)* (1988), 47 D.L.R. (4th) 586 (C.S.N.-É. 1^{re} inst.); *Conseil des Écoles Séparées Catholiques Romaines de Dufferin et Peel c. Ontario (Ministre de l'Éducation et de la Formation)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 704 (C. Ont. (Div. gén.)), conf. par (1996), 30 O.R. (3d) 681 (C.A.); *Conseil Scolaire Fransaskois de Zenon Park c. Saskatchewan*, [1999] 3 W.W.R. 743 (B.R. Sask.), conf. par [1999] 12 W.W.R. 742 (C.A. Sask.); *Assoc.*

la Colombie-Britannique v. British Columbia (1998), 167 D.L.R. (4th) 534 (B.C.S.C.)).

To put the matter of judicial remedies in greater context, it is useful to reflect briefly on the role of courts in the enforcement of our laws.

Canada has evolved into a country that is noted and admired for its adherence to the rule of law as a major feature of its democracy. But the rule of law can be shallow without proper mechanisms for its enforcement. In this respect, courts play an essential role since they are the central institutions to deal with legal disputes through the rendering of judgments and decisions. But courts have no physical or economic means to enforce their judgments. Ultimately, courts depend on both the executive and the citizenry to recognize and abide by their judgments.

Fortunately, Canada has had a remarkable history of compliance with court decisions by private parties and by all institutions of government. That history of compliance has become a fundamentally cherished value of our constitutional democracy; we must never take it for granted but always be careful to respect and protect its importance, otherwise the seeds of tyranny can take root.

This tradition of compliance takes on a particular significance in the constitutional law context, where courts must ensure that government behaviour conforms with constitutional norms but in doing so must also be sensitive to the separation of function among the legislative, judicial and executive branches. While our Constitution does not expressly provide for the separation of powers (see *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 728; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at p. 601; *Reference re Secession of Quebec*, [1998]

Française des Conseils Scolaires de l'Ontario c. Ontario (1988), 66 O.R. (2d) 599 (C.A.); *Assn. des parents francophones de la Colombie-Britannique c. British Columbia* (1998), 167 D.L.R. (4th) 534 (C.S.C.-B.)).

Afin de situer la question des réparations judiciaires dans un contexte plus général, il est utile d'examiner brièvement le rôle que les tribunaux jouent en matière d'application des lois.

Le Canada s'est gagné reconnaissance et admiration en faisant de la primauté du droit une caractéristique majeure de sa démocratie. Toutefois, la primauté du droit non assortie des mécanismes propres à en assurer le respect risque de demeurer un principe superficiel. Les tribunaux jouent un rôle essentiel à cet égard puisque c'est à eux, en tant qu'institutions centrales, qu'il revient de résoudre les différends juridiques en rendant des jugements et des décisions. Cependant, ils ne disposent pas des ressources matérielles ou financières requises pour assurer l'exécution de leurs jugements. En fin de compte, ils s'en remettent à l'exécutif et aux citoyens pour ce qui est de reconnaître et de respecter leurs jugements.

Heureusement, au Canada, il existe une tradition de respect remarquable des décisions judiciaires de la part des parties privées et des institutions gouvernementales. Cette tradition s'est transformée en une précieuse valeur fondamentale de notre démocratie constitutionnelle. Il faut se garder de la tenir pour acquise, et toujours prendre soin d'en honorer et d'en protéger l'importance, afin d'éviter que les germes de la tyrannie s'enracinent.

Cette tradition de respect prend une dimension particulière dans le contexte du droit constitutionnel, où les tribunaux doivent veiller à ce que l'action du gouvernement soit conforme aux normes constitutionnelles tout en ne perdant pas de vue la séparation des fonctions entre les pouvoirs législatif, judiciaire et exécutif. Bien que la Constitution ne prévoie pas expressément la séparation des pouvoirs (voir *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, p. 728; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, p. 601; *Renvoi relatif à la sécession du*

30

31

32

33

2 S.C.R. 217, at para. 15), the functional separation among the executive, legislative and judicial branches of governance has frequently been noted. (See, for example, *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 469-70.) In *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, McLachlin J. (as she then was) stated, at p. 389:

Our democratic government consists of several branches: the Crown, as represented by the Governor General and the provincial counterparts of that office; the legislative body; the executive; and the courts. It is fundamental to the working of government as a whole that all these parts play their proper role. It is equally fundamental that no one of them overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other.

34

In other words, in the context of constitutional remedies, courts must be sensitive to their role as judicial arbiters and not fashion remedies which usurp the role of the other branches of governance by taking on tasks to which other persons or bodies are better suited. Concern for the limits of the judicial role is interwoven throughout the law. The development of the doctrines of justiciability, and to a great extent mootness, standing, and ripeness resulted from concerns about the courts overstepping the bounds of the judicial function and their role *vis-à-vis* other branches of government.

35

In addition, it is unsurprising, given how the *Charter* changed the nature of our constitutional structure by requiring that all laws and government action conform to the *Charter*, that concerns about the limits of the judicial role have animated much of the *Charter* jurisprudence and commentary surrounding it (see, for example, K. Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue* (2001); C. P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism* (1993); F. L. Morton and R. Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party* (2000); A. Petter, "The Politics of

Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 15), les tribunaux ont fréquemment signalé l'existence d'une séparation fonctionnelle entre les branches exécutive, législative et judiciaire de l'État. (Voir, par exemple, *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 469-470.) Dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) affirme à la p. 389 :

Notre gouvernement démocratique comporte plusieurs branches : la Couronne représentée par le gouverneur général et ses homologues provinciaux, l'organisme législatif, l'exécutif et les tribunaux. Pour assurer le fonctionnement de l'ensemble du gouvernement, il est essentiel que toutes ces composantes jouent le rôle qui leur est propre. Il est également essentiel qu'aucune de ces branches n'outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre.

Autrement dit, lorsqu'ils accordent des réparations constitutionnelles, les tribunaux doivent être conscients de leur rôle d'arbitre judiciaire et s'abstenir d'usurper les fonctions des autres branches du gouvernement en s'arrogeant des tâches pour lesquelles d'autres personnes ou organismes sont mieux qualifiés. Le souci des limites du rôle judiciaire est omniprésent en droit. L'établissement de la règle de la justiciabilité et, dans une large mesure, de celles du caractère théorique, de la qualité pour agir et de la question mûre pour décision découle de la crainte que les tribunaux outrepassent leur fonction judiciaire et empiètent sur le rôle des autres branches du gouvernement.

En outre, compte tenu des changements que la *Charte* a apportés à la nature de notre structure constitutionnelle en exigeant la conformité de toute loi et de toute action gouvernementale à ses dispositions, il n'est pas étonnant que la jurisprudence relative à la *Charte* et les commentaires des auteurs à son sujet aient fait tant de cas de la question des limites du rôle judiciaire (voir, par exemple, K. Roach, *The Supreme Court on Trial : Judicial Activism or Democratic Dialogue* (2001); C. P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter : Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism* (1993); F. L. Morton et R. Knopff, *The Charter Revolution and*

the Charter” (1986), 8 *Supreme Court L.R.* 473). Thus, in *Vriend, supra*, this Court stated, at para. 136:

In carrying out their duties, courts are not to second-guess legislatures and the executives; they are not to make value judgments on what they regard as the proper policy choice; this is for the other branches. Rather, the courts are to uphold the Constitution and have been expressly invited to perform that role by the Constitution itself. But respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the other branches respect each others’ role and the role of the courts.

Deference ends, however, where the constitutional rights that the courts are charged with protecting begin. As McLachlin J. stated in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 136:

Parliament has its role: to choose the appropriate response to social problems within the limiting framework of the Constitution. But the courts also have a role: to determine, objectively and impartially, whether Parliament’s choice falls within the limiting framework of the Constitution. The courts are no more permitted to abdicate their responsibility than is Parliament.

Determining the boundaries of the courts’ proper role, however, cannot be reduced to a simple test or formula; it will vary according to the right at issue and the context of each case.

Returning to this appeal, we believe that LeBlanc J. was duly guided by historical and contextual factors in crafting a remedy that would meaningfully protect, indeed implement, the applicants’ rights to minority official language education for their children while maintaining appropriate respect for the proper roles of the executive and legislative branches.

As indicated earlier, the history of French-language education in Nova Scotia has been disappointing, resulting in high rates of assimilation

the Court Party (2000); A. Petter, « The Politics of the Charter » (1986), 8 *Supreme Court L.R.* 473). Ainsi, la Cour a statué dans *Vriend*, précité, par. 136 :

Les tribunaux n’ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu’ils considèrent comme les politiques à adopter; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c’est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l’exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux.

Cependant, la déférence s’arrête là où commencent les droits constitutionnels que les tribunaux sont chargés de protéger. Comme le déclare la juge McLachlin dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 136 :

Le Parlement a son rôle : choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle : déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s’inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n’ont pas plus le droit que le Parlement d’abdiquer leur responsabilité.

La délimitation du rôle que les tribunaux ont à jouer ne saurait toutefois se réduire à un simple critère ou une simple formule; leur rôle varie en fonction du droit en cause et du contexte de chaque affaire.

En ce qui concerne le présent pourvoi, nous croyons que le juge LeBlanc s’est à bon droit appuyé sur des facteurs historiques et contextuels pour concevoir une réparation qui protégerait utilement et, en fait, mettrait en application les droits des appelants de faire instruire leurs enfants dans la langue officielle parlée par la minorité, tout en respectant comme il se doit les rôles respectifs de l’exécutif et du législatif.

Là encore, l’histoire de l’instruction en français en Nouvelle-Écosse est décevante; on a abouti à un taux d’assimilation élevé qui se poursuivait toujours

36

37

38

that have continued well into the period when this litigation began. While the situation is not what it was in the eighteenth and nineteenth centuries when French-language education in Acadia was for the most part either expressly prohibited or unavailable, the promise of s. 23 had yet to be fulfilled in the five school districts at issue in this appeal when the appellants brought their application demanding homogeneous French-language facilities before the Supreme Court of Nova Scotia in 1998. Through the mid-1990s, s. 23 parents had pressured the government to provide homogeneous French-language facilities in presentations to Legislative Committees and in written and oral submissions to Ministers of Education. They had submitted petitions, letters, and expert analyses on assimilation to the Province. In 1996, amendments to the *Education Act* provided for a French-language school board, the Conseil scolaire acadien provincial, geared toward the fulfilment of the Province's s. 23 obligations. The school board then decided to provide the facilities at issue in this appeal. From 1997 to 1999, the provincial government announced the construction of homogeneous French-language schools in Petit-de-Grat, Clare, and Argyle. The schools were never built, and the construction projects were officially put on hold in September 1999.

au moment où a commencé le présent litige. La situation n'est certes plus ce qu'elle était aux XVIII^e et XIX^e siècles, alors que l'instruction en français en Acadie était le plus souvent inexistante ou expressément interdite, mais dans les cinq districts scolaires en cause, la promesse contenue à l'art. 23 n'était toujours pas réalisée, en 1998, au moment où les appelants ont présenté à la Cour suprême de la province une demande visant à obtenir des établissements d'enseignement francophones homogènes. Jusqu'au milieu des années 90, les parents visés par l'art. 23 avaient exercé des pressions sur le gouvernement pour qu'il fournisse des établissements francophones homogènes, en comparaisant devant des comités législatifs et en présentant des mémoires ou des observations orales au ministre de l'Éducation. Ils avaient soumis des pétitions, envoyé des lettres et présenté des analyses d'experts sur l'assimilation dans la province. En 1996, l'*Education Act* a été modifiée de manière à créer un conseil scolaire francophone, le Conseil scolaire acadien provincial, qui serait chargé de remplir les obligations imposées à la province par l'art. 23. Le Conseil a alors décidé de fournir les établissements en cause dans le présent pourvoi. De 1997 à 1999, le gouvernement provincial a annoncé la construction d'écoles francophones homogènes à Petit-de-Grat, Clare et Argyle. La mise en chantier des écoles n'a jamais eu lieu et les projets de construction ont été officiellement suspendus en septembre 1999.

39

The reason for the delay, broadly speaking, was the government's failure to give due priority to s. 23 rights in educational policy setting. Indeed, LeBlanc J. observed that the real issue between the parties by the time of trial was the date on which the programs ought to be implemented, rather than any question as to whether they were required in the first place. The government cited a lack of consensus in the community, a consequent fear that enrollment would drop, and lack of funds as reasons for its decision to place the previously announced school construction projects on hold pending cost-benefit reviews. LeBlanc J. rightly concluded that none of these reasons justified the government's failure to fulfill its obligations under s. 23. He found that the government had been treating the provision of s. 23 schools no differently from programs or facilities

De façon générale, ces attermolements s'expliquent par le défaut du gouvernement d'accorder aux droits protégés par l'art. 23 la priorité qui leur revient en matière de politique d'enseignement. En fait, le juge LeBlanc a souligné qu'au moment de l'instruction de l'affaire la véritable question en litige entre les parties était la date de mise en œuvre des programmes plutôt que leur nécessité au départ. Pour justifier sa décision de suspendre les projets de construction déjà annoncés en attendant les conclusions d'analyses coûts-avantages, le gouvernement a mentionné l'absence de consensus dans la collectivité — d'où la crainte d'une baisse des inscriptions — et le manque de fonds. Le juge LeBlanc a eu raison de conclure qu'aucun de ces motifs ne justifiait le défaut du gouvernement de s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 23. Selon lui,

generally, without attention to purposes of s. 23 of the *Charter* and the role that homogeneous schools play in French linguistic and cultural preservation and flourishing (para. 205). Meanwhile, assimilation continued (para. 210) and enrollment in the Conseil's schools was dropping. Programs were in jeopardy (paras. 229-30).

It is in this urgent context of ongoing cultural erosion that LeBlanc J. crafted his remedy. He was sensitive to the need for timely execution, the limits of the judicial role, and the desirability of allowing the government flexibility in the manner of fulfilling its constitutional obligations when he ordered the government to make best efforts to provide facilities by particular dates and retained jurisdiction to hear progress reports. However, the urgency of the context does not by itself create jurisdiction in a superior court to issue a remedy of unlimited scope under s. 24(1) of the *Charter*. We now turn to the question of whether LeBlanc J.'s order was within the jurisdiction of a superior court.

(2) The Jurisdiction of a Superior Court to Issue a Remedy Under Section 24(1) of the *Charter*

Section 24(1) entrenches in the Constitution a remedial jurisdiction for infringements or denials of *Charter* rights and freedoms. The respondent makes various arguments suggesting that LeBlanc J. exceeded his jurisdiction by violating constitutional norms, statutory provisions, and common law rules. We will first deal with the extent of the remedial jurisdiction in s. 24(1) and the constitutional limits to that jurisdiction proposed by the respondent. Later we will discuss how statutes and common law rules might be relevant to the choice of remedy under s. 24(1).

le gouvernement avait traité les écoles requises en vertu de l'art. 23 de la *Charte* de la même manière que les autres établissements ou programmes en général, sans s'attarder à l'objet de cet article et au rôle des écoles homogènes en ce qui concerne la préservation et l'épanouissement de la langue et de la culture françaises (par. 205). Pendant ce temps, l'assimilation se poursuivait (par. 210) et les inscriptions aux écoles du Conseil chutaient. Les programmes étaient en péril (par. 229-230).

C'est dans ce contexte urgent d'érosion culturelle que le juge LeBlanc a conçu la réparation en cause. En ordonnant au gouvernement de faire de son mieux pour fournir des établissements dans des délais déterminés et en se déclarant compétent pour entendre les comptes rendus sur les efforts déployés à cet égard, le juge a tenu compte de la nécessité d'une exécution diligente, des limites du rôle des tribunaux et de l'opportunité de laisser au gouvernement une certaine latitude dans la façon de remplir les obligations que lui impose la Constitution. Toutefois l'urgence du contexte n'habilite pas en soi une cour supérieure à accorder une réparation d'une portée illimitée sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*. Nous abordons maintenant la question de savoir si l'ordonnance du juge LeBlanc ressortissait à la compétence d'une cour supérieure.

(2) La compétence des cours supérieures en matière de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*

Le paragraphe 24(1) constitutionnalise le pouvoir des tribunaux de réparer des négations ou violations de droits et libertés garantis par la *Charte*. L'intimé avance divers arguments selon lesquels le juge LeBlanc aurait outrepassé sa compétence en contrevenant à des normes constitutionnelles, à des dispositions législatives et à des règles de common law. Nous examinerons d'abord la portée de la compétence que le par. 24(1) confère en matière de réparation, ainsi que les limites auxquelles la Constitution assujettit cette compétence selon l'intimé. Nous analyserons ensuite l'utilité des textes de loi et des règles de common law dans le choix des réparations visées au par. 24(1).

42 Clearly, if there is some constitutional limit to the remedial power either in s. 24(1) or in some other part of the Constitution, the judge ordering a remedy must respect this boundary. As a basic rule, no part of the Constitution can abrogate or diminish another part of the Constitution (*New Brunswick Broadcasting*, *supra*, at p. 373, McLachlin J. citing *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148). For example, a court could not compel a provincial government to do something pursuant to s. 24(1) which would exceed the jurisdiction of the province under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*.

43 A remedy under s. 24(1) is available where there is some government action, beyond the enactment of an unconstitutional statute or provision, that infringes a person's *Charter* rights (see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 719-20). In the present appeal, the difficulty does not lie with the legislation: no provision or omission in the *Education Act* prevented the government from providing minority language education as required by the *Constitution Act, 1982*. On the contrary, the *Education Act*, as amended in 1996, establishes a French-language school board to provide homogeneous French-language education to children of s. 23 entitled parents. Neither is the problem rooted in any particular government action; rather, the problem was inaction on the part of the provincial government, particularly its failure to mobilize resources to provide school facilities in a timely fashion, as required by s. 23 of the *Charter*. Section 24(1) is available to remedy this failure.

44 To repeat its text, s. 24(1) of the *Charter* provides:

Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Il est incontestable que, si le pouvoir de réparation comporte certaines limites en vertu du par. 24(1) ou d'autres parties de la Constitution, le juge doit agir en conséquence au moment d'accorder une réparation. Selon une règle fondamentale, une partie de la Constitution ne peut être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution (*New Brunswick Broadcasting*, précité, p. 373, la juge McLachlin, citant le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148). Par exemple, un tribunal ne saurait forcer un gouvernement provincial à prendre, en vertu du par. 24(1), une mesure qui excéderait la compétence conférée à la province par l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Il peut y avoir lieu à réparation sous le régime du par. 24(1) lorsqu'une action du gouvernement, autre que l'adoption d'une loi ou d'une disposition législative inconstitutionnelle, porte atteinte aux droits que la *Charte* garantit à une personne (voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 719-720). En l'espèce, ce n'est pas la loi qui fait problème : l'*Education Act* ne comporte ni disposition ni omission empêchant le gouvernement de dispenser l'instruction dans la langue de la minorité conformément à la *Loi constitutionnelle de 1982*. Au contraire, cette loi, dans sa version modifiée de 1996, établit un conseil scolaire francophone chargé d'offrir un enseignement homogène en français aux enfants des parents visés à l'art. 23. De même, le problème découle non pas d'une action gouvernementale quelconque, mais plutôt de l'inaction du gouvernement provincial et, en particulier, de son défaut de mobiliser des ressources pour fournir sans délai des établissements d'enseignement, conformément à l'art. 23 de la *Charte*. On peut se prévaloir du par. 24(1) pour remédier à ce défaut.

Voici, encore une fois, le texte du par. 24(1) de la *Charte* :

Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

The purposive reading of s. 24(1) and also the ordinary meaning of the drafter's language make it clear that s. 24(1) guarantees that there must always be a court of competent jurisdiction to hear anyone whose rights or freedoms have been infringed or denied (see *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at p. 196, and *Mills, supra*, at p. 881). The default court of competent jurisdiction is a superior court established under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. It is also plainly contemplated in s. 24(1) that a court of competent jurisdiction will have the authority to grant a remedy that it considers appropriate and just in the circumstances.

The respondent Attorney General of Nova Scotia suggested that *Re Residential Tenancies Act, 1979, supra*, and other cases which describe the functions of courts in the context of s. 96 should be read as setting limits on superior courts' remedial power. With respect, that submission must fail. It is true that in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, at pp. 734-35, Dickson J. (as he then was) discussed the nature of the "judicial function" of s. 96 courts. But this discussion occurred in the context of a s. 96 challenge to the validity of a statute conferring jurisdiction on an administrative tribunal. Section 96 protects a "core" of superior courts' jurisdiction from being transferred exclusively to provincial inferior courts or administrative tribunals (*MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at para. 15, *per* Lamer C.J.). These cases safeguarding a core do not trace the limits of superior courts' jurisdiction. There is nothing in s. 96 to limit the inherent jurisdiction of the superior courts or the jurisdiction that can be conferred on them by statute (*Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252, at p. 274) and, *a fortiori*, nothing to limit the jurisdiction of a superior court under s. 24(1) of the *Charter*.

In a similar vein, the respondent Attorney General suggests that this Court's decisions in *Mills* and *Dunedin*, both *supra*, which set out a

L'interprétation téléologique de ce texte et le sens ordinaire des mots utilisés par son rédacteur montrent clairement qu'il garantit qu'il y aura toujours un tribunal compétent pour entendre les personnes victimes de violation ou de négation de leurs droits ou libertés (voir *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, p. 196, et *Mills*, précité, p. 881). Les tribunaux compétents sont *ipso facto* les cours supérieures établies en vertu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le paragraphe 24(1) prévoit, en outre, clairement que les tribunaux compétents peuvent accorder la réparation qu'ils estiment convenable et juste eu égard aux circonstances.

L'intimé, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, laisse entendre que le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, et d'autres décisions décrivant les fonctions judiciaires dans le contexte de l'art. 96 doivent être interprétés comme fixant des limites au pouvoir de réparation des cours supérieures. Cet argument ne peut être retenu. Certes, dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a examiné la nature de la « fonction judiciaire » des tribunaux visés à l'art. 96 (p. 734-735). Cependant, il l'a fait dans le cadre d'une contestation, fondée sur l'art. 96, de la validité d'une loi attribuant compétence à un tribunal administratif. L'article 96 empêche qu'un « élément fondamental » de la compétence des cours supérieures soit transféré exclusivement à des tribunaux de juridiction inférieure ou à des tribunaux administratifs provinciaux (*MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 15, le juge en chef Lamer). Cette jurisprudence qui préserve un élément fondamental de la compétence des cours supérieures ne fixe pas les limites de cette compétence. Rien dans l'art. 96 n'a pour effet de limiter la compétence inhérente des cours supérieures ou les pouvoirs qui peuvent leur être conférés par voie législative (*Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252, p. 274) et, encore moins, la compétence dont le par. 24(1) de la *Charte* investit les cours supérieures.

Dans la même veine, l'intimé le procureur général laisse entendre que les arrêts *Mills* et *Dunedin*, précités, de la Cour, qui établissent un système

45

46

47

framework for determining when a court or tribunal is competent to grant remedies under s. 24(1) of the *Charter*, deny the availability of the remedy ordered in this case. In our opinion, this submission rests on a mistaken view of the source of superior courts' power to grant *Charter* remedies.

48

In *Mills*, the Court considered whether a preliminary hearing magistrate given jurisdiction by particular provisions of the *Criminal Code* was a court of competent jurisdiction for the purposes of entering a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Charter*. The unanimous conclusion of the Court was that a magistrate sitting at preliminary hearing was not competent to provide that remedy. McIntyre J., speaking for the majority on this point, emphasized the limited function of a court sitting in preliminary inquiry, which is to commit the accused to trial where there is sufficient evidence, or discharge the accused where there is not. The role does not include entering acquittals or convictions, imposing penalties, or giving remedies. As such, remedies under s. 24(1) could not be granted by that tribunal. Subsequent cases applying *Mills*, including *Dunedin*, *supra*, *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75, and *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, considered whether administrative tribunals or judges acting under statutory authority had the power to issue particular *Charter* remedies under s. 24(1). In each case, the analysis was directed at discerning what kinds of powers the legislator intended the tribunal to exercise in light of the purposes of the *Charter* as well as the tribunal's function and the practical limits imposed by its structure. This analysis has no application to s. 96 courts which are, of course, not creatures of statute but courts of general inherent jurisdiction.

49

Thus, when McIntyre J. wrote in *Mills*, *supra*, at p. 953, that "the *Charter* was not intended to turn the Canadian legal system upside down", he meant that s. 24(1) did not confer new jurisdiction on statutory and inferior tribunals beyond that which

permettant de déterminer quand un tribunal judiciaire ou administratif a compétence pour accorder une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, empêchent d'accorder le type de réparation en cause dans la présente affaire. À notre avis, cet argument procède d'une conception erronée de la source du pouvoir des cours supérieures d'accorder des réparations fondées sur la *Charte*.

Dans l'arrêt *Mills*, la Cour s'est demandé si le magistrat habilité par des dispositions du *Code criminel* à présider une enquête préliminaire était un tribunal compétent pour ordonner la suspension de procédures au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Elle a conclu à l'unanimité que le magistrat n'avait pas cette compétence. S'exprimant au nom des juges majoritaires sur ce point, le juge McIntyre a insisté sur la fonction limitée du magistrat à l'enquête préliminaire, qui consiste à renvoyer l'accusé à procès lorsque la preuve est suffisante ou à le libérer si elle ne l'est pas. Il n'entre pas dans ses attributions de prononcer un verdict d'acquiescement ou de culpabilité, d'imposer une peine ou encore d'accorder une réparation. Cela explique pourquoi il ne peut donc accorder une réparation fondée sur le par. 24(1). Dans la jurisprudence subséquente où elle a appliqué l'arrêt *Mills*, notamment *Dunedin*, précité, *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75, et *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, la Cour s'est demandé si les tribunaux administratifs ou les juges habilités par la loi avaient le pouvoir d'accorder certaines réparations fondées sur le par. 24(1) de la *Charte*. Dans chaque cas, l'analyse avait pour but de déterminer le genre de pouvoirs que le législateur avait voulu que le tribunal en cause exerce à la lumière des objets de la *Charte*, ainsi que la fonction du tribunal et les limites pratiques imposées par sa structure. Cette analyse ne s'applique pas aux tribunaux visés par l'art. 96, qui, bien sûr, ne doivent pas leur existence à une loi et qui possèdent une compétence générale inhérente.

Ainsi, lorsqu'il écrit, dans l'arrêt *Mills*, précité, p. 953, que la *Charte* « n'était pas censée provoquer le bouleversement du système judiciaire canadien », le juge McIntyre veut dire que le par. 24(1) ne confère pas aux tribunaux d'origine législative et

was intended by the legislator as reflected in the tribunal's function and the practical limits imposed by its structure. The test set out in *Mills* does not apply to superior courts since, as McIntyre J. pointed out, a superior court will always be a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter* (*Mills*, *supra*, at p. 956). Superior courts retain "constant, complete and concurrent jurisdiction" to issue remedies under s. 24(1) (see *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at pp. 603-4, citing *Mills*, *supra*, at p. 892, and *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120, at pp. 1129-30).

The foregoing analysis does not preclude review on appeal of a superior court's choice of remedy under s. 24(1). Rather, it simply forecloses the argument that a given remedy under s. 24 is unavailable in a superior court because of the constitutional limitations on its jurisdiction as proposed by the respondent. The nature and extent of remedies available under s. 24(1) remain limited by the words of the section itself and must be read in harmony with the rest of our Constitution. As McIntyre J. wrote in *Mills*, *supra*, at p. 965:

What remedies are available when an application under s. 24(1) of the *Charter* succeeds? Section 24(1) again is silent on the question. It merely provides that the appellant may obtain such remedy as the court considers "appropriate and just in the circumstances". It is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion. It is impossible to reduce this wide discretion to some sort of binding formula for general application in all cases, and it is not for appellate courts to pre-empt or cut down this wide discretion.

McLachlin C.J. recently endorsed this passage in *Dunedin*, *supra*, at para. 18. Consequently, a party seeking to challenge a *Charter* remedy ordered by a s. 96 court must show that the order is not "appropriate and just in the circumstances".

aux tribunaux inférieurs une nouvelle compétence s'ajoutant à celle que le législateur a voulu leur conférer, comme en témoignent leur fonction et les limites pratiques imposées par leur structure. Le critère de l'arrêt *Mills* ne s'applique pas aux cours supérieures, puisqu'elles sont toujours des tribunaux compétents au sens du par. 24(1) de la *Charte*, comme l'a fait remarquer le juge McIntyre (*Mills*, précité, p. 956). Les cours supérieures possèdent une « compétence concurrente, permanente et complète » pour accorder des réparations fondées sur le par. 24(1) (voir *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, p. 603-604, citant *Mills*, précité, p. 892, et voir aussi *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120, p. 1129-1130).

L'analyse qui précède n'interdit pas l'examen en appel de la réparation qu'une cour supérieure a choisi d'accorder en vertu du par. 24(1). Elle empêche simplement de prétendre, comme le fait l'intimé, qu'une cour supérieure ne peut pas accorder une certaine mesure réparatrice fondée sur l'art. 24 en raison des limites que la Constitution impose à sa compétence. C'est le texte même du par. 24(1) qui limite la nature et la portée des réparations pouvant être accordées, et ce texte doit recevoir une interprétation qui s'accorde avec le reste de notre Constitution. Comme le juge McIntyre l'écrit dans *Mills*, précité, p. 965-966 :

Quelle réparation peut-on obtenir lorsqu'il est fait droit à une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*? Là encore le par. 24(1) n'apporte pas de réponse. Il ne fait que prévoir que l'appelant peut obtenir la réparation que le tribunal estime « convenable et juste eu égard aux circonstances ». Il est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu. Ce large pouvoir discrétionnaire n'est tout simplement pas réductible à une espèce de formule obligatoire d'application générale à tous les cas, et les tribunaux d'appel ne sont nullement autorisés à s'approprier ce large pouvoir discrétionnaire ni à en restreindre la portée.

La juge en chef McLachlin a récemment souscrit à ce passage dans l'arrêt *Dunedin*, précité, par. 18. Par conséquent, la partie qui veut contester une réparation accordée en vertu de la *Charte* par un tribunal visé à l'art. 96 doit démontrer que cette réparation n'est pas « convenable et juste eu égard aux circonstances ».

51 The power of the superior courts under s. 24(1) to make appropriate and just orders to remedy infringements or denials of *Charter* rights is part of the supreme law of Canada. It follows that this remedial power cannot be strictly limited by statutes or rules of the common law. We note, however, that statutes and common law rules may be helpful to a court choosing a remedy under s. 24(1) insofar as the statutory provisions or common law rules express principles that are relevant to determining what is “appropriate and just in the circumstances”.

(3) The Meaning of “Appropriate and Just in the Circumstances”

52 What, then, is meant in s. 24(1) by the words “appropriate and just in the circumstances”? Clearly, the task of giving these words meaning in particular cases will fall to the courts ordering the remedies since s. 24(1) specifies that the remedy should be such as the court considers appropriate and just. Deciding on an appropriate and just remedy in particular circumstances calls on the judge to exercise a discretion based on his or her careful perception of the nature of the right and of the infringement, the facts of the case, and the application of the relevant legal principles. Once again, we emphasize McIntyre J.’s words in *Mills*, *supra*, at p. 965:

It is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion. It is impossible to reduce this wide discretion to some sort of binding formula for general application in all cases, and it is not for appellate courts to pre-empt or cut down this wide discretion.

53 With respect, the approach to s. 24 reflected in the reasons of LeBel and Deschamps JJ. would tend to pre-empt and reduce this wide discretion. Their approach would also, in this case, pre-empt and devalue the constitutional promise respecting language rights in s. 23. In our view, judicial restraint and metaphors such as “dialogue” must not be elevated to the level of strict constitutional rules to which the words of s. 24 can be subordinated. The

Le pouvoir que le par. 24(1) confère aux cours supérieures de rendre des ordonnances convenables et justes afin de remédier à des violations ou négations de droits garantis par la *Charte* fait partie de la loi suprême du Canada. Il s’ensuit qu’il ne peut être strictement limité par des dispositions législatives ou des règles de common law. Toutefois, nous constatons que les lois ou les règles de common law peuvent aider les tribunaux à choisir les réparations à accorder sous le régime du par. 24(1) dans la mesure où elles énoncent des principes utiles pour déterminer ce qui est « convenable et juste eu égard aux circonstances ».

(3) La signification de « convenable et juste eu égard aux circonstances »

Que signifie alors l’expression « convenable et juste eu égard aux circonstances » utilisée au par. 24(1)? Dans certains cas, il appartient nettement au tribunal qui accorde la réparation de donner un sens à cette expression, étant donné que le par. 24(1) précise que la réparation accordée doit être celle que le tribunal estime convenable et juste. Pour décider quelle réparation est convenable et juste dans une situation donnée, le juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur son appréciation prudente de la nature du droit et de la violation en cause, sur les faits et sur l’application des principes juridiques pertinents. Il y a lieu de répéter le passage suivant des motifs du juge McIntyre dans *Mills*, précité, p. 965-966 :

Il est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu. Ce large pouvoir discrétionnaire n’est tout simplement pas réductible à une espèce de formule obligatoire d’application générale à tous les cas, et les tribunaux d’appel ne sont nullement autorisés à s’approprier ce large pouvoir discrétionnaire ni à en restreindre la portée.

En toute déférence, l’interprétation de l’art. 24 qui se dégage des motifs des juges LeBel et Deschamps tendrait à court-circuiter et à réduire ce large pouvoir discrétionnaire. Elle tendrait également, en l’espèce, à court-circuiter et à dévaloriser la promesse constitutionnelle relative aux droits linguistiques contenue à l’art. 23. À notre avis, la retenue judiciaire et les métaphores comme celle du « dialogue » ne doivent pas être érigées en règles constitutionnelles strictes

same may be said of common law procedural principles such as *functus officio* which may to some extent be incorporated in statutes. Rather, as LeBel and Deschamps JJ. appear to recognize at paras. 135 and following, there are situations in which our Constitution requires special remedies to secure the very order it envisages.

While it would be unwise at this point to attempt to define, in detail, the words “appropriate and just” or to draw a rigid distinction between the two terms, there are some broad considerations that judges should bear in mind when evaluating the appropriateness and justice of a potential remedy. These general principles may be informed by jurisprudence relating to remedies outside the *Charter* context, such as cases discussing the doctrine of *functus* and overly vague remedies, although, as we have said, that jurisprudence does not apply strictly to orders made under s. 24(1).

First, an appropriate and just remedy in the circumstances of a *Charter* claim is one that meaningfully vindicates the rights and freedoms of the claimants. Naturally, this will take account of the nature of the right that has been violated and the situation of the claimant. A meaningful remedy must be relevant to the experience of the claimant and must address the circumstances in which the right was infringed or denied. An ineffective remedy, or one which was “smothered in procedural delays and difficulties”, is not a meaningful vindication of the right and therefore not appropriate and just (see *Dunedin*, *supra*, at para. 20, McLachlin C.J. citing *Mills*, *supra*, at p. 882, *per* Lamer J. (as he then was)).

Second, an appropriate and just remedy must employ means that are legitimate within the framework of our constitutional democracy. As discussed above, a court ordering a *Charter* remedy must strive to respect the relationships with and separation of functions among the legislature, the

auxquelles peuvent être assujettis les termes de l’art. 24. Le même raisonnement s’applique aux règles procédurales de common law, comme celle du *functus officio*, qui, dans une certaine mesure, peuvent être incorporées dans des lois. Comme les juges LeBel et Deschamps semblent le reconnaître aux par. 135 et suivants, il faut plutôt considérer qu’il existe des situations où notre Constitution requiert des réparations particulières afin d’assurer le maintien de l’ordre qu’elle vise à établir.

Bien qu’il ne soit pas sage, à ce stade, de tenter de donner une définition détaillée de l’expression « convenable et juste » ou d’établir une distinction rigoureuse entre les deux mots, il existe néanmoins des facteurs généraux dont les juges devraient tenir compte en évaluant le caractère convenable et juste d’une réparation potentielle. Ces principes généraux peuvent s’inspirer de la jurisprudence relative aux réparations accordées hors du contexte de la *Charte*, notamment celle où la règle du *functus officio* et les réparations trop vagues sont analysées, même si, comme nous l’avons dit, cette jurisprudence est strictement inapplicable aux ordonnances fondées sur le par. 24(1).

Premièrement, la réparation convenable et juste eu égard aux circonstances d’une demande fondée sur la *Charte* est celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur. Il va sans dire qu’elle tient compte de la nature du droit violé et de la situation du demandeur. Une réparation utile doit être adaptée à l’expérience vécue par le demandeur et tenir compte des circonstances de la violation ou de la négation du droit en cause. Une réparation inefficace ou « étouffé[e] dans les délais et les difficultés de procédure » ne permet pas de défendre utilement le droit violé, et ne saurait donc être convenable et juste (voir *Dunedin*, précité, par. 20, la juge en chef McLachlin, citant *Mills*, précité, p. 882, le juge Lamer (plus tard Juge en chef)).

Deuxièmement, la réparation convenable et juste fait appel à des moyens légitimes dans le cadre de notre démocratie constitutionnelle. Comme nous l’avons vu, le tribunal qui accorde une réparation fondée sur la *Charte* doit s’efforcer de respecter la séparation des fonctions entre le législatif, l’exécutif

54

55

56

executive and the judiciary. This is not to say that there is a bright line separating these functions in all cases. A remedy may be appropriate and just notwithstanding that it might touch on functions that are principally assigned to the executive. The essential point is that the courts must not, in making orders under s. 24(1), depart unduly or unnecessarily from their role of adjudicating disputes and granting remedies that address the matter of those disputes.

57 Third, an appropriate and just remedy is a judicial one which vindicates the right while invoking the function and powers of a court. It will not be appropriate for a court to leap into the kinds of decisions and functions for which its design and expertise are manifestly unsuited. The capacities and competence of courts can be inferred, in part, from the tasks with which they are normally charged and for which they have developed procedures and precedent.

58 Fourth, an appropriate and just remedy is one that, after ensuring that the right of the claimant is fully vindicated, is also fair to the party against whom the order is made. The remedy should not impose substantial hardships that are unrelated to securing the right.

59 Finally, it must be remembered that s. 24 is part of a constitutional scheme for the vindication of fundamental rights and freedoms enshrined in the *Charter*. As such, s. 24, because of its broad language and the myriad of roles it may play in cases, should be allowed to evolve to meet the challenges and circumstances of those cases. That evolution may require novel and creative features when compared to traditional and historical remedial practice because tradition and history cannot be barriers to what reasoned and compelling notions of appropriate and just remedies demand. In short, the judicial approach to remedies must remain flexible and responsive to the needs of a given case.

et le judiciaire et les rapports qui existent entre ces trois pouvoirs. Cela ne signifie pas que la ligne de démarcation entre ces fonctions est très nette dans tous les cas. Une réparation peut être convenable et juste même si elle peut toucher à des fonctions ressortissant principalement au pouvoir exécutif. L'essentiel est que, lorsqu'ils rendent des ordonnances fondées sur le par. 24(1), les tribunaux ne s'écartent pas indûment ou inutilement de leur rôle consistant à trancher des différends et à accorder des réparations qui règlent la question sur laquelle portent ces différends.

Troisièmement, la réparation convenable et juste est une réparation judiciaire qui défend le droit en cause tout en mettant à contribution le rôle et les pouvoirs d'un tribunal. Il ne convient pas qu'un tribunal se lance dans des types de décision ou de fonction pour lesquels il n'est manifestement pas conçu ou n'a pas l'expertise requise. Les capacités et la compétence des tribunaux peuvent s'inférer, en partie, de leurs tâches normales pour lesquelles ils ont établi des règles de procédure et des précédents.

Quatrièmement, la réparation convenable et juste est celle qui, en plus d'assurer pleinement la défense du droit du demandeur, est équitable pour la partie visée par l'ordonnance. La réparation ne doit pas causer de grandes difficultés sans rapport avec la défense du droit.

Enfin, il faut se rappeler que l'art. 24 fait partie d'un régime constitutionnel de défense des droits et libertés fondamentaux consacrés dans la *Charte*. C'est ce qui explique pourquoi, en raison de son libellé large et de la multitude de rôles qu'il peut jouer dans différentes affaires, l'art. 24 doit pouvoir évoluer de manière à relever les défis et à tenir compte des circonstances de chaque cas. Cette évolution peut forcer à innover et à créer au lieu de s'en tenir à la pratique traditionnelle et historique en matière de réparation, étant donné que la tradition et l'histoire ne peuvent faire obstacle aux exigences d'une notion réfléchie et péremptoire de réparation convenable et juste. Bref, l'approche judiciaire en matière de réparation doit être souple et tenir compte des besoins en cause.

(4) Application to this Case: the Remedy Ordered by the Trial Judge Was Appropriate and Just in the Circumstances

(a) *The Reporting Order Effectively Vindicated the Rights of the Parents*

LeBlanc J. exercised his discretion to select an effective remedy that meaningfully vindicated the s. 23 rights of the appellants in the context of serious rates of assimilation and a history of delay in the provision of French-language education in Kingston (Greenwood, Chéticamp, Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), Argyle, and Clare). The facts as found by LeBlanc J. disclosed that continued delay could imperil the already vulnerable s. 23 rights, their exercise depending as it does on the numbers of potential students. As Freeman J.A. noted in dissent in the Court of Appeal, the reporting hearings were aimed at identifying difficulties with the timely implementation of the trial judge's order as they arose, instead of requiring fresh applications by the appellants every time it appeared that a party was not using its best efforts to comply with the judge's order.

In the absence of reporting hearings, the appellant parents would have been forced to respond to any new delay by amassing a factual record by traditional means disclosing whether the parties were nonetheless using their best efforts. A new proceeding would be required and this might be heard by another judge less familiar with the case than LeBlanc J. All of this would have taken significant time and resources from parents who had already waited too long and dedicated much energy to the cause of realizing their s. 23 rights. The order of reporting hearings was, as Freeman J.A. wrote "a pragmatic approach to getting the job done expeditiously" (para. 74). LeBlanc J.'s order is a creative blending of remedies and processes already known

(4) Application à la présente affaire : la réparation accordée par le juge de première instance était convenable et juste eu égard aux circonstances

a) *L'ordonnance enjoignant de rendre compte assurait efficacement la défense des droits des parents*

Le juge LeBlanc a exercé son pouvoir discrétionnaire de choisir une réparation efficace qui permettrait de défendre utilement les droits garantis aux appelants par l'art. 23, dans le contexte d'un taux d'assimilation élevé et du fait qu'on tarde depuis des années à offrir l'enseignement en français à Kingston/Greenwood, à Chéticamp, à Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), à Argyle et à Clare. Selon le juge, les faits révélaient que le retard mis à agir risquait de compromettre des droits déjà fragiles garantis par l'art. 23, dont l'exercice est tributaire du nombre d'élèves potentiels. Comme le juge Freeman, de la Cour d'appel, l'a fait remarquer dans son opinion dissidente, les auditions de comptes rendus visaient à déceler, dès qu'elles surgiraient, les difficultés qui empêcheraient l'exécution, en temps utile, de l'ordonnance du juge de première instance, évitant ainsi aux appelants d'avoir à présenter une nouvelle demande chaque fois qu'une partie ne semblerait pas faire de son mieux pour se conformer à cette ordonnance.

Sans les auditions de comptes rendus, les parents appelants auraient été forcés, à chaque nouveau retard, de s'en remettre aux modes traditionnels de constitution d'un dossier factuel permettant de constater si, malgré tout, les parties faisaient de leur mieux pour se conformer à l'ordonnance. Il aurait fallu entamer de nouvelles procédures susceptibles d'être instruites par un juge ayant une moins bonne connaissance de l'affaire que le juge LeBlanc. Tout cela aurait demandé énormément de temps et de ressources aux parents qui, déjà, attendaient depuis trop longtemps et avaient consacré beaucoup d'énergie à la réalisation de leurs droits garantis par l'art. 23. Comme l'a écrit le juge Freeman, l'ordonnance enjoignant de rendre compte était [TRADUCTION] « une façon

to the courts in order to give life to the right in s. 23.

62 In assessing the extent to which LeBlanc J.'s remedy was appropriate and just in the circumstances, it is useful to examine the options before the trial judge. In doing so we are not intending to usurp the role and discretion of the trial judge but only to gain a fuller understanding of the situation he faced. LeBlanc J. could have limited the remedy to a declaration of the rights of the parties, as the Court considered prudent in *Mahe*, *supra*, at pp. 392-93. In *Mahe*, however, the primary issues before the Court concerned the scope and content of s. 23 of the *Charter*, including the degree of management of control of schools to be accorded to s. 23 parents, and the determination of when the numbers are sufficient to warrant given programs and facilities. After clarifying the content and scope of the s. 23 rights at issue, the Court chose the remedy of ordering a declaration of those rights. It did so to allow the government the greatest flexibility to fashion a response suited to the circumstances (p. 393). The assumption underlying this choice of remedy is that governments will comply with the declaration promptly and fully.

63 After *Mahe*, litigation to vindicate minority language education rights has entered a new phase. The general content of s. 23 in many cases is now largely settled (*Mahe*, *Schools Reference*, *Arsenault-Cameron*, all *supra*). In the present case, for example, it was clear to and accepted by the parties from the start that the government was required to provide the homogeneous French-language facilities at issue. The entitled parents sought the assistance of the court in enforcing the full and prompt vindication of their rights after a lengthy history of government inaction.

pragmatique d'obtenir rapidement le résultat recherché » (par. 74). Il s'agit d'un mélange créatif de réparations et de procédures déjà connues des tribunaux, destiné à donner vie aux droits garantis par l'art. 23.

Pour déterminer si la réparation accordée par le juge LeBlanc était convenable et juste eu égard aux circonstances, il est utile d'examiner quelles étaient ses options. Nous examinerons cette question non pas dans le but de nous approprier le rôle et le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, mais uniquement afin de mieux comprendre la situation à laquelle il devait faire face. Le juge LeBlanc aurait pu se contenter de rendre un jugement déclaratoire concernant les droits des parties, mesure que la Cour a jugée prudente dans l'arrêt *Mahe*, précité, p. 392-393. Toutefois, les principales questions en cause dans l'affaire *Mahe* concernaient la portée et le contenu de l'art. 23 de la *Charte*, notamment le niveau de gestion et de contrôle des écoles qui doit être accordé aux parents visés par l'art. 23, et la question du nombre d'élèves suffisant pour justifier certains programmes et établissements. Après avoir précisé le contenu et la portée des droits en cause qui étaient garantis par l'art. 23, la Cour a choisi, comme mesure réparatrice, de rendre un jugement déclaratoire relatif à ces droits. Elle voulait par là donner au gouvernement le plus de souplesse possible pour trouver une solution adaptée aux circonstances (p. 393). En choisissant ce type de réparation, on tient pour acquis que le gouvernement en question se conformera rapidement et entièrement au jugement rendu.

Après l'arrêt *Mahe*, les litiges visant à défendre les droits à l'instruction dans la langue de la minorité sont entrés dans une nouvelle phase. Dans bien des cas, le contenu général de l'art. 23 est désormais établi en grande partie (*Mahe*, *Renvoi sur les écoles* et *Arsenault-Cameron*, précités). En l'espèce, par exemple, les parties ont reconnu, au départ, que le gouvernement avait clairement l'obligation de fournir les établissements francophones homogènes en cause. Les parents visés ont demandé aux tribunaux d'assurer rapidement et pleinement la défense de leurs droits après de longues années d'inertie gouvernementale.

Our colleagues LeBel and Deschamps JJ. state at para. 140 of their reasons that the trial judge was not faced with a government which had understood its obligations but refused to comply with them. Our colleagues suggest that there was some issue as to what s. 23 demanded in the situation. With respect, this portrayal is directly at odds with the findings of fact made by the trial judge. At para. 198 of his reasons, the trial judge wrote:

It is apparent that the real issue between the parties is the date on which these programs and facilities are to be implemented. The Department, in its submissions, does not challenge the applicants' right and entitlement to these programs and facilities but point [*sic*] to a number of factors which ought to satisfy the applicants. The Conseil opposes the applicants' claim for an earlier implementation of the transition plan but supports the applicants in its [*sic*] demand for declaration that the Department ought to be directed to provide homogeneous facilities.

LeBlanc J. further noted that the Department of Education did not provide either statistical or financial evidence with respect to the "numbers warrant" test and that, in any case, the number of children of s. 23 parents were greater than the number in the case of *Mahe, supra*, decided by this Court (paras. 200-201). Instead, the government argued at trial that it should be allowed to delay its obligations because of a lack of consensus in the Acadian and Francophone communities (para. 202) and because the political compromise in s. 23 required a "go-slowly approach" (para. 214). According to the trial judge, the government did not deny the existence or content of the s. 23 rights of the parents but rather failed to prioritize those rights and delayed fulfilling its obligations. The government "did not give sufficient priority to the serious rate of assimilation occurring among Acadians and Francophones in Nova Scotia and the fact that rights established in s. 23 are individual rights" (para. 204) despite clear reports showing that assimilation was "reaching critical levels" (para. 215). These are the findings of fact which can only be made by a judge who has heard all the evidence at trial. These findings are not on appeal and it is not open for appellate judges to reverse these findings without proper justification. LeBlanc J. properly took account of the factual

Au paragraphe 140, les juges LeBel et Deschamps écrivent que le juge de première instance n'avait pas affaire à un gouvernement qui avait compris ses obligations, mais qui refusait de s'en acquitter. Selon eux, il était permis de s'interroger sur ce que l'art. 23 commandait dans les circonstances. En toute déférence, nous estimons que cette description entre directement en conflit avec les conclusions de fait du juge de première instance, qui a indiqué, au par. 198 de ses motifs :

[TRADUCTION] Il est manifeste que le véritable litige entre les parties porte sur la date de mise en place des programmes et des écoles. Dans son argumentation, le ministère ne conteste pas le droit des demandeurs d'obtenir ces programmes et ces écoles, mais il signale certains facteurs qui devraient satisfaire les demandeurs. Le Conseil s'oppose au devancement, réclamé par les demandeurs, de la mise en œuvre du plan de transition, mais il appuie ces derniers dans leur demande de jugement déclarant qu'il y a lieu d'ordonner au ministère de fournir des écoles homogènes.

Le juge LeBlanc a ajouté que le ministère de l'Éducation n'avait fourni aucun élément de preuve statistique ou financier relativement au critère du « nombre justificatif » et que, de toute manière, le nombre d'enfants de parents visés par l'art. 23 était supérieur à celui dont il était question dans l'arrêt *Mahe*, précité, de notre Cour (par. 200-201). Le gouvernement avait plutôt fait valoir, au procès, qu'il devait être autorisé à retarder l'exécution de son obligation en raison de l'absence de consensus au sein des collectivités acadiennes et francophones (par. 202), et parce que le compromis politique reflété à l'art. 23 exigeait [TRADUCTION] « d'aller doucement » (par. 214). Selon le juge de première instance, le gouvernement n'a pas nié l'existence ou le contenu des droits garantis aux parents par l'art. 23, mais il a plutôt omis de leur donner la priorité et a tardé à remplir ses obligations. En dépit de l'existence de rapports démontrant clairement que le taux d'assimilation [TRADUCTION] « atteignait un seuil critique » (par. 215), le gouvernement « n'a pas attaché assez d'importance à l'inquiétant taux d'assimilation des Acadiens et des francophones de la Nouvelle-Écosse et au fait que les droits établis à l'art. 23 sont des droits individuels » (par. 204). Ce sont là des conclusions de fait qui ne peuvent être tirées que par un juge ayant entendu la totalité

circumstances within which he exercised his discretion to select a remedy which was appropriate and just.

66

LeBlanc J. obviously considered that, given the Province's failure to give due priority to the s. 23 rights of its minority Francophone populations in the five districts despite being well aware of them, there was a significant risk that such a declaration would be an ineffective remedy. Parents such as the appellants should not be forced continually to seek declarations that are essentially restatements of the declaration in *Mahe*. Where governments have failed to comply with their well-understood constitutional obligations to take positive action in support of the right in s. 23, the assumption underlying a preference for declarations may be undermined. In *Mahe, supra*, at p. 393, Dickson C.J. recognized this possibility:

As the Attorney General for Ontario submits, the government should have the widest possible discretion in selecting the institutional means by which its s. 23 obligations are to be met; the courts should be loath to interfere and impose what will be necessarily procrustean standards, unless that discretion is not exercised at all, or is exercised in such a way as to deny a constitutional right. Once the Court has declared what is required in Edmonton, then the government can and must do whatever is necessary to ensure that these appellants, and other parents in their situation, receive what they are due under s. 23. [Emphasis added.]

This Court's judgment in *Mahe* speaks to all provincial and territorial governments. LeBlanc J. was entitled to conclude that he was not limited to declaring the appellant parents' rights and could take into consideration that the case before him was different from those in which declarations had been considered appropriate and just.

de la preuve au procès. Ces conclusions ne font pas l'objet d'un appel et il n'appartient pas à des juges de tribunal d'appel de les infirmer sans raison valable. Le juge LeBlanc a dûment tenu compte des faits en exerçant son pouvoir discrétionnaire de choisir une réparation convenable et juste.

Il est évident que le juge LeBlanc a considéré qu'un jugement déclaratoire risquait énormément d'être inefficace du fait que la province n'avait pas donné la priorité voulue aux droits que l'art. 23 garantissait à sa minorité francophone des cinq districts en question, alors qu'elle était parfaitement consciente de l'existence de ces droits. Des parents comme les appelants ne devraient pas avoir à solliciter continuellement des jugements déclaratoires réitérant, pour l'essentiel, celui rendu dans l'arrêt *Mahe*. La présomption qui favorise le choix du jugement déclaratoire peut être minée lorsque les gouvernements ne s'acquittent pas des obligations — qui leur incombent en vertu de la Constitution et qu'ils saisissent bien — de prendre des mesures concrètes pour assurer le respect des droits garantis par l'art. 23. Le juge en chef Dickson a reconnu cette possibilité dans l'arrêt *Mahe*, précité, p. 393 :

Comme l'a observé le procureur général de l'Ontario, le gouvernement devrait disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont il usera pour remplir ses obligations en vertu de l'art. 23. Les tribunaux devraient se garder d'intervenir et d'imposer des normes qui seraient au mieux dignes de Procuste, sauf dans les cas où le pouvoir discrétionnaire n'est pas exercé du tout, ou l'est de façon à nier un droit constitutionnel. Dès lors que la Cour s'est prononcée sur ce qui est requis à Edmonton, le gouvernement peut et doit prendre les mesures nécessaires pour assurer aux appelants et aux autres parents dans leur situation ce qui leur est dû en vertu de l'art. 23. [Nous soulignons.]

L'arrêt *Mahe* s'adresse à tous les gouvernements provinciaux et territoriaux. Le juge LeBlanc pouvait, d'une part, conclure que son rôle ne se limitait pas à rendre un jugement déclaratoire sur les droits des parents appelants et, d'autre part, tenir compte du fait que l'affaire dont il était saisi différait de celles où l'on avait estimé que le jugement déclaratoire était convenable et juste.

Our colleagues LeBel and Deschamps JJ. suggest that the reporting order in this case was not called for since any violation of a simple declaratory remedy could be dealt with in contempt proceedings against the Crown. We do not doubt that contempt proceedings may be available in appropriate cases. The threat of contempt proceedings is not, in our view, inherently more respectful of the executive than simple reporting hearings in which a linguistic minority could discover in a timely way what progress was being made towards the fulfilment of their s. 23 rights. More importantly, given the critical rate of assimilation found by the trial judge, it was appropriate for him to grant a remedy that would in his view lead to prompt compliance. Viewed in this light, LeBlanc J. selected a remedy that reduced the risk that the minority language education rights would be smothered in additional procedural delay.

(b) *The Reporting Order Respected the Framework of our Constitutional Democracy*

The remedy granted by LeBlanc J. took into account, and did not depart unduly or unnecessarily from, the role of the courts in our constitutional democracy. LeBlanc J. considered the government's progress toward providing the required schools and services (see, e.g., paras. 233-34). Some flexibility was built into the "best efforts" order to allow for unforeseen difficulties. It was appropriate for LeBlanc J. to preserve and reinforce the Department of Education's role in providing school facilities as mandated by s. 88 of the *Education Act*, as this could be done without compromising the entitled parents' rights to the prompt provision of school facilities.

To some extent, the legitimate role of the court *vis-à-vis* various institutions of government will depend on the circumstances. In these circumstances, it was appropriate for LeBlanc J. to craft the remedy so that it vindicated the rights of the parents

Nos collègues, les juges LeBel et Deschamps, sont d'avis qu'une ordonnance enjoignant de rendre compte n'était pas nécessaire puisque toute violation d'un simple jugement déclaratoire par l'État pouvait donner lieu à des poursuites pour outrage. Nous ne doutons pas que des poursuites pour outrage peuvent convenir dans certains cas. Toutefois, nous estimons que la menace de poursuites pour outrage ne témoigne pas en soi de plus de respect à l'égard du pouvoir exécutif que de simples auditions de comptes rendus qui permettent à une minorité linguistique de prendre rapidement connaissance des progrès réalisés en vue de respecter les droits que leur garantit l'art. 23. Qui plus est, en raison du taux élevé d'assimilation qu'il a constaté, il convenait que le juge accorde une réparation qui, selon lui, pourrait être mise à exécution promptement. Dans cette optique, le juge LeBlanc a choisi une réparation qui réduisait le risque que des délais procéduraux supplémentaires viennent étouffer les droits à l'instruction dans la langue de la minorité.

b) *L'ordonnance enjoignant de rendre compte respectait le cadre de notre démocratie constitutionnelle*

En accordant la mesure réparatrice en question, le juge LeBlanc a tenu compte du rôle des tribunaux dans notre démocratie constitutionnelle et ne s'en est pas écarté indûment ou inutilement. Il a pris en considération les progrès réalisés par le gouvernement en vue de fournir les écoles et services requis (voir, par exemple, les par. 233-234). L'ordonnance « de faire de son mieux » accordait une certaine souplesse destinée à parer aux difficultés imprévues. Il convenait que le juge LeBlanc préserve et renforce le rôle du ministère de l'Éducation consistant à fournir les écoles, dont l'investit l'art. 88 de l'*Education Act*, étant donné qu'il était possible de le faire sans compromettre le droit des parents visés à ce qu'elles soient fournies promptement.

Le rôle légitime que les tribunaux jouent par rapport à diverses institutions gouvernementales dépend, jusqu'à un certain point, des circonstances. En l'espèce, le juge LeBlanc a eu raison d'accorder une réparation permettant de défendre les droits des

while leaving the detailed choices of means largely to the executive.

70

Our colleagues LeBel and Deschamps JJ. appear to consider that the issuance of an injunction against the government under s. 24(1) is constitutionally suspect and represents a departure from a consensus about *Charter* remedies (see para. 134 of the dissent). With respect, it is clear that a court may issue an injunction under s. 24(1) of the *Charter*. The power of courts to issue injunctions against the executive is central to s. 24(1) of the *Charter* which envisions more than declarations of rights. Courts do take actions to ensure that rights are enforced, and not merely declared. Contempt proceedings in the face of defiance of court orders, as well as coercive measures such as garnishments, writs of seizure and sale and the like are all known to courts. In this case, it was open to the trial judge in all the circumstances to choose the injunctive remedy on the terms and conditions that he prescribed.

(c) *The Reporting Order Called on the Function and Powers of a Court*

71

Although it may not be common in the context of *Charter* remedies, the reporting order issued by LeBlanc J. was judicial in the sense that it called on the functions and powers known to courts. In several different contexts, courts order remedies that involve their continuing involvement in the relations between the parties (see R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2nd ed. (loose-leaf)), at paras. 1.260-1.490). Superior courts, which under the Judicature Acts possess the powers of common law courts and courts of equity, have “assumed active and even managerial roles in the exercise of their traditional equitable powers” (K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (loose-leaf), at para. 13.60). A panoply of equitable remedies are now available to courts in support of the litigation process and the final adjudication of disputes. For example, prejudgment remedies

parents tout en laissant largement au pouvoir exécutif le soin de choisir les moyens précis d’y parvenir.

Nos collègues, les juges LeBel et Deschamps, semblent douter de la constitutionnalité d’une injonction accordée contre le gouvernement en vertu du par. 24(1), et considérer qu’une telle mesure déroge au consensus qui existe au sujet des réparations fondées sur la *Charte* (voir le par. 134 de l’opinion dissidente). En toute déférence, il est clair qu’un tribunal peut accorder une injonction en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Le pouvoir des tribunaux d’accorder des injonctions contre le pouvoir exécutif est au cœur de ce paragraphe qui envisage plus que de simples déclarations de droits. Les tribunaux prennent des mesures pour que les droits soient respectés et non simplement déclarés. Les poursuites pour outrage auxquelles s’expose la personne ou l’entité qui passe outre à une ordonnance judiciaire, de même que les mesures coercitives telles la saisie-arrêt, la saisie-exécution et ainsi de suite sont autant de mesures connues des tribunaux. En l’espèce, le juge de première instance pouvait, eu égard aux circonstances, prescrire les modalités de l’injonction accordée.

c) *L’ordonnance enjoignant de rendre compte faisait appel à la fonction et aux pouvoirs des tribunaux*

Bien qu’elle ne soit peut-être pas courante en matière de réparation fondée sur la *Charte*, l’ordonnance enjoignant de rendre compte rendue par le juge LeBlanc est judiciaire en ce sens qu’elle fait appel à des fonctions et à des pouvoirs connus des tribunaux. Dans plusieurs contextes différents, les tribunaux accordent des réparations nécessitant leur intervention continue dans les relations entre les parties (voir R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2^e éd. (feuilles mobiles)), par. 1.260-1.490). Les cours supérieures qui, en vertu des lois sur l’organisation judiciaire, possèdent les pouvoirs des tribunaux de common law et d’equity [TRADUCTION] « jouent un rôle actif et même un rôle de gestion dans l’exercice de leurs pouvoirs d’equity traditionnels » (K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (feuilles mobiles), par. 13.60). Les tribunaux disposent maintenant d’une panoplie

developed in such cases as *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509 (C.A.), and *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55 (C.A.), involve the court in the preservation of evidence and the management of parties' assets prior to trial. In bankruptcy and receivership matters, courts may be called on to supervise fairly complex and ongoing commercial transactions relating to debtors' assets. Court-appointed receivers may report to and seek guidance from the courts and in some cases must seek the permission of the courts before disposing of property (see *Bennett on Receiverships* (2nd ed. 1999), at pp. 21-37, 443-45). Similarly, the courts' jurisdiction in respect of trusts and estates may sometimes entail detailed and continuing supervision and support of their administration (see D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at pp. 904-9; *Oosterhoff on Wills and Succession* (5th ed. 2001), at pp. 27-28). Courts may also retain an ongoing jurisdiction in family law cases to order alterations in maintenance payments or parenting arrangements as circumstances change. Finally, this Court has in the past remained seized of a matter so as to facilitate the implementation of constitutional language rights: see *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Re Manitoba Language Rights Order*, [1985] 2 S.C.R. 347; *Re Manitoba Language Rights Order*, [1990] 3 S.C.R. 1417; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1992] 1 S.C.R. 212. Lower courts have also retained jurisdiction in s. 23 cases: *British Columbia (Association des parents francophones) v. British Columbia* (1996), 139 D.L.R. (4th) 356 (B.C.S.C.), at p. 380; *Lavoie, supra*, at pp. 593-95; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Minority Language School Board No. 50* (1983), 48 N.B.R. (2d) 361 (Q.B.), at para. 109.

de redressements fondés sur l'équité qu'ils peuvent accorder en cours d'instance et lors du règlement final des différends. Par exemple, dans les redressements accordés avant le jugement dans des affaires comme *Mareva Compania Naviera S.A. c. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509 (C.A.), et *Anton Piller KG c. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55 (C.A.), les tribunaux sont appelés à jouer un rôle dans la conservation de la preuve et la gestion de l'actif des parties avant la tenue du procès. En matière de faillite et de séquestre, les tribunaux peuvent être appelés à superviser des opérations commerciales assez complexes portant sur les éléments d'actif des débiteurs. Les séquestres nommés par un tribunal peuvent lui rendre compte et lui demander conseil et sont tenus, dans certains cas, de lui demander l'autorisation d'aliéner des biens (voir *Bennett on Receiverships* (2^e éd. 1999), p. 21-37 et 443-445). De la même façon, la compétence que les tribunaux possèdent en matière de fiducie et de succession peut parfois les obliger à surveiller de près et à appuyer l'administration d'une fiducie ou d'une succession (voir D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), p. 904-909; *Oosterhoff on Wills and Succession* (5^e éd. 2001), p. 27-28). Dans le domaine du droit de la famille, les tribunaux peuvent également se déclarer compétents pour rendre des ordonnances modifiant les pensions alimentaires ou les conventions de garde au fur et à mesure que la situation évolue. Enfin, il est déjà arrivé que la Cour demeure saisie d'une affaire afin de favoriser le respect de droits linguistiques garantis par la Constitution (voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 2 R.C.S. 347; *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 1417; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212). Des tribunaux inférieurs ont également conservé compétence dans des affaires relatives à l'art. 23 : *British Columbia (Association des parents francophones) c. British Columbia* (1996), 139 D.L.R. (4th) 356 (C.S.C.-B.), p. 380; *Lavoie*, précité, p. 593-595; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Minority Language School Board No. 50* (1983), 48 R.N.-B. (2^e) 361 (B.R.), par. 109.

72 The difficulties of ongoing supervision of parties by the courts have sometimes been advanced as a reason that orders for specific performance and mandatory injunctions should not be awarded. Nonetheless, courts of equity have long accepted and overcome this difficulty of supervision where the situations demanded such remedies (see Sharpe, *supra*, at paras. 1.260-1.380; *Attorney-General v. Birmingham, Tame, and Rea District Drainage Board*, [1910] 1 Ch. 48 (C.A.), *aff'd* [1912] A.C. 788 (H.L.); *Kennard v. Cory Brothers and Co.*, [1922] 1 Ch. 265, *aff'd* [1922] 2 Ch. 1 (C.A.)).

73 As academic commentators have pointed out, the range of remedial orders available to courts in civil proceedings demonstrates that constitutional remedies involving some degree of ongoing supervision do not represent a radical break with the past practices of courts (see W. A. Bogart, “‘Appropriate and Just’: Section 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Question of Judicial Legitimacy” (1986), 10 *Dalhousie L.J.* 81, at pp. 92-94; N. Gillespie, “Charter Remedies: The Structural Injunction” (1989-90), 11 *Advocates’ Q.* 190, at pp. 217-18; Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, *supra*, at paras. 13.50-13.80; Sharpe, *supra*, at paras. 1.260-1.490). The change announced by s. 24 of the *Charter* is that the flexibility inherent in an equitable remedial jurisdiction may be applied to orders addressed to government to vindicate constitutionally entrenched rights.

74 The order in this case was in no way inconsistent with the judicial function. There was never any suggestion in this case that the court would, for example, improperly take over the detailed management and co-ordination of the construction projects. Hearing evidence and supervising cross-examinations on progress reports about the construction of schools are not beyond the normal capacities of courts.

75 The respondent argues that the reporting order issued by LeBlanc J. violated the common law

On a parfois affirmé que les difficultés liées à la surveillance continue des parties par les tribunaux justifient le refus d’accorder des ordonnances d’exécution en nature et des injonctions de faire. Toutefois, les tribunaux d’équité reconnaissent et surmontent depuis longtemps ces difficultés lorsque la situation commande une telle réparation (voir Sharpe, *op. cit.*, par. 1.260-1.380; *Attorney-General c. Birmingham, Tame, and Rea District Drainage Board*, [1910] 1 Ch. 48 (C.A.), *conf. par* [1912] A.C. 788 (H.L.); *Kennard c. Cory Brothers and Co.*, [1922] 1 Ch. 265, *conf. par* [1922] 2 Ch. 1 (C.A.)).

Comme les auteurs l’ont souligné, l’éventail des réparations que les tribunaux peuvent accorder en matière civile démontre que les réparations fondées sur la Constitution qui nécessitent l’exercice d’une certaine surveillance ne représentent pas une rupture radicale avec la pratique judiciaire antérieure (voir W. A. Bogart, « “Appropriate and Just” : Section 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Question of Judicial Legitimacy » (1986), 10 *Dalhousie L.J.* 81, p. 92-94; N. Gillespie, « Charter Remedies : The Structural Injunction » (1989-90), 11 *Advocates’ Q.* 190, p. 217-218; Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, *op. cit.*, par. 13.50-13.80; Sharpe, *op. cit.*, par. 1.260-1.490). Le changement annoncé par l’art. 24 de la *Charte* est la possibilité d’appliquer la souplesse inhérente de la compétence d’équité en matière de réparation aux ordonnances enjoignant à un gouvernement de défendre des droits consacrés dans la Constitution.

L’ordonnance rendue dans la présente affaire n’est nullement incompatible avec la fonction judiciaire. On n’a jamais laissé entendre en l’espèce que, par exemple, le tribunal s’approprierait irrégulièrement la gestion et la coordination complètes des projets de construction. L’audition d’éléments de preuve et la surveillance des contre-interrogatoires sur les comptes rendus concernant l’avancement des travaux de construction d’écoles n’excèdent pas les attributions normales des tribunaux.

L’intimé prétend que l’ordonnance enjoignant de rendre compte, rendue par le juge LeBlanc,

doctrine of *functus officio*. As we have said, statutes or common law rules cannot strictly pre-empt the remedial discretion in s. 24(1). Nonetheless, the doctrine of *functus officio* properly speaks to the functions and powers of courts. Therefore, an examination of the *functus* question is useful in deciding whether LeBlanc J. issued an order that is appropriately judicial.

Flinn J.A. for the majority in the Court of Appeal decided that the trial judge, having issued the best efforts order, had no further jurisdiction with respect to the parties and was therefore precluded from retaining jurisdiction to hear reports on its implementation (para. 21). This view is based on a mis-characterization of the reporting portion of the order as somehow separate from and additional to the best efforts injunctions. On the contrary, in our view, the reporting sessions formed an integral part of the remedy fashioned by LeBlanc J. Moreover, the *functus* doctrine has no application where the trial judge does not purport to alter a final judgment. There was no indication that the retention of jurisdiction included any power to alter the disposition of the case.

A closer examination of the doctrine is helpful. The *Oxford Companion to Law* (1980), at p. 508, provides the following definition:

Functus officio (having performed his function). Used of an agent who has performed his task and exhausted his authority and of an arbitrator or judge to whom further resort is incompetent, his function being exhausted.

But how can we know when a judge's function is exhausted? Sopinka J., writing for the majority in *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, at p. 860, described the purpose and origin of the doctrine in the following words:

enfreint la règle de common law du *functus officio*. Comme nous l'avons vu, ni les dispositions législatives ni les règles de common law ne peuvent, à strictement parler, court-circuiter le pouvoir discrétionnaire que le par. 24(1) confère en matière de réparation. Toutefois, la règle du *functus officio* témoigne des fonctions et des pouvoirs des tribunaux. L'examen de la question du *functus officio* est donc utile pour décider si le juge LeBlanc a rendu une ordonnance judiciaire comme il se doit.

Le juge Flinn a décidé, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, qu'après avoir rendu l'ordonnance « de faire de son mieux » le juge de première instance n'avait plus compétence à l'égard des parties et ne pouvait donc pas se déclarer compétent pour entendre les comptes rendus sur l'exécution de l'ordonnance (par. 21). Cette opinion repose sur le point de vue erroné selon lequel la partie de l'ordonnance qui enjoint de rendre compte est, d'une façon ou d'une autre, distincte des injonctions « de faire de son mieux » et s'ajoute à celles-ci. Au contraire, nous sommes d'avis que les auditions de comptes rendus font partie intégrante de la réparation accordée par le juge LeBlanc. De plus la règle du *functus officio* ne s'applique pas lorsque le juge de première instance n'entend pas modifier un jugement définitif. Rien n'indiquait que la déclaration de compétence incluait un pouvoir de modifier le dispositif de l'affaire.

Il est utile d'examiner plus attentivement cette règle. Le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2001), p. 253, donne la définition suivante :

Functus officio Locution latine signifiant « s'étant acquitté de sa fonction ». Se dit d'un tribunal, d'un organisme public ou d'un fonctionnaire qui est dessaisi d'une affaire parce qu'il a cessé l'exercice de sa fonction. Ex. Le juge qui a prononcé un jugement final est *functus officio*.

Comment peut-on savoir si un juge a épuisé sa fonction? S'exprimant au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, p. 860, le juge Sopinka décrit ainsi l'objet et l'origine de la règle :

76

77

78

The general rule that a final decision of a court cannot be reopened derives from the decision of the English Court of Appeal in *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88. The basis for it was that the power to rehear was transferred by the *Judicature Acts* to the appellate division.

79

It is clear that the principle of *functus officio* exists to allow finality of judgments from courts which are subject to appeal (see also *Reekie v. Messervey*, [1990] 1 S.C.R. 219, at pp. 222-23). This makes sense: if a court could continually hear applications to vary its decisions, it would assume the function of an appellate court and deny litigants a stable base from which to launch an appeal. Applying that aspect of the *functus* doctrine to s. 23(1), we face the question of whether the ordering of progress reports denied the respondents a stable basis from which to appeal.

80

In our view, LeBlanc J.'s retention of jurisdiction to hear reports did nothing to undermine the provision of a stable basis for launching an appeal. He did not purport to retain a power to change the decision as to the scope of the s. 23 rights in question, to alter the finding as to their violation, or to modify the original injunctions. The decision, including the best efforts order and the order to appear at reporting sessions, was final and appealable.

81

In any case, the rules of practice in Nova Scotia and other provinces allow courts to vary or add to their orders so as to carry them into operation or even to provide other or further relief than originally granted (Nova Scotia *Civil Procedure Rules*, Rule 15.08(d) and (e); Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 59.06(2)(c) and (d); *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, Rule 390(1)). This shows that the practice of providing further direction on remedies in support of a decision is known to our courts, and does not undermine the availability of appeal. Moreover, the possibility of such proceedings may facilitate the process of putting

La règle générale portant qu'on ne saurait revenir sur une décision judiciaire définitive découle de la décision de la Cour d'appel d'Angleterre dans *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88. La cour y avait conclu que le pouvoir d'entendre à nouveau une affaire avait été transféré à la division d'appel en vertu des *Judicature Acts*.

Il est clair que la règle du *functus officio* a pour but d'assurer le caractère définitif des jugements des tribunaux visés par un appel (voir aussi *Reekie c. Messervey*, [1990] 1 R.C.S. 219, p. 222-223). Cela est logique : s'il pouvait continuellement entendre des demandes de modification de ses décisions, un tribunal jouerait le rôle d'une cour d'appel et priverait les parties d'une assise stable pour interjeter appel. L'application de cet aspect de la règle du *functus officio* au par. 23(1) oblige à se demander si l'ordre de rendre compte des efforts déployés a eu pour effet de priver les intimés d'une assise stable pour interjeter appel.

À notre avis, le fait que le juge LeBlanc se soit déclaré compétent pour entendre des comptes rendus n'empêchait pas de disposer d'une assise stable pour interjeter appel. Il n'était pas censé se déclarer compétent pour modifier sa décision sur la portée des droits en cause qui sont garantis par l'art. 23, pour modifier sa conclusion quant à leur violation ou pour modifier les injonctions initiales. Sa décision, y compris l'ordonnance enjoignant de faire de son mieux et de comparaître à des auditions de comptes rendus, était définitive et susceptible d'appel.

De toute manière, les règles de pratique en vigueur en Nouvelle-Écosse et dans d'autres provinces autorisent les tribunaux à modifier leurs ordonnances ou à y faire des ajouts en vue d'en assurer l'exécution, ou même à modifier la réparation accordée au départ ou à en ajouter une autre (*Civil Procedure Rules* de la Nouvelle-Écosse, al. 15.08d) et e); *Règles de procédure civile de l'Ontario*, R.R.O. 1990, Règl. 194, al. 59.06(2)c) et d); *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, par. 390(1)). Cela démontre que nos tribunaux connaissent la pratique consistant à donner d'autres directives sur les réparations accordées à l'appui d'une décision, et que cette pratique ne

orders into operation without requiring resort to contempt proceedings.

The respondent relies on the Nova Scotia's *Judicature Act* to support its argument that the ordered reporting hearings were improper. However, even if that Act could have the effect of limiting the jurisdiction granted by s. 24(1) of the *Charter*, nothing in the *Judicature Act* appears to remove from a trial judge the power to hear reports on the implementation of his or her order. Section 33 of the *Judicature Act* provides that proceedings in the Supreme Court of Nova Scotia shall be "heard, determined and disposed of" by a single judge, but this does not limit the powers of the court to order reporting hearings. Section 34(d) of the *Judicature Act* allows a presiding judge to reserve judgment for a maximum of six months, but in our view, judgment was not reserved in this case since LeBlanc J. delivered his judgment within the six-month period. Section 38 of the *Judicature Act* provides that "an appeal lies to the Court of Appeal from any decision, verdict, judgment or order" of a judge of the Supreme Court of Nova Scotia. LeBlanc J. did nothing that would preclude the appeal of his decision or choice of remedy.

(d) *The Reporting Order Vindicated the Right by Means that Were Fair*

In the context, the reporting order was one which, after vindicating the entitled parents' rights, was not unfair to the respondent government. The respondent argues that it was subject to an overly vague remedy. In our opinion, the reporting order was not vaguely worded so as to render it invalid. While, in retrospect, it would certainly have been advisable for LeBlanc J. to provide more guidance to the parties as to what

compromet pas la possibilité d'interjeter appel. De plus, la possibilité de procéder ainsi peut faciliter l'exécution des ordonnances sans qu'il soit nécessaire de recourir à des poursuites pour outrage.

L'intimé invoque la *Judicature Act* de la Nouvelle-Écosse à l'appui de son argument de l'irrégularité des auditions de comptes rendus ordonnées. Toutefois, même si la *Judicature Act* avait pour effet de limiter la compétence conférée par le par. 24(1) de la *Charte*, aucune de ses dispositions ne semble retirer au juge de première instance le pouvoir d'entendre des comptes rendus sur l'exécution de son ordonnance. L'article 33 de la *Judicature Act* prévoit que les instances devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse sont [TRADUCTION] « instruites et tranchées » par un juge seul, mais cela n'a pas pour effet de limiter le pouvoir de la cour d'ordonner la tenue d'auditions de comptes rendus. Quoique l'al. 34d) de cette même loi autorise le juge qui préside une instance à mettre son jugement en délibéré pour une période maximale de six mois, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas eu de mise en délibéré en l'espèce puisque le juge LeBlanc a rendu jugement dans le délai de six mois. L'article 38 de la *Judicature Act* prévoit [TRADUCTION] « [qu']il peut être interjeté appel devant la Cour d'appel contre toute décision, tout verdict, tout jugement ou toute ordonnance » d'un juge de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse. Le juge LeBlanc n'a rien fait qui puisse empêcher d'interjeter appel contre sa décision ou la réparation qu'il a choisi d'accorder.

d) *L'ordonnance enjoignant de rendre compte faisait appel à des moyens équitables pour assurer la défense des droits en cause*

Dans les circonstances, l'ordonnance enjoignant de rendre compte assurait la défense des droits des parents visés sans être inéquitable pour le gouvernement intimé. L'intimé prétend qu'il a été assujéti à une réparation trop vague. Nous sommes d'avis que le libellé de l'ordonnance enjoignant de rendre compte n'était pas vague au point de la rendre invalide. L'ordonnance du juge LeBlanc n'était ni incompréhensible ni impossible

they could expect from the reporting sessions, his order was not incomprehensible or impossible to follow. In our view, the “reporting” element of LeBlanc J. remedy was not unclear in a way that would render it invalid.

84 Doubtless, as LeBel and Deschamps JJ. point out, the initial retention of jurisdiction by LeBlanc J. could have been more specific in its terms so as to give parties a precise understanding of the procedure at reporting sessions. Nonetheless, the respondent knew it was required to present itself to the court to report on the status of its efforts to provide the facilities as ordered by LeBlanc J. LeBlanc J.’s written order is satisfactory and clearly communicates that the obligation on government was simply to report. The fact that this was the subject of questions later in the process suggests that future orders of this type could be more explicit and detailed with respect to the jurisdiction retained and the procedure at reporting hearings.

85 It should be remembered that LeBlanc J. was crafting a fairly original remedy in order to provide flexibility to the executive while vindicating the s. 23 right. It may be expected that in future cases judges will be in a better position to ensure that the contents of their orders are clearer. In addition, the reporting order chosen by LeBlanc J. is not the only tool of its kind. It may be more helpful in some cases for the trial judge to seek submissions on whether to specify a timetable with a right of the government to seek variation where just and appropriate to do so.

86 Once again, we emphasize that s. 24(1) gives a court the discretion to fashion the remedy that it considers just and appropriate in the circumstances. The trial judge is not required to identify the single best remedy, even if that were possible. In our view,

à respecter, même si l’on constate, avec le recul, qu’il aurait sûrement été souhaitable que le juge éclaire davantage les parties sur ce qu’elles pouvaient attendre des auditions de comptes rendus. Selon nous, l’ordonnance enjoignant de rendre compte, contenue dans la réparation accordée par le juge LeBlanc, n’était pas obscure au point d’invalider cette réparation.

Comme le font remarquer les juges LeBel et Deschamps, il n’y a pas de doute que le juge LeBlanc aurait pu être plus précis dans sa déclaration initiale de compétence, afin de permettre aux parties de bien saisir la procédure applicable aux auditions de comptes rendus. Néanmoins, l’intimé savait qu’il devait se présenter devant le tribunal pour rendre compte des efforts déployés pour fournir les établissements ordonnés par le juge LeBlanc. L’ordonnance écrite du juge LeBlanc est satisfaisante et indique clairement que le gouvernement était simplement tenu de rendre compte. Le fait qu’elle ait, par la suite, donné lieu à des questions indique qu’à l’avenir les ordonnances de cette nature pourraient être plus précises et détaillées en ce qui concerne la déclaration de compétence et la procédure applicable aux auditions de comptes rendus.

Il faut se rappeler que la réparation conçue par le juge LeBlanc était assez inédite et visait à laisser une certaine latitude au pouvoir exécutif tout en défendant les droits garantis par l’art. 23. On peut s’attendre à ce qu’à l’avenir les juges soient mieux placés pour veiller à ce que le contenu de leurs ordonnances soit plus clair. En outre, l’ordonnance enjoignant de rendre compte retenue par le juge LeBlanc n’est pas le seul outil du genre. Il peut parfois se révéler plus utile que le juge demande des observations sur l’opportunité d’établir un échancier assorti du droit pour le gouvernement de demander des modifications, lorsqu’il est juste et convenable de le faire.

Encore une fois, nous tenons à souligner que le par. 24(1) confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire d’accorder la réparation qu’il estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Le juge de première instance n’est pas tenu de trouver la

the trial judge's remedy was clearly appropriate and just in the circumstances.

(5) Conclusion

Section 24(1) of the *Charter* requires that courts issue effective, responsive remedies that guarantee full and meaningful protection of *Charter* rights and freedoms. The meaningful protection of *Charter* rights, and in particular the enforcement of s. 23 rights, may in some cases require the introduction of novel remedies. A superior court may craft any remedy that it considers appropriate and just in the circumstances. In doing so, courts should be mindful of their roles as constitutional arbiters and the limits of their institutional capacities. Reviewing courts, for their part, must show considerable deference to trial judges' choice of remedy, and should refrain from using hindsight to perfect a remedy. A reviewing court should only interfere where the trial judge has committed an error of law or principle.

The remedy crafted by LeBlanc J. meaningfully vindicated the rights of the appellant parents by encouraging the Province's prompt construction of school facilities, without drawing the court outside its proper role. The Court of Appeal erred in wrongly interfering with and striking down the portion of LeBlanc J.'s order in which he retained jurisdiction to hear progress reports on the status of the Province's efforts in providing school facilities by the required dates.

V. Disposition

In the result, we would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the order of the trial judge.

We would award full costs to the appellants on a solicitor-client basis throughout, including the costs for the reporting hearings. The appellants are parents who have, despite their numerous efforts, been

meilleure réparation, même dans le cas où il serait possible de le faire. À notre avis, la réparation accordée par le juge de première instance était nettement convenable et juste eu égard aux circonstances.

(5) Conclusion

Le paragraphe 24(1) de la *Charte* exige que les tribunaux accordent des réparations efficaces et adaptées qui protègent pleinement et utilement les droits et libertés garantis par la *Charte*. Il peut parfois arriver que la protection utile des droits garantis par la *Charte* et, en particulier l'application de l'art. 23, commandent des réparations d'un genre nouveau. Une cour supérieure peut accorder toute réparation qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Ce faisant, elle doit être consciente de son rôle d'arbitre de la Constitution et des limites de ses capacités institutionnelles. Les tribunaux qui procèdent à un contrôle doivent, pour leur part, faire montre d'une grande déférence à l'égard de la réparation choisie par un juge de première instance et se garder de les parfaire après coup; ils ne doivent intervenir qu'en cas d'erreur commise sur le plan du droit ou des principes par le juge de première instance.

La réparation conçue par le juge LeBlanc défendait utilement les droits des parents appelants en encourageant la province à construire promptement des écoles, sans faire dévier la cour du rôle qui lui revient. La Cour d'appel a eu tort d'intervenir et d'annuler la partie de l'ordonnance du juge LeBlanc dans laquelle il se déclarait compétent pour entendre des comptes rendus sur les efforts déployés par la province en vue de fournir des écoles dans les délais impartis.

V. Dispositif

En définitive, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance.

Les appelants ont droit à leurs dépens devant toutes les cours, sur la base procureur-client, y compris les dépens relatifs aux auditions de comptes rendus. Les appelants sont des parents qui, malgré

87

88

89

90

consistently denied their *Charter* rights. The Province failed to meet its corresponding obligations to the appellant parents despite its clear awareness of the appellants' rights. Accordingly, in looking at all the circumstances, our view is that solicitor-client costs should be awarded.

The reasons of Major, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

LEBEL AND DESCHAMPS JJ. (dissenting) —

I. Introduction

91 The devil is in the details. Awareness of the critical importance of effectively enforcing constitutional rights should not lead to forgetfulness about the need to draft pleadings, orders and judgments in a sound manner, consonant with the basic rules of legal writing, and with an understanding of the proper role of courts and of the organizing principles of the legal and political order of our country. Court orders should be written in such a way that parties are put on notice of what is expected of them. Courts should not unduly encroach on areas which should remain the responsibility of public administration and should avoid turning themselves into managers of the public service. Judicial interventions should end when and where the case of which a judge is seized is brought to a close.

92 In our respectful view, without putting in any doubt the desire of the trial judge to fashion an effective remedy to address the consequences of a long history of neglect of the rights of the Francophone minority in Nova Scotia, the drafting of his so-called reporting order was seriously flawed. It gave the parties no clear notice of their obligations, the nature of the reports or even the purpose of the reporting hearings. In addition, the reporting order assumed that the judge could retain jurisdiction at will, after he had finally disposed of the matter of which he had been seized, thereby breaching the constitutional principle of separation of powers. The order did so

leurs nombreux efforts, ont constamment été victimes d'une négation des droits que leur garantit la *Charte*. La province n'a pas respecté les obligations correspondantes qu'elle avait envers des parents appelants, même si elle était nettement au courant de leurs droits. Nous estimons donc, compte tenu de toutes les circonstances, qu'il y a lieu d'accorder des dépens sur la base procureur-client.

Version française des motifs des juges Major, Binnie, LeBel et Deschamps rendus par

LES JUGES LEBEL ET DESCHAMPS (dissidents) —

I. Introduction

Tout est dans les détails. L'importance cruciale de prendre des mesures efficaces visant à assurer le respect des droits garantis par la Constitution ne doit pas éclipser la nécessité que les actes de procédure, ordonnances et jugements respectent les règles élémentaires de rédaction juridique et reflètent une bonne compréhension du rôle que doivent jouer les tribunaux et les principes qui sous-tendent l'ordre juridique et politique de notre pays. Les ordonnances judiciaires doivent indiquer clairement aux parties ce qu'on attend d'elles. Les tribunaux doivent s'abstenir d'empiéter indûment sur des domaines qui doivent continuer de relever de l'administration publique, et éviter de se transformer en gestionnaires de la fonction publique. L'intervention judiciaire doit cesser dès que le juge rend un jugement final dans l'affaire dont il est saisi.

Bien qu'il ne soit pas question de mettre en doute la volonté du juge de première instance de remédier efficacement à de longues années d'inertie en matière de protection des droits de la minorité francophone de la Nouvelle-Écosse, nous considérons que de graves vices de rédaction entachent l'ordonnance enjoignant de rendre compte qu'il a prononcée. Celle-ci n'indique pas clairement aux parties la nature de leurs obligations, la nature des comptes rendus à présenter ni même l'objet des auditions de comptes rendus. En outre, contrairement au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, elle tient pour acquis que le juge pouvait à loisir se

by reason of the way it was framed and the manner in which it was implemented. In our opinion, the reporting order was void, as the Court of Appeal of Nova Scotia found, and the appeal should be dismissed.

II. The Nature of the Issues

This appeal raises the sole question of the validity of the reporting order made by LeBlanc J. ((2000), 185 N.S.R. (2d) 246). In this context, we do not intend to engage in a full review of the factual background and of the judicial history of this case. For the purposes of our reasons, we are content to rely on their extensive review in the reasons of our colleagues. We will only add such details about the reporting order and its implementation as might be of assistance to our analysis of the legal questions at stake in this appeal.

At the outset, we wish to emphasize that we fully agree with our colleagues in their analysis of the nature and fundamental importance of language rights in the Canadian Constitution, as well as on the need for efficacy and imagination in the development of constitutional remedies. Indeed, we dissent because we believe that constitutional remedies should be designed keeping in mind the canons of good legal drafting, the fundamental importance of procedural fairness, and a proper awareness of the nature of the role of courts in our democratic political regime, a key principle of which remains the separation of powers. This principle protects the independence of courts. It also flexibly delineates the domain of court action, particularly in the relationship of courts not only with legislatures but also with the executive branch of government or public administration.

As to the other issues such as mootness, immunities and mandatory injunctions, we are in broad agreement with our colleagues and do not intend to comment any further on them. We turn now to an

déclarer compétent pour agir, après avoir tranché définitivement l'affaire dont il était saisi. Elle contrevient à ce principe en raison de sa formulation et de la façon dont elle a été exécutée. Nous estimons que cette ordonnance est nulle et sans effet, comme l'a décidé la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, et que le pourvoi devrait être rejeté.

II. La nature des questions

La seule question soulevée en l'espèce est celle de la validité de l'ordonnance enjoignant de rendre compte prononcée par le juge LeBlanc ((2000), 185 N.S.R. (2d) 246). Pour cette raison, nous n'entendons pas nous livrer à un examen complet des faits et de l'historique judiciaire de l'affaire. Pour les besoins des présents motifs, nous nous en tiendrons à l'examen approfondi qu'en font nos collègues dans leurs propres motifs, en nous contentant d'ajouter, à propos de l'ordonnance et de son exécution, les détails susceptibles d'éclairer notre analyse des questions de droit qui se posent en l'espèce.

Au départ, nous tenons à préciser que nous souscrivons entièrement à l'analyse que nos collègues font de la nature et de l'importance fondamentale des droits linguistiques consacrés dans notre Constitution, de même qu'à leur avis que l'efficacité et la créativité sont des attributs nécessaires en matière de réparation fondée sur la Constitution. En réalité, nous sommes en désaccord avec nos collègues parce que nous croyons que l'ordonnance qui accorde ce type de réparation doit aussi respecter les règles élémentaires de rédaction juridique et tenir compte de l'importance fondamentale de l'équité procédurale et du rôle des tribunaux dans notre régime politique démocratique, qui repose notamment sur le principe de la séparation des pouvoirs. Ce principe protège l'indépendance judiciaire. Il délimite également avec souplesse le champ d'action judiciaire, en particulier les rapports des tribunaux non seulement avec le législateur, mais également avec la branche exécutive du gouvernement, c'est-à-dire l'administration publique.

En ce qui concerne les autres questions, tels le caractère théorique, l'immunité et l'injonction de faire, nous partageons généralement l'opinion de nos collègues et n'avons rien à ajouter à ce sujet.

93

94

95

analysis of the issues which lie at the root of our disagreement with the majority as to the final disposition of this appeal.

96 In this analysis, we will first review the nature of the reporting order and we will determine whether it can be considered consistent with the principle of procedural fairness. We will then discuss the principles of separation of powers and *functus officio*; we will demonstrate that the question of whether the trial judge had jurisdiction to issue the order is germane to the determination of whether the trial judge breached the separation of powers. In both discussions, the appropriateness of the remedy will be called into question. In the former, we will assess the appropriateness of the order for reporting hearings from the perspective of the parties subject to it, while in the latter, we will analyse the appropriateness of the order, by taking into consideration the proper role of courts within our constitutional order.

III. The Drafting of the Order and the Principle of Procedural Fairness

97 The drafting of applications asking for injunctive relief, or of orders granting such remedies, can be a serious challenge for counsel and judges. The exercise of the court power to grant injunctions may lead, from time to time, to situations of non-compliance where it may be necessary to call upon the drastic exercise of courts' powers to impose civil or criminal penalties, including imprisonment (R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 6-7). Therefore, proper notice to the parties of the obligations imposed upon them and clarity in defining the standard of compliance expected of them must be essential requirements of a court's intervention. Vague or ambiguous language should be strictly avoided (*Sonoco Ltd. v. Local 433* (1970), 13 D.L.R. (3d) 617 (B.C.C.A.), at p. 621; *Sporting Club du Sanctuaire Inc. v. 2320-4365 Québec Inc.*, [1989] R.D.J. 596 (Que. C.A.)).

98 Unfortunately, the drafting of the present reporting order was anything but clear. Its brevity and

Nous passons donc à l'analyse des points à l'origine de notre désaccord avec la façon dont les juges majoritaires tranchent le pourvoi.

Nous allons d'abord examiner la nature de l'ordonnance enjoignant de rendre compte, afin de déterminer si elle est conforme au principe de l'équité procédurale. Nous analyserons ensuite le principe de la séparation des pouvoirs et la règle du *functus officio*, et démontrerons que la question de savoir si le juge avait compétence pour rendre l'ordonnance en cause se rattache à celle de savoir s'il a contrevenu au principe de la séparation des pouvoirs. Dans les deux cas, nous nous interrogerons sur le caractère convenable de la réparation accordée. Dans le premier cas, nous évaluerons, du point de vue des parties visées, le caractère convenable de l'ordonnance enjoignant de rendre compte, alors que, dans le deuxième cas, nous analyserons ce caractère convenable à la lumière du rôle que les tribunaux doivent jouer dans notre ordre constitutionnel.

III. La rédaction de l'ordonnance et le principe de l'équité procédurale

La rédaction d'une demande de réparation par voie d'injonction ou d'une ordonnance de cette nature peut constituer un grand défi pour les avocats et les juges. Il peut parfois arriver que les tribunaux aient à prendre des mesures draconiennes, tel l'exercice du pouvoir d'infliger des sanctions civiles ou criminelles, y compris une peine d'emprisonnement, pour contraindre les parties à respecter une injonction qu'ils ont accordée (R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 6-7). En conséquence, pour que les tribunaux puissent intervenir, il est indispensable de bien informer les parties des obligations qui leur sont imposées et de définir clairement la norme de conformité qu'ils devront respecter. Les expressions vagues ou ambiguës n'ont pas leur place (*Sonoco Ltd. c. Local 433* (1970), 13 D.L.R. (3d) 617 (C.A.C.-B.), p. 621; *Sporting Club du Sanctuaire Inc. c. 2320-4365 Québec Inc.*, [1989] R.D.J. 596 (C.A. Qué.)).

Malheureusement, l'ordonnance enjoignant de rendre compte est loin d'être claire. Sa concision

apparent simplicity belie its actual complexity and the state of confusion and uncertainty in which it left not only all of the parties, but the trial judge himself at times. This order was final, not interim, and it was tied to the “best efforts order”, which was not couched in terms liable to shed much light on the nature of the obligations of the respondents. Given that this part of the order was not challenged on appeal, we will not discuss it at length, but instead, will focus exclusively on the reporting order which is the object of this appeal.

At first, when judgment was rendered, the reporting order read, at para. 245:

The applicants have requested that I should maintain jurisdiction. I agree to do so. I am scheduling a further appearance for Thursday, July 27, 2000 at 1:30 p.m., and at that time the respondents will report on the status of their efforts. I am requesting the respondents to utilize their best efforts to comply with this decision.

This drafting was slightly modified in the final order, dated December 14, 2000:

The Court shall retain jurisdiction to hear reports from the respondents respecting the respondents’ compliance with this Order. The respondents shall report to this Court on March 23, 2001 at 9:30 a.m., or on such other date as the Court may determine.

As Flinn J.A. observed in his reasons in the Court of Appeal ((2001), 194 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSCA 104), nobody knew the exact nature of these reports. Their form and content were undefined. There was no indication as to whether they should be delivered orally or in writing or both nor as to how detailed they should be and what kind of supporting documents, if any, would be needed. The order also provided for hearings, but again, it left the parties in the dark as to the procedure, purpose or nature of these sessions of the court. The parties learned only shortly before these hearings that affidavits needed to be filed and deponents made available for cross-examination. Further, there seemed to be little direction, if any at all, as to what sort of evidence was required to be included for the purpose of the hearings. The nature of these hearings, as the process

et sa simplicité apparente témoignent mal de sa véritable complexité ainsi que de la confusion et de l’incertitude qu’elle a engendré non seulement dans l’esprit de toutes les parties, mais parfois également dans celui du juge lui-même. Cette ordonnance a un caractère définitif et non provisoire, et se trouve liée à l’ordonnance « de faire de son mieux » qui ne renseigne pas beaucoup sur la nature des obligations de l’intimé. Nous n’examinerons pas en détail cette partie de l’ordonnance étant donné qu’elle n’a pas été portée en appel. Nous nous concentrerons plutôt exclusivement sur l’ordonnance enjoignant de rendre compte qui fait l’objet du présent pourvoi.

L’ordonnance enjoignant de rendre compte était ainsi libellée lors du jugement (au par. 245) :

[TRADUCTION] Les demandeurs ont sollicité une déclaration de compétence de ma part. J’acquiesce à leur demande. Les défendeurs devront comparaître de nouveau le jeudi 27 juillet 2000, à 13 h 30, afin de rendre compte des efforts qu’ils auront déployés. Je leur demande de faire de leur mieux pour se conformer à la présente décision.

Le texte de l’ordonnance définitive du 14 décembre 2000 diffère légèrement :

[TRADUCTION] La cour se déclare compétente pour entendre les comptes rendus des défendeurs sur leur respect de la présente ordonnance. Les défendeurs devront rendre compte à la cour, le 23 mars 2001 à 9 h 30, ou à toute autre date fixée par cette dernière.

Comme le juge Flinn de la Cour d’appel l’a fait observer dans ses motifs ((2001), 194 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSCA 104), personne ne connaissait exactement la nature de ces comptes rendus. Leur forme et leur contenu n’étaient pas précisés. Rien n’indiquait s’ils devraient être présentés de vive voix ou par écrit ou encore des deux manières, ni à quel point ils devraient être détaillés ou encore quelles pièces justificatives devaient être fournies. L’ordonnance prévoyait aussi la tenue d’auditions, mais là encore, sans préciser leur objet, leur nature ou encore la procédure qui leur serait applicable. Ce n’est que peu avant ces auditions que les parties ont appris qu’il serait nécessaire de déposer des affidavits et que leurs auteurs pourraient subir un contre-interrogatoire. De plus, il ne semblait guère y avoir de directives quant au genre de preuve requise pour

developed, appeared to become a cross between a mini-trial, an informal meeting with the judge and some kind of mediation session, for the purpose of monitoring the execution of the school-building program for Francophone students.

101 The trial judge himself seemed unsure about the nature of the hearings he had ordered and of the process he had initiated. At first, he appeared to lean towards the view that those hearings were regular sessions of the court, that he had not issued a final order and that additional relief could be requested. For example, in the July 27, 2000 hearing, the trial judge stated that in the hearings, he “would have the opportunity to determine if the Respondents were indeed making every or best efforts to comply” (appellants’ record, at p. 762). This was a reiteration of a claim made earlier in that hearing (appellants’ record, at p. 720). Similarly, in the August 9, 2000 hearing, the trial judge stated: “the amount of room I have with respect to a decision or direction or comment is very limited” (appellants’ record, at pp. 997-98); this statement implies that the trial judge had the power, albeit limited, to make orders. However, after the setting down of his formal order, at the last hearing in March 2001, he commented that he could not grant further relief, that he had fully disposed of the matter in his order and accompanying reasons, which were released the previous summer. He added that the sessions had a solely informational purpose.

102 In the meantime, schools were built or renovated and made available to Francophone students. It is difficult to determine whether those sessions accomplished anything in this respect. What these sessions certainly did was sow confusion, doubt and uncertainty about the obligations of the respondents and about the nature of a process that went on over several months. The trial judge appeared to view this process as open ended and indeterminate, with more sessions

les besoins de ces auditions. Au fur et à mesure qu’elles se déroulaient, les auditions ont paru tenir à la fois du mini-procès, de la rencontre informelle avec le juge et d’une sorte de séance de médiation, dont le but était de surveiller l’exécution du programme de construction d’écoles destinées aux élèves francophones.

Le juge de première instance lui-même semblait incertain de la nature des auditions qu’il avait ordonnées et du processus qu’il avait enclenché. Il a d’abord paru enclin à considérer qu’elles constituaient des audiences régulières de la cour, qu’il n’avait pas rendu une ordonnance définitive et qu’il serait possible de demander une réparation supplémentaire. Il a notamment déclaré, lors de l’audition du 27 juillet 2000, que ces auditions lui permettraient [TRADUCTION] « de déterminer si les intimés faisaient vraiment de leur mieux pour se conformer à l’ordonnance » (dossier des appelants, p. 762). Il ne faisait alors que réitérer une affirmation déjà faite au cours de cette audition (dossier des appelants, p. 720). De même, pendant l’audition du 9 août 2000, il a déclaré : [TRADUCTION] « je ne dispose que d’une latitude très mince en matière de décisions, de directives ou de commentaires » (dossier des appelants, p. 997-998); cette déclaration laisse entendre que le juge de première instance était habilité, quoique de façon limitée, à rendre des ordonnances. Toutefois, après avoir énoncé son ordonnance formelle lors de la dernière audition, en mars 2001, il a expliqué qu’il ne pouvait pas accorder une réparation supplémentaire, qu’il avait complètement tranché l’affaire dans son ordonnance et les motifs connexes déposés l’été précédent. Il a ajouté que les auditions avaient seulement pour but d’informer.

Pendant ce temps, des écoles étaient construites ou rénovées et mises à la disposition des élèves francophones. Il est difficile de savoir si ces auditions y étaient pour quelque chose. Toutefois, il est certain qu’elles ont semé la confusion, le doute et l’incertitude au sujet des obligations des intimés et de la nature d’un processus qui s’est étalé sur plusieurs mois. Le juge de première instance a paru considérer qu’il s’agissait d’un processus souple dont la durée était indéterminée, et qu’il pourrait à

being scheduled as he wished. Nobody really knew when it all would come to an end.

The uncertainty engendered by the reporting order was not merely inconvenient for the parties. In our view it amounted to a breach of the parties' interest in procedural fairness. One essential feature of a fair procedural rule is that its contents are clearly defined, and known in advance by the parties subject to it (*Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219, at pp. 233-36; see also: D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at p. 233; R. Dussault and L. Borgeat, *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1990), vol. 4, at pp. 279-82; S. A. de Smith, H. Woolf and J. L. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995 & Cum. Supp. 1998), at pp. 432-36).

Moreover, as we noted above, the trial judge in his initial characterization of the order seemed to believe, and certainly gave the impression, that he had the power to make further orders based on what was presented to him at the reporting sessions. In other words, he purported to have available the coercive power of the state to compel the parties to act, and suggested that he could do so based on conclusions that he would draw from the evidence placed before him. In the result, the parties found themselves before a trial judge who purported to exercise judicial functions and powers, and who provided almost nothing by way of procedural guidelines. The parties were denied notice which, as L'Heureux-Dubé J. has noted, is a rule "so fundamental in our legal system that I do not think there is any necessity to discuss it at length" (*Supermarchés Jean Labrecque, supra*, at p. 233). For this reason alone, the trial judge's order can be found to be inappropriate under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore void. Nonetheless, we turn now to a discussion of the principles of separation of powers and *functus officio*. Consideration of these principles will aid in assessing the appropriateness of the remedy, in light of the judiciary's proper role within our constitutional order.

loisir fixer d'autres dates d'audition. Personne ne savait exactement quand tout cela se terminerait.

L'incertitude créée par l'ordonnance enjoignant de rendre compte n'était pas une simple source d'ennui pour les parties. Nous estimons qu'elle constituait également une atteinte à leur droit à l'équité procédurale. Une règle de procédure ne peut être considérée comme juste et équitable que si son contenu est clairement défini et connu des parties auxquelles elle s'applique (*Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219, p. 233-236; voir également D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 233; R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1989), t. III, p. 393-398; S. A. de Smith, H. Woolf et J. L. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5^e éd. 1995 & suppl. 1998), p. 432-436).

En outre, comme nous l'avons vu, lorsqu'il a caractérisé l'ordonnance au départ, le juge de première instance a semblé croire et a sûrement donné l'impression qu'il avait le pouvoir de rendre des ordonnances supplémentaires en fonction de ce qui lui serait présenté lors des auditions. En d'autres termes, il se prétendait habilité à exercer le pouvoir de l'État de contraindre les parties à agir, et laissait entendre qu'il pourrait le faire selon les conclusions qu'il tirerait de la preuve qui lui serait soumise. En définitive, les parties se sont trouvées devant un juge qui prétendait exercer des fonctions et pouvoirs judiciaires, et qui ne leur a fourni presque aucune directive en matière de procédure. Il n'a pas donné aux parties un avis suffisant, contrevenant ainsi à ce que la juge L'Heureux-Dubé a qualifié de règle « si fondamentale dans notre droit que je ne crois pas nécessaire d'en faire une longue démonstration » (*Supermarchés Jean Labrecque, précité*, p. 233). Il est possible, pour cette seule raison, de considérer que l'ordonnance du juge de première instance n'est pas convenable au sens du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elle est donc nulle et sans effet. Nous allons néanmoins analyser le principe de la séparation des pouvoirs et la règle du *functus officio*, ce qui nous aidera à déterminer si la réparation est convenable compte tenu du rôle que les tribunaux doivent jouer dans notre ordre constitutionnel.

103

104

IV. The Appropriate Role of the Judiciary

105

While superior courts' powers to craft *Charter* remedies may not be constrained by statutory or common law limits, they are nonetheless bound by rules of fundamental justice, as we have shown above, and by constitutional boundaries, as we shall see below. In the context of constitutional remedies, courts fulfill their proper function by issuing orders precise enough for the parties to know what is expected of them, and by permitting the parties to execute those orders. Such orders are final. A court purporting to retain jurisdiction to oversee the implementation of a remedy, after a final order has been issued, will likely be acting inappropriately on two levels. First, by attempting to extend the court's jurisdiction beyond its proper role, it will breach the separation of powers principle. Second, by acting after exhausting its jurisdiction, it will breach the *functus officio* doctrine. We will look at each of these breaches in turn.

1. *The Separation of Powers*

106

Courts are called upon to play a fundamental role in the Canadian constitutional regime. When needed, they must be assertive in enforcing constitutional rights. At times, they have to grant such relief as will be required to safeguard basic constitutional rights and the rule of law, despite the sensitivity of certain issues or circumstances and the reverberations of their decisions in their societal environment. Despite — or, perhaps, because of — the critical importance of their functions, courts should be wary of going beyond the proper scope of the role assigned to them in the public law of Canada. In essence, this role is to declare what the law is, contribute to its development and to give claimants such relief in the form of declarations, interpretation and orders as will be needed to remedy infringements of constitutional and legal rights by public authorities.

IV. Le rôle que doivent jouer les tribunaux

Bien qu'il ne puisse pas être limité par une disposition législative ou une règle de common law, l'exercice par les cours supérieures de leur pouvoir d'accorder des réparations fondées sur la *Charte* doit respecter, comme nous l'avons vu, les règles de justice fondamentale et, comme nous le verrons plus loin, certaines limites imposées par la Constitution. En matière de réparations fondées sur la Constitution, les tribunaux ne remplissent correctement leur fonction que s'ils rendent des ordonnances assez précises pour que les parties sachent ce qu'on attend d'elles et soient ainsi en mesure d'exécuter ces ordonnances. Ces ordonnances sont définitives. Un tribunal qui, après avoir rendu une ordonnance définitive, prétend se déclarer compétent pour surveiller la mise en œuvre de la réparation ordonnée est susceptible d'errer sur deux plans. Premièrement, en essayant d'élargir son champ de compétence au-delà du rôle qu'il doit jouer, il contrevient au principe de la séparation des pouvoirs. Deuxièmement, en continuant d'agir après avoir épuisé sa compétence, il enfreint la règle du *functus officio*. Nous allons examiner successivement ces deux violations.

1. *La séparation des pouvoirs*

Les tribunaux sont appelés à jouer un rôle fondamental dans le régime constitutionnel canadien. Ils doivent, au besoin, assurer avec fermeté le respect des droits constitutionnels. Malgré la nature délicate de certaines questions ou circonstances et les répercussions sociales de leurs décisions, les tribunaux doivent parfois accorder la réparation nécessaire pour préserver des droits fondamentaux garantis par la Constitution et pour maintenir la primauté du droit. En dépit — ou peut-être à cause — de l'importance cruciale de leurs fonctions, les tribunaux doivent prendre garde de ne pas outrepasser le rôle qui leur est assigné en droit public canadien. Ce rôle consiste essentiellement à dire le droit, à contribuer à son évolution et à accorder à des demandeurs les réparations sous forme de jugement déclaratoire, d'interprétation ou d'ordonnance qui sont

Beyond these functions, an attitude of restraint remains all the more justified, given that, as the majority reasons acknowledge, Canada has maintained a tradition of compliance by governments and public servants with judicial interpretations of the law and court orders.

Given the nature of the Canadian parliamentary system, the existence of a true doctrine of separation of powers in Canada was sometimes put in doubt (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), at p. 7-24; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at para. 52). It is true that Canadians have never adopted a watertight system of separation of judicial, legislative and executive functions. In the discharge of their functions, courts have had to strike down laws, regulations or administrative decisions. They have imposed liability on the Crown or public bodies and have awarded damages against them. Forms of administrative justice or adjudication have grown out of the development of executive functions (*Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, [2003] 1 S.C.R. 884, 2003 SCC 36). Such developments may be said to have blurred theoretical distinctions between government functions. Nevertheless, in a broad sense, a separation of powers is now entrenched as a cornerstone of our constitutional regime.

More particularly, the distinction clearly stands out in respect of the relationship of courts on one side and of the legislatures and executive or public administration on the other (H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4th ed. 2002), at pp. 756-57). Our Court has acknowledged the fundamental nature of the separation

nécessaires pour remédier aux atteintes à des droits conférés par la Constitution ou par la loi, dont sont responsables les autorités publiques. Au-delà de ces fonctions, une attitude de retenue est d'autant plus justifiée qu'il existe au Canada — comme le reconnaissent les juges majoritaires en l'espèce — une tradition de respect des interprétations et des ordonnances judiciaires de la part des gouvernements et des fonctionnaires.

La nature du régime parlementaire canadien a parfois eu pour effet de jeter le doute sur l'existence d'un véritable principe de séparation des pouvoirs au Canada (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), p. 7-24; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 52). Il est vrai que les Canadiens n'ont jamais adopté un système étanche de séparation des fonctions judiciaire, législative et exécutive. Dans l'exercice de leurs fonctions, les tribunaux ont parfois été appelés à invalider des lois, des règlements ou encore des décisions administratives. Il leur est arrivé de conclure à la responsabilité de l'État ou d'organismes publics et de leur ordonner de verser des dommages-intérêts. L'évolution de la fonction exécutive a engendré de nouveaux types de justice administrative et de fonctions juridictionnelles (*Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884, 2003 CSC 36). On peut dire que les distinctions théoriques entre les fonctions gouvernementales s'en sont trouvées estompées. Malgré tout, il reste que, généralement parlant, la séparation des pouvoirs est maintenant consacrée en tant que pierre d'assise de notre régime constitutionnel.

En particulier, la distinction ressort clairement en ce qui a trait à la relation qui existe entre les tribunaux, d'une part, et le législateur et l'exécutif ou encore l'administration publique, d'autre part (H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4^e éd. 2002), p. 756-757). La Cour a reconnu le caractère fondamental de la séparation

of powers, although some of its pronouncements emphasize its functional nature (*New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319). Indeed, our Court has recently characterized this principle as a defining feature of the Canadian Constitution (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*Provincial Court Judges Reference*”); see also *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 469-70).

des pouvoirs même si, dans certains arrêts, elle met l’accent sur la nature fonctionnelle de cette séparation (*New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319). D’ailleurs, elle qualifiait récemment ce principe de caractéristique fondamentale de la Constitution canadienne (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi sur les juges de la Cour provinciale* »); voir aussi *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 469-470).

109 Our Court has strongly emphasized and vigorously applied the principle of separation of powers in order to uphold the independence of the judiciary (see for example: *Provincial Court Judges Reference*, *supra*; see also *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13). In that context, the principle was viewed as a shield designed to protect the judiciary in order to allow it to discharge its duties under the Constitution with complete independence and impartiality. Nothing less was required to maintain the normative ordering of the Canadian legal system.

La Cour a fait une large place au principe de la séparation des pouvoirs qu’elle s’est employée vigoureusement à appliquer pour préserver l’indépendance des tribunaux (voir notamment le *Renvoi sur les juges de la Cour provinciale*, précité; voir aussi l’arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13). Dans ce contexte, le principe était perçu comme un rempart destiné à permettre aux tribunaux de s’acquitter, d’une manière complètement indépendante et impartiale, des obligations que leur impose la Constitution. Le maintien de l’ordre normatif du système juridique canadien ne commandait rien de moins.

110 However, the principle of separation of powers has an obverse side as well, which equally reflects the appropriate position of the judiciary within the Canadian legal system. Aside from their duties to supervise administrative tribunals created by the executive and to act as vigilant guardians of constitutional rights and the rule of law, courts should, as a general rule, avoid interfering in the management of public administration.

Dans son application, le principe de la séparation des pouvoirs comporte toutefois un autre aspect, lequel reflète également la place qui revient au pouvoir judiciaire à l’intérieur du système juridique canadien. En plus d’être tenus d’exercer les fonctions de surveillance des tribunaux administratifs que leur confie l’exécutif et de veiller attentivement au respect des droits garantis par la Constitution et au maintien de la primauté du droit, les tribunaux judiciaires doivent, en général, éviter de s’immiscer dans la gestion de l’administration publique.

111 More specifically, once they have rendered judgment, courts should resist the temptation to directly oversee or supervise the administration of their orders. They should generally operate under

Plus particulièrement, les tribunaux qui ont rendu jugement doivent résister à la tentation de superviser ou surveiller directement l’exécution de leurs ordonnances. Ils doivent généralement présumer que leurs

a presumption that judgments of courts will be executed with reasonable diligence and good faith. Once they have declared what the law is, issued their orders and granted such relief as they think is warranted by circumstances and relevant legal rules, courts should take care not to unnecessarily invade the province of public administration. To do otherwise could upset the balance that has been struck between our three branches of government.

This is what occurred in the present case. When the trial judge attempted to oversee the implementation of his order, he not only assumed jurisdiction over a sphere traditionally outside the province of the judiciary, but also acted beyond the jurisdiction with which he was legitimately charged as a trial judge. In other words, he was *functus officio* and breached an important principle which reflects the nature and function of the judiciary in the Canadian constitutional order, as we shall see now.

2. *Functus Officio*

Canadian doctrinal and judicial writing on *functus officio* is sparse, even though the rule itself derives from an old case of the English Court of Appeal (*In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88). Essentially, the rule is that the court has no jurisdiction to reopen or amend a final decision, except in two cases: (1) where there has been a slip in drawing up the judgment, or (2) where there has been error in expressing the manifest intention of the court (see *In re Swire* (1885), 30 Ch. D. 239 (C.A.); *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] S.C.R. 186). More recently, this Court affirmed that this rule need not always be rigidly applied to tribunals in the administrative law context when the policy reasons for it are not present (*Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848).

The existence and scope of a right of appeal has often been made the focus of analytical attention in applying the *functus* doctrine. Such was the case when the power of the Court of Chancery to

jugements seront exécutés avec diligence raisonnable et de bonne foi. Après avoir dit le droit, rendu leurs ordonnances et accordé les réparations qu'ils estiment justifiées compte tenu des circonstances et des règles de droit applicables, les tribunaux doivent prendre soin de ne pas s'immiscer inutilement dans l'administration publique, sinon l'équilibre entre les trois branches du gouvernement risque d'être perturbé.

C'est ce qui s'est produit en l'espèce. Lorsqu'il a tenté de superviser l'exécution de son ordonnance, le juge de première instance s'est non seulement déclaré compétent dans un domaine qui, traditionnellement, ne relève pas des tribunaux, mais il a également outrepassé la compétence légitime dont il est investi en tant que juge de première instance. Autrement dit, il était dessaisi de l'affaire et, comme nous allons le voir, a, de ce fait, contrevenu à un principe important qui reflète la nature et la fonction des tribunaux dans l'ordre constitutionnel canadien.

2. *Le functus officio*

Au Canada, la jurisprudence et la doctrine relatives au *functus officio* est peu abondante, bien que cette règle émane d'un arrêt ancien de la Cour d'appel d'Angleterre (*In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88). La règle du *functus officio* veut essentiellement que les tribunaux n'aient pas compétence pour rouvrir ou modifier une décision définitive, sauf dans deux cas : (1) en cas d'emploi involontaire d'un mot pour un autre dans le texte du jugement, ou (2) en cas d'erreur dans l'expression de l'intention manifeste de la cour (voir *In re Swire* (1885), 30 Ch. D. 239 (C.A.); *Paper Machinery Ltd. c. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] R.C.S. 186). Plus récemment, la Cour affirmait qu'il n'est pas toujours nécessaire d'appliquer rigoureusement cette règle aux tribunaux administratifs, lorsque les raisons de principe de l'appliquer ne sont pas réunies (*Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848).

L'existence et la portée d'un droit d'appel ont souvent été au centre de l'analyse visant à déterminer s'il y avait lieu d'appliquer la règle du *functus officio*. Il en était ainsi au moment où, en 1873,

112

113

114

rehear cases was extinguished by the *Judicature Acts* in 1873 by fusing common law and equity jurisdictions into one court and providing for a single appeal to a newly created Court of Appeal (*In re St. Nazaire, supra*). Originally, this was also the focus of the *functus* analysis for administrative tribunals that had rights of appeal tightly constrained by statute (see *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577). However, the underlying rationale for the doctrine is clearly more fundamental: that for the due and proper administration of justice, there must be finality to a proceeding to ensure procedural fairness and the integrity of the judicial system. The point is plainly made by Sopinka J. in *Chandler, supra*, at pp. 861-62:

As a general rule, once . . . a tribunal has reached a final decision in respect to the matter that is before it in accordance with its enabling statute, that decision cannot be revisited because the tribunal has changed its mind, made an error within jurisdiction or because there has been a change of circumstances. . . .

To this extent, the principle of *functus officio* applies. It is based, however, on the policy ground which favours finality of proceedings rather than the rule which was developed with respect to formal judgments of a court whose decision was subject to a full appeal.

115

If a court is permitted to continually revisit or reconsider final orders simply because it has changed its mind or wishes to continue exercising jurisdiction over a matter, there would never be finality to a proceeding, or, as G. Pépin and Y. Ouellette have perceptively termed it, the providing of [TRANSLATION] “legal security” for the parties (*Principes de contentieux administratif* (2nd ed. 1982), at p. 221). This concern for finality is evident in the definition of *functus officio*:

[TRANSLATION] Qualifies a court or tribunal, a public body or an official that is no longer seized of a matter

les *Judicature Acts* ont mis fin au pouvoir de la Cour de Chancellerie de réentendre une affaire, par le regroupement des juridictions de common law et d’équité en une seule cour et par la création d’un droit d’appel unique devant une nouvelle cour d’appel (*In re St. Nazaire, précité*). À l’origine, ces questions étaient également au centre de l’analyse visant à déterminer si la règle du *functus officio* s’appliquait aux tribunaux administratifs où le droit d’appel était rigoureusement limité par la loi (voir *Grillas c. Ministre de la Main-d’Œuvre et de l’Immigration*, [1972] R.C.S. 577). Toutefois, ce principe repose manifestement sur un raisonnement plus fondamental, à savoir que la bonne administration de la justice exige que les procédures aient un caractère définitif de façon à maintenir l’équité procédurale et l’intégrité du système judiciaire. Le juge Sopinka s’est clairement exprimé sur ce point dans *Chandler, précité*, p. 861-862 :

En règle générale, lorsqu’un [. . .] tribunal a statué définitivement sur une question dont il était saisi conformément à sa loi habilitante, il ne peut revenir sur sa décision simplement parce qu’il a changé d’avis, parce qu’il a commis une erreur dans le cadre de sa compétence, ou parce que les circonstances ont changé . . .

Le principe du *functus officio* s’applique dans cette mesure. Cependant, il se fonde sur un motif de principe qui favorise le caractère définitif des procédures plutôt que sur la règle énoncée relativement aux jugements officiels d’une cour de justice dont la décision peut faire l’objet d’un appel en bonne et due forme.

Si les tribunaux pouvaient continuellement revoir ou réexaminer des ordonnances définitives simplement parce qu’ils changent d’idée ou qu’ils souhaitent continuer d’exercer leur compétence à l’égard d’une affaire, les procédures n’auraient jamais de caractère définitif ou, comme l’ont affirmé avec perspicacité G. Pépin et Y. Ouellette, il n’y aurait aucune « sécurité juridique » pour les parties (*Principes de contentieux administratif* (2^e éd. 1982), p. 221). Ce souci du caractère définitif ressort clairement de la définition de l’expression *functus officio* :

Se dit d’un tribunal, d’un organisme public ou d’un fonctionnaire qui est dessaisi d’une affaire parce qu’il a cessé

because it or he or she has discharged the office. E.g. A judge who has pronounced a final judgment is *functus officio*.

(H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2001), at p. 253)

The principle ensures that subject to an appeal, parties are secure in their reliance on the finality of superior court decisions.

This common law rule is further reflected in modern rules of civil procedure (see, e.g., Nova Scotia *Civil Procedure Rules*, Rule 15.07) and the interpretation of criminal appeal provisions (see *R. v. H. (E.F.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 89 (Ont. C.A.), considering s. 675 of the *Criminal Code*). Whether in its common law or statutory form, the doctrine of *functus officio* provides that only in strictly limited circumstances can a court revisit an order or judgment (see Nova Scotia *Civil Procedure Rules*, Rule 15.08). If it were otherwise, there would be, to paraphrase Charron J.A. in *H. (E.F.)*, *supra*, at p. 101, the recurring danger of the trial process becoming or appearing to become a “never closing revolving door” through which litigants could come and go as they pleased.

In addition to this concern with finality, the question of whether a court is clothed with the requisite authority to act raises concerns related to the separation of powers, a principle that transcends procedural and common law rules. In our view, if a court intervenes, as here, in matters of administration properly entrusted to the executive, it exceeds its proper sphere and thereby breaches the separation of powers. By crossing the boundary between judicial acts and administrative oversight, it acts illegitimately and without jurisdiction. Such a crossing of the boundary cannot be characterized as relief that is “appropriate and just in the circumstances” within the meaning of s. 24(1) of the *Charter*.

l'exercice de sa fonction. Ex. Le juge qui a prononcé un jugement final est *functus officio*.

(H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2001), p. 253)

Ce principe garantit que, sous réserve d'un appel, les parties peuvent compter sur le caractère définitif des décisions des cours supérieures.

Cette règle de common law se reflète également dans les règles de procédure civile contemporaines (voir, par exemple, les *Civil Procedure Rules* de la Nouvelle-Écosse, art. 15.07), ainsi que dans l'interprétation des dispositions relatives aux appels en matière criminelle (voir l'arrêt *R. c. H. (E.F.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 89 (C.A. Ont.), qui porte sur l'art. 675 du *Code criminel*). Que ce soit sous forme de règle de common law ou de disposition législative, la règle du *functus officio* veut qu'un tribunal ne puisse revenir sur une ordonnance ou un jugement que dans des circonstances très limitées (voir les *Civil Procedure Rules* de la Nouvelle-Écosse, art. 15.08). S'il en était autrement, il y aurait, pour paraphraser le juge Charron dans l'arrêt *H. (E.F.)*, précité, p. 101, un risque constant que le procès devienne ou paraisse devenir un exercice interminable auquel les justiciables peuvent décider, à leur gré, de se prêter ou de ne plus se prêter.

Outre ce souci du caractère définitif, la question de savoir si un tribunal a la compétence voulue pour agir suscite des inquiétudes liées à l'application du principe de la séparation des pouvoirs qui transcende les règles de procédure et de common law. Nous sommes d'avis que, lorsque, comme cela a été fait en l'espèce, un tribunal intervient dans des questions d'administration relevant à juste titre de l'exécutif, ce tribunal sort de son propre champ de compétence et contrevient, de ce fait, au principe de la séparation des pouvoirs. En franchissant la ligne qui sépare les mesures judiciaires et les mesures de surveillance administrative, le tribunal agit de manière illégitime et sans posséder la compétence voulue. Un tel geste ne saurait être qualifié de réparation « convenable et juste eu égard aux circonstances », au sens du par. 24(1) de la *Charte*.

116

117

V. Application of the Relevant Principles to the Present Case

118 When the above principles are applied to the present facts, it is evident that McIntyre J.'s admonition in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, that s. 24(1) "was not intended to turn the Canadian legal system upside down" is apropos (p. 953). In our view, the trial judge's remedy undermined the proper role of the judiciary within our constitutional order, and unnecessarily upset the balance between the three branches of government. As a result, the trial judge in the present circumstances acted inappropriately, and contrary to s. 24(1).

119 As we noted above, the trial judge equivocated on the question of whether his purported retention of jurisdiction empowered him to make further orders. Regardless of which position is taken, the separation of powers was still breached. On the one hand, if he did purport to be able to make further orders, based on the evidence presented at the reporting hearings, he was *functus officio*. We find it difficult to imagine how any subsequent order would not have resulted in a change to the original final order. This necessarily falls outside the narrow exceptions provided by *functus officio*, and breaches that rule.

120 Such a breach would also have resulted in a violation of the separation of powers principle. By purporting to be able to make subsequent orders, the trial judge would have assumed a supervisory role which included administrative functions that properly lie in the sphere of the executive. These functions are beyond the capacities of courts. The judiciary is ill equipped to make polycentric choices or to evaluate the wide-ranging consequences that flow from policy implementation. This Court has recognized that courts possess neither the expertise nor the resources to undertake public administration. In

V. L'application des principes pertinents à la présente affaire

L'application des principes susmentionnés aux faits de la présente affaire permet de constater la pertinence de la mise en garde du juge McIntyre dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 953, selon laquelle le par. 24(1) « n'était pas cens[é] provoquer le bouleversement du système judiciaire canadien ». À notre avis, la réparation accordée par le juge de première instance mine le rôle que les tribunaux doivent jouer dans notre ordre constitutionnel et perturbe inutilement l'équilibre entre les trois branches du gouvernement. Par conséquent, eu égard aux circonstances de la présente affaire, le juge de première instance a agi d'une façon inappropriée et contraire au par. 24(1).

Comme nous l'avons vu, il n'a pas expliqué clairement si la déclaration de compétence qu'il prétendait faire l'habilitait à rendre des ordonnances supplémentaires. Quel que soit le point de vue choisi, il reste que le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas respecté. À supposer qu'il a effectivement prétendu qu'il aurait compétence pour rendre des ordonnances supplémentaires en se fondant sur la preuve qui serait soumise aux auditions de comptes rendus, le juge de première instance a eu tort car il était dessaisi de l'affaire. Nous voyons mal comment une ordonnance subséquente n'aurait pas opéré de modification à l'ordonnance initiale définitive. Une telle mesure outrepasserait nécessairement le champ des exceptions bien précises que prévoit la règle du *functus officio* et contrevient donc à cette règle.

Cette mesure aura également entraîné une violation du principe de la séparation des pouvoirs. En prétendant être en mesure de rendre des ordonnances subséquentes, le juge de première instance s'attribuait un rôle de surveillance comportant des fonctions administratives qui relèvent, à juste titre, de l'exécutif. Ces fonctions excèdent la compétence des tribunaux. Les tribunaux ne sont pas en mesure de faire des choix polycentriques ou d'évaluer toute la gamme des conséquences de la mise en œuvre d'une politique générale. Notre Cour a reconnu que les tribunaux judiciaires ne possèdent ni l'expertise

Eldridge v. British Columbia (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 96, it was held that in light of the “myriad options” available to the government to rectify the unconstitutionality of the impugned system, it was “not this Court’s role to dictate how this is to be accomplished”.

In addition, if he purported to adopt a managerial role, the trial judge undermined the norm of co-operation and mutual respect that not only describes the relationship between the various actors in the constitutional order, but defines its particularly Canadian nature, and invests each branch with legitimacy. In *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, Iacobucci J. noted that “respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the other branches respect each others’ role and the role of the courts” (para. 136). He discussed the wording of provisions of the *Charter* that expressed this norm of mutual respect (para. 137), and remarked that this norm has “the effect of enhancing the democratic process” (para. 139).

Similarly, McLachlin J. (as she then was) in the 1990 Weir Memorial Lecture reviewed the elements of our legal culture — including our political climate, our tradition of judicial restraint, and the system of references — that have contributed to a spirit of co-operation, rather than confrontation among the branches of government (B. M. McLachlin, “The Charter: A New Role for the Judiciary?” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 540, at pp. 554-56). Moreover, referring to her reasons in *Dixon v. British Columbia (Attorney-General)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 247 (B.C.S.C.), she spoke to the importance of considerations of institutional legitimacy for a court crafting a remedy (at p. 557):

It was not for me, I felt, to dictate to the Legislature what sort of law they should enact; that was the responsibility of the elected representatives. But, again following a time-honoured judicial tradition, I offered advice

ni les ressources nécessaires pour prendre en charge l’administration publique. Dans l’arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 96, elle a conclu que, devant la « myriade de solutions » dont disposait le gouvernement pour remédier à l’inconstitutionnalité du système en cause, il n’appartenait pas à la Cour « de lui dicter le moyen à prendre ».

En outre, s’il prétendait adopter un rôle de gestion, le juge de première instance remettait en question la norme de coopération et de respect mutuel qui, en plus de caractériser la relation entre les divers acteurs de l’ordre constitutionnel, en définit le contenu particulier dans le contexte canadien et contribue à la légitimité de chaque branche du gouvernement. Dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 136, le juge Iacobucci souligne qu’il « est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l’exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux ». Analysant le libellé des dispositions de la *Charte* qui établissent la norme de respect mutuel (par. 137), il fait remarquer que cette norme enrichit le processus démocratique (par. 139).

De même, dans son allocution Weir Memorial Lecture en 1990, la juge McLachlin (plus tard Juge en chef) a passé en revue les éléments de notre culture juridique — dont notre climat politique, notre tradition de déférence judiciaire et le système de renvoi — qui ont contribué à développer un esprit de coopération, plutôt que de confrontation, entre les branches du gouvernement (B. M. McLachlin, « The Charter: A New Role for the Judiciary? » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 540, p. 554-556). De plus, évoquant ses motifs dans l’affaire *Dixon c. British Columbia (Attorney-General)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 247 (C.S.C.-B.), elle a parlé de l’importance que les tribunaux tiennent compte de la légitimité institutionnelle en concevant une réparation (à la p. 557) :

[TRADUCTION] J’estimais qu’il appartenait aux représentants élus, et non pas à moi, de dicter à la législature la sorte de loi qu’elle devait adopter. Mais, là encore, conformément à une longue tradition judiciaire, j’ai

121

122

on what limits on the principle of one person-one vote, might be acceptable.

123

McLachlin J. expressed this concern for the principle of democratic legitimacy in respect of the relationship between the judiciary and the legislature, but the principle extends to that between the judiciary and the executive. This Court has recognized that in the Canadian parliamentary system, the executive is inextricably tied to the legislative branch. The Court in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312, at p. 320, observed that “[t]here is thus a considerable degree of integration between the Legislature and the Government”. In *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 53, the Court held: “On a practical level, it is recognized that the same individuals control both the executive and legislative branches of government.”

124

Therefore, just as the legislature should, after a judicial finding of a *Charter* breach retain independence in writing its legislative response, the executive should after a judicial finding of a breach, retain autonomy in administering government policy that conforms with the *Charter*. In our constitutional order, the legislature and the executive are intimately interrelated and are the principal *loci* of democratic will. Judicial respect for that will should extend to both branches.

125

Thus, if the trial judge’s initial suggestion that he could continue to make orders, and thereby effectively engage in administrative supervision and decision making accurately characterizes the nature of the reporting sessions, the order for reporting sessions breached the constitutional principle of separation of powers. Since no part of the Constitution can be interpreted to conflict with another, that order cannot be considered appropriate and just in the circumstances, under s. 24(1). The trial judge’s order for reporting sessions should also be considered inappropriate because it put into question the Canadian tradition of mutual respect between the judiciary and the institutions that are the repository of democratic will.

prodigué des conseils sur la limitation du principe « une personne-un vote » qui pourrait être acceptable.

La juge McLachlin défendait alors le principe de la légitimité démocratique dans son application à la relation entre les tribunaux et le législateur, mais ce principe s’applique également à la relation entre les tribunaux et le pouvoir exécutif. Notre Cour a reconnu que, dans le régime parlementaire canadien, l’exécutif est inextricablement lié à la branche législative. Dans l’arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312, p. 320, elle a fait observer qu’il existe « une [large mesure d’]intégration du gouvernement à la Législature ». Dans l’arrêt *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 53, la Cour a statué qu’« [e]n pratique, il est admis que les mêmes personnes contrôlent à la fois les organes exécutif et législatif du gouvernement ».

Par conséquent, tout comme le législateur doit faire preuve d’indépendance en légiférant à la suite de la conclusion d’un tribunal qu’il y a eu violation de la *Charte*, l’exécutif doit agir de manière autonome par rapport au judiciaire en appliquant une politique gouvernementale conforme à la *Charte*. Dans notre ordre constitutionnel, les pouvoirs législatif et exécutif sont étroitement liés et constituent les principaux sièges de la volonté démocratique. Les tribunaux doivent respecter cette volonté dans les deux cas.

Donc, si l’idée initiale du juge de première instance selon laquelle il pouvait continuer à rendre des ordonnances et exercer ainsi, en réalité, une surveillance et une fonction décisionnelle administratives témoigne exactement de la nature des auditions de comptes rendus, l’ordonnance qui prescrit ces auditions viole alors le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. En raison de l’impossibilité de considérer qu’il y a incompatibilité entre les différents principes constitutionnels, cette ordonnance ne saurait être qualifiée de convenable et juste eu égard aux circonstances, au sens du par. 24(1). De même, elle ne saurait être qualifiée de convenable étant donné qu’elle rompt avec la tradition de respect mutuel qui existe, au Canada, entre les tribunaux et les institutions dépositaires de la volonté démocratique.

If, however, the trial judge's statement in the last session that he could not make further orders correctly characterized his remedial order, then he breached the separation of powers in another way. When considered in light of this constitutional principle and applied to the present facts, McLachlin C.J.'s proposition that "s. 24 should not be read so broadly that it endows courts and tribunals with powers that they were never intended to exercise" (*R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81 ("*Dunedin*"), at para. 22) leads to the conclusion that the trial judge's remedy was not appropriate and just in the circumstances.

The appellants argued that the trial judge retained jurisdiction only to hear reports, and that these hearings had purely "suasive" value. They also argued that the hearings were designed to hold "the Province's feet to the fire" (SCC hearing transcripts). They further suggested that the threat of having to report to the trial judge functioned as an incentive for the government to comply with the best efforts order. In the words of the appellants:

Is it a coincidence that, after a nine month delay (October 1999 to July 2000) the Province called for tenders eight days before the reporting hearing and "fast tracked" the school? The Province knew that it would have to report on July 27. The Province ensured that a call for tenders and a construction schedule were in place for July 27.

If this characterization of the trial judge's activity is accurate, then the order for reporting sessions did not result in the exercise of adjudicative, or any other, functions that traditionally define the ambit of a court's proper sphere. Moreover, it resulted in activity that can be characterized as political. According to the appellants' characterization, a primary purpose of the hearings was to put public

Toutefois, si l'ordonnance réparatrice qu'il a accordée se définit plutôt par son affirmation, lors de la dernière audition, qu'il ne pouvait pas rendre des ordonnances supplémentaires, le juge de première instance a alors violé d'une autre façon le principe de la séparation des pouvoirs. Interprétée à la lumière de ce principe constitutionnel et appliquée aux faits de la présente affaire, la proposition de la juge en chef McLachlin, selon laquelle « l'art. 24 ne doit pas être interprété de façon si large qu'il aurait pour effet d'investir les tribunaux judiciaires et administratifs de pouvoirs qu'ils n'ont jamais été censés exercer » (*R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81 (« *Dunedin* »), par. 22), amène à conclure que la réparation accordée par le juge de première instance n'était pas convenable et juste eu égard aux circonstances.

Les appellants ont soutenu que le juge de première instance s'est déclaré compétent uniquement pour entendre des comptes rendus et que ces auditions n'avaient qu'une valeur « persuasive ». Ils ont également fait valoir que le but des auditions était [TRADUCTION] « [d']exercer une pression sur la province » (transcription de l'audience devant notre Cour). Ils ont ajouté que le fait d'être menacé de rendre compte au juge de première instance a incité le gouvernement à se conformer à l'ordonnance l'enjoignant de faire de son mieux. D'affirmer les appellants :

[TRADUCTION] Est-ce le fruit du hasard si, après neuf mois d'inertie (octobre 1999 à juillet 2000), la province a lancé des appels d'offres huit jours avant la tenue de l'audition de comptes rendus et a accéléré le projet des écoles? La province savait qu'elle devrait présenter un compte rendu le 27 juillet. Elle a veillé à ce que l'échéancier des travaux de construction soit établi et que l'appel d'offres soit déjà lancé à cette date.

Si cette description de l'action du juge de première instance est exacte, alors l'ordonnance enjoignant de rendre compte ne correspondait pas à l'exercice de la fonction juridictionnelle ou de toute autre fonction qui relève traditionnellement de la compétence des tribunaux. De plus, elle s'est soldée par une action susceptible d'être qualifiée de politique. Selon les appellants, les auditions avaient

126

127

128

pressure on the government to act. This kind of pressure is paradigmatically associated with political actors. Indeed, the practice of publicly questioning a government on its performance, without having any legal power to compel it to alter its behaviour, is precisely that undertaken by an opposition party in the legislature during question period.

129 In the above, we reasoned that the trial judge, by breaching the separation of powers, would have put in question the norm of co-operation that defines the relationship between the branches of government in Canada. We will presently demonstrate how the trial judge, by improperly altering the relationship between the judiciary and the executive, would have breached the separation of powers.

130 In *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, Lamer C.J. described the separation of powers as providing that “the relationships between the different branches of government should have a particular character” (para. 139 (emphasis in original)). In particular, according to him, the separation of powers doctrine requires that these relationships be depoliticized (para. 140 (emphasis in original)).

131 In that case, Lamer C.J. remarked that the legislature and the executive cannot exert, and cannot appear to exert political pressure on the judiciary (para. 140). The reciprocal proposition applies to the immediate case. With the reporting hearings, the trial judge may have sought to exert political or public pressure on the executive, and at least appeared to do so. In our view, such action would tend to politicize the relationship between the executive and the judiciary.

132 If the reporting hearings were intended to hold “the Province’s feet to the fire”, the character of the relationship between the judiciary and the executive was improperly altered and, as per the *Provincial Court Judges Reference*, the constitutional principle of separation of powers

principalement pour but de presser ouvertement le gouvernement d’agir. Ce genre de pression est traditionnellement associé à l’action des intervenants politiques. En fait, l’opposition agit exactement de cette manière lorsqu’elle interpelle publiquement le gouvernement sur son action, bien qu’elle ne puisse pas légalement le contraindre à modifier sa conduite.

Nous avons affirmé, plus haut, que la violation du principe de la séparation des pouvoirs par le juge de première instance aura remis en question la norme de coopération qui définit la relation entre les branches du gouvernement au Canada. Nous allons maintenant démontrer comment cette modification irrégulière de la relation entre les tribunaux et le pouvoir exécutif aura violé le principe de la séparation des pouvoirs.

Dans le *Renvoi sur les juges de la Cour provinciale*, précité, le juge en chef Lamer affirme que, selon le principe de la séparation des pouvoirs, « les rapports [que les trois branches du gouvernement] entretiennent devraient revêtir un caractère particulier » (par. 139 (souligné dans l’original)). Il estime, en particulier, que la séparation des pouvoirs exige que ces rapports soient dépolitisés (par. 140 (souligné dans l’original)).

Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer fait observer que les pouvoirs législatif et exécutif ne peuvent pas et ne doivent pas exercer des pressions politiques sur le pouvoir judiciaire, ni être perçus comme le faisant (par. 140). L’inverse s’applique en l’espèce. En ordonnant la tenue d’auditions de comptes rendus, le juge de première instance peut avoir voulu exercer des pressions politiques ou publiques sur l’exécutif, ou avoir tout au moins donné cette impression. Ce genre de méthode tend, selon nous, à politiser les rapports entre l’exécutif et le judiciaire.

En supposant que les auditions de comptes rendus avaient pour but d’« exercer une pression sur la province », il y a alors eu altération irrégulière de la nature des rapports entre le judiciaire et l’exécutif et, selon le *Renvoi sur les juges de la Cour provinciale*, il y a eu violation

was breached. Once again, since no part of the Constitution can conflict with another, the trial judge's order for reporting hearings cannot be interpreted as appropriate and just under s. 24(1).

We would reiterate, at this point, the importance of clarity and certainty in the provisions of a court order. If the trial judge had precisely defined the terms of the remedy, in advance, then the ensuing confusion surrounding his role may not have occurred. Moreover, by complying with this essential element of fair procedure, he may have been able to avoid the constitutional breach of the separation of powers that followed.

VI. Neither a Breach of Procedural Fairness nor of the Separation of Powers Was Appropriate

We noted above that this Court in *Eldridge* recognized the appropriateness of judicial restraint in issuing a remedy under s. 24(1), given the variety of choices open to the executive in administering policy. Implicit in the declaratory remedy ordered in that case was the presumption that the government will act in good faith in rectifying *Charter* wrongs and the recognition that legislatures and executives, not the courts, are in the best position to decide exactly how this should be done. Turning to the present case then, the trial judge's decision to provide injunctive relief already represented a departure from the cooperative norm that defines and shapes the relationships among the branches of the Canadian constitutional order. We do not deny that in the appropriate factual circumstances, injunctive relief may become necessary. However, the trial judge's order for reporting sessions then purported to go even further, and breached both a fundamental principle of procedural fairness and the constitutional principle of separation of powers.

One might argue that such a breach is appropriate where it is the only way that a claimant's rights

du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Là encore, puisqu'il ne peut y avoir incompatibilité entre les différents principes constitutionnels, l'ordonnance dans laquelle le juge de première instance enjoint de rendre compte ne peut pas être qualifiée de convenable et juste au sens du par. 24(1).

À ce stade, nous tenons à revenir sur l'importance de rendre des ordonnances claires et dénuées de toute ambiguïté. Si le juge de première instance avait précisé d'avance les modalités de la réparation, il n'y aurait peut-être pas eu de confusion au sujet de son rôle. De plus, le respect de cette condition essentielle de l'équité procédurale aurait pu lui permettre d'éviter la violation subséquente du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

VI. Aucun manquement à l'équité procédurale ni aucune violation du principe de la séparation des pouvoirs n'étaient convenables

Nous avons souligné plus haut que la Cour a reconnu, dans l'arrêt *Eldridge*, qu'en accordant une réparation fondée sur le par. 24(1) il convient de faire preuve de retenue en raison de l'éventail de choix dont l'exécutif dispose en matière d'application de politiques. Le jugement déclaratoire accordé en l'espèce reposait implicitement sur la présomption que le gouvernement agit de bonne foi lorsqu'il est appelé à corriger des entorses à la *Charte* et sur la reconnaissance que ce sont les pouvoirs législatif et exécutif, et non les tribunaux, qui sont davantage en mesure de choisir la façon de le faire. Dès qu'il a décidé, en l'espèce, d'accorder une réparation sous forme d'injonction, le juge de première instance s'est écarté de la norme de coopération qui définit et façonne les rapports entre les branches de l'ordre constitutionnel canadien. Nous ne nions pas que, lorsque les faits le justifient, la réparation sous forme d'injonction puisse être nécessaire. Toutefois, l'ordonnance dans laquelle le juge de première instance a enjoint de rendre compte paraissait aller encore plus loin et violait à la fois un principe fondamental d'équité procédurale et le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

On pourrait soutenir qu'une telle violation se justifie lorsque c'est le seul moyen de défendre

133

134

135

can be vindicated. Alternatively, one might suggest that if a government has ignored previous, less intrusive judicial measures, and thereby put into question their efficacy, a court might be justified in abandoning the presumption of governmental good will that we referred to above. In our view, the present case gave rise to neither of these arguments.

136 Turning to the first argument, if the hearings were aimed at ensuring the vindication of the claimants' rights by providing them with the opportunity to enforce or alter the remedy, there were alternatives available. If the claimants felt that the government was not complying with any part of the order, then they could have brought an application for contempt. The majority seems to suggest that contempt proceedings would have been less effective in this case in ensuring timely performance of the order, without being any more respectful of the separation of powers. However, we would note that expedited applications are possible in Nova Scotia and other jurisdictions to deal with cases quickly and efficiently. In addition, the reporting order at issue in this case precluded applying to any other judge for relief and was, in this way, even more limiting than a contempt proceeding. Most importantly, contempt proceedings are more consistent with our adversarial system, which is based on the common law norm of giving the parties primary control over the proceedings (see J. I. H. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice* (1987), at p. 13). In contrast, the present order for reporting sessions placed the trial judge in an inappropriate, ongoing supervisory and investigative role despite the availability of the equally effective, well-established, and minimally intrusive alternative of contempt relief.

137 Consequently, it is clear that the order for reporting hearings was not the only means of vindicating the claimants' rights, and that recourse to

les droits du demandeur. On pourrait également affirmer qu'un tribunal serait éventuellement justifié d'abandonner la présomption susmentionnée de bonne volonté de la part du gouvernement, dans le cas où un gouvernement n'aurait pas tenu compte de mesures judiciaires antérieures moins attentatoires et aurait, de ce fait, compromis leur efficacité. À notre avis, aucun de ces arguments ne pouvait être invoqué en l'espèce.

En ce qui concerne le premier argument, si les auditions avaient pour but de défendre les droits des demandeurs en donnant à ces derniers la possibilité de faire exécuter ou modifier la réparation, d'autres solutions existaient. Si les demandeurs avaient eu l'impression que le gouvernement ne se conformait pas à une partie quelconque de l'ordonnance, ils auraient pu déposer une requête pour outrage. Les juges majoritaires semblent affirmer qu'en l'espèce des poursuites pour outrage auraient encore moins permis d'assurer l'exécution diligente de l'ordonnance, sans pour autant respecter davantage le principe de la séparation des pouvoirs. Toutefois, nous tenons à souligner qu'il existe, en Nouvelle-Écosse et dans d'autres ressorts, des procédures accélérées qui permettent de régler rapidement et efficacement les litiges. De plus, l'ordonnance enjoignant de rendre compte, dont il est question en l'espèce, interdisait de s'adresser à un autre juge pour obtenir réparation et était donc encore plus restrictive que des poursuites pour outrage. Qui plus est, les poursuites pour outrage respectent davantage la nature de notre système accusatoire, qui repose sur la règle de common law voulant que la gestion des litiges relève d'abord et avant tout des parties (voir J. I. H. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice* (1987), p. 13). Par contre, la présente ordonnance enjoignant de rendre compte investit le juge de première instance d'un rôle continu et inapproprié de surveillance et d'enquête, et ce, malgré la possibilité de recourir à l'autre solution bien établie, aussi efficace et peu attentatoire que sont les poursuites pour outrage.

Il est donc clair que l'ordonnance enjoignant de rendre compte ne représentait pas le seul moyen de défendre les droits des demandeurs et que le

a readily available alternative would have been consistent with a defining feature of our legal system. Recourse to this alternative would not have resulted in an interpretation of the court's remedial powers that was so broad as to purport to endow the court with powers that it was "never intended to exercise" (*Dunedin, supra*, at para. 22). It is important to stress that in the present case, it is not clear that actual recourse to a contempt application would have been necessary. The point is simply that if judicial enforcement of the deadlines in question were necessary, recourse to this alternative would not have overextended the court's powers.

On a last note, we find it difficult to imagine circumstances where a breach of one party's fundamental right to notice would aid in the vindication of another's *Charter* rights. In any event, the present facts do not present such a case. The intrusiveness of the trial judge's order was in no way necessary to secure the claimants' s. 23 interests. Given the absence of any causal connection between the breach of the parties' right to notice and the effectiveness of the purported remedy, we would conclude that the breach cannot be considered appropriate for the purposes of s. 24(1).

The second argument is simply not applicable in this case. The facts here do not require us to decide whether previous government non-compliance can ever justify remedial orders that breach principles of procedural fairness and the separation of powers. The Government of Nova Scotia did not refuse to comply with either a prior remedial order or a declaration with respect to its particular obligations in the fact-situation at hand. No such order was made and it is impossible to determine whether the government would have responded in the present case to either a declaration of rights, or the injunction to meet the deadline as these measures were combined with the order purporting to retain jurisdiction to oversee

recours à une autre solution aisément accessible aurait été conforme à une caractéristique fondamentale de notre système juridique. Si cette autre solution avait été utilisée, la compétence que les tribunaux possèdent en matière de réparation n'aurait pas reçu une interprétation large au point d'investir les tribunaux judiciaires et administratifs de pouvoirs qu'ils n'ont « jamais été censés exercer » (*Dunedin*, précité, par. 22). D'ailleurs, il importe de souligner qu'il n'est pas clair que des poursuites pour outrage auraient été nécessaires en l'espèce. Nous voulons simplement indiquer que si une intervention judiciaire s'était révélée nécessaire pour assurer le respect des délais en cause, le recours à cette autre solution n'aurait pas eu pour effet d'élargir démesurément les pouvoirs du tribunal.

Enfin, il nous est difficile d'imaginer une situation où l'atteinte au droit fondamental d'une partie d'être informée serait utile pour défendre les droits que la *Charte* garantit à une autre partie. De toute façon, la question ne se pose pas en l'espèce. Le juge de première instance n'avait pas à rendre une telle ordonnance attentatoire pour faire respecter les droits garantis aux demandeurs par l'art. 23. Compte tenu de l'absence de lien causal entre l'atteinte au droit des parties d'être informées et l'efficacité de la réparation censée être accordée, nous sommes d'avis de conclure que cette atteinte ne peut pas être qualifiée de convenable au sens du par. 24(1).

Le second argument ne s'applique tout simplement pas en l'espèce. À la lumière des faits, nous n'avons pas à déterminer si l'omission antérieure du gouvernement de respecter les droits en cause peut vraiment justifier la délivrance d'ordonnances réparatrices qui violent les principes de l'équité procédurale et de la séparation des pouvoirs. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse n'a pas refusé de se conformer à une ordonnance réparatrice ou à un jugement déclaratoire antérieurs portant sur les obligations particulières qui lui incombent dans le cas qui nous occupe. En l'absence d'une ordonnance de cette nature, il est impossible de déterminer si, en l'espèce, le gouvernement aurait réagi à un simple jugement déclaratoire ou à une simple

138

139

the reporting sessions. Therefore, it cannot be asserted that the trial judge's order has succeeded where less intrusive remedial measures failed.

140 Moreover, what was required by the Government of Nova Scotia to comply with its obligations pursuant to s. 23 was not self-evident at trial. The trial judge was not faced with a government which was cognizant of how it should fulfill its obligations, but refused to do so. Indeed, at issue before the trial judge was precisely the question of what compliance with s. 23 involved. The present order, therefore, did not overcome governmental recalcitrance in the face of a clear understanding of what s. 23 required in the circumstances of the case. Remedies must be chosen in light of the nature and structure of the Canadian constitutional order, an important feature of which is the presumption of co-operation between the branches of government. Therefore, unless it is established that this constitutional balance has been upset by the executive's clear defiance of a directly applicable judicial order, increased judicial intervention in public administration will rarely be appropriate.

141 In choosing and reviewing s. 24(1) remedies, it is important to remember that the inquiry into the appropriateness of a remedy should be undertaken from an *ex ante* perspective. The simple fact that a desired result occurs after a remedial order is issued is not relevant to determining the question of the order's appropriateness. In our view, an adequate *ex ante* assessment must consider the risks that attend a given remedy. In the present case, as Freeman J.A. noted in dissent, if the trial judge "misread the degree of co-operation he could expect from the players, there was a risk of failure" (para. 84). That the present remedy's susceptibility to failure was tied to the capacities of a particular judge should in itself give pause. In our view, whether a remedy is appropriate should be assessed with

injonction de respecter des délais, étant donné que ces mesures sont incorporées à l'ordonnance dans laquelle le juge prétend se déclarer compétent pour superviser des auditions de comptes rendus. On ne peut donc pas affirmer que l'ordonnance du juge de première instance a réussi là où des mesures réparatrices moins attentatoires ont échoué.

En outre, ce que le gouvernement de la Nouvelle-Écosse devait faire pour s'acquitter de ses obligations conformément à l'art. 23 n'était pas clair au procès. Le juge de première instance n'avait pas devant lui un gouvernement qui savait comment remplir ses obligations, mais refusait de le faire. En réalité, la question à laquelle le juge devait répondre était justement de savoir ce qu'il fallait faire pour se conformer à l'art. 23. Par conséquent, l'ordonnance rendue en l'espèce n'était pas justifiée par le besoin de vaincre la réticence d'un gouvernement bien au fait de ce que l'art. 23 commandait dans les circonstances. Le choix d'une réparation doit tenir compte de la nature et de la structure de l'ordre constitutionnel canadien, dont l'une des caractéristiques importantes demeure la présomption de collaboration entre les branches du gouvernement. Par conséquent, à moins de démontrer que cet équilibre constitutionnel a été rompu en raison de la réticence manifeste de l'exécutif à se conformer à une ordonnance du tribunal qui le visait directement, une intervention accrue des tribunaux dans l'administration publique est rarement appropriée.

Lors du choix et de l'examen des réparations visées au par. 24(1), il importe de se rappeler que le caractère convenable d'une réparation doit faire l'objet d'une analyse *ex ante*. Le simple fait qu'une ordonnance réparatrice ait eu l'effet souhaité n'est pas pertinent pour en déterminer le caractère convenable. Nous estimons que l'évaluation *ex ante* doit tenir compte des risques inhérents à une réparation donnée. Comme le juge Freeman l'a fait remarquer dans ses motifs dissidents en l'espèce, si le juge de première instance [TRADUCTION] « se méprenait sur le degré de coopération qu'il pouvait attendre des parties, il risquait l'échec » (par. 84). Le fait que la réussite ou l'échec de la réparation ait été tributaire des capacités d'un juge donne à réfléchir en soi. Selon nous, pour décider si une réparation est

reference to the remedy itself and not the particular capacities of a given judge to manage that remedy. More importantly, where a thorough *ex ante* assessment of a remedy reveals that it will certainly be inconsistent with basic legal principles and constitutional doctrines, such a remedy should not be considered appropriate. Available remedies that do not result in such breaches should, *a contrario*, be considered to be more appropriate.

The question of the relevant time frame for the inquiry into a remedy's appropriateness is tied to the more general question of remedial effectiveness. It is important to remember the context in which this Court considered the issue of effectiveness in *Dunedin, supra*. The issue was whether a justice of the peace acting as a trial justice under the Ontario *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33, was a court of competent jurisdiction to direct an order for costs against the Crown for a *Charter* breach. The Court held that if provincial offences courts were deprived of this remedy, an accused may be denied access to a recognized means of remedying a *Charter* breach (para. 82).

In the present case, refusing superior courts the power to order reporting hearings clearly would not deny claimants' access to a recognized *Charter* remedy, as such an order is entirely idiosyncratic. More importantly, refusing superior courts this power would not deprive claimants of access to that which they are guaranteed by s. 23, namely, the timely provision of minority language instruction facilities. Indeed, if the appellants' characterization of the reporting hearings' purpose is correct, it is difficult to see how they could have been more effective than the construction deadline coupled with the possibility of a contempt order. In our view, the availability of this legal sanction for non-compliance with the order to meet the construction deadline would have provided at least as much incentive for the government to remedy the s. 23 breach as would have reporting hearings, in which the presiding judge was without the power to make further orders. Moreover, at the level of constitutional principle, because this incentive is legal in

convenable, il faut prendre en considération la réparation elle-même et non la capacité particulière d'un juge de la gérer. Qui plus est, une réparation ne doit pas être jugée convenable lorsqu'une évaluation *ex ante* approfondie permet de constater qu'elle violera sûrement des principes juridiques et constitutionnels fondamentaux. Par contre, les réparations possibles qui ne causent pas de telles violations doivent être jugées plus convenables.

Dans l'examen du caractère convenable d'une réparation, la question du délai requis pour la mise à exécution est liée à celle plus générale de l'efficacité de la mesure. Il importe de rappeler le contexte dans lequel notre Cour a examiné la question de l'efficacité dans l'arrêt *Dunedin*, précité. Il s'agissait de savoir si un juge de paix agissant en tant que juge du procès en vertu de la *Loi sur les infractions provinciales* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.33, était un tribunal compétent pour condamner la Couronne aux dépens en cas de violation de la *Charte*. La Cour a alors statué que, si le tribunal des infractions provinciales était privé de ce pouvoir, un accusé pourrait se voir refuser l'accès à un moyen reconnu de remédier à une violation de la *Charte* (par. 82).

En l'espèce, le refus de reconnaître aux cours supérieures le pouvoir d'ordonner la tenue d'auditions de comptes rendus n'empêcherait sûrement pas les demandeurs d'obtenir une réparation reconnue fondée sur la *Charte*, vu qu'une telle ordonnance est toujours taillée sur mesure. Qui plus est, nier ce pouvoir aux cours supérieures n'empêcherait pas pour autant les demandeurs de se prévaloir de ce que leur garantit l'art. 23, à savoir la fourniture en temps utile d'établissements d'enseignement dans la langue de la minorité. D'ailleurs, si la description que les appelants donnent de l'objet des auditions de comptes rendus est exacte, on voit difficilement comment ces auditions auraient pu être plus efficaces qu'un délai de construction assorti de la possibilité d'une ordonnance pour outrage au tribunal. À notre avis, la possibilité de se voir infliger cette sanction prévue par la loi en cas de non-respect de l'ordonnance enjoignant de respecter certains délais de construction aurait incité le gouvernement à remédier à la violation de l'art. 23 tout autant que des auditions de comptes

142

143

nature, it would not have led to the improper politicization of the relationship between the judiciary and the executive.

144

Also, it should be noted that the trial judge's order was not consistent with this Court's retention of jurisdiction in the *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721. Far from purporting to supervise compliance with a remedy, the Court in that case retained jurisdiction to ask for the government's assistance in fashioning it. The Court did not thereby exceed its constitutional role by purporting to oversee administrative action. The Court was ultimately respectful of the executive's capacity to make the policy choices necessary to comply with constitutional requirements.

VII. Conclusion

145

In the result, the trial judge breached both a principle of procedural fairness and the constitutional principle of separation of powers, and it is not clear that alternative, less-intrusive remedial measures, would not have achieved the ends sought. While a trial judge's decisions with respect to remedies are owed deference, we believe that this must be tempered when fundamental legal principles are threatened. In light of these principles, and in the presence of untested alternative remedies, we would find that the present trial judge's retention of jurisdiction was not appropriate and just under s. 24(1). The Court of Appeal was correct in declaring that the order to retain jurisdiction for the purposes of reporting sessions was of no force and effect.

rendus dans le cadre desquelles le juge n'était pas habilité à rendre des ordonnances supplémentaires. En outre, sur le plan des principes constitutionnels, cette mesure incitative n'aurait pas, en raison de sa nature légale, politisé indûment les rapports entre les pouvoirs judiciaire et exécutif.

Il y a également lieu de souligner que l'ordonnance du juge de première instance n'est pas compatible avec la déclaration de compétence de notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721. Dans cette affaire, loin de prétendre superviser l'exécution d'une réparation, la Cour s'est déclarée compétente pour demander au gouvernement de l'aider à concevoir la réparation à accorder. Elle n'a donc pas outrepassé son rôle constitutionnel en prétendant superviser une action administrative. En fin de compte, la Cour a respecté la capacité de l'exécutif de faire les choix nécessaires pour se conformer aux exigences de la Constitution.

VII. Conclusion

En définitive, le juge de première instance a violé à la fois un principe d'équité procédurale et le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, et il n'est pas évident que d'autres mesures réparatrices moins attentatoires auraient donné le résultat souhaité. Quoiqu'il soit nécessaire de faire montre de déférence à l'égard des décisions que les juges de première instance rendent en matière de réparation, nous croyons que l'application de cette règle doit être tempérée lorsque des principes de droit fondamentaux sont menacés. Compte tenu de ces principes et de l'existence d'autres réparations que le juge n'avait pas préalablement testées, nous estimons qu'en l'espèce la déclaration de compétence du juge de première instance n'était pas convenable et juste au sens du par. 24(1). La Cour d'appel a donc eu raison de juger inopérante l'ordonnance dans laquelle le juge de première instance s'est déclaré compétent pour procéder à des auditions de comptes rendus.

In closing, we recur to the underlying purpose of s. 24(1), by referring to a passage in *Mills, supra*, at pp. 952-53, in which McIntyre J. wrote:

To begin with, it must be recognized that the jurisdiction of the various courts of Canada is fixed by the Legislatures of the various provinces and by the Parliament of Canada. It is not for the judge to assign jurisdiction in respect of any matters to one court or another. This is wholly beyond the judicial reach. . . .

. . . The absence of jurisdictional provisions and directions in the *Charter* confirms the view that the *Charter* was not intended to turn the Canadian legal system upside down. What is required rather is that it be fitted into the existing scheme of Canadian legal procedure.

The proper development of the law of constitutional remedies requires that courts reconcile their duty to act within proper jurisdictional limits with the need to give full effect to the rights of a claimant. To read into s. 24(1) a judicial *carte blanche* would not only “turn the Canadian legal system upside down”, but would also be an injustice to the parties who come before the court to have their disputes resolved in accordance with basic legal principles. In our view, proper consideration of the principles of procedural fairness and the separation of powers is required to establish the requisite legitimacy and certainty essential to an appropriate and just remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

Appeal allowed with costs, MAJOR, BINNIE, LEBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Patterson Palmer, Halifax.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

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

En conclusion, nous revenons à l’objet sous-jacent du par. 24(1) en mentionnant un passage de l’arrêt *Mills*, précité, p. 952-953, où le juge McIntyre tient les propos suivants :

En premier lieu, on doit reconnaître que la compétence des différentes juridictions canadiennes est fixée par les législatures des provinces et par le Parlement du Canada. Il n’appartient nullement aux juges d’attribuer à tel ou tel tribunal compétence relativement à certaines questions. Cette fonction se trouve complètement en dehors du ressort des tribunaux . . .

. . . L’absence dans la *Charte* de dispositions et de directives touchant la compétence confirme le point de vue selon lequel celle-ci n’était pas censée provoquer le bouleversement du système judiciaire canadien. Au contraire, elle doit s’insérer dans le système actuel de la procédure judiciaire canadienne.

L’évolution harmonieuse du droit en matière de réparation fondée sur la Constitution exige que les tribunaux concilient leur obligation d’agir conformément à leur compétence juridictionnelle avec la nécessité d’assurer complètement le respect des droits du demandeur. Considérer que le par. 24(1) donne carte blanche aux tribunaux non seulement « provoquer[ait] le bouleversement du système judiciaire canadien », mais encore serait injuste pour les parties qui demandent aux tribunaux de régler leurs différends conformément à des principes de droit fondamentaux. À notre avis, pour respecter les exigences de légitimité et de certitude auxquelles est assujettie une réparation convenable et juste au sens du par. 24(1) de la *Charte*, il faut dûment prendre en considération les principes d’équité procédurale et de la séparation des pouvoirs.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges MAJOR, BINNIE, LEBEL et DESCHAMPS sont dissidents.

Procureurs des appelants : Patterson Palmer, Halifax.

Procureur de l’intimé : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages for Canada: Office of the Commissioner of Official Languages, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones: Patterson Palmer, Moncton.

Solicitors for the intervener Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc.: Balfour Moss, Regina.

Solicitors for the intervener Conseil scolaire acadien provincial: Merrick Holm, Halifax.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureur de l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones : Patterson Palmer, Moncton.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc. : Balfour Moss, Regina.

Procureurs de l'intervenant le Conseil scolaire acadien provincial : Merrick Holm, Halifax.