

Air Canada Appellant

v.

**The Attorney General of British Columbia
Respondent**INDEXED AS: AIR CANADA v. BRITISH COLUMBIA
(ATTORNEY GENERAL)

File No.: 18089.

1985: November 4; 1986: November 27.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard,
Wilson, Le Dain and La Forest JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Crown — Proceedings against the Crown — Petition of right — Fiat — Appellant seeking redress from Crown for benefits obtained pursuant to an invalid statute — Fiat refused by Lieutenant Governor on advice of provincial Attorney General — Whether mandamus may be issued to direct Attorney General to advise Lieutenant Governor to grant fiat — Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, c. 86.

Appellant had in a separation action sought a declaration that the British Columbia *Gasoline Tax Act* was *ultra vires* and a declaration that it was entitled to be reimbursed all monies paid after August 1, 1974. For the monies paid before that date, however, appellant, in conformity with the *Crown Proceeding Act*, issued a petition of right seeking substantially the same relief. This Act preserved the traditional method of suit against the Crown by way of petition of right with respect to causes of action that arose before August 1, 1974, and required those seeking redress from the Crown to obtain a fiat. The provincial Attorney General advised the Executive Council to recommend that the Lieutenant Governor deny the fiat and he did. Appellant then applied to the Supreme Court of British Columbia pursuant to the *Judicial Review Procedure Act* for an order in the nature of mandamus to compel the Attorney General to consider the petition of right and then to advise the Lieutenant Governor whether to grant his fiat. The application was dismissed and the judgment affirmed by a majority of the Court of Appeal. This appeal is to determine whether an order may be issued directing a provincial Attorney General to advise the Lieutenant Governor to grant a fiat to a petition of right under which a claim is made for the return of money

Air Canada Appelante

c.

**Le procureur général de la
Colombie-Britannique Intimé**RÉPERTORIÉ: AIR CANADA c. COLOMBIE-BRITANNIQUE
(PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 18089.

1985: 4 novembre; 1986: 27 novembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,
McIntyre, Chouinard, Wilson, Le Dain et La Forest.EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Couronne — Poursuites contre Sa Majesté — Pétition de droit — Autorisation — L'appelante cherche à obtenir un redressement de la part de Sa Majesté pour des avantages obtenus en vertu d'une loi invalide — Autorisation refusée par le lieutenant-gouverneur sur le conseil du procureur général de la province — Un mandamus peut-il être délivré pour enjoindre au procureur général de conseiller au lieutenant-gouverneur d'accorder l'autorisation? — Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, chap. 86.

L'appelante a, dans une action distincte, cherché à obtenir un jugement déclaratoire portant que la *Gasoline Tax Act* de la Colombie-Britannique était *ultra vires* et un jugement déclaratoire portant qu'elle avait le droit d'obtenir qu'on lui rembourse toutes les sommes d'argent payées après le 1^{er} août 1974. Toutefois, pour les sommes d'argent payées avant cette date, l'appelante, conformément à la *Crown Proceeding Act*, a présenté une pétition de droit visant à obtenir substantiellement le même redressement. En ce qui concerne les causes d'action qui ont pris naissance avant le 1^{er} août 1974, cette loi conservait la méthode traditionnelle de poursuite contre Sa Majesté par voie de pétition de droit qui oblige ceux qui cherchent à obtenir un redressement de la part de Sa Majesté d'obtenir une autorisation. Le procureur général de la province a conseillé au conseil exécutif de recommander que le lieutenant-gouverneur refuse l'autorisation et c'est ce qu'il a fait. L'appelante a alors présenté une demande devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique aux termes de la *Judicial Review Procedure Act* en vue d'obtenir une ordonnance de *mandamus* pour obliger le procureur général à examiner la pétition de droit et ensuite à conseiller le lieutenant-gouverneur quant à savoir s'il doit donner ou refuser son autorisation. La demande a été rejetée et le

alleged to have been levied by the province under an unconstitutional statute.

Held: The appeal should be allowed and an order in the nature of mandamus should be issued directing the Attorney General of British Columbia to advise the Lieutenant Governor to grant his fiat to the petition of right.

It has been established that a statute cannot permit the retention of monies obtained under an unconstitutional statute. Consequently, a similar result cannot be attained indirectly under a purported exercise of a discretion to refuse a fiat, whatever may be the legal foundation of that supposed discretion. The discretion to grant or refuse a fiat, like other executive powers, must be exercised in conformity with the dictates of the Constitution, and the Crown's advisers must govern themselves accordingly. Any other course would violate the federal structure of the Constitution. Under the British Columbia *Attorney General Act*, the Attorney General is the Lieutenant Governor's principal legal adviser and the legal member of the Executive Council. Though his duty, technically, is simply to advise, the issue here was a legal one and one to which there was only one answer under the Constitution. The Attorney General was bound to advise the Lieutenant Governor to grant his fiat, and the Executive Council was in turn bound to accept that advice.

Cases Cited

Applied: *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576; **referred to:** *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *British Columbia Power Corp. v. British Columbia Electric Co.*, [1962] S.C.R. 642; *Ryves v. Duke of Wellington* (1846), 9 Beav. 579, 50 E.R. 467; *In re Nathan* (1884), 12 Q.B.D. 461; *Orpen v. Attorney General for Ontario*, [1925] 2 D.L.R. 366; *Bombay and Persia Steam Navigation Co. v. MacLay*, [1920] 3 K.B. 402; *Irwin v. Grey* (1862), 3 F. & F. 635, 176 E.R. 290; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Teh Cheng Poh v. Public Prosecutor, Malaysia*, [1980] A.C. 458; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries & Food*, [1968] A.C. 997.

jugement a été confirmé par la Cour d'appel à la majorité. Le présent pourvoi a pour but de déterminer si on peut ordonner au procureur général d'une province de conseiller au lieutenant-gouverneur d'autoriser une pétition de droit en vertu de laquelle une réclamation est présentée en vue de recouvrer une somme d'argent que la province aurait perçue aux termes d'une loi inconstitutionnelle.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et une ordonnance de *mandamus* est délivrée pour enjoindre au procureur général de la Colombie-Britannique de conseiller au lieutenant-gouverneur d'accorder son autorisation à la pétition de droit.

Il a été établi qu'une loi ne peut permettre de conserver une somme d'argent obtenue en vertu d'une loi inconstitutionnelle. En conséquence, un résultat semblable ne peut être atteint parce qu'il a la prétention d'être l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de refuser une autorisation, quel que soit le fondement juridique de ce supposé pouvoir discrétionnaire. Le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser une autorisation, comme d'autres pouvoirs exécutifs, doit être exercé conformément aux préceptes de la Constitution et les conseillers de Sa Majesté doivent s'y conformer. Toute autre manière d'agir violerait la structure fédérale de la Constitution. Aux termes de l'*Attorney General Act*, le procureur général est le principal conseiller juridique du lieutenant-gouverneur et le membre juriste du conseil exécutif. Bien que, techniquement, son rôle consiste simplement à conseiller, la question en l'espèce a un caractère juridique, à laquelle il n'y a qu'une seule réponse aux termes de la Constitution. Le procureur général est tenu de conseiller au lieutenant-gouverneur d'accorder son autorisation et le conseiller exécutif est lui aussi tenu d'accepter cette recommandation.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; **arrêts mentionnés:** *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *British Columbia Power Corp. v. British Columbia Electric Co.*, [1962] R.C.S. 642; *Ryves v. Duke of Wellington* (1846), 9 Beav. 579, 50 E.R. 467; *In re Nathan* (1884), 12 Q.B.D. 461; *Orpen v. Attorney General for Ontario*, [1925] 2 D.L.R. 366; *Bombay and Persia Steam Navigation Co. v. MacLay*, [1920] 3 K.B. 402; *Irwin v. Grey* (1862), 3 F. & F. 635, 176 E.R. 290; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Teh Cheng Poh v. Public Prosecutor, Malaysia*, [1980] A.C. 458; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries & Food*, [1968] A.C. 997.

Statutes and Regulations Cited

Attorney General Act, R.S.B.C. 1979, c. 23, s. 2(a), (e).
Crown Procedure Act, R.S.B.C. 1960, c. 89 [rep. 1974, c. 24, s. 16], s. 4.
Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, c. 86.
Gasoline Tax Act, R.S.B.C. 1979, c. 152.
Interpretation Act, R.S.B.C. 1979, c. 206, s. 29 "Lieutenant Governor", "Lieutenant Governor in Council".
Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1979, c. 209.

Authors Cited

Edwards, J. Ll. J. *The Law Officers of the Crown*. London: Sweet & Maxwell, 1964.
Halsbury's Laws of England, vol. 9, 2nd ed. London: Butterworths, 1933.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1983), 47 B.C.L.R. 341, 150 D.L.R. (3d) 653, [1983] 6 W.W.R. 689, dismissing appellant's appeal from a judgment of Callaghan J. (1982), 41 B.C.L.R. 41, 141 D.L.R. (3d) 530, [1982] 6 W.W.R. 415, dismissing its petition presented pursuant to the *Judicial Review Procedure Act* of British Columbia. Appeal allowed.

D. M. M. Goldie, Q.C., and *W. S. Martin*, for the appellant.

E. R. A. Edwards, Q.C., and *Robert Vick Farley*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—The issue in this case is whether an order may be issued directing a provincial Attorney General to advise the Lieutenant Governor to grant a fiat to a petition of rights under which a claim is made for the return of money alleged to have been levied by the province under an unconstitutional statute.

In July 1980, the appellant, Air Canada, commenced an action in the Supreme Court of British Columbia seeking a declaration that the *Gasoline Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 152, does not apply to Air Canada or is *ultra vires* the province, an accounting of all monies paid under that Act by

Lois et règlements cités

Attorney General Act, R.S.B.C. 1979, chap. 23, art. 2a), e).
Crown Procedure Act, R.S.B.C. 1960, chap. 89 [abr. 1974, chap. 24, art. 16], art. 4.
Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, chap. 86.
Gasoline Tax Act, R.S.B.C. 1979, chap. 152.
Interpretation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 206, art. 29 «Lieutenant Governor», «Lieutenant Governor in Council».
Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1979, chap. 209.

Doctrine citée

Edwards, J. Ll. J. *The Law Officers of the Crown*. London: Sweet & Maxwell, 1964.
Halsbury's Laws of England, vol. 9, 2nd ed. London: Butterworths, 1933.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1983), 47 B.C.L.R. 341, 150 D.L.R. (3d) 653, [1983] 6 W.W.R. 689, qui a rejeté l'appel de l'appelante contre le jugement du juge Callaghan (1982), 41 B.C.L.R. 41, 141 D.L.R. (3d) 530, [1982] 6 W.W.R. 415, qui avait rejeté sa requête présentée aux termes de la *Judicial Review Procedure Act* de la Colombie-Britannique. Pourvoi accueilli.

D. M. M. Goldie, c.r., et *W. S. Martin*, pour l'appelante.

E. R. A. Edwards, c.r., et *Robert Vick Farley*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—La question soulevée en l'espèce est de savoir si on peut ordonner au procureur général d'une province de conseiller au lieutenant-gouverneur d'autoriser une pétition de droit en vertu de laquelle une réclamation est présentée en vue de recouvrer une somme d'argent que la province aurait perçue aux termes d'une loi inconstitutionnelle.

En juillet 1980, l'appelante, Air Canada, a intenté une action en Cour suprême de la Colombie-Britannique pour obtenir un jugement déclaratoire portant que la *Gasoline Tax Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 152, ne s'appliquait pas à Air Canada ou était *ultra vires* de la province, une reddition de

Air Canada and a declaration that the appellant is entitled to be repaid all monies paid after August 1, 1974. This action represented only a portion of Air Canada's claim. It had been paying taxes under the Act since 1937. However, as regards causes of action that arose before August 1, 1974, the *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, c. 86, preserved the traditional method of suit against the Crown by way of petition of right which requires those seeking redress from the Crown to obtain a fiat. In conformity with this procedure, Air Canada in July 1981 issued a petition of right seeking substantially the same relief as in the action described above, but for monies paid before August 1, 1974. It is with this petition of rights that we are concerned on this appeal.

The petition was duly served on the Provincial Secretary and a copy was forwarded to the provincial Attorney General. The Attorney General advised the Executive Council to recommend that the Lieutenant Governor deny the fiat. The Provincial Secretary then forwarded a copy of the petition to the Lieutenant Governor along with the following advice:

After due deliberation and on the recommendation of the Attorney General, the Executive Council humbly advises that this is not an appropriate case for the granting of a Fiat. The Executive Council has instructed me to transmit this advice.

Pursuant to this advice, the Lieutenant Governor accordingly declined to grant the fiat and the Provincial Secretary communicated this fact to Air Canada.

Air Canada then applied to the Supreme Court of British Columbia pursuant to the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, c. 209, for:

(a) an order in the nature of *mandamus* compelling the Attorney General to consider the petition of right and then advise the Lieutenant-Governor whether to grant his fiat;

compte relative à toutes les sommes d'argent versées aux termes de cette loi par Air Canada et un jugement déclaratoire portant que l'appelante a le droit d'obtenir qu'on lui rembourse toutes les sommes d'argent payées après le 1^{er} août 1974. Cette action représentait seulement une partie de la réclamation d'Air Canada qui a payé des taxes en vertu de la Loi depuis 1937. Toutefois, en ce qui concerne les causes d'action qui ont pris naissance avant le 1^{er} août 1974, la *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 86, conservait la méthode traditionnelle de poursuite contre Sa Majesté par voie de pétition de droit qui oblige ceux qui cherchent à obtenir un redressement de la part de Sa Majesté d'obtenir une autorisation. Conformément à cette procédure, Air Canada a présenté une pétition de droit en juillet 1981 visant à obtenir substantiellement le même redressement que dans l'action décrite précédemment, mais pour les sommes d'argent payées avant le 1^{er} août 1974. Le présent pourvoi porte sur cette pétition de droit.

La pétition a été dûment signifiée au secrétaire de la province et une copie a été envoyée au procureur général de la province. Celui-ci a conseillé au conseil exécutif de recommander que le lieutenant-gouverneur refuse l'autorisation. Le secrétaire de la province a ensuite transmis une copie de la pétition au lieutenant-gouverneur avec le conseil suivant:

[TRADUCTION] Après avoir dûment examiné la question et sur la recommandation du procureur général, le conseil exécutif estime humblement qu'il ne s'agit pas d'une affaire où il est approprié d'accorder une autorisation. Le conseil exécutif m'a chargé de transmettre cet avis.

Conformément à cet avis, le lieutenant-gouverneur a donc refusé d'accorder l'autorisation et le secrétaire de la province en a avisé Air Canada.

Air Canada a alors présenté une demande à la Cour suprême de la Colombie-Britannique aux termes de la *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 209, en vue d'obtenir:

a) une ordonnance de *mandamus* obligeant le procureur général à examiner la pétition de droit et ensuite à conseiller le lieutenant-gouverneur sur la question de savoir s'il doit donner ou refuser son autorisation;

(b) a declaration that the Attorney General has omitted to exercise his statutory power of decision to advise the Lieutenant-Governor and that he has a duty to do so;

(c) a direction to the Attorney General to reconsider and determine whether the Lieutenant-Governor should be advised to grant his fiat together with reasons.

Air Canada's application was heard by Callaghan J. who dismissed it in a judgment pronounced on October 1, 1982: 41 B.C.L.R. 41, 141 D.L.R. (3d) 530, [1982] 6 W.W.R. 415. Air Canada then appealed to the British Columbia Court of Appeal which, by majority (Taggart and Aikins J.J.A., Anderson J.A. dissenting), dismissed the appeal: (1983), 47 B.C.L.R. 341, 150 D.L.R. (3d) 653, [1983] 6 W.W.R. 689. Air Canada was then granted leave to appeal to this Court, [1983] 2 S.C.R. v.

In this Court, counsel for Air Canada did not press the arguments regarding judicial review of statutory powers, but essentially sought an order in the nature of mandamus, which formed the basis of the judgment of Anderson J.A., the dissenting judge in the Court of Appeal. Since I am substantially in agreement with Anderson J.A., I need not enter into a discussion of the other issues raised in the case.

The applicable law on this issue evolved from the well established principle that neither Parliament nor a legislature can preclude a determination of the constitutional validity of legislation. That principle was thus expressed by Laskin J. (as he then was) in *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, at p. 151:

The question of the constitutionality of legislation has in this country always been a justiciable question. Any attempt by Parliament or a Legislature to fix conditions precedent, as by way of requiring consent of some public officer or authority, to the determination of an issue of constitutionality of legislation cannot foreclose the Courts merely because the conditions remain unsatisfied.

b) un jugement déclaratoire portant que le procureur général a omis d'exercer son pouvoir de décision conféré par la loi pour conseiller le lieutenant-gouverneur alors qu'il était obligé de le faire;

c) un ordre enjoignant au procureur général d'examiner de nouveau et de trancher, avec motifs à l'appui, la question de savoir s'il faut conseiller au lieutenant-gouverneur d'accorder son autorisation.

La demande d'Air Canada a été entendue par le juge Callaghan qui l'a rejetée dans un jugement rendu le 1^{er} octobre 1982: 41 B.C.L.R. 41, 141 D.L.R. (3d) 530, [1982] 6 W.W.R. 415. Air Canada a alors interjeté appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui, à la majorité (les juges Taggart et Aikins, le juge Anderson étant dissident), l'a rejeté: (1983), 47 B.C.L.R. 341, 150 D.L.R. (3d) 653, [1983] 6 W.W.R. 689. Air Canada a ensuite obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour, [1983] 2 R.C.S. v.

Devant cette Cour, l'avocat d'Air Canada n'a pas insisté sur les arguments concernant le contrôle judiciaire des pouvoirs conférés par la loi, mais a essentiellement demandé une ordonnance de *mandamus*, qui formait le fondement du jugement du juge Anderson, dissident de la Cour d'appel. Étant donné que je partage en substance l'avis du juge Anderson, il n'est pas nécessaire que je discute des autres questions soulevées en l'espèce.

Le droit applicable à l'égard de cette question découle du principe bien établi selon lequel ni le Parlement ni une assemblée législative ne peut empêcher qu'une décision soit rendue sur la constitutionnalité d'une mesure législative. Ce principe a ainsi été exprimé en ces termes par le juge Laskin, alors juge puîné, dans l'arrêt *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, à la p. 151:

La question de la constitutionnalité des lois a toujours été dans ce pays une question réglable par les voies de justice. Une tentative du Parlement ou d'une législature de fixer des conditions préalables au règlement d'une question de constitutionnalité de loi, en exigeant le consentement de certains fonctionnaires publics ou de certaines autorités publiques, ne peut empêcher l'accès aux cours de justice pour la simple raison que les conditions ne sont pas remplies.

I cannot believe that if there was no *Crown Proceeding Act* permitting suits against the Crown, a court could, where the case was not frivolous, refuse access to the court to test the constitutionality of a statute simply because a fiat was refused. What is sought here, however, is more involved. The action is an attempt to obtain redress from the Crown for benefits obtained pursuant to an invalid statute.

This Court took an important step in that direction in *British Columbia Power Corp. v. British Columbia Electric Co.*, [1962] S.C.R. 642. There the plaintiff sought the appointment of a receiver over property owned by a corporation whose common shares had been vested in the Crown in right of the province by a statute whose constitutional validity was contested. The Crown resisted the appointment of the receiver on the ground that this would affect its property and interests. This Court, however, rejected the Crown's contention. Kerwin C.J., giving the majority judgment, set forth the following principles at pp. 644-45:

In a federal system, where legislative authority is divided, as are also the prerogatives of the Crown, as between the Dominion and the Provinces, it is my view that it is not open to the Crown, either in right of Canada or of a Province, to claim a Crown immunity based upon an interest in certain property, where its very interest in that property depends completely and solely on the validity of the legislation which it has itself passed, if there is a reasonable doubt as to whether such legislation is constitutionally valid. To permit it to do so would be to enable it, by the assertion of rights claimed under legislation which is beyond its powers, to achieve the same results as if the legislation were valid.

In *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576, this Court went further and held *ultra vires* a statute that prohibited the recovery of taxes paid under protest pursuant to an unconstitutional statute. Dickson J. (as he then was) succinctly put the principle in these terms at p. 592:

The principle governing this appeal can be shortly and simply expressed in these terms: if a statute is found to be *ultra vires* the legislature which enacted it, legislation

Je ne peux croire que s'il n'existait pas de loi comme la *Crown Proceeding Act* qui autorise les poursuites contre Sa Majesté un tribunal pourrait, lorsque l'affaire n'est pas futile, refuser qu'on s'adresse à lui pour vérifier la constitutionnalité d'une loi simplement parce qu'une autorisation a été refusée. Toutefois, ce que l'on demande en l'espèce est plus complexe. L'action vise à obtenir un redressement de la part de Sa Majesté pour des avantages obtenus en vertu d'une loi invalide.

Cette Cour a fait un pas important dans cette direction dans l'arrêt *British Columbia Power Corp. v. British Columbia Electric Co.*, [1962] R.C.S. 642. Dans cette affaire, la demanderesse cherchait à obtenir la nomination d'un séquestre à l'égard des biens d'une société dont les actions ordinaires avaient été transférées à Sa Majesté du chef de la province par une loi dont la constitutionnalité était contestée. Sa Majesté a contesté la nomination du séquestre, invoquant que cela aurait des conséquences sur ses biens et ses intérêts. Toutefois, cette Cour a rejeté les arguments de Sa Majesté. Le juge en chef Kerwin, rendant le jugement de la majorité, a établi les principes suivants aux pp. 644 et 645:

[TRADUCTION] À mon avis, dans un système fédératif où l'autorité législative se divise, comme les prérogatives de la Couronne, entre le Dominion et les provinces, il n'est pas permis à la Couronne, du chef du Canada ou d'une province, de réclamer une immunité fondée sur un droit dans certaine propriété, lorsque ce droit dépend entièrement et uniquement de la validité de la législation qu'elle a elle-même passée, s'il existe un doute raisonnable quant à la validité constitutionnelle de cette législation. Lui permettre d'agir ainsi serait lui permettre, par l'exercice de droits en vertu d'une législation qui excède ses pouvoirs, d'obtenir le même résultat que si cette législation était valide.

Dans l'arrêt *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, cette Cour est allée plus loin et a déclaré *ultra vires* une loi qui interdisait le recouvrement de taxes payées sous réserve en vertu d'une loi inconstitutionnelle. Le juge Dickson, alors juge puîné, a résumé le principe de la manière suivante à la p. 592:

On peut résumer le principe régissant le présent pourvoi en ces termes: si une loi est déclarée *ultra vires* de la législature qui l'a adoptée, toute législation qui aurait

which would have the effect of attaching legal consequences to acts done pursuant to that invalid law must equally be *ultra vires* because it relates to the same subject-matter as that which was involved in the prior legislation. If a state cannot take by unconstitutional means it cannot retain by unconstitutional means.

Let us examine the present situation in the light of these principles. Until the passage of the *Crown Proceeding Act*, the traditional way to sue the Crown, we saw, was by petition of right, but no court would take cognizance of a case until the Lieutenant Governor had issued his fiat. This traditional procedure has been retained in British Columbia in respect of causes of action against the Crown that arose before August 1, 1974. The present is such an action. The Lieutenant Governor has refused his fiat. Thus, if this refusal is constitutionally permissible, what *Amax* declared was not possible has been effectively, if indirectly, accomplished by the exercise of the Crown's prerogative to refuse a fiat.

In my view, if even a statute cannot permit the retention of monies obtained under an unconstitutional statute, that result cannot be achieved under a purported exercise of a discretion to refuse a fiat, whatever may be the legal foundation of that supported discretion. All executive powers, whether they derive from statute, common law or prerogative, must be adapted to conform with constitutional imperatives.

There was considerable discussion in the courts below regarding the extent of the discretion of the Lieutenant Governor to grant or deny his fiat. There are indications in some cases that there is, in effect, a duty to grant the fiat unless a claim is frivolous; see *Ryves v. Duke of Wellington* (1846), 9 Beav. 579, 50 E.R. 467, at p. 475; *In re Nathan* (1884), 12 Q.B.D. 461, at p. 479. The fiat, Bowen L.J. states in the latter case, is granted as a matter of "invariable grace" by the Crown and it is the constitutional duty of his adviser not to advise refusal of a fiat unless the claim is frivolous. In *Orpen v. Attorney General for Ontario*, [1925] 2 D.L.R. 366 (Ont. H.C.) at p. 372, however,

pour effet d'attacher des conséquences juridiques aux actes accomplis en exécution de la loi invalide est également *ultra vires* puisqu'elle a trait à l'objet même de la première loi. Un État ne peut conserver par des mesures inconstitutionnelles ce qu'il ne peut prendre par de telles mesures.

Examinons la situation présente en fonction de ces principes. Jusqu'à l'adoption de la *Crown Proceeding Act*, la manière traditionnelle de poursuivre Sa Majesté, nous l'avons vu, était la pétition de droit, mais aucun tribunal n'entendait une affaire tant que le lieutenant-gouverneur n'avait pas donné son autorisation. Cette procédure traditionnelle a été conservée en Colombie-Britannique à l'égard des causes d'action contre Sa Majesté qui ont pris naissance avant le 1^{er} août 1974. C'est le cas de la présente action. Le lieutenant-gouverneur a refusé son autorisation. Par conséquent, si ce refus est constitutionnellement permis, ce que l'arrêt *Amax* a déclaré impossible a été en fait, quoique indirectement, accompli par l'exercice du pouvoir de prérogative de Sa Majesté de refuser l'autorisation.

À mon avis, si même une loi ne peut permettre de conserver une somme d'argent obtenue en vertu d'une loi inconstitutionnelle, ce résultat ne peut être atteint par ce qui a la prétention d'être l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de refuser l'autorisation, quel que soit le fondement juridique de ce supposé pouvoir discrétionnaire. Tous les pouvoirs exécutifs, qu'ils découlent de la loi, de la *common law* ou d'une prérogative, doivent respecter les impératifs constitutionnels.

Les tribunaux d'instance inférieure ont beaucoup discuté de la portée du pouvoir discrétionnaire du lieutenant-gouverneur d'accorder ou de refuser son autorisation. Il y a des indications dans certaines décisions qu'il existe de fait un devoir d'accorder l'autorisation à moins que la réclamation ne soit futile; voir *Ryves v. Duke of Wellington* (1846), 9 Beav. 579, 50 E.R. 467, à la p. 475; *In re Nathan* (1884), 12 Q.B.D. 461, à la p. 479. Dans cette dernière décision, le lord juge Bowen dit que l'autorisation est accordée «invariablement» par Sa Majesté et son conseiller a l'obligation constitutionnelle de ne pas préconiser le refus d'une autorisation à moins que la réclamation ne

Riddell J. explained these remarks as simply reflecting the usual practice. The constitutional duty of the sovereign's advisers in such a case, he stated, is to act conscientiously in their best judgment (p. 375).

I need not consider which of these views should prevail in ordinary cases. For whatever discretion there may be in a non-constitutional matter, in a case like the present, the discretion must be exercised in conformity with the dictates of the Constitution, and the Crown's advisers must govern themselves accordingly. Any other course would violate the federal structure of the Constitution. Assuming there might still be a residual power to refuse a fiat in a truly frivolous case, no one can claim this is such a case, and no such contention was put forward.

It does not follow, as Taggart J.A. suggested, that if the foregoing constitutional position is correct, then there is no need for Air Canada to seek a fiat. The principle I have enunciated must be applied within the context of the institutional arrangements provided by law. The only machinery provided for obtaining a judgment for money against the Crown in circumstances like the present is, by virtue of the *Crown Proceeding Act*, by petition of rights, and to pursue a claim in that way, a fiat is necessary.

To achieve this result, Air Canada seeks to obtain an order by way of mandamus directing the Attorney General to advise the Lieutenant Governor to grant a fiat because the Lieutenant Governor acts on his advice in considering the grant of a fiat. This power of the Attorney General is exercised in conformity with s. 2(a) and (e) of the *Attorney General Act*, R.S.B.C. 1979, c. 23, which read as follows:

2. The Attorney General

soit futile. Cependant, dans *Orpen v. Attorney General for Ontario*, [1925] 2 D.L.R. 366 (H.C. Ont.) à la p. 372, le juge Riddell a expliqué que ces observations traduisent simplement la pratique habituelle. Il a déclaré que l'obligation constitutionnelle des conseillers du souverain dans un tel cas est d'agir de manière consciencieuse selon leur meilleur jugement (p. 375).

b Je n'ai pas à examiner laquelle de ces opinions devrait prévaloir dans les affaires ordinaires. Peu importe le pouvoir discrétionnaire qui peut être exercé dans une affaire non constitutionnelle, dans une affaire comme l'espèce le pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément aux préceptes de la Constitution et les conseillers de Sa Majesté doivent s'y conformer. Toute autre manière d'agir violerait la structure fédérale de la Constitution.

d Même si l'on présume qu'il peut toujours y avoir un pouvoir résiduaire qui permet de refuser l'autorisation dans le cas d'une affaire vraiment futile, nul ne peut prétendre que c'est le cas en l'espèce et aucun argument à cet égard n'a été présenté.

Il ne s'ensuit pas comme l'a suggéré le juge Taggart que si la position constitutionnelle précédente est juste, alors il n'est pas nécessaire qu'Air Canada demande une autorisation. Le principe que j'ai énoncé doit être appliqué dans le contexte des arrangements institutionnels prévus par la loi. Le seul mécanisme prévu pour obtenir un jugement demandant une somme d'argent contre Sa Majesté dans des circonstances comme l'espèce est, en vertu de la *Crown Proceeding Act*, la pétition de droit et, pour présenter une réclamation de cette manière, il est nécessaire d'obtenir une autorisation.

Pour parvenir à cette fin, Air Canada cherche à obtenir une ordonnance de *mandamus* enjoignant au procureur général de conseiller au lieutenant-gouverneur d'accorder une autorisation parce que le lieutenant-gouverneur suit son avis lorsqu'il examine l'octroi d'une autorisation. Le procureur général exerce ce pouvoir conformément aux al. 2a) et e) de l'*Attorney General Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 23, dont voici le texte:

[TRADUCTION] 2. Le procureur général

(a) is the official legal adviser of the Lieutenant Governor and the legal member of the Executive Council;

(e) is entrusted with the powers and charged with the duties which belong to the office of the Attorney General and Solicitor General of England by law or usage, so far as the same powers and duties are applicable to the Province, and also with the powers and duties which, by the laws of Canada and of the Province to be administered and carried into effect by the government of the Province, belong to the office of the Attorney General and Solicitor General;

These provisions make the Attorney General the official legal adviser of the Lieutenant Governor and the legal member of the Executive Council and, by s. 2(e), entrusts him with the duties of the Attorney General of England as far as these are applicable to the province. This includes the right to advise the Crown regarding the grant of a fiat; see J. Ll. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), at p. 154; *In re Nathan, supra*, at pp. 468, 475, 479; *Halsbury's Laws of England* (2nd ed. 1933), vol. 9, para. 1180, note (c). It is true that some cases mention that in England the sovereign acted on the advice of the Secretary of State; see *Bombay and Persia Steam Navigation Co. v. MacLay*, [1920] 3 K.B. 402, at p. 408; *Irwin v. Grey* (1862), 3 F. & F. 635, 176 E.R. 290 (C.P.), at p. 291. But as is obvious from the latter case, the Secretary's duties in this area were essentially to receive petitions of right and, after seeking the opinion of the law officers thereon, to advise Her Majesty accordingly.

A similar position prevails in British Columbia. There the Provincial Secretary is assigned the task of receiving petitions for transmittal to the Lieutenant Governor for consideration. This is done by s. 4 of the *Crown Procedure Act*, R.S.B.C. 1960, c. 89, which reads as follows:

4. (1) The petition shall be left with the Provincial Secretary, in order that the same may be submitted to the Lieutenant-Governor for his consideration, and in

a) est le conseiller juridique officiel du lieutenant-gouverneur et le membre juriste du conseil exécutif;

e) détient les pouvoirs et occupe les fonctions rattachées à la charge de procureur général et de solliciteur général de l'Angleterre par la loi ou l'usage, dans la mesure où les mêmes pouvoirs et fonctions s'appliquent à la province, et également des pouvoirs et fonctions qui, en vertu des lois du Canada et de la province qui doivent être appliquées par le gouvernement de la province, sont rattachés à la charge de procureur général et de solliciteur général;

Ces dispositions font du procureur général le conseiller juridique officiel du lieutenant-gouverneur et le membre juriste du conseil exécutif et aux termes du par. 2e) lui attribuent les fonctions de procureur général de l'Angleterre dans la mesure où elles s'appliquent à la province. Cela comporte le droit de conseiller Sa Majesté en ce qui a trait à l'octroi d'une autorisation; voir J. Ll. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), à la p. 154; *In re Nathan*, précité, aux pp. 468, 475, 479; *Halsbury's Laws of England* (2nd ed. 1933), vol. 9, par. 1180, note (c). Il est vrai que certaines affaires soulignent qu'en Angleterre le souverain agissait suivant l'avis du Secrétaire d'État; voir *Bombay and Persia Steam Navigation Co. v. MacLay*, [1920] 3 K.B. 402, à la p. 408; *Irwin v. Grey* (1862), 3 F. & F. 635, 176 E.R. 290 (C.P.), à la p. 291. Cependant, comme il ressort de cette dernière affaire, les fonctions du secrétaire dans ce domaine étaient essentiellement de recevoir les pétitions de droit et, après avoir obtenu l'opinion des avocats, de conseiller Sa Majesté en conséquence.

Une situation semblable prévaut en Colombie-Britannique. Le secrétaire de la province y est chargé de recevoir les pétitions pour les transmettre au lieutenant-gouverneur afin qu'il les examine. C'est ce que prévoit l'art. 4 de la *Crown Procedure Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 89, dont voici le texte:

[TRADUCTION] 4. (1) La pétition doit être remise au secrétaire de la province afin qu'elle soit présentée au lieutenant-gouverneur pour qu'il l'examine et afin que

order that the Lieutenant-Governor, if he thinks fit, may grant his fiat that right be done.

(2) No fee or sum of money shall be payable by the suppliant on so leaving the petition, or upon his receiving back the same.

As Taggart and Anderson J.J.A. in the Court of Appeal explain, however, the Provincial Secretary seeks the advice of the Attorney General, the legal member of the Executive Council, before referring the matter to the Executive Council. The Executive Council then advises the Lieutenant Governor as to the manner in which he should dispose of the matter on the recommendation of the Attorney General.

From the foregoing, it seems to me that the appropriate officer against whom an order by way of mandamus should issue in this case is the Attorney General. He is the Lieutenant Governor's principal legal adviser, and I am inclined to agree with Anderson J.A.'s view that, by virtue of s. 2 of the *Attorney General Act*, he is entrusted with the sole power and duty to advise the Lieutenant Governor whether or not to issue a fiat. That was the English position, which s. 2(e) adopts. One must make a distinction here between the Lieutenant Governor and the Lieutenant Governor in Council. The latter includes the Executive Council; the former does not; see *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 206, s. 29. It is to the Lieutenant Governor alone that the power to issue a fiat is given by the *Crown Procedure Act*. That being so, as Anderson J.A. notes, there is no legal scope for the involvement of the Executive Council. The referral to the Council becomes a mere formality.

It is not really necessary, however, to pronounce definitively on the latter issues. Even on the assumption that under ordinary circumstances there is a meaningful role for the Executive Council to play in deciding whether or not a fiat should issue, I would retain the same view. Technicality must be tempered with realism. The Attorney General is the Lieutenant Governor's principal legal adviser and the legal member of the Executive Council. Though his duty is technically simply to advise, the issue here is a legal one, one moreover to which under the Constitution, there is only

celui-ci, s'il le juge à propos, puisse accorder son autorisation pour que justice soit faite.

(2) Aucun droit ou somme d'argent ne doit être payable par le requérant lorsqu'il donne la pétition ou lorsqu'il la reçoit.

Toutefois, comme l'expliquent les juges Taggart et Anderson de la Cour d'appel, le secrétaire de la province demande l'avis du procureur général, le membre juriste du conseil exécutif, avant de soumettre la question au conseil exécutif. Le conseil exécutif donne alors son avis au lieutenant-gouverneur quant à la manière dont il devrait régler la question sur la recommandation du procureur général.

D'après ce qui précède, il me semble que l'officier approprié contre lequel une ordonnance de *mandamus* devrait être délivrée en l'espèce est le procureur général. Il est le principal conseiller juridique du lieutenant-gouverneur et je suis porté à convenir avec le juge Anderson que, aux termes de l'art. 2 de l'*Attorney General Act*, il est le seul chargé des pouvoirs et de la fonction de conseiller le lieutenant-gouverneur sur la question de savoir s'il doit ou non donner une autorisation. C'était la position anglaise qui a été adoptée dans l'al. 2e). Il faut établir une distinction en l'espèce entre le lieutenant-gouverneur et le lieutenant-gouverneur en conseil. Ce dernier comprend le conseil exécutif; mais non le premier; voir l'*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 206, art. 29. La *Crown Procedure Act* donne au lieutenant-gouverneur seul le pouvoir de délivrer une autorisation. Cela étant, comme le souligne le juge Anderson, l'intervention du conseil exécutif n'a aucune portée juridique. Le renvoi au conseil devient une simple formalité.

Toutefois, il n'est pas vraiment nécessaire de trancher d'une manière définitive ces dernières questions. Même si l'on présume que dans des circonstances ordinaires le conseil exécutif a un rôle significatif à jouer en décidant si une autorisation devrait ou non être délivrée, je suis d'avis d'adopter la même opinion. Les points de procédure doivent être tempérés avec réalisme. Le procureur général est le principal conseiller juridique du lieutenant-gouverneur et le membre juriste du conseil exécutif. Bien que, techniquement, son rôle consiste simplement à conseiller, la question en

one answer. In giving advice, the Attorney General must conform to the requirements imposed by the federal structure of the Constitution. He is bound to advise the Lieutenant Governor to grant his fiat. I cannot accept the proposition advanced by Callaghan J. and the majority of the Court of Appeal to the effect that the Attorney General complied with his duty to advise the Lieutenant Governor when he advised him to refuse a fiat.

The Executive Council is in turn bound to accept the advice of the Attorney General in a case like the present. For, even if it has a right to advise the Lieutenant Governor, it, too, is under an obligation to exercise that right consistently with constitutional imperatives. In any event, one could look at the order sought as being directed to the Attorney General in a representative capacity; see *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735.

Finally, I would note that there is precedent for the kind of order sought here. *Teh Cheng Poh v. Public Prosecutor, Malaysia*, [1980] A.C. 458 (P.C.), stands for the proposition that mandamus lies to compel a minister to properly advise the executive where there has been a constitutional abuse of power by the Crown; see also *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries & Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.)

Finally, counsel for the respondent argued that a judgment along these lines would preclude the province's relying not only on Crown immunity, but also on limitation periods, retroactive remedial legislation and mutual mistake of law to retain monies collected under *ultra vires* legislation. While I do not wish to enter into these issues at any length, I do not think this conclusion necessarily follows. There is a difference between an executive act directly interfering with a recourse to the courts for the recovery of monies under an allegedly unconstitutional statute and relying on general principles of law like limitation periods which are aimed at different purposes, in that case,

l'espèce a un caractère juridique à laquelle en outre il n'y a qu'une seule réponse aux termes de la Constitution. En donnant son avis, le procureur général doit respecter les exigences imposées par la structure fédérale de la Constitution. Il est tenu de conseiller au lieutenant-gouverneur d'accorder son autorisation. Je ne peux souscrire à la proposition du juge Callaghan et de la majorité de la Cour d'appel selon laquelle le procureur général a satisfait à son obligation de conseiller le lieutenant-gouverneur lorsqu'il lui a recommandé de refuser l'autorisation.

Le conseil exécutif est lui aussi tenu d'accepter la recommandation du procureur général dans un cas comme celui-ci. Car, même s'il a le droit de conseiller le lieutenant-gouverneur, il est lui aussi obligé d'exercer ce droit en conformité avec les impératifs constitutionnels. De toute façon, on peut considérer l'ordonnance demandée comme étant adressée au procureur général à titre de représentant; voir *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

Finalement, il convient de souligner qu'il existe des précédents portant sur le genre d'ordonnance demandé en l'espèce. L'arrêt *Teh Cheng Poh v. Public Prosecutor, Malaysia*, [1980] A.C. 458 (C.P.), étaye la proposition selon laquelle le mandamus peut être utilisé pour obliger un ministre à conseiller de manière appropriée le pouvoir exécutif lorsqu'il y a eu un abus de pouvoir constitutionnel de la part de Sa Majesté; voir également *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries & Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.)

Finalement, l'avocat de l'intimé a soutenu qu'un jugement selon ces termes empêcherait la province de se fonder non seulement sur l'immunité de Sa Majesté mais également sur des délais de prescription, sur des mesures législatives correctives ayant un effet rétroactif et sur une erreur de droit mutuelle pour conserver les sommes d'argent perçues aux termes de la loi invalide. Bien que je ne désire pas traiter de ces questions en détail, je ne crois pas que c'est la conclusion qui en découle nécessairement. Il existe une différence entre se fonder sur un acte du pouvoir exécutif qui a un effet direct sur un recours aux tribunaux pour le recouvrement de sommes d'argent obtenues en

barring stale claims. The significance of this distinction is best left to be raised in the principal action when the matter, which was simply touched upon in this Court, can be examined in depth.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the judge who heard the application, reverse the judgment of the Court of Appeal of British Columbia, and direct that an order in the nature of mandamus issue directing the Attorney General to advise the Lieutenant Governor to grant his fiat to the petition of right in this case.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

vertu d'une loi qu'on dit inconstitutionnelle et se fonder sur des principes généraux du droit, comme les délais de prescription, qui visent des fins différentes, en l'espèce, à empêcher des réclamations prescrites. Il est préférable que la signification de cette distinction soit soulevée dans l'action principale lorsque la question, qui a simplement été effleurée devant cette Cour, pourra être examinée d'une manière approfondie.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision du juge qui a entendu la demande, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel, de la Colombie-Britannique et d'ordonner la délivrance d'un *mandamus* pour enjoindre au procureur général de conseiller au lieutenant-gouverneur d'accorder son autorisation à la pétition de droit en l'espèce.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureur de l'intimé: Le ministère du procureur général, Victoria.