

John P. McEvoy *Appellant*;

and

The Attorney General for New Brunswick
Respondent;

and

The Attorney General of Canada *Respondent*.

File No.: 16773.

1983: February 8; 1983: June 7.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

Constitutional law — Proposal to establish unified criminal court — Transfer of criminal jurisdiction to new court — Judges provincially appointed — Inferior court transformed into a superior court — Whether proposal constitutional — Constitution Act, 1867, R.S.C. 1970, Appendix II, ss. 91(2), 92(14), 96.

Appeal — Reference — Abstract questions — Whether the Court should answer referred questions — Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2 as amended, s. 23(1).

The Lieutenant-Governor in Council of New Brunswick referred three questions to the Court of Appeal to determine the constitutional validity of a proposal to establish a unified criminal court in the province. The new court, which would exercise complete criminal jurisdiction, would replace the present Provincial Court and its judges would be provincially appointed. Parliament would be requested to amend the *Criminal Code* and other federal statutes to confer jurisdiction in criminal matters upon the new court. The Court of Appeal answered the three questions in the affirmative. Hence this appeal to determine whether s. 96 of the *Constitution Act, 1867* bars the proposal.

Held: The appeal should be allowed and the three questions answered in the negative.

Parliament can no more give away federal constitutional powers than a province can usurp them. Here, what was being contemplated was the complete obliteration of superior court criminal law jurisdiction. The effect of this proposal to transfer the present superior court criminal jurisdiction over indictable offences to a

John P. McEvoy *Appellant*;

et

Le procureur général du Nouveau-Brunswick
Intimé;

et

Le procureur général du Canada *Intimé*.

N° du greffe: 16773.

1983: 8 février; 1983: 7 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, Chouinard et Wilson.

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

Droit constitutionnel — Proposition visant la création d'un tribunal de juridiction criminelle unifiée — Transfert de la compétence en matière criminelle au nouveau tribunal — Juges nommés par la province — Cour inférieure transformée en cour supérieure — Constitutionnalité de la proposition — Loi constitutionnelle de 1867, S.R.C. 1970, Appendice II, art. 91(2), 92(14), 96.

Appel — Renvoi — Questions abstraites — La Cour doit-elle répondre aux questions déférées? — Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, chap. J-2 et modifications, art. 23(1).

Le lieutenant-gouverneur en conseil du Nouveau-Brunswick a soumis à la Cour d'appel trois questions visant à déterminer la constitutionnalité d'un plan pour l'établissement dans la province d'un tribunal de juridiction criminelle unifiée. Le nouveau tribunal, doté de pleine compétence en matière criminelle, remplacerait l'actuelle Cour provinciale et ses juges seraient nommés par la province. On demanderait au Parlement de modifier le *Code criminel* et d'autres lois fédérales de manière à conférer au nouveau tribunal compétence en matière criminelle. La Cour d'appel a répondu aux trois questions par l'affirmative. D'où le pourvoi qui vise à déterminer si l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* constitue un empêchement à la proposition.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et les trois questions reçoivent des réponses négatives.

Il n'est pas plus loisible au Parlement de se départir des pouvoirs conférés au fédéral par la Constitution qu'il ne l'est à une province de les usurper. Ce qu'on envisage en l'espèce est la suppression totale de la compétence des cours supérieures en matière criminelle. Cette proposition visant à transférer à un tribunal provincial la

provincial court would be to deprive the Governor General of his power under s. 96 to appoint the judges who try indictable offences in New Brunswick. This is contrary to s. 96. This section bars Parliament and the provincial legislatures from altering the constitutional scheme envisaged by the judicature sections of the *Constitution Act, 1867* which guarantee the independence of the superior courts from both levels of government. The result would be the same if the new court was given concurrent criminal jurisdiction with the superior court, since s. 96 is an insuperable obstacle to any attempt to transform an inferior court into a superior court.

Re The Educational System in the Island of Montreal, [1926] S.C.R. 246; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Reference re Angliers Railway Crossing*, [1937] S.C.R. 451; *Re Authority of Parliament in Relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54; *Attorney-General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Association*, [1971] S.C.R. 689; *Reference re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1930] S.C.R. 663; *In Re Marriage Laws* (1912), 46 S.C.R. 132; *Re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Re Vancini* (1904), 34 S.C.R. 621; *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *Nanaimo Community Hotel v. Board of Referees*, [1945] 3 D.L.R. 225; *O. Martineau & Sons, Ltd. v. City of Montreal*, [1932] A.C. 113; *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415; *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1; *Re Residential Tenancies Act*, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526; *Re Rex v. Thompson*, [1946] O.R. 560; *R. v. Marathon Paper Mills of Canada Ltd.*, [1947] O.R. 532, referred to.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1981), 127 D.L.R. (3d) 214, 62 C.C.C. (2d) 164, 36 N.B.R. (2d) 609, 94 A.P.R. 609, answering in the affirmative three questions referred by the Lieutenant-Governor in Council and concerning the constitutional validity of a proposal to establish a unified criminal court in New Brunswick. Appeal allowed.

B. A. Crane, Q.C., and *John P. McEvoy*, for the appellant.

Bruce Judah and *Barry Athey*, for the respondent the Attorney General for New Brunswick.

compétence en matière criminelle qu'ont actuellement les cours supérieures relativement aux actes criminels, aurait pour effet d'enlever au gouverneur général son pouvoir en vertu de l'art. 96 de nommer les juges chargés de juger les actes criminels au Nouveau-Brunswick. Cela est contraire à l'art. 96 qui interdit au Parlement et aux législatures provinciales de modifier le régime envisagé par les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent sur l'organisation judiciaire et qui garantissent l'indépendance des cours supérieures par rapport aux deux paliers de gouvernement. Le résultat serait le même si le nouveau tribunal recevait une compétence concurrente avec celle des cours supérieures en matière criminelle, car l'art. 96 s'oppose irréductiblement à toute tentative de transformer une cour inférieure en cour supérieure.

Jurisprudence: *Re The Educational System in the Island of Montreal*, [1926] R.C.S. 246; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Reference re Angliers Railway Crossing*, [1937] R.C.S. 451; *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Procureur général du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Association*, [1971] R.C.S. 689; *Reference re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1930] R.C.S. 663; *In Re Marriage Laws* (1912), 46 R.C.S. 132; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Re Vancini* (1904), 34 R.C.S. 621; *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *Nanaimo Community Hotel v. Board of Referees*, [1945] 3 D.L.R. 225; *O. Martineau & Sons, Ltd. v. City of Montreal*, [1932] A.C. 113; *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415; *Valin v. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1; *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526; *Re Rex v. Thompson*, [1946] O.R. 560; *R. v. Marathon Paper Mills of Canada Ltd.*, [1947] O.R. 532.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1981), 127 D.L.R. (3d) 214, 62 C.C.C. (2d) 164, 36 N.B.R. (2d) 609, 94 A.P.R. 609, qui a répondu par l'affirmative à trois questions soumises par le lieutenant-gouverneur en conseil relativement à la constitutionnalité d'une proposition visant à l'établissement au Nouveau-Brunswick d'un tribunal de juridiction criminelle unifiée. Pourvoi accueilli.

B. A. Crane, c.r., et *John P. McEvoy*, pour l'appellant.

Bruce Judah et *Barry Athey*, pour l'intimé le procureur général du Nouveau-Brunswick.

John R. Power, Q.C., and M. L. Basta, for the respondent the Attorney General of Canada.

Judgment delivered by

THE COURT—This is an appeal from a unanimous judgment of the New Brunswick Court of Appeal, delivered by Hughes C.J.N.B., answering in the affirmative three questions put before that Court on a reference by the provincial Lieutenant-Governor in Council pursuant to s. 23(1) of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, as amended. The questions, attached as a schedule to the reference Order, are stated to be draft questions directed to determine the constitutional validity of a proposed course of action with respect to the establishment of a unified criminal court in New Brunswick.

The three questions posed to the Court in New Brunswick, and the very same questions are now before this Court on appeal, read as follows:

1. Is it *intra vires* the Parliament of Canada to amend the *Criminal Code* to confer upon a court constituted by the legislature of a province, the judges of which are appointed by the Lieutenant-Governor in Council, exclusive jurisdiction to try all indictable offences under that Act?
2. Is it *intra vires* the Parliament of Canada to amend the *Criminal Code* to confer upon a court constituted by the legislature of a province, the judges of which are appointed by the Lieutenant-Governor in Council, jurisdiction to try all indictable offences under that Act, if that jurisdiction is concurrent with that of courts whose judges are appointed pursuant to section 96 of the *British North America Act*?
3. Is it *intra vires* the legislature of a province to constitute a court, the judges of which are appointed by the Lieutenant-Governor in Council, to exercise such jurisdiction in criminal law matters as is conferred upon it by the Parliament of Canada, if the jurisdiction conferred by Parliament is to try all indictable offences under the *Criminal Code*, and is either
 - (a) exclusive; or
 - (b) concurrent with that of courts whose judges are appointed pursuant to section 96 of the *British North America Act*?

It will be noted that Questions 1 and 2 relate to the constitutional power of the Parliament of

John R. Power, c.r., et M. L. Basta, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Ce pourvoi attaque un arrêt unanime de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, rendu par le juge en chef Hughes, qui a répondu par l'affirmative à trois questions que le lieutenant-gouverneur en conseil de la province a soumises à la Cour en vertu du par. 23(1) de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, chap. J-2, et modifications. Les questions, jointes en annexe à l'ordonnance de renvoi, sont présentées comme des projets de questions visant à déterminer la constitutionnalité de mesures relatives à l'établissement au Nouveau-Brunswick d'un tribunal de juridiction criminelle unifiée.

Les trois questions qui ont été soumises à la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick et dont cette Cour est présentement saisie sont ainsi formulées:

1. Relève-t-il de la compétence du Parlement du Canada de modifier le *Code criminel* de manière à conférer à un tribunal créé par la Législature d'une province, dont les juges sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil, la compétence exclusive de juger tous les actes criminels visés audit *Code*?
2. Relève-t-il de la compétence du Parlement du Canada de modifier le *Code criminel* de manière à conférer à un tribunal créé par la Législature d'une province, dont les juges sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil, la compétence de juger tous les actes criminels visés audit *Code*, si cette compétence est concurrente avec celle des tribunaux dont les juges sont nommés conformément à l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*?
3. Relève-t-il de la compétence de la Législature d'une province de créer un tribunal dont les juges sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil, pour exercer la compétence que le Parlement du Canada peut lui conférer en matière criminelle, si la compétence conférée par le Parlement consiste à juger tous les actes criminels visés au *Code criminel*, et est soit
 - a) exclusive ou
 - b) concurrente avec celle des tribunaux dont les juges sont nommés conformément à l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*?

On peut constater que les première et deuxième questions se rapportent au pouvoir dont la Consti-

Canada. Only Question 3 relates to the powers of the Provincial Legislature. The New Brunswick Court of Appeal answered all three questions in the affirmative.

In general terms the issue is whether s. 96 of the *Constitution Act, 1867* is a bar to a plan whereby the federal government and a provincial government would by conjoint action transfer the criminal jurisdiction of Provincial Superior Courts to a new court to be called the "unified criminal court" the judges of which would be provincially appointed.

1) Should this Court answer the Questions?

There is no draft legislation nor even any draft proposals to infuse the three questions which, in our view, suffer from excessive abstractness. There is no explanatory material, no supplementary notes, no draft report which would give concreteness to what is proposed. We are left to speculate as to the form the legislative schemes contemplated by the questions might take. When one realizes that what is intended is a drastic realignment of criminal law authority, an intended transfer, either exclusively or concurrently with existing provincial Superior Courts, to a new provincial Court in which judges appointed by the Province will sit to try all indictable offences, and that serious questions arise whether the proposed provincial Court is to have unreviewable jurisdiction subject perhaps to statutory rights of appeal, it will be seen how necessary or at least advantageous it would have been to have some direction as to the thrust of the proposed legislation under New Brunswick law and under federal law.

The Government of Canada has not adopted any policy for establishing a unified criminal Court nor, it appears, has the Government of New Brunswick, although the Attorney General of the Province is a proponent.

tution investit le Parlement du Canada. Seule la troisième a trait aux pouvoirs de la législature provinciale. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a répondu à toutes les questions par l'affirmative.

D'une manière générale, la question est de savoir si l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* empêche la mise en oeuvre d'un plan par lequel le gouvernement fédéral et un gouvernement provincial, agissant de concert, transféreraient à un nouveau tribunal de juridiction criminelle unifiée, dont les juges seraient nommés par la province, la compétence en matière criminelle appartenant aux cours supérieures de la province.

1) Cette Cour doit-elle répondre aux questions?

Il n'y a pas de projet de loi ni même de projet de proposition pour circonscrire les trois questions qui, à notre avis, sont par trop abstraites. Il n'y a aucune documentation explicative, aucune note supplémentaire, aucun projet de rapport qui donnerait corps à ce qui est proposé. Nous ne pouvons donc que faire des conjectures sur la forme éventuelle des mesures législatives envisagées par les questions. Quand on se rend compte qu'il s'agit d'une redistribution radicale de la compétence en matière de droit criminel, d'un transfert par suite duquel cette compétence sera exercée, soit exclusivement soit concurremment avec les cours supérieures existant actuellement dans la province, par un nouveau tribunal provincial dont les juges, nommés par la province, connaîtront de tous les actes criminels, et quand on se rend compte que cela soulève la sérieuse question de savoir si le tribunal provincial projeté aura, sous réserve peut-être de certains droits d'appel prévus par la loi, une compétence non susceptible de contrôle, on comprendra la nécessité, ou du moins l'avantage, de quelques indications quant à l'effet de la loi projetée sur les lois du Nouveau-Brunswick et sur les lois fédérales.

Le gouvernement du Canada n'a pas adopté de politique en vue de l'établissement d'un tribunal de juridiction criminelle unifiée et le gouvernement du Nouveau-Brunswick ne paraît pas en avoir adopté non plus, bien que le procureur général de cette province en préconise une.

This Court is entitled to exercise its judgment on whether it should answer referred questions if it concludes that they do not exhibit sufficient precision to permit cogent answers. This is irrespective of the fact that the reference power is couched in broad terms, as it is here. Section 23(1) of the *Judicature Act* of New Brunswick provides:

23. (1) Important questions of law or fact touching

- (a) the interpretation of *The British North America Acts*,
- (b) the constitutionality or interpretation of any Canadian or Provincial legislation,
- (c) the powers of the Legislature of the Province, or the Government thereof, whether or not the particular power in question has been or is proposed to be exercised, or
- (d) any other matter, whether or not in the opinion of the Court *ejusdem generis* with the foregoing enumeration, with reference to which the Lieutenant-Governor in Council sees fit to submit any such question,

may be referred by the Lieutenant-Governor in Council to the Court of Appeal for hearing and consideration, and any question touching any of the matters aforesaid, so referred by the Lieutenant-Governor in Council, shall be conclusively deemed to be an important question.

It will be observed that the Lieutenant-Governor in Council may refer questions touching the powers of the Legislature of the Province or the Government thereof "whether or not the particular power in question has been or is proposed to be exercised".

Section 23(1) empowers a reference on the constitutionality or interpretation of any Canadian or provincial legislation. There is, however, no such legislation here, and it is a nice question whether proposed legislation of Parliament can be embraced unless it is subsumed under one of the other powers in s. 23(1), for example the interpretation of the *British North America Act*, now the *Constitution Act, 1867*. The constitutional propriety of provincial legislation which invites the placing before the provincial courts of questions concerning the constitutionality of existing or pending

Cette Cour a le pouvoir discrétionnaire de décider si elle devrait répondre aux questions soumises par renvoi si elle conclut que celles-ci ne sont pas assez précises pour permettre d'y apporter des réponses valables. Elle peut l'exercer même si la formulation du pouvoir de renvoi est générale, comme c'est le cas dans la présente affaire. Le paragraphe 23(1) de la *Loi sur l'organisation judiciaire* du Nouveau-Brunswick dispose:

23 (1) Les questions importantes de droit ou de fait qui intéressent

- a) l'interprétation de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*,
- b) la constitutionnalité ou l'interprétation d'une loi fédérale ou provinciale,
- c) les pouvoirs de la Législature de la province ou de son gouvernement, que le pouvoir particulier dont il s'agit ait ou n'ait pas été exercé, ou qu'il doive ou ne doive pas être exercé, ou
- d) toute autre matière, qu'elle soit ou non, dans l'opinion de la Cour, *ejusdem generis* que celles qui sont énumérées ci-dessus, au sujet de laquelle le lieutenant-gouverneur en conseil peut juger à propos de soumettre de telles questions,

peuvent être soumises par le lieutenant-gouverneur en conseil à la Division d'appel de la Cour suprême, pour audition et pour examen; toute question touchant l'une des matières susdites, ainsi soumise par le lieutenant-gouverneur en conseil, est péremptoirement réputée être une question importante.

On constate que le lieutenant-gouverneur en conseil peut soumettre des questions qui intéressent les pouvoirs de la Législature de la province ou de son gouvernement, «que le pouvoir particulier dont il s'agit ait ou n'ait pas été exercé, ou qu'il doive ou ne doive pas être exercé».

Le paragraphe 23(1) autorise un renvoi relatif à la constitutionnalité ou à l'interprétation d'une loi fédérale ou provinciale. Toutefois, nous ne sommes pas ici en présence d'une telle loi, et la question délicate se pose de savoir si une loi fédérale projetée peut être incluse à moins qu'elle soit subsumée sous l'une des autres catégories du par. 23(1), par exemple l'interprétation de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui s'intitule maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*. Devant cette Cour, les avocats n'ont pas plaidé sur la constitutionnalité d'une loi provinciale qui invite à saisir les cours

federal legislation was not argued by any counsel before this Court and we expressly refrain from comment on such issue.

The first thing the Court has to decide then is whether we have been provided with an adequate base on which to answer the Lieutenant-Governor's questions. Stripped to their essentials the questions are:

- (1) Can Parliament confer exclusive jurisdiction to try all indictable offences under the *Criminal Code* on a new court whose judges are appointed by the province?
- (2) Can Parliament do this if the new provincial court has concurrent jurisdiction with the New Brunswick Superior Courts?
- (3) Can the New Brunswick Legislature constitute and appoint the judges to the new court if that court has either exclusive or concurrent jurisdiction?

This Court has from time to time refused to answer reference questions when it considered them lacking in specificity. The first such instance was *Re The Educational System in the Island of Montreal*, [1926] S.C.R. 246 (the *Montreal Schools* case). In that case the Quebec Legislature had passed *An Act to amend the law concerning education, with respect to persons professing the Jewish religion*. The Act provided, *inter alia*, that "persons professing the Jewish religion shall, for school purposes, be treated in the same manner as Protestants". Numerous constitutional questions were submitted to the Quebec Court of Appeal. One of the questions was this:

Can the provincial legislature pass legislation providing that persons professing the Jewish religion be appointed: (a) To the Protestant Board of School Commissioners of the city of Montreal; or (b) To the Protestant Committee of Public Instruction; or (c) As advisory members of these bodies?

de la province de questions touchant la constitutionnalité d'une loi fédérale existante ou projetée et nous nous abstenons catégoriquement de tout commentaire sur cette question.

La Cour doit donc décider d'abord si on lui a fourni des données suffisantes pour lui permettre de répondre aux questions du lieutenant-gouverneur. Réduites à l'essentiel ces questions se formulent ainsi:

- (1) Le Parlement peut-il conférer à un nouveau tribunal dont les juges sont nommés par la province, compétence exclusive pour juger tous les actes criminels visés au *Code criminel*?
- (2) Le Parlement peut-il le faire si le nouveau tribunal provincial a une compétence concurrente avec celle des cours supérieures du Nouveau-Brunswick?
- (3) La législature du Nouveau-Brunswick peut-elle créer un nouveau tribunal et en nommer les juges si ce tribunal a une compétence qui est soit exclusive soit concurrente?

À l'occasion, cette Cour a refusé de répondre à des questions qui lui ont été soumises par renvoi lorsqu'elle les a jugées trop imprécises. Le premier cas est le renvoi *Re The Educational System in the Island of Montreal*, [1926] R.C.S. 246 (l'affaire des *écoles montréalaises*). Dans cette affaire, la législature du Québec avait adopté une *Loi amendant les lois concernant l'instruction publique relativement aux personnes professant la religion judaïque*. La Loi prévoyait notamment que «les personnes professant la religion judaïque seront traitées, pour les fins scolaires, de la même manière que les protestants». La Cour d'appel du Québec a été saisie d'un bon nombre de questions constitutionnelles, dont l'une était ainsi formulée:

[TRADUCTION] La législature provinciale peut-elle adopter une loi prévoyant que des personnes professant la religion judaïque soient nommées: a) au Bureau des commissaires d'école protestants de la cité de Montréal; ou b) au comité protestant de l'instruction publique; ou c) à titre de membres-conseils de ces organismes?

On appeal from the decision of the Quebec Court of Appeal, this Court answered parts (a) and (b) of Question 3, but as to part (c) it said (at p. 270):

This question can be answered only when the powers and duties of such advisory members shall have been defined.

In *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200 (the *Water-Powers* case), a Reference from the Governor General in Council, this Court declined to answer several questions, for example:

Question 2: Where the bed of a navigable river is vested in the Crown in the right of the province, has the Dominion power, for navigation purposes, to use or occupy part of such bed or to divert, diminish, or change the flow over such bed (a) without the consent of the province; (b) without compensation?

Question 3: Has the Parliament of Canada the power, by appropriate legislative enactment, to authorize the Dominion Government to expropriate the lands of the Crown in the right of the province for the purposes of navigation with provision or without provision for compensation?

Duff J. explained why the Court could not reply to these questions "categorically" (at p. 224):

... it is impossible to affirm, in respect of every "navigation purpose", within the purport of these questions that the authority in relation thereto, whether derived from s. 92(10) and s. 91(29) or from one of the other heads of s. 91—whether within the exclusive sphere of the Dominion Parliament, or only referable to its incidental or ancillary powers—invests the Dominion with the right to override by its legislation the proprietary rights of the provinces.

There is no general formula for deciding whether or not, in respect of any such given purpose, the nature of the Dominion authority imports the existence of such a right. That can only be determined after an examination of the nature of the purpose, the character of the power invoked and the character of the means proposed to be employed in order to effectuate the purpose.

The Court also refused to answer questions 6(a) and 6(b) for the reasons given in the headnote.

The second part of question 8 read:

La décision de la Cour d'appel du Québec a été portée en appel et cette Cour a répondu aux parties a) et b) de la troisième question, mais a dit concernant la partie c) (à la p. 270):

[TRADUCTION] Il ne sera possible de répondre à cette question que lorsque les pouvoirs et les fonctions de ces membres-conseils auront été précisés.

Dans le renvoi *Re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200 (l'affaire de l'énergie hydraulique), un renvoi par le gouverneur général en conseil, cette Cour a refusé de répondre à plusieurs questions, notamment:

[TRADUCTION] Question 2: Lorsque le lit d'une rivière navigable est dévolu à la Couronne du chef de la province, le Canada a-t-il le pouvoir, à des fins de navigation, d'utiliser ou d'occuper une partie dudit lit, de dériver les eaux qui coulent dans ce lit ou d'en diminuer ou modifier le débit a) sans le consentement de la province; b) sans verser d'indemnité?

Question 3: Le Parlement du Canada a-t-il le pouvoir d'autoriser, par un texte législatif approprié, le gouvernement du Canada à exproprier les terres de la Couronne du chef de la province à des fins de navigation, que le paiement d'une indemnité soit ou non prévu?

Le juge Duff a expliqué pourquoi la Cour ne pouvait donner à ces questions une réponse «catégorique» (à la p. 224):

[TRADUCTION] ... il est impossible d'affirmer, relativement à chaque «fin de navigation», au sens de ces questions que le pouvoir y afférent, que celui-ci découle des par. 92(10) et 91(29) ou de l'un des autres paragraphes de l'art. 91, qu'il relève exclusivement du Parlement du Canada ou qu'il se rapporte uniquement à ses pouvoirs secondaires ou accessoires, investit le Canada du droit d'adopter des lois qui ne respectent pas les droits de propriété des provinces.

Il n'y a pas de formule générale qui permette de décider si, à l'égard d'une fin donnée, la nature du pouvoir fédéral emporte l'existence d'un tel droit. Cela ne peut être déterminé qu'après un examen de la nature de l'objet, du pouvoir invoqué et des moyens proposés pour atteindre cet objet.

Pour les raisons données dans le sommaire, la Cour a également refusé de répondre aux questions 6a) et 6b).

La seconde partie de la question 8 était ainsi formulée:

In the case of river flowing between two provinces may such provinces jointly control, regulate and use the water in the same manner?

The Court replied (at p. 203):

As to the second branch, considering the variety of meanings which might attach to the phrase "jointly control, regulate or use", no precise or useful answer is possible.

In *Reference re Angliers Railway Crossing*, [1937] S.C.R. 451, this Court was concerned with certain questions of law submitted by way of stated case by the Board of Railway Commissioners for Canada pursuant to s. 43 of the *Railway Act*. The municipality of St. Eugène de Guigues, Quebec, had applied for a level crossing over the Canadian Pacific Railway tracks at Angliers. The Board of Railway Commissioners had authority to apportion the cost of such projects between the municipality and the railway. The determining circumstance, under the practice of the Board, was "seniority", by which was meant, apparently, that when the railway was constructed on land over which the public had a right of passage the cost of the works necessary to provide a highway crossing fell upon the railway; while, if, when the railway was constructed, there were no such rights of passage, the cost of the works was borne by the municipality. The third question submitted to this Court was:

Whether the Chief Commissioner was right in holding that the railway company occupies a position of seniority in respect of the railway crossing, the subject of this application.

Referring to the Board's "practice" of apportioning costs on the "seniority" basis, Duff C.J. explained the Court's reason for declining to answer this question (at p. 455):

I do not profess to be stating with accuracy or completeness the practice of the Board; and, indeed, one of the questions submitted to us would seem to indicate that the practice is not so definitely settled as to enable one, with confidence, to sum it up in a precise rule.

[TRADUCTION] De même, lorsqu'une rivière sépare deux provinces, ces provinces peuvent-elles agir conjointement pour en régler le débit et en utiliser les eaux?

La Cour a répondu (à la p. 203):

[TRADUCTION] Quant au second volet, compte tenu des divers sens que peut avoir l'expression «agir conjointement pour en régler le débit et en utiliser les eaux», il est impossible d'y donner une réponse précise ou utile.

Dans le renvoi *Re Angliers Railway Crossing*, [1937] R.C.S. 451, cette Cour était saisie de certaines questions de droit que la Commission des chemins de fer du Canada lui avait soumises dans un exposé de cause, conformément à l'art. 43 de la *Loi des chemins de fer*. La municipalité de St-Eugène de Guigues au Québec avait demandé la construction d'un passage à niveau sur la voie ferrée du Canadien Pacifique à Angliers. La Commission des chemins de fer détenait le pouvoir de répartir le coût de tels travaux entre la municipalité et la compagnie de chemins de fer. Le facteur déterminant, selon l'usage de la Commission, était [TRADUCTION] «l'ancienneté», ce qui voulait apparemment dire que lorsqu'un chemin de fer était construit sur un bien-fonds à l'égard duquel le public avait un droit de passage, le coût des travaux nécessaires pour fournir un passage à niveau était à la charge de la compagnie de chemins de fer; si, par contre, au moment de la construction du chemin de fer, il n'y avait pas de droits de passage, le coût des travaux était supporté par la municipalité. Voici la troisième question soumise à cette Cour:

[TRADUCTION] Le commissaire en chef était-il fondé à conclure que la compagnie de chemins de fer bénéficie de l'ancienneté à l'égard du passage à niveau qui fait l'objet de la demande en cause?

Parlant de [TRADUCTION] «l'usage» de la Commission qui consistait à répartir les coûts suivant «l'ancienneté», le juge en chef Duff a expliqué la raison pour laquelle la Cour a refusé de répondre à cette question (à la p. 455):

[TRADUCTION] Je n'ai pas la prétention d'énoncer avec exactitude ou d'une manière complète l'usage de la Commission; et, en fait, une des questions qui nous ont été soumises semble indiquer qu'il ne s'agit pas d'un usage si bien établi que l'on puisse avec sûreté le résumer dans une règle précise.

It is, perhaps, unnecessary to say that it is not part of the functions of this Court to define that practice. Accordingly, we shall not attempt to do so, and no answer will be given to the third question.

The most recent example of this Court declining to answer a reference question occurred in *Re Authority of Parliament in Relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54 (the *Senate reference*). In that case the Governor General in Council asked this Court to determine whether Parliament, without the consent of the provinces, had authority to repeal the sections of the *British North America Act* referring to the Senate, and to enact legislation altering or providing a replacement for the Senate. The Court held that Parliament could not repeal the relevant sections of the *British North America Act*; that it could not enact legislation to change the numbers and proportions of members by whom provinces and territories are represented in the Upper House; that it could not provide for the direct election of all or some of the members of the Upper House; and that it could not provide that bills approved by the House of Commons could be given assent and the force of law after the passage of a certain period of time notwithstanding that the Upper House has not approved them. The Court declined, however, to answer the following question:

2. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada to enact legislation altering, or providing a replacement for, the Upper House of Parliament, so as to effect any or all of the following:

- (a) to change the name of the Upper House;
- (c) to change the qualifications of members of that House;
- (d) to change the tenure of members of that House;
- (e) to change the method by which members of that House are chosen by
 - (i) conferring authority on provincial legislative assemblies to select, on the nomination of the respective Lieutenant Governors in Council, some members of the Upper House, and, if a legislative

Il est peut-être superflu de dire qu'il n'appartient pas à cette Cour de définir cet usage. Par conséquent, nous n'allons pas entreprendre de le définir et aucune réponse ne sera donnée à la troisième question.

L'exemple le plus récent d'un cas où cette Cour a refusé de répondre à une question soumise dans le cadre d'un renvoi se trouve dans le *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54 (le *Renvoi relatif au Sénat*). Dans cette affaire, le gouverneur général en conseil a demandé à la Cour de déterminer si le Parlement pouvait, sans le consentement des provinces, abroger les articles de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui se rapportent au Sénat et promulguer des lois visant à modifier le Sénat ou à le remplacer. La Cour a conclu que le Parlement n'avait pas compétence pour abroger les articles pertinents de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*; qu'il ne pouvait adopter des lois tendant à modifier le nombre et le pourcentage des membres qui représentent les provinces ou les territoires à la Chambre haute; qu'il ne pouvait prévoir l'élection directe d'une partie ou de la totalité des membres de la Chambre haute; et qu'il ne pouvait prévoir que les projets de loi approuvés par la Chambre des communes puissent être sanctionnés et avoir force de loi après l'écoulement d'un certain délai, nonobstant le fait que la Chambre haute ne les avait pas approuvés. La Cour a toutefois refusé de répondre à la question suivante:

2. Ressort-il de la compétence législative du Parlement du Canada de promulguer des lois visant à modifier les dispositions relatives à la Chambre haute du Parlement ou à remplacer ladite Chambre? Ainsi, ressort-il de la compétence du Parlement de faire l'un quelconque ou tous les changements suivants:

- a) modifier le nom de la Chambre haute;
- c) modifier les qualités requises pour être membre de cette chambre;
- d) modifier les termes du mandat des membres de cette chambre;
- e) modifier le processus de nomination des membres de cette chambre, en
 - (i) conférant aux assemblées législatives provinciales le pouvoir de nommer, sur l'avis du lieutenant-gouverneur en conseil, certains membres de la Chambre haute, la Chambre des Communes étant

assembly has not selected such members within the time permitted, authority on the House of Commons to select those members on the nomination of the Governor General in Council, and

(ii) conferring authority on the House of Commons to select, on the nomination of the Governor General in Council, some members of the Upper House from each province, and, if the House of Commons has not selected such members from a province within the time permitted, authority on the legislative assembly of the province to select those members on the nomination of the Lieutenant Governor in Council,

(iii) conferring authority on the Lieutenant Governors in Council of the provinces or on some other body or bodies to select some or all of the members of the Upper House, or

autorisée à nommer lesdits membres, sur l'avis du gouverneur général en conseil, lorsqu'une assemblée législative provinciale n'agit pas dans les délais impartis, et

(ii) conférant à la Chambre des Communes le pouvoir de nommer dans chaque province, sur l'avis du gouverneur général en conseil, certains membres de la Chambre haute, l'assemblée législative provinciale étant autorisée à nommer lesdits membres, sur l'avis du lieutenant-gouverneur en conseil, lorsque la Chambre des Communes n'agit pas dans les délais impartis,

(iii) conférant soit aux lieutenants-gouverneurs en conseil ou soit à un ou plusieurs organismes le pouvoir de choisir une partie ou la totalité des membres de la Chambre haute; ou

As to sub-question 2(a) which asks whether Parliament could change the name of the Senate the Court said (at p. 76):

We would assume that a change of name would be proposed only as a part of some scheme for the alteration of the Senate itself. If that scheme were to be held *ultra vires* of Parliament, then the change of name would probably go with it. We do not think the question can properly be answered in the absence of such a context.

As to sub-question 2(c) dealing with changes to the qualifications of Senators the Court said:

The difficulty here is that we have not been told what changes are contemplated. Some of the qualifications for senators prescribed in s. 23, such as the property qualifications, may not today have the importance which they did when the Act was enacted. On the other hand, the requirement that a senator should be resident in the province for which he is appointed has relevance in relation to the sectional characteristic of the make-up of the Senate. In our opinion, the question cannot be answered categorically.

As to sub-question 2(d) dealing with the tenure of senators, the Court said "to answer this question we need to know what change of tenure is proposed" (at p. 77). As to sub-question 2(e)(i)(ii)(iii) the Court said:

En ce qui concerne le paragraphe 2a) qui demande si le Parlement peut modifier le nom du Sénat, la Cour a dit (à la p. 76):

Nous présumons qu'un changement de nom ne serait proposé que dans le cadre d'un projet de modification du Sénat lui-même. Si ce projet était jugé *ultra vires* du Parlement, alors le changement de nom le serait probablement aussi. Nous ne croyons pas que l'on puisse répondre convenablement à cette question en l'absence d'un tel contexte.

Relativement au paragraphe 2c) qui porte sur la modification des qualités requises pour être sénateur, la Cour a dit:

La difficulté ici, est que nous ignorons quels changements sont envisagés. Certaines des qualités exigées des sénateurs à l'art. 23, comme celles qui ont trait à leurs biens, peuvent ne pas avoir aujourd'hui l'importance qu'elles avaient lorsque l'Acte a été édicté. Par ailleurs, l'exigence qu'un sénateur réside dans la province pour laquelle il est nommé est importante par rapport aux caractéristiques des divisions qui composent le Sénat. À notre avis, on ne peut répondre catégoriquement à cette question.

Le paragraphe 2d) relatif à la durée des fonctions des sénateurs a suscité l'observation suivante de la part de la Cour: «pour répondre à cette question, il nous faudrait savoir quels changements on se propose d'apporter à la durée des fonctions» (à la p. 77). Au sujet des alinéas 2e)(i), (ii) et (iii), la Cour a dit:

Sub-question (e), paragraphs (i), (ii), and (iii), contemplates changing the method of appointment of senators, presently the function of the Governor General, by having "some" members selected by provincial legislatures, "some" members by the House of Commons, "some" members selected by the Lieutenant Governor in Council or "some other body or bodies". The selection of senators by a provincial legislature or by the Lieutenant Governor of a province would involve an indirect participation by the provinces in the enactment of federal legislation and is contrary to the reasoning of this Court in the *Lord Nelson Hotel* case previously cited.

Again, we do not feel that we have a factual context in which to formulate a satisfactory answer.

See also *Attorney-General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Association*, [1971] S.C.R. 689; *Reference re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1930] S.C.R. 663, and *In Re Marriage Laws* (1912), 46 S.C.R. 132, wherein a majority of the judges either felt bound to, or found it unnecessary to, answer certain questions while a minority thought the questions should not be answered.

In *Re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, the Chief Justice and Estey and McIntyre JJ., relying on the *Water-Powers* case gave this statement of the law (at p. 851):

Where there is ambiguity, or where questions are phrased in such general terms that a precise answer is difficult or impossible to give, the Court may qualify the answers, answer in general terms, or refuse to answer.

In two instances, the *Senate Reference* and the *Water-Powers* case, the Court refused to answer questions referred by the federal government; in one instance, the *Montreal Schools* case, the Court refused to answer a question referred by a provincial government to the provincial court of appeal; in the fourth example the Court refused to answer a question referred by the Board of Railway Commissioners.

While we deprecate the practice of bringing before the Court as important constitutional questions as are raised in this case on extremely flimsy

Le paragraphe e), aux alinéas (i), (ii) et (iii), envisage le changement du mode de nomination des sénateurs, pouvoir qu'exerce actuellement le gouverneur général. On ferait choisir «certains» membres du Sénat par les législatures provinciales, «certains» membres par la Chambre des Communes, «certains» membres par les lieutenants-gouverneurs en conseil ou par «un ou plusieurs organismes». Le choix de sénateurs par une législature provinciale ou par le lieutenant-gouverneur d'une province impliquerait une participation indirecte des provinces à l'adoption des lois fédérales et cela est contraire au raisonnement de cette Cour dans l'arrêt *Lord Nelson Hotel* cité précédemment.

De nouveau, nous ne croyons pas avoir sur le contexte des précisions qui nous permettraient de formuler une réponse satisfaisante.

Voir aussi les arrêts *Procureur général du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Association*, [1971] R.C.S. 689, *Reference re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1930] R.C.S. 663 et *In Re Marriage Laws* (1912), 46 R.C.S. 132, où la majorité des juges se sont sentis obligés, ou ont jugé qu'il n'était pas nécessaire, de répondre à certaines questions, alors qu'une minorité ont estimé qu'il ne fallait pas y répondre.

Dans le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, le Juge en chef et les juges Estey et McIntyre, se fondant sur l'affaire de *l'énergie hydraulique*, ont énoncé ainsi le principe de droit applicable (à la p. 851):

Lorsqu'il y a ambiguïté ou que les questions sont formulées en des termes si généraux qu'une réponse précise est difficile ou impossible à donner, le tribunal peut qualifier les réponses, répondre en termes généraux ou refuser de répondre.

Dans deux cas, soit le *Renvoi relatif au Sénat* et l'affaire de *l'énergie hydraulique*, la Cour a refusé de répondre à des questions soumises par le gouvernement fédéral; dans un autre cas, l'affaire des *écoles montréalaises*, la Cour a refusé de répondre à une question qu'un gouvernement provincial avait soumise à la Cour d'appel de la province; dans le quatrième exemple, la Cour a refusé de répondre à une question dont elle avait été saisie par la Commission des chemins de fer.

Bien que désapprouvant la pratique qui consiste à soumettre à la Cour, sur le fondement d'éléments extrêmement maigres, des questions constitution-

material, we would not abort the appeal on this ground. We believe for the reasons which follow that the Court has enough of the essential features of the proposed scheme to be compelled to the conclusion that all three questions must be answered in the negative.

2) The Reasons of the New Brunswick Court of Appeal

The Attorney General of New Brunswick outlined the proposed scheme for the New Brunswick Court of Appeal as follows:

The proposal envisages a new court constituted to accept and to exercise complete criminal jurisdiction: Dealing exclusively with all criminal law matters, including criminal code offences, other federal offences and provincial offences. This court would replace the present Provincial Court and its judges would be appointed by the Lieutenant-Governor in Council. It would not be constituted by the Legislature as a superior court and it would exercise statutory jurisdiction only.

Amendments to the Criminal Code and other federal statutes would be requested of the Parliament of Canada to confer jurisdiction in criminal matters upon the new court. The implementation of the proposal thus is conceived as a blending of the authority of the two legislative bodies.

The New Brunswick Court of Appeal had no difficulty in concluding that because the Parliament of Canada had plenary authority in relation to the criminal law under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* it was fully empowered to endow a provincially-established provincial Court presided over by a provincial appointee with power to administer the federal criminal law and to do so exclusively as well as concurrently with existing s. 96 provincial Superior Courts. Relying on *Re Vancini* (1904), 34 S.C.R. 621 and on *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331, and drawing in aid the British Columbia judgment in *Nanaimo Community Hotel v. Board of Referees*, [1945] 3 D.L.R. 225, it supported affirmative answers to questions 1 and 2, rejecting an adverse argument based on s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

nelles aussi importantes que celles soulevées en l'espèce, nous ne rejeterions pas le pourvoi pour ce motif. Nous estimons, pour les raisons énoncées plus loin, que la Cour connaît suffisamment bien les aspects essentiels du projet pour être amenée irrésistiblement à la conclusion que chacune des trois questions doit recevoir une réponse négative.

2) Les motifs de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick

Le procureur général du Nouveau-Brunswick a résumé le projet pour la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick de la manière suivante:

[TRADUCTION] La proposition envisage l'établissement d'un nouveau tribunal qui aurait pleine compétence en matière criminelle et qui connaîtrait exclusivement de toutes les questions relevant du droit criminel, y compris les infractions au Code criminel, les autres infractions fédérales et les infractions provinciales. Ce tribunal remplacerait l'actuelle Cour provinciale et ses juges seraient nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil. Il ne s'agirait pas d'un tribunal que la législature aurait érigé en cour supérieure et qui n'exercerait qu'une compétence conférée par la loi.

On demanderait au Parlement du Canada de modifier le Code criminel et d'autres lois fédérales de manière à conférer au nouveau tribunal compétence en matière criminelle. La mise en oeuvre du projet est donc vue comme une fusion de l'autorité des deux corps législatifs.

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a conclu sans aucune difficulté qu'en raison du pouvoir absolu en matière pénale que le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement du Canada, celui-ci a plein pouvoir de doter un tribunal provincial constitué par une province et présidé par un juge nommé par cette province, du pouvoir d'appliquer le droit criminel fédéral soit exclusivement, soit concurremment avec les actuelles cours supérieures provinciales créées en vertu de l'art. 96. Se fondant sur l'arrêt *Re Vancini* (1904), 34 R.C.S. 621 et sur l'affaire *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331, et s'appuyant également sur le jugement rendu en Colombie-Britannique dans l'affaire *Nanaimo Community Hotel v. Board of Referees*, [1945] 3 D.L.R. 225, la Cour d'appel a répondu par l'affirmative à la première et à la deuxième questions et a rejeté un argument en sens contraire fondé sur l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Hughes C.J.N.B., speaking for the New Brunswick Court, noted that neither *O. Martineau & Sons, Ltd. v. City of Montreal*, [1932] A.C. 113 nor *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415, both judgments of the Privy Council, assisted the argument on s. 96 against affirmative answers to questions 1 and 2 because in those cases the issue as to s. 96 concerned provincial competence to vest judicial power in a provincial Court or tribunal and did not prohibit the action here proposed when taken by the Parliament of Canada in the exercise of its exclusive power.

The New Brunswick Court rejected a statement on s. 96 in an article on that subject by Professor John Willis ("Section 96 of The British North America Act", (1940) 18 Can. Bar Rev. 517, at p. 523) where he said this:

It is *ultra vires* a provincial legislature "to take away (the whole of) the jurisdiction of a Court presided over by a Judge appointed by Federal authority and transfer that jurisdiction to a Judge (or other officer) appointed by the Provincial Executive", for such legislation is an indirect method of appointing a Judge of a Superior, District or County Court.

The New Brunswick Court gave the following answer to this s. 96 objection, saying:

In my opinion the conclusion so stated has no application where as here the court to be established is one which would derive its powers and jurisdiction from Parliament under s. 91(27). The establishment of the proposed Court would not create a situation where the Provincial Legislature was purporting to "take away the jurisdiction of a Judge appointed by Federal authority and transfer that jurisdiction to a judge of a Court appointed by the Provincial Executive". Any transfer of jurisdiction to the proposed court could be made only by Parliament.

The New Brunswick Court of Appeal also rejected an argument (one that was repeated in this Court) that there was a core of exclusive criminal jurisdiction inherent in Superior Courts by virtue of s. 96, jurisdiction which cannot be conferred upon an inferior court administered by provincial appointees. Reliance was placed upon

Le juge en chef Hughes, parlant au nom de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, a fait remarquer que ni l'arrêt *O. Martineau & Sons, Ltd. v. City of Montreal*, [1932] A.C. 113, ni l'arrêt *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415, tous les deux du Conseil privé, ne permettaient d'argumenter, sur le fondement de l'art. 96, contre des réponses affirmatives aux questions 1 et 2, parce que dans ces affaires la question relative à l'art. 96 portait sur la compétence d'une province pour conférer à une cour provinciale ou à un tribunal provincial un pouvoir judiciaire et que, de plus, ces arrêts n'interdisaient pas des mesures comme celles proposées en l'espèce lorsque c'est le Parlement du Canada qui les prend dans l'exercice de son pouvoir exclusif.

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rejeté la déclaration suivante concernant l'art. 96 faite dans un article du professeur John Willis («Section 96 of The British North America Act», (1940) 18 R. du B. can. 517, à la p. 523):

[TRADUCTION] Une législature provinciale n'a pas le pouvoir «d'enlever (la totalité de) sa compétence à une cour présidée par un juge nommé par le fédéral pour la transférer à un juge (ou à une autre autorité) nommé par l'exécutif provincial», car un texte législatif ayant cet effet constituerait une méthode indirecte de nommer un juge d'une cour supérieure, de district ou de comté.

Voici la réponse qu'a donnée la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick à cet argument:

À mon avis, la conclusion ainsi énoncée ne s'applique pas, dans la mesure où le tribunal qu'on veut établir en l'espèce tiendrait ses pouvoirs et sa compétence du Parlement en vertu de l'article 91(27). L'établissement du tribunal proposé ne créerait pas une situation où la législature provinciale visait à [TRADUCTION] «enlever la compétence d'un juge nommé par l'autorité fédérale et à l'attribuer à un juge nommé par le gouvernement provincial». Seul le Parlement pourrait effectuer ce transfert de compétence au tribunal proposé.

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a en outre rejeté l'argument (qui a été repris en cette Cour) selon lequel, en raison de l'art. 96, les cours supérieures possèdent un certain degré inhérent de compétence exclusive en matière criminelle, compétence qui ne saurait être attribuée à une cour inférieure administrée par des personnes nommées

Valin v. Langlois (1879), 3 S.C.R. 1 and especially upon the reasons of Taschereau J. at p. 74 of the case. (We shall return to this case later in these reasons). What the New Brunswick Court of Appeal emphasized was that criminal jurisdiction was not frozen at Confederation and, indeed, Parliament had since that time altered the jurisdiction of the Courts of criminal jurisdiction and that this Court had affirmed the power of Parliament to confer upon or remove from any court any criminal jurisdiction as it may deem proper. In short, the New Brunswick Court did not see any constitutional limitation upon Parliament arising under s. 96; only provincial Legislatures were under its control.

The answer to question 3 gave the New Brunswick Court little difficulty. It said this:

... the Legislature of each of the Provinces has exclusive jurisdiction to make laws respecting the constitution, maintenance and organization of provincial courts of both civil and criminal jurisdiction. It follows that a Legislature may establish a so-called Court of Unified Criminal Jurisdiction, to exercise such jurisdiction to try all or any indictable offences and other matters as may be conferred upon it by the Parliament of Canada, whether that power is conferred upon such court exclusively and concurrently with courts whose judges are appointed under authority of s. 96 of the *B.N.A. Act*.

3) The Other Side of the Issue

There is no doubt that jurisdiction to try indictable offences was part of the Superior Court's jurisdiction in 1867; none of the parties suggests otherwise. Nor does anyone argue that inferior courts had concurrent jurisdiction to try indictable offences in 1867. Although this fact is not conclusive (see *Re Residential Tenancies Act*, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714) none of the other considerations which might save the scheme from the force of s. 96 apply here. The proposed court is obviously a judicial body; its judicial aspect does not change colour when considered in the factual setting in which the court will operate; nor will the court exercise administrative powers to which its adjudicative functions are incidental. The proposed

par la province. On s'est appuyé sur l'arrêt *Valin v. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1, et particulièrement sur les motifs du juge Taschereau, à la p. 74. (Nous reviendrons sur cet arrêt ultérieurement.) La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a souligné que la compétence en matière criminelle n'a pas été figée au moment de la Confédération, qu'en fait, le Parlement a depuis lors modifié la compétence des cours de juridiction criminelle et que cette Cour a confirmé le pouvoir du Parlement de conférer ou d'enlever à tout tribunal, s'il le juge à propos, compétence en matière criminelle. Bref, selon la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, l'art. 96 de la Constitution n'impose aucune restriction au Parlement; il ne s'appliquerait qu'aux législatures provinciales.

La troisième question n'a présenté que peu de difficulté pour la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick. Elle y a donné la réponse suivante:

... la législature de chacune des provinces a compétence exclusive pour légiférer quant à la création, au maintien et à l'organisation de tribunaux de justice pour la province ayant juridiction civile et criminelle. Il s'ensuit qu'une législature peut créer un tribunal de juridiction criminelle regroupée qui exercerait la compétence pour juger les actes criminels et autres infractions que lui conférerait le Parlement du Canada, que ce pouvoir qui lui est conféré soit exclusif ou concurrent à celui de tribunaux dont les juges sont nommés en vertu de l'art. 96 de l'*A.A.N.B.*

3) L'autre aspect de la question

Il ne fait pas de doute qu'en 1867 les cours supérieures avaient compétence pour juger les actes criminels; les parties ne soutiennent pas le contraire. On ne prétend pas non plus que les cours inférieures avaient en 1867 compétence concurrente à l'égard des actes criminels. Bien que cela ne soit pas en soi concluant (voir *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714), aucune autre considération qui aurait pu faire échapper le projet à l'art. 96 ne s'applique en l'espèce. Le tribunal proposé sera de toute évidence un organisme judiciaire dont le caractère judiciaire ne sera pas appelé à changer selon le contexte dans lequel il va fonctionner; de plus, ce tribunal n'exercera pas des pouvoirs administratifs auxquels ses

body is clearly and only a criminal court.

The questions posed for decision leave open many matters which cannot be ignored when it is intended to replace provincial Superior Courts in the administration of the criminal law, including indictable offences. We have already raised the question whether unreviewable authority is to be given to the new provincial court in the proposed grant of exclusive jurisdiction or, at best, only a statutory right of appeal. Unreviewable authority might put the provincially-established Court and its provincially-appointed Judges in a s. 96 position notwithstanding that its jurisdiction comes from Parliament. The *Crevier* case, [1981] 2 S.C.R. 220, might be considered as apt.

We do not intend to pursue this here, nor do we intend to pursue such questions as whether *mandamus*, prohibition or *certiorari*, or their present-day equivalents, are still to be available before the provincial Superior Courts. It must be remembered that those writs take their colour from the issues to which they are addressed: see *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526; *Re Rex v. Thompson*, [1946] O.R. 560; *R. v. Marathon Paper Mills of Canada Ltd.*, [1947] O.R. 532. If the provincial Superior Courts are to be denuded of all criminal law jurisdiction, would the above-mentioned writs still be within their authority?

What is proposed in the New Brunswick proposals is the establishment of a statutory Court. As distinguished from what? Certainly not from existing provincial courts which must be fed criminal jurisdiction by federal legislation. No doubt, however, to separate the new Court from provincial Superior Courts. Will that help or advance the matter if functional considerations have to be considered? It has long been the rule that s. 96, although in terms an appointing power, must be addressed in functional terms lest its application be eroded. What then, is the relation between the proposed new statutory Court and s. 96? This is the key constitutional issue in the present case and,

fonctions juridictionnelles seraient accessoires. Il s'agit manifestement d'un tribunal de compétence exclusivement criminelle.

Les questions à trancher en l'espèce soulèvent un bon nombre de points qui ne peuvent être négligés dans un cas où on se propose de remplacer les cours supérieures des provinces dans l'application du droit criminel, notamment en ce qui a trait aux actes criminels. Nous avons déjà posé la question de savoir si l'on envisage d'attribuer au nouveau tribunal provincial une compétence exclusive non susceptible de contrôle ou, tout au plus, un droit d'appel prévu par la loi. Dans l'hypothèse où cette compétence ne serait pas susceptible de contrôle, cela pourrait faire de ce tribunal constitué par la province, avec ses juges nommés par la province, une cour au sens de l'art. 96, même s'il tient sa compétence du Parlement. L'arrêt *Crevier*, [1981] 2 R.C.S. 220, pourrait être pertinent à cet égard.

Nous n'avons aucunement l'intention d'approfondir cette question ici et nous n'avons pas l'intention non plus d'examiner des questions comme celle de savoir si les cours supérieures de la province pourront encore être saisies de requêtes en *mandamus*, en prohibition ou en *certiorari*, ou de leurs équivalents actuels. Il faut se rappeler que la nature de ces brefs est fonction des questions auxquelles ils se rapportent: voir *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526; *Re Rex v. Thompson*, [1946] O.R. 560; *R. v. Marathon Paper Mills of Canada Ltd.*, [1947] O.R. 532. Si les cours supérieures de la province doivent être dépouillées de toute compétence en matière pénale, demeurerai-elles compétentes quant aux brefs susmentionnés?

Le Nouveau-Brunswick propose l'établissement d'un tribunal qui tirerait sa compétence de la loi. En quoi se distinguerait-il? Il n'y a certainement pas de différence entre le tribunal proposé et les cours actuelles de la province, dont la compétence en matière criminelle est tributaire d'une loi fédérale. Il ne fait toutefois pas de doute qu'on essaie de faire une distinction entre le nouveau tribunal et les cours supérieures de la province. Mais cela aidera-t-il, s'il faut tenir compte des fonctions? C'est un principe bien établi que bien que l'art. 96 confère expressément un pouvoir de nomination, il doit recevoir une interprétation qui tient compte des fonctions des cours qui y sont visées, de crainte

as we view the matter, the result is to defeat the new statutory Court because it will effectively be a s. 96 Court.

Sections 96, 97, 98, 99 and 100 are couched in mandatory terms. They do not rest merely on federal statutory powers as does s. 91(27). This is how they read:

VII. JUDICATURE

96. The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province, except those on the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick.

97. Until the laws relative to Property and Civil Rights in Ontario, Nova Scotia, and New Brunswick, and the Procedure of the Courts in those Provinces, are made uniform, the Judges of the Courts of those Provinces appointed by the Governor General shall be selected from the respective Bars of those Provinces.

98. The Judges of the Courts of Quebec shall be selected from the Bar of that Province.

99. (1) Subject to subsection (2) of this section, the judges of the superior courts shall hold office during good behaviour, but shall be removable by the Governor General on address of the Senate and House of Commons.

(2) A judge of a superior court, whether appointed before or after the coming into force of this section, shall cease to hold office upon attaining the age of the seventy-five years, or upon the coming into force of this section if at that time he has already attained that age.

100. The Salaries, Allowances, and Pensions of the Judges of the Superior, District, and County Courts (except the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick), and of the Admiralty Courts in Cases where the Judges thereof are for the Time being paid by Salary, shall be fixed and provided by the Parliament of Canada.

What is being contemplated here is not one or a few transfers of criminal law power, such as has already been accomplished under the *Criminal Code*, but a complete obliteration of Superior Court criminal law jurisdiction. Sections 96 to 100

que son champ d'application ne soit rétréci. Quel est donc le rapport entre le nouveau tribunal qu'on se propose de créer et l'art. 96? C'est là la question constitutionnelle qui est au coeur de la présente affaire et, d'après nous, la réponse est que ce nouveau tribunal ne pourra être établi parce qu'il sera en réalité une cour au sens de l'art. 96.

Les articles 96, 97, 98, 99 et 100 sont impératifs. À la différence du par. 91(27), ils ne reposent pas uniquement sur des pouvoirs législatifs fédéraux. Ces articles sont ainsi rédigés:

VII. JUDICATURE

96. Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.

97. Jusqu'à ce que les lois relatives à la propriété et aux droits civils dans Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, et à la procédure dans les cours de ces provinces, soient rendues uniformes, les juges des cours de ces provinces qui seront nommés par le gouverneur-général devront être choisis parmi les membres des barreaux respectifs de ces provinces.

98. Les juges des cours de Québec seront choisis parmi les membres du barreau de cette province.

99. (1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, les juges des cours supérieures resteront en fonction durant bonne conduite, mais ils pourront être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes.

(2) Un juge d'une cour supérieure, nommé avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, cessera d'occuper sa charge lorsqu'il aura atteint l'âge de soixante-quinze ans, ou à l'entrée en vigueur du présent article si, à cette époque, il a déjà atteint ledit âge.

100. Les salaires, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de comté (sauf les cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick) et des cours de l'Amirauté, lorsque les juges de ces dernières sont alors salariés, seront fixés et payés par le parlement du Canada.

Ce qu'on envisage ici n'est pas un certain transfert du pouvoir en matière de droit criminel d'une manière comparable à ce qui a déjà été accompli en vertu du *Code criminel*, mais la suppression totale de la compétence des cours supérieures en

do not distinguish between courts of civil jurisdiction and courts of criminal jurisdiction. They should not be read as permitting the Parliament of Canada through use of its criminal law power to destroy Superior Courts and to deprive the Governor General of appointing power and to exclude members of the Bar from preferment for Superior Court appointments.

Parliament can no more give away federal constitutional powers than a province can usurp them. Section 96 provides that "The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province". The proposal here is that Parliament transfer the present Superior Courts' jurisdiction to try indictable offences to a provincial court. The effect of this proposal would be to deprive the Governor General of his power under s. 96 to appoint the judges who try indictable offences in New Brunswick. That is contrary to s. 96. Section 96 bars Parliament from altering the constitutional scheme envisaged by the judicature sections of the *Constitution Act, 1867* just as it does the provinces from doing so.

The traditional independence of English Superior Court judges has been raised to the level of a fundamental principle of our federal system by the *Constitution Act, 1867* and cannot have less importance and force in the administration of criminal law than in the case of civil matters. Under the Canadian constitution the Superior Courts are independent of both levels of government. The provinces constitute, maintain and organize the Superior Courts; the federal authority appoints the judges. The judicature sections of the *Constitution Act, 1867* guarantee the independence of the Superior Courts; they apply to Parliament as well as to the Provincial Legislatures.

Both sides of the proposal under review are flawed. Parliament cannot in effect give away the Governor General's s. 96 appointing power under colour of legislation vesting jurisdiction to try all

matière de droit criminel. Les articles 96 à 100 ne font pas de distinction entre les cours de juridiction civile et celles de juridiction criminelle. Ces articles ne doivent pas être interprétés de manière à autoriser le Parlement du Canada à se servir de son pouvoir en matière de droit criminel pour détruire les cours supérieures, pour priver le gouverneur général de son pouvoir de nomination et pour empêcher que les membres du barreau bénéficient d'une préférence en ce qui a trait aux nominations aux cours supérieures.

Il n'est pas plus loisible au Parlement de se départir des pouvoirs conférés au fédéral par la Constitution qu'il ne l'est à une province de les usurper. L'article 96 édicte que «le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province». On propose en l'espèce que le Parlement transfère à un tribunal provincial la compétence qu'ont actuellement les cours supérieures pour juger les actes criminels. Cette proposition aurait pour effet d'enlever au gouverneur général son pouvoir en vertu de l'art. 96 de nommer les juges chargés de juger les actes criminels au Nouveau-Brunswick. Cela est contraire à l'art. 96 qui interdit aussi bien au Parlement qu'aux provinces de modifier le régime envisagé par les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent sur l'organisation judiciaire.

La *Loi constitutionnelle de 1867* érige en principe fondamental de notre régime fédéral l'indépendance traditionnelle des juges des cours supérieures anglaises et cette indépendance ne peut être moins importante et moins vitale dans l'administration du droit criminel qu'elle ne l'est dans les affaires civiles. Aux termes de la Constitution canadienne, les cours supérieures sont indépendantes des deux paliers de gouvernement. Les provinces créent, maintiennent et organisent les cours supérieures; le fédéral nomme les juges. Les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent sur l'organisation judiciaire garantissent l'indépendance des cours supérieures; ils s'appliquent aussi bien au Parlement qu'aux législatures provinciales.

La proposition en cause est doublement viciée. Le Parlement ne peut, par une loi qui attribuerait à un tribunal provincial compétence pour juger tous les actes criminels, faire ce qui équivaldrait à

indictable offences in a provincial court. New Brunswick cannot exercise an appointing power in respect of courts with s. 96 jurisdiction under colour of legislation in relation to the constitution, maintenance and organization of courts with criminal jurisdiction.

Nor is much gained for the proposed new provincial statutory Court by providing for concurrent Superior Court jurisdiction. The theory behind the concurrency proposal is presumably that a Provincial court with concurrent rather than exclusive powers would not oust the Superior Courts' jurisdiction, at least not to the same extent; since the Superior Courts' jurisdiction was not frozen as of 1867, it would be permissible to alter that jurisdiction so long as the essential core of the Superior Courts' jurisdiction remained; s. 96 would be no obstacle because the Superior Court would retain jurisdiction to try indictable offences. With respect, we think this overlooks the fact that what is being attempted here is the transformation by conjoint action of an inferior court into a superior court. Section 96 is, in our view, an insuperable obstacle to any such endeavour.

We wish before ending these reasons to say a word about *Valin v. Langlois* to which we referred earlier. The case concerned a federal controverted election petition, and federal legislation had assigned authority to try such issues in provincial Superior Courts. There was no doubt of Parliament's power to make the assignment, when it was concerned with legal issues which fell within its legislative jurisdiction. The issues there were widely canvassed by the Court, and particular attention was paid by the New Brunswick Court of Appeal in this case to ascertain views expressed by Taschereau J. He said this at pp. 74-75:

... I think that to decide that the Federal Parliament can never or in any way add to or take from the jurisdiction of the Provincial Courts, would be curtailing its powers to an extent, perhaps, not thought of by the Appellant, and that it would destroy, in a very large measure, the rights and privileges which are given to the

enlever au gouverneur général le pouvoir de nomination que lui confère l'art. 96. Le Nouveau-Brunswick pour sa part ne peut, par une loi portant sur la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de juridiction criminelle, exercer un pouvoir de nomination à l'égard des cours visées à l'art. 96.

De plus, lui accorder une compétence concurrente avec celle des cours supérieures n'avancerait guère la cause du nouveau tribunal projeté. La proposition de compétence concurrente repose vraisemblablement sur la théorie selon laquelle un tribunal provincial dont les pouvoirs seraient concurrents plutôt qu'exclusifs n'enlèverait pas aux cours supérieures leur compétence, du moins pas dans la même mesure; puisque la compétence des cours supérieures n'a pas été figée à partir de 1867, il serait possible de modifier cette compétence pourvu qu'en le faisant, on ne porte pas atteinte à son caractère essentiel; l'art. 96 n'y ferait pas obstacle parce que la cour supérieure conserverait sa compétence pour juger les actes criminels. Avec égards, nous estimons que c'est là faire abstraction du fait qu'on essaie en l'espèce, par une action commune, d'opérer la transformation d'une cour inférieure en cour supérieure. Selon nous, l'art. 96 s'oppose irréductiblement à une telle entreprise.

Avant de terminer, nous avons un mot à dire à propos de l'arrêt *Valin v. Langlois* susmentionné. Dans cette affaire il était question d'une élection fédérale contestée, ce qui, en vertu d'une loi fédérale, ressortissait aux cours supérieures des provinces. Le pouvoir du Parlement de conférer juridiction dans ce domaine était incontesté lorsqu'il s'agissait de questions de droit relevant de sa compétence législative. Cette Cour a examiné en profondeur les questions soulevées et, en la présente espèce, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a porté une attention particulière à certaines opinions exprimées par le juge Taschereau aux pp. 74 et 75:

[TRADUCTION] ... selon moi, décider que le Parlement fédéral ne pourra jamais de quelque manière étendre ou restreindre la compétence des tribunaux provinciaux serait limiter ses pouvoirs à un degré que l'appellant n'a peut-être pas envisagé, ce qui détruirait dans une très grande mesure les droits et les privilèges conférés au

federal power by sections 91 and 101 of the Act. I take, for one instance, the criminal law. The constitution, maintenance and organization of Provincial Courts of criminal jurisdiction is given to the Provincial Legislatures, as well as the constitution, maintenance and organization of courts of civil jurisdiction, yet, cannot Parliament, in virtue of section 101 of the Act, create new courts of criminal jurisdiction, and enact that all crimes, all offences shall be tried exclusively before these new courts? I take this to be beyond controversy.

Yet, would not that be altering, diminishing, in fact, taking away all the Provincial Criminal Court's jurisdiction?

With great respect, we do not accept these *obiter* observations as governing the proposed transfer of criminal law power from the provincial Superior Courts to a new provincial statutory Court presided over by a provincial appointee. There is, in our view, a cardinal difference between mere alteration or diminution of criminal jurisdiction and complete exclusion of such jurisdiction. Insofar as this latter point was taken by Taschereau J., we find it unacceptable.

It is hardly necessary to say that the proposed provincial scheme is not saved by preserving civil jurisdiction for the provincial Superior Courts.

We have taken perhaps a limited view of the important issues that are thrown up by the three referred questions but, having decided to address them, we felt it best to consider only those provisions of the Constitution which we think are beyond conjoint provincial and federal action.

We would, therefore, allow the appeal and answer all three questions in the negative. There will be no order as to costs.

Appeal allowed; the three questions were answered in the negative.

fédéral par les art. 91 et 101 de la Loi. Prenons à titre d'exemple le droit criminel. La création, le maintien et l'organisation des tribunaux provinciaux de juridiction criminelle relèvent des législatures provinciales qui remplissent aussi les mêmes fonctions à l'égard des tribunaux de juridiction civile; cependant, le Parlement ne peut-il pas en vertu de l'art. 101 de la Loi, créer de nouveaux tribunaux de juridiction criminelle et édicter que tous les crimes et toutes les infractions seront du ressort exclusif de ces nouveaux tribunaux? Je le tiens pour incontestable.

Pourtant, ne serait-ce pas là modifier et restreindre la compétence de la cour provinciale de juridiction criminelle et ne serait-ce en fait la dépouiller complètement de sa compétence?

Avec grands égards, nous estimons que cette opinion incidente ne s'applique pas au transfert projeté au moyen duquel la compétence en matière de droit criminel serait enlevée aux cours supérieures provinciales pour être attribuée à un nouveau tribunal provincial qui tirerait sa compétence de la loi et serait présidé par une personne nommée par la province. Il y a, selon nous, une différence fondamentale entre une simple modification ou restriction de la compétence en matière criminelle et la suppression totale de cette compétence. Dans la mesure où ce dernier point de vue a été retenu par le juge Taschereau, nous le jugeons inacceptable.

Est-il besoin de signaler que le maintien de la compétence des cours supérieures provinciales à l'égard des affaires civiles ne suffit pas pour sauver le projet de la province?

Nous avons peut-être restreint la portée de notre examen des trois questions importantes soulevées en l'espèce, mais, ayant décidé de les étudier, nous avons cru bon de ne tenir compte que des dispositions de la Constitution qui, à notre avis, ne peuvent être éludées au moyen d'une action concertée menée par les gouvernements provincial et fédéral.

Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre aux trois questions par la négative. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Pourvoi accueilli; les trois questions reçoivent des réponses négatives.

Solicitor for the appellant: John P. McEvoy, Fredericton.

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

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa.

Procureur de l'appelant: John P. McEvoy, Fredericton.

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

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.