

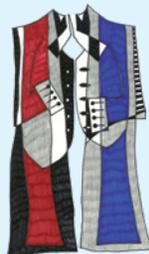
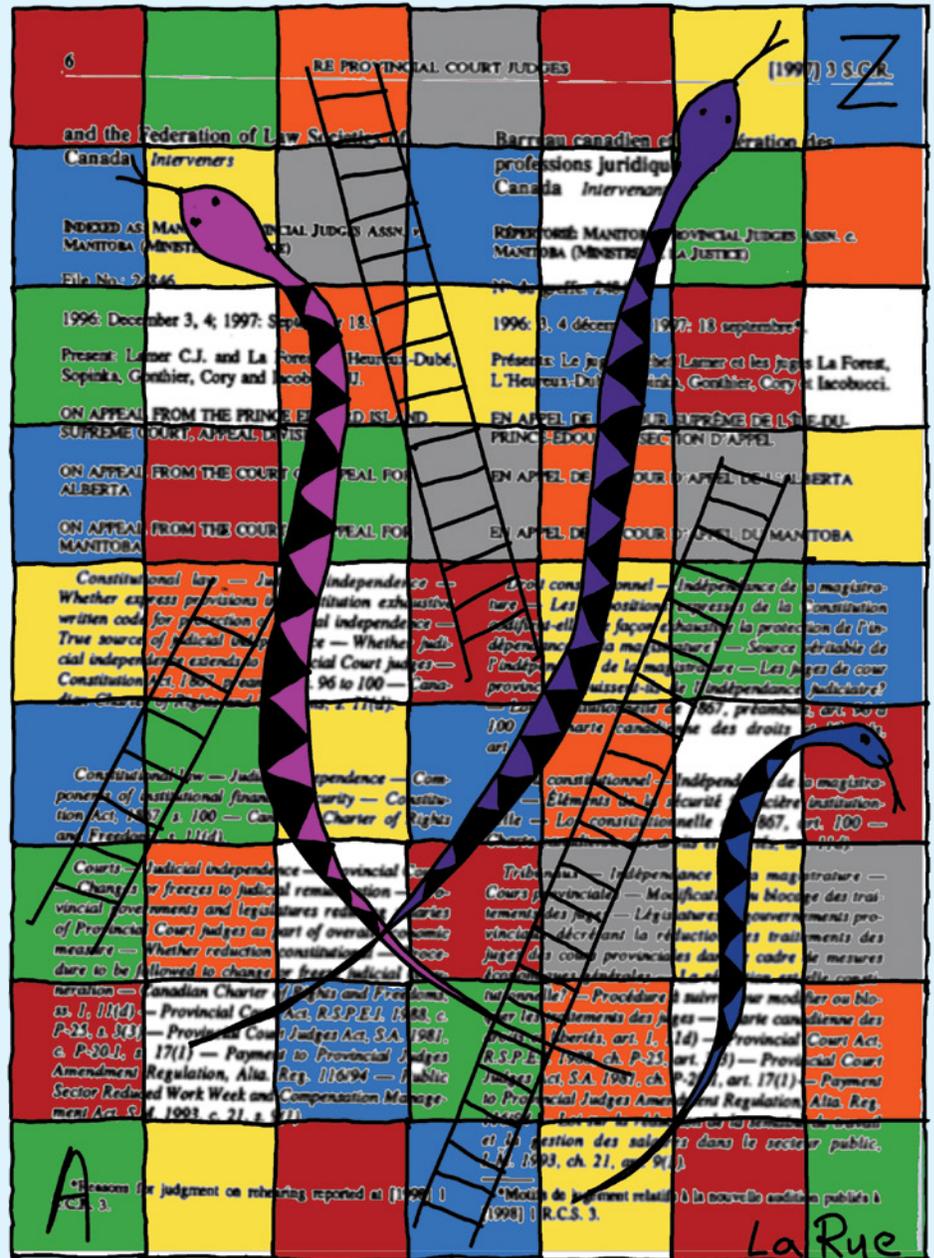
# JOURNAL

des juges provinciaux

HIVER 2021-2022 WINTER – VOLUME 44 N° 2

JUDICIAL INDEPENDENCE,  
JUDICIAL COMPENSATION  
AND RESPONSIBLE  
GOVERNMENT:  
FINDING A MORE  
APPROPRIATE BALANCE

INDÉPENDANCE JUDICIAIRE,  
RÉMUNÉRATION DES  
JUGES ET GOUVERNEMENT  
RESPONSABLE :  
TROUVER UN ÉQUILIBRE  
PLUS JUSTE



The Canadian  
Association of  
Provincial Court  
Judges

L'Association  
canadienne des  
juges des cours  
provinciales

# L'ASSOCIATION CANADIENNE DES JUGES DES COURS PROVINCIALES THE CANADIAN ASSOCIATION OF PROVINCIAL COURT JUDGES

## BUREAU DE DIRECTION EXECUTIVE COUNCIL

### President / Président

**Judge Theodore K. Tax**

Provincial Court of Nova Scotia  
200-277 Pleasant Street  
Dartmouth, NS B2Y 4B7

Tel / Tél. : (902) 424-0386  
Fax / Télécopieur : (902) 424-0677

### Past President / Présidente sortante

**Juge Marco LaBrie**

Cour du Québec  
Chambre criminelle et pénale  
Palais de justice de Longueuil  
1111, boulevard Jacques-Cartier Est  
Bureau R-129  
Longueuil, QC J4M 2J6

Tel / Tél. : (450) 646-4057  
Fax / Télécopieur : (450) 646-6204

### 1<sup>st</sup> Vice-President / 1<sup>er</sup> Vice-président

**Justice Martha Zivolak**

Ontario Court of Justice  
45 Main Street East, Suite 550  
Hamilton, ON L8N 2B7

Tel / Tél. : (905) 645-5317  
Fax / Télécopieur : (905) 645-5373

### 2<sup>nd</sup> Vice-Presidente / 2<sup>e</sup> Vice-présidente

**Judge Kymil Howe**

Provincial Court of Newfoundland and Labrador  
P.O. Box 2006, 82 Mt. Bernard Avenue  
Corner Brook, NL A2H 6J8

Tel / Tél. : (709) 637-2317  
Fax / Télécopieur : (709) 639-3609

### 3<sup>rd</sup> Vice-President / 3<sup>e</sup> Vice-présidente

**Judge James Rybchuk**

Provincial Court of Saskatchewan  
4th Floor, 1815 Smith Street  
Regina, SK S4P 2N5

Tel / Tél. : (306) 787-5500  
Fax / Télécopieur : (306) 787-3933

### Treasurer / Trésorier

**Judge Alan Tufts**

Provincial Court of Nova Scotia  
121 High Street  
Bridgewater, Nova Scotia, B4V 1W2

Tel / Tél. : (902) 543-4678/4679  
Fax / Télécopieur : (902) 543-0678

### Secretary / Secrétaire

**Judge Wynne Anne Trahey**

Provincial Court of Newfoundland and Labrador  
P.O. Box 1060  
Whiteway Drive  
Wabush, NL A0R 1B0

Tel / Tél. : (709) 282-6617  
Fax / Télécopieur : (709) 282-6905

## DIRECTEURS DIRECTORS

### Alberta

**Judge Andrea Chrenek**

Provincial Court of Alberta  
Court House,  
10260 - 99 St.,  
Grande Prairie, AB  
T8V 2H4

Tel / Tél. : (780) 538-5360  
Fax / Télécopieur : (780) 538-5454

### New Brunswick / Nouveau-Brunswick

**Judge Brian McLean**

Provincial Court of New Brunswick  
PO Box 5001  
Woodstock, New Brunswick E7M 5C6

Tel / Tél. : (506) 325-4415  
Fax / Télécopieur : (506) 325-3906

### Nova Scotia / Nouvelle-Écosse

**Judge Daniel MacRury**

Provincial Court of Nova Scotia  
Halifax Provincial Courthouse  
5250 Spring Garden Road  
Halifax NS B3J 1E7

Tel / Tél. : (902) 424-8718  
Fax / Télécopieur : (902) 424-0551

### Québec

**Juge Martin Tétreault**

Cour du Québec – Chambre civil et  
jeunesse  
Palais de justice de Granby  
74, rue Principale  
Granby, QC J2B 9B3

Tel / Tél. : (450) 776-7111  
Fax / Télécopieur : (450) 776-4084

### British Columbia / Colombie-Britannique

**Judge Christine Lowe**

The Law Courts  
850 Burdette Avenue  
Victoria, BC V8W 1B4

Tel / Tél. : (250) 356-1032  
Fax / Télécopieur : (250) 356-6779

### Newfoundland and Labrador / Terre-Neuve et Labrador

**Judge Phyllis Harris**

Provincial Court of Newfoundland and  
Labrador  
P.O. Box 68  
215 Water Street  
St. John's, NL A1C 6C9

Tel / Tél. : (709) 729-1004  
Fax / Télécopieur : (709) 729-0796

### Ontario

**Justice Jon-Jo A. Douglas**

Ontario Court of Justice  
75 Mulcaster Street  
Barrie, ON L4M 3P2

Tel / Tél. : (705) 739-6517  
Fax / Télécopieur : (705) 739-6583

### Saskatchewan

**Judge Michelle Marquette**

Provincial Court of Saskatchewan  
Box 1449, 410 Avenue C East  
Wynyard, Saskatchewan S0A 4T0

Tel / Tél. : (306) 554-5525  
Fax / Télécopieur : (306) 554-5531

### Manitoba

**Judge Murray Thompson**

Provincial Court of Manitoba  
Winnipeg Law Courts  
5th Floor - Provincial Court Judges'  
Chambers  
408 York Avenue,  
Winnipeg, MB  
R3C 0P9

Tel / Tél. : (204) 945-3461  
Fax / Télécopieur : (204) 945-0552

### Northwest Territories / Territoires du Nord-Ouest

**Judge Jeannie Scott**

Territorial Court of the Northwest  
Territories  
P.O. Box 550, Courthouse, 4093 - 49th  
Street  
Yellowknife, NT X1A 2N4

Tel / Tél. : (867) 873-7604  
Fax / Télécopieur : (867) 873-0203

### Prince Edward Island / Île du Prince-Édouard

**Judge Krista J. MacKay**

Provincial Court of P.E.I.  
Summerside Law Courts  
108 Central Street  
Summerside PEI C1N 3L4

Tel / Tél. : 902-888-8197  
Fax / Télécopieur : 902-888-8222

### Yukon

**Judge Karen Ruddy**

Territorial Court of Yukon  
Judges' Chambers P.O. Box 2703, J-3E  
Whitehorse, YT Y1A 2C6

Tel / Tél. : (867) 667-5438  
Fax / Télécopieur : (867) 393-6400

www.judges-juges.ca

HIVER 2021-2022 WINTER  
VOLUME 44 N°2

Le Journal des juges provinciaux est une publication de l'Association canadienne des juges des cours provinciales. Ce journal est publié deux fois par an et distribué à plus de 1500 exemplaires. Les commentaires et opinions qu'il contient ne peuvent pas être considérés comme l'expression de la position de l'Association canadienne sauf indication à cet effet.

The Provincial Judges' Journal is a publication of the Canadian Association of Provincial Court Judges. Views and opinions are not to be taken as official expressions of the Canadian Association's policy unless so stated. The Journal is published twice a year and has a distribution of over 1500 copies.

#### Co-éditeur / Co-Editor

Judge Michelle Christopher  
Provincial Court of Alberta  
Law Courts  
460 First St. S.E.  
Medicine Hat, AB  
T1A 0A8  
Courriel/E-mail : mcc@albertacourts.ca

#### Coéditrice / Co-Editor

Juge Martine Nolin  
Cour du Québec, chambre de la jeunesse  
410 rue Bellechasse Est. 4<sup>e</sup> étage  
Montréal, Qué H3S 1X3  
Tel / Tél. 514 495-5801  
Fax / Télécopieur 514 393-2106  
Courriel/E-mail : martine.nolin@judex.qc.ca

#### Coordination de la production, design graphique et gestion de l'envoi postal : Graphic Design, Production Coordination and mailing:

Fleur de lysée design graphique  
4253, av. Christophe-Colomb  
Montréal (Québec) H2J 3G2  
514 528-8618

#### Translation / Traduction

Claudine Bertin Traductrice certifiée,  
(Halifax, Nouvelle-Écosse)

#### Photos

The pictures from the online September 2021 CAPCJ meeting were taken by Judge Nolin, from her digital device.

Les photos de la réunion de l'ACJCP septembre 2021 en ligne ont été prises par la juge Nolin, à partir de son appareil numérique.



#### Page couverture :

L'illustration de la page couverture a été créée par le juge Jean La Rue, de la Cour du Québec à Saint-Jérôme. Le juge La Rue est un artiste bien connu dont les œuvres ont été exposées dans certaines galeries d'art du Québec.

#### Cover page:

The illustration on the cover was created by Judge Jean La Rue of the Cour du Québec in St. Jérôme. Judge La Rue is a noted artist whose works have been displayed in several Quebec art galleries.



## CONTENTS

### EDITORIAL

**JUDICIAL INDEPENDENCE: COMPENSATION, COMMISSIONS AND OTHER THOUGHTS**  
Judge M. C. Christopher, *Provincial Court of Alberta*

### PRESIDENT'S REPORT

Judge Theodore Tax,  
*Provincial Court of Nova Scotia*

### TREASURER REPORT TO THE CAPCJ BOARD AND AGM

Justice Joseph De Filippis, *Ontario Court of Justice*

### SECRETARY'S REPORT — FALL 2021

Judge Wynne Anne Trahey, *Provincial Court of Newfoundland and Labrador*

**REPORT OF THE NATIONAL EDUCATION COMMITTEE**  
Justice Katherine McLeod & Judge Rob Finlayson

## SOMMAIRE

### ÉDITORIAL

**L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE, LA RÉMUNÉRATION, LES COMITÉS D'EXAMEN ET AUTRES RÉFLEXIONS**  
Juge Martine Nolin, *Cour du Québec*

### RAPPORT DU PRÉSIDENT

Juge Theodore Tax,  
*Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse*

### RAPPORT DU TRÉSORIER AU CONSEIL D'ADMINISTRATION ET À L'AGA DE L'ACJCP

Juge Joseph De Filippis, *Cour de justice de l'Ontario*

### RAPPORT DE LA SECRÉTAIRE — AUTOMNE 2021

Juge Wynne Anne Trahey, *Cour provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador*

**RAPPORT DU COMITÉ NATIONAL SUR LA FORMATION**  
Juge Katherine McLeod et juge Rob Finlayson

**JUDICIAL INDEPENDENCE,  
JUDICIAL COMPENSATION AND  
RESPONSIBLE GOVERNMENT:  
FINDING A MORE  
APPROPRIATE BALANCE**

**PAGE 16-90**

See back cover for details.

**L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE,  
LA RÉMUNÉRATION DES JUGES  
ET LE GOUVERNEMENT RESPONSABLE :  
TROUVER UN ÉQUILIBRE  
PLUS JUSTE**

**PAGE 17-91**

Voir la couverture arrière pour plus de détails.

SEPTEMBER 2021 — MEETING OF CAPCJ **92-93** RÉUNION DE L'ACJCP — SEPTEMBRE 2021

### DECISIONS OF INTEREST

**HOW ARE WE TO CONSIDER "THE ROLE" OF THE ACCUSED IN APPLYING THE CRIMINAL CODE'S DEFENCE OF THE PERSON PROVISION?**  
Juge Wayne Gorman, *Cour provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador*

### OBITER DICTA

**CALLING ALL CANADIAN LGBTQ+ JUDGES!**  
Juge Amy Sakalauskas,  
*Nova Scotia Provincial Court*

### BY THE BOOK

Judge Donna Taylor,  
*Provincial Court of Saskatchewan*

### LA CHRONIQUE JUDICIAIRE

**COMMENT APPRÉCIER « LE RÔLE » DE LA PERSONNE ACCUSÉE DANS L'APPLICATION DES DISPOSITIONS DU CODE CRIMINEL RELATIVES À LA DÉFENSE DE LA PERSONNE**  
Juge Wayne Gorman,  
*Cour provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador*

### OBITER DICTA

**UN APPEL À TOUS LES JUGES LGBTQ+ AU CANADA!**  
Juge Amy Sakalauskas, *Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse*

### NOTES DE LECTURE

Juge Donna Taylor,  
*Cour provinciale de la Saskatchewan*

# JUDICIAL INDEPENDENCE: COMPENSATION, COMMISSIONS AND OTHER THOUGHTS

EDITORIAL

While reviewing the submissions for this issue of the Journal, I reflected on the oath I took when I was appointed to the Provincial Court of Alberta. As we all do, I swore to honestly and faithfully and to the best of my ability exercise the powers and duties of a judge. This is similar to the oath taken by lawyers on being called to the bar, but also notably different in that judges do not swear allegiance to Her Majesty the Queen. This fact underscores the independence of the judicial role and also serves to reinforce the separation of powers which guarantees that the legislative, executive and judicial powers in this country will be autonomous and independent of one another.

As noted by the Canadian Judicial Council, “every Canadian citizen must be able to depend on a justice system that is free from any outside interest or influence.” It should go without saying that it is critically important that both the institution itself and those who apply its rules – the judges – are independent and must be free of outside influences, whether governmental, political, family-related, or organizational.

Without judicial independence, we risk not only the public’s confidence in the justice system, but justice itself. We are fortunate in Canada that, for the most part, we do not commonly experience the challenges to judicial independence that exist in other parts of the world where there is a lack of basic resources and/or security for judges, or a lack of transparency or objective criteria in the appointment and selection process for judges, or in the assignment of their cases. I suggest that while it is concerning to hear of corruption and bribery in the judiciary anywhere, it is even more heartbreaking to learn that women judges in Afghanistan are being persecuted – and killed – simply for deciding cases involving men and/or contrary to “official” policies.

This volume of the *Judges Journal* highlights the critically important task of finding a more appropriate balance to resolve the ongoing controversy and conflict over issues related to judicial compensation. Sincere thanks to both Dr. Paul G. Thomas, and The Hon. Frank Iacobucci, for their excellent and extensive reviews of the dialogue around what com-

penation is paid to judges and on what basis those decisions are made, as well as educating us on the history and background of judicial councils and Judicial Compensation Commissions in Canada. Thanks also to our other contributors on this theme, Ms. Susan Dawes (Counsel for the Judges Association



Judge M. C. Christopher  
Provincial Court of Alberta  
Co-editor

of British Columbia) for her introduction, and BC Judge D. Mayland McKimm, for his thoughts on some of the other important aspects of judicial independence.

A note of appreciation is also extended to all our CAPCJ Executive for their regular reports, and to our learned columnist, Newfoundland Judge Wayne Gorman for his informative commentary on *R v Khill*, 2021 SCC 37 and the new criminal code provisions on defence of the person and defence of property. Thanks also to Saskatchewan Judge Donna Taylor for her thoughtful review Daniel Kahneman’s book *Noise* and his lessons on the flaws in human judgment. Last but not least, many thanks to Nova Scotia Judge Amy Sakalauskas for her contribution to our second *Obiter Dicta* feature on the inspirational work of the International Association of LGBTQ+ Judges and her own outreach for and on behalf of Canadian LGBTQ+ judges.

Until next time, dear readers, stay well and enjoy the beauty of the winter season.

**Judge Michelle C. Christopher**  
Provincial Court of Alberta  
Co-editor

## ACKNOWLEDGMENT

The Canadian Association of Provincial Court Judges (CAPCJ) once again wishes to acknowledge its enormous gratitude to the Federal Department of Justice for continuing to provide a grant in the sum of \$100,000.00. Notwithstanding tremendous financial restraints, for the fiscal year April 1<sup>st</sup> 2021 - March 31<sup>st</sup> 2022, the Department has approved the grant. This enables CAPCJ to organize and budget for its annual activities. This grant is used for the numerous translation services including simultaneous translation at

all its educational programs, several communications such as the Provincial Judges’ Journal, corporate minutes, web site services and reports of all our committees. This permits CAPCJ to discharge its important constitutional mandate of conducting all its business in English and in French. Without this continued financial assistance, the fiscal viability of CAPCJ will be severely restricted.

CAPCJ remains truly appreciative of this continued assistance.

# L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE, LA RÉMUNÉRATION, LES COMITÉS D'EXAMEN ET AUTRES RÉFLEXIONS

## ÉDITORIAL



Juge Martine Nolin  
co-éditrice  
Cour du Québec

Depuis quelques années et actuellement dans certaines provinces et territoires, la réponse gouvernementale à la question de la rémunération des juges bouscule des notions pourtant acquise d'indépendance judiciaire, de séparation des pouvoirs.

La question se pose, se repose, est de nouveau posée à la Cour suprême : qui doit déterminer la rémunération des juges provinciaux mais aussi, surtout, sur quelle base doit s'effectuer cette détermination.

Cette volumineuse édition du Journal de l'ACJCP est dédiée à cette question d'actualité. L'édition du Journal s'ouvre sur les mots percutants de Susan Dawes qui représentent actuellement l'Association des juges de la Colombie-Britannique devant la Cour suprême.

Y sont également reproduites une réflexion du Docteur Paul G Thomas partagée avec l'ACJCP en 2018 et une allocution de l'Honorable Frank Iacobucci prononcée dans le cadre du Congrès 2017 de l'ACJCP. La question de la rémunération des juges et les fondements des comités sur la rémunération des juges y sont abordés de façon réfléchi, cohérente, inspirante, réaliste, supportée par une composante historique.

Nous avons tous et toutes prêté serment de remplir notre fonction de façon juste et impartiale, dans le respect

des lois, à l'abri de toute influence extérieure et ce, afin d'assurer une administration de la justice en laquelle les justiciables peuvent avoir et garder confiance.

Nous sommes convaincues que la réflexion de tous et toutes sur les concepts de gouvernement responsable, séparation des pouvoirs, société de droit, société démocratique, indépendance judiciaire, confiance du public dans l'administration de la justice, sera solidement alimentée par ces excellents textes.

Nous remercions le juge Mayland McKimm de la Colombie-Britannique dont les mots rappellent que l'indépendance judiciaire dépasse et exige de s'attarder à d'autres concepts que la sécurité financière.

Nous sommes évidemment toujours reconnaissants envers les membres de l'exécutif qui nous informent des affaires courantes de l'Association. Nos remerciements aussi à nos fidèles collaborateurs, les juges Wayne Gorman et Donna Taylor. Le premier pour sa réflexion sur l'arrêt R. c. Khill 2021 CSC 37 sur la défense de légitime défense de la personne et la deuxième pour nous inviter à lire et reconnaître ces « bruits » qui peuvent interférer dans l'exercice de notre fonction.

Nous sommes très heureuses de publier dans notre deuxième OBITER DICTA l'article de la juge Amy Sakalauskas qui sensibilise les lecteurs à l'existence de la communauté LGBTQ+ judiciaire.

À tous et toutes, bonne lecture, restez en santé et profitez de la blanche saison!

**Juge Martine Nolin**  
**Cour du Québec**  
**co-éditrice**

## REMERCIEMENTS

L'Association canadienne des juges des cours provinciales (ACJCP) désire réitérer sa profonde gratitude au ministère de la Justice du Canada pour l'octroi d'un montant de 100 000 \$. En dépit d'énormes contraintes financières, le ministère a de nouveau approuvé la subvention pour l'année financière débutant le 1<sup>er</sup> avril 2021 et se terminant le 31 mars 2022. Cette somme permettra à l'ACJCP de budgéter et d'organiser ses activités annuelles. Cette subvention sert à défrayer les coûts des nombreux services de traduction dont la traduction simultanée lors des programmes de formation

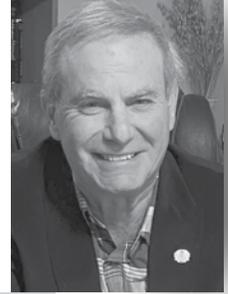
et la traduction des divers outils de communication tels le *Journal des juges provinciaux*, les procès-verbaux corporatifs, les services en ligne et les rapports des comités, permettant ainsi à l'ACJCP de remplir son important mandat constitutionnel d'exercer l'ensemble de ses affaires en français et en anglais. Sans l'apport continu de cette aide, la viabilité financière de l'ACJCP serait sérieusement compromise.

L'ACJCP demeure grandement reconnaissante de cette inestimable aide financière.

# PRESIDENT'S REPORT

**I want to inform you that I am very honored to be appointed to serve a second term as your President. It would take more than the length of this article to inform you as to how that occurred, but suffice it is to say, that it was the result of several unique and unprecedented circumstances.**

Judge Theodore Tax,  
Provincial Court of  
Nova Scotia



Juge Theodore Tax,  
Cour provinciale de la  
Nouvelle-Écosse

One of those unique circumstances was the continuing impact of the Covid 19 pandemic and the postponement of the 2021 CAPCJ conference in Saskatoon until September 2024. Speaking of CAPCJ conferences for a moment, I want to remind you that the next CAPCJ national conference will be held in Halifax from September 18-23, 2022. Mark your calendars and make plans to attend!

So, while there are many activities of the President and the Committees of CAPCJ that I would love to bring to your attention, the focus of this edition of the Journal is on judicial independence. During the year, as a result of a review of the Constitution, discussions with the relevant committee chairs and the Board, CAPCJ has now created 2 committees focused on issues related to judicial independence. The committee which is focused on issues of financial security is the Judicial Independence – Financial Security Committee [formally known as the Compensation Committee], is presently led by Judges John Maher and David Walker. The other CAPCJ committee dealing with issues of judicial independence is the Judicial Independence – Security of Tenure and Institutional Independence Committee, which is presently chaired by Judge Mayland McKimm. This issue of the Journal is focused on the work done by those committees on behalf of all CAPCJ members.

As I mentioned in last Fall's edition of the Journal, CAPCJ had supported litigation by the Québec, Nova Scotia, and British Columbia Provincial Court Judges' Associations by intervening in those appeals to the Supreme Court of Canada. The decisions in those 3 appeals have now been rendered. The Court did not

agree with the proposed monetary limit of the civil jurisdiction of the Cour de Québec or the British Columbia position that certain documents be included in the judicial review of the government's decision. However, the SCC did agree with the Nova Scotia position that certain documents be included in the judicial review of the government's rejection of Judicial Compensation Commissions' recommendations.

Unfortunately, the litigation in Nova Scotia and British Columbia continues and the Executive and the Board of Directors of CAPCJ has been informed that there is the likelihood of litigation around issues of judicial compensation in several other provinces. In fact, following a very recent decision of the British Columbia Court of Appeal with respect to the ongoing litigation in that province, CAPCJ has instructed counsel to intervene and support the leave application by our colleagues in British Columbia to appeal that decision to the Supreme Court of Canada.

Fortunately, CAPCJ as a national Association, has a very strong and proactive Judicial Independence – Financial Security Committee. This Committee meets on a regular basis to collect data and share information to ultimately provide critical support to the provincial and territorial judges in relation to this important issue of financial security as one of the cornerstones of judicial independence.

I am sure that when you review the other articles contained in this edition of the CAPCJ Journal, you will certainly appreciate the work done by CAPCJ and its various committees in supporting provincial and territorial court judges. ▀

# RAPPORT DU PRÉSIDENT

**Je tiens à vous informer que c'est un grand honneur pour moi d'être nommé pour un deuxième mandat au poste de président de votre Association. Il me faudrait plus d'espace que celui dont je dispose dans cet article pour vous expliquer comment cela s'est produit, mais il suffit de dire que c'est le résultat de plusieurs circonstances uniques, sans précédent.**

L'une de ces circonstances uniques est l'impact persistant de la pandémie de COVID-19 et le report du Congrès 2021 de l'ACJCP à Saskatoon en septembre 2024. En ce qui concerne les congrès de l'ACJCP, je tiens à vous rappeler que le prochain congrès national de l'ACJCP se tiendra à Halifax du 18 au 23 septembre 2022. Notez ces dates dans votre calendrier et préparez-vous à y assister!

Et bien que j'aimerais beaucoup porter à votre attention les nombreuses activités menées par le président et les comités de l'ACJCP, le thème central de ce numéro du *Journal* est l'indépendance judiciaire. Au cours de l'année, à la suite d'une révision de la Constitution et de discussions avec les présidents des comités concernés et le Conseil d'administration, l'ACJCP a créé deux comités axés sur les questions liées à l'indépendance judiciaire. Le comité qui s'occupe des questions de sécurité financière est appelé Comité sur l'indépendance judiciaire - Sécurité financière [anciennement connu sous le nom de Comité sur la rémunération], il est dirigé par les juges John Maher et David Walker. L'autre comité, qui s'occupe des questions d'indépendance judiciaire, est le Comité sur l'indépendance judiciaire - Inamovibilité et indépendance institutionnelle, présidé par le juge Mayland McKimm. Le présent numéro du *Journal* est consacré au travail accompli par ces comités pour le compte de tous les membres de l'ACJCP.

Comme je l'ai mentionné dans le numéro du *Journal* de l'automne dernier, l'ACJCP a soutenu les litiges dans lesquels sont engagées les associations de juges des cours provinciales du Québec, de la Nouvelle-Écosse et de la Colombie-Britannique en intervenant dans les appels interjetés devant la Cour suprême du Canada. Les décisions concernant ces trois appels ont maintenant été rendues. La Cour suprême n'a pas approuvé

la limite pécuniaire à la compétence civile de la Cour du Québec proposée par le législateur provincial, ni la position de la Colombie-Britannique selon laquelle certains documents devraient être inclus dans le contrôle judiciaire portant sur la décision du gouvernement. Toutefois, la CSC a entériné la position de la Nouvelle-Écosse selon laquelle certains documents devraient être inclus dans le contrôle judiciaire relatif au rejet par le gouvernement des recommandations de la commission d'examen de la rémunération des juges.

Malheureusement, les litiges en Nouvelle-Écosse et en Colombie-Britannique se poursuivent et le Bureau de direction et le Conseil d'administration de l'ACJCP ont été informés de la probabilité que de nouveaux litiges sur les questions de rémunération des juges surgissent dans plusieurs autres provinces. Par ailleurs, à la suite d'une décision très récente de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique concernant le litige persistant dans cette province, l'ACJCP a demandé à ses avocats d'intervenir et d'appuyer la demande d'autorisation de nos collègues de la Colombie-Britannique de faire appel de cette décision devant la Cour suprême du Canada.

Heureusement, l'ACJCP, association nationale, dispose d'un Comité sur l'indépendance judiciaire - Sécurité financière très solide et proactif. Ce comité se réunit régulièrement pour recueillir des données et partager des informations en vue de fournir un soutien crucial aux juges provinciaux et territoriaux en lien avec l'enjeu primordial de la sécurité financière, un des fondements de l'indépendance judiciaire.

Je suis sûr que lorsque vous lirez les autres articles contenus dans ce numéro du *Journal de l'ACJCP*, vous serez à même de mieux apprécier le travail accompli par l'ACJCP et ses divers comités pour soutenir les juges des cours provinciales et territoriales. ▀

# TREASURER REPORT TO THE CAPCJ BOARD AND AGM



Justice  
Joseph De Filippis,  
Ontario Court of Justice

Juge Joseph De Filippis,  
Cour de justice  
de l'Ontario

**As part of this Report, I attach the following four financial documents: Balance Sheet, Statement of Surplus, Statement of Revenues and Expenses, and Statement of Revenue vs Budget. These documents, effective July 31, 2021, reflect the resolutions passed at our Spring Meeting and illustrate how the approved budget has played out in the first quarter of the fiscal year. We are in good financial shape and, as such, well placed to support the mandate and initiatives of the Canadian Association of Provincial Court Judges.**

Our revenue is derived from three sources: Membership Dues (\$300,000), a Federal Grant (\$100,000) and Provincial Grants (totalling \$38,800). We are in the fourth year of a five-year commitment by the Department of Justice, with respect to the Federal Grant. I have received the Federal Grant and half the Provincial ones. I have also received membership dues from the smaller provinces. About half our membership dues come from Ontario and Quebec. These two provinces pay later – and in two instalments.

Our total assets are in term deposits and cash. The term deposits consist of three secure, low interest GICs. The large cash amount is due to the fact that we avoided expenses from in-person meetings and a fourth GIC recently matured. I did not re-invest that GIC and to leave it to my successor, Alan Tufts, to decide what to do with the cash account. As I have advised Alan, I generally kept about \$200,000 in cash on hand.

Our investments are subject to two reserves; a General Reserve in the amount of \$200,000 and a Judicial Independence Reserve in the amount of \$150,000. Pursuant to a resolution passed by the Directors in 2016, the Treasurer cannot access these reserves without the approval of the Board. This resolution creates an early warning that we could be in financial difficulty.

I have sent the CAPCJ financial records and reports (in hard

copy and electronically, as the case may be) to Alan Tufts. We have been in regular contact by email and telephone. It is hoped that we can arrange an in-person meeting before he assumes his duties as of the AGM (October 1, 2021) so that we can review the ledger book and record keeping process in more detail. Pursuant to resolutions passed by the Directors at the Spring meeting, I have arranged for Alan to have signing authority and to obtain a credit card for CAPCJ business.

When I assumed the role of Treasurer, I was greatly assisted by my predecessor, Russ Otter. Russ assisted me in the preparation of my first budget (always presented at the Spring Meeting) and made himself available to answer my telephone calls. I have told Alan that I am happy to do the same. The transition will be a smooth one.

My six-year term as Director expires at this AGM. It follows four years in which I was the Ontario Director to CACPJ. I look back on this decade with fondness and gratitude; I have had the opportunity to work with a wonderful group of volunteers in support of a great organization. I wish you the best going forward. ▀

Joseph De Filippis  
Treasurer, CAPCJ  
September 2021

# RAPPORT DU TRÉSORIER AU CONSEIL D'ADMINISTRATION ET À L'AGA DE L'ACJCP

Dans le cadre de ce rapport, vous trouverez les quatre états financiers suivants : Bilan, état de l'excédent, état des recettes et des dépenses, état des recettes par rapport au budget. Ces documents, en date du 31 juillet 2021, reflètent les résolutions adoptées lors de notre réunion du printemps et montrent comment le budget approuvé a été déployé au cours du premier trimestre de l'exercice financier. Nous sommes en bonne situation financière et, par conséquent, bien placés pour soutenir le mandat et les initiatives de l'Association canadienne des juges des cours provinciales.

Nos revenus sont issus de trois sources : les cotisations des membres (300 000 \$), une subvention fédérale (100 000 \$) et des subventions provinciales (38 800 \$ au total). Nous sommes actuellement dans la quatrième année d'un engagement de cinq ans du ministère de la Justice, en ce qui concerne notre subvention fédérale. J'ai maintenant reçu la subvention fédérale et la moitié des subventions provinciales. J'ai également reçu les cotisations des membres des plus petites provinces. Environ la moitié de nos cotisations proviennent de l'Ontario et du Québec. Ces deux provinces paient plus tard, et en deux versements.

Notre actif total est composé de dépôts à terme et de liquidités. Les dépôts à terme consistent en trois CPG à faible taux d'intérêt. Le montant élevé des liquidités est dû au fait que nous avons évité les dépenses liées aux réunions en personne et qu'un quatrième CPG est récemment arrivé à échéance. Je n'ai pas réinvesti ce CPG et je laisse à mon successeur, Alan Tufts, le soin de décider ce qu'il faut faire avec le compte courant. Comme je l'ai indiqué à Alan, je conservais généralement environ 200 000 \$ dans ce compte.

Nos investissements sont assujettis à deux réserves : une réserve générale d'un montant de 200 000 \$ et une réserve pour l'indépendance judiciaire d'un montant de 150 000 \$. Conformément à une résolution adoptée par les administrateurs en 2016, le trésorier ne peut pas disposer de ces réserves sans l'approbation du conseil d'administration. Cette résolution permet de donner un avertissement précoce en cas de difficulté financière.

J'ai fait parvenir les dossiers et rapports financiers de l'ACJCP (en version papier et électronique, selon le cas) à Alan Tufts. Nous avons été régulièrement en contact par courriel et par téléphone. Il est souhaitable que nous puissions nous rencontrer en personne avant son entrée en fonction lors de l'AGA (1<sup>er</sup> octobre 2021), afin de passer en revue la comptabilité et le processus de tenue des dossiers de façon plus détaillée. Conformément aux résolutions adoptées par les administrateurs lors de la réunion du printemps, j'ai pris les dispositions nécessaires pour qu'Alan ait un pouvoir de signature et dispose d'une carte de crédit pour s'occuper des affaires de l'ACJCP.

Lorsque j'ai entrepris la fonction de trésorier, j'ai été largement supporté par mon prédécesseur, Russ Otter. Russ m'a aidé à préparer mon premier budget (le budget est toujours présenté à la réunion du printemps) et a toujours été disponible pour répondre à mes appels. J'ai dit à Alan que je me ferais un plaisir de lui rendre la pareille. La transition se fera en douceur.

Mon mandat de trésorier, d'une durée de six ans, a pris fin lors de la dernière AGA. Durant les quatre années précédentes, à titre de directeur, je représentais l'Ontario au sein de l'ACJCP. Je repense à cette décennie avec beaucoup d'émotion et de gratitude; j'ai eu la chance de travailler avec un groupe de bénévoles fantastiques œuvrant auprès d'une formidable organisation. Je vous souhaite tout le succès possible pour l'avenir. ▲

Joseph De Filippis  
Trésorier, ACJCP  
Septembre 2021

# SECRETARY'S REPORT FALL 2021



Judge Wynne Anne Trahey,  
Provincial Court  
of Newfoundland  
and Labrador

Juge  
Wynne Anne Trahey,  
Cour provinciale  
de Terre-Neuve-et-  
Labrador

**While the CAPCJ Executive and Directors dared to hope for an in-person Fall Board Meeting in 2021, the Board, like so many others, were forced to accept that the COVID-19 Pandemic would continue to derail its best-laid plans.**

Following a very close email vote in July, the Board decided that the Fall Board Meetings would proceed virtually. The original meeting dates had been chosen prior to the declaration of the September 30 National Day for Truth and Reconciliation; therefore attempts were made to re-schedule the meetings. Unfortunately, it was learned, following further consultation, that a number of Directors were unavailable on the alternate dates. As a result, the day was respected by way of a very powerful opening reflection by Elder Amelia Washington.

The Board continues to address a number of significant issues, including questions relating to ongoing and new litigation, judicial education goals and programming, and the strengthening of the role of committees within the organization. Discussion at the Fall Board meeting was lively.

The Executive has also been active, holding an unusually high number of unscheduled meetings throughout the year to address issues as they arose.

The work of the organization will continue throughout the coming year.

Future CAPCJ Board and Executive videoconferences are scheduled for the following dates in 2021:

- November 25, 2021 – Board videoconference
- December 16, 2021- Executive videoconference

In accordance with the Memorandum of Understanding reached between the Canadian Council of Chief Judges and CAPCJ, a joint meeting to discuss matters of mutual interest and concern was held on August 19, 2021. By further agreement, the joint meetings now include the full executive of the CCCJ and of CAPCJ. The next joint meeting is anticipated to be held in the new year.

The Spring Board Meeting is scheduled to take place in person from Friday, April 22, 2022 (evening) to Sunday, April 24, 2022, at the Delta Hotel in Montreal. All Committee Chairs and Co-chairs will join the Board for this meeting.

The 2022 CAPCJ conference will be held in Halifax, Nova Scotia from Sunday, September 18, 2022 to Friday, September 23, 2022.

I wish to express my thanks to the CAPCJ Executive, Directors and Committee Chairs, all of whom have been extraordinarily responsive and supportive throughout this challenging year. ▲

Wynne Anne Trahey,  
CAPCJ Secretary



# RAPPORT DE LA SECRÉTAIRE AUTOMNE 2021

**Alors qu'en 2021 le Conseil d'administration de l'ACJCP osait espérer que des réunions automnales puissent se dérouler en présentiel, le Conseil, comme tant d'autres, a dû accepter que la pandémie de la COVID-19 continue de saboter les plans les mieux conçus.**

Après un vote très serré par courriel en juillet, le conseil d'administration a décidé que les réunions automnales se dérouleraient de manière virtuelle. Les dates de réunion initialement prévues avaient été choisies avant la création de la Journée nationale de la Vérité et de la Réconciliation soit le 30 septembre. Nous avons donc tenté de reprogrammer les réunions. Malheureusement, après de nouvelles consultations, nous avons appris qu'un certain nombre de directeurs n'étaient pas disponibles à la nouvelle date proposée. Par conséquent, la journée a été respectée grâce à une bénédiction et une présentation puissantes offertes par l'ainée Amelia Washington.

Le Conseil d'administration continue à se pencher sur plusieurs questions importantes, notamment les questions relatives aux litiges pendants et à venir, les objectifs et les choix de formations offertes aux juges, le renforcement du rôle des comités au sein de l'Association. Les discussions lors des réunions automnales ont été animées.

Le bureau de direction a été occupé, car un nombre inhabituellement élevé de réunions non programmées ont eu lieu tout au long de l'année pour traiter des nombreuses questions qui se sont présentées.

Le travail de l'Association se poursuivra tout au long de l'année à venir.

Voici le calendrier des prochaines visioconférences de l'ACJCP pour 2021 :

- jeudi 25 novembre 2021- conseil d'administration
- jeudi 16 décembre 2021 - Bureau de direction

Conformément au protocole de l'entente conclu entre le Conseil canadien des juges en chef et l'ACJCP en 2020, une réunion conjointe visant à discuter de questions d'intérêt et de préoccupation communes a eu lieu le 19 août 2021. En vertu d'un autre accord, les réunions conjointes incluent désormais l'ensemble des bureaux de direction de CCJC et de l'ACJCP. La prochaine réunion conjointe devrait avoir lieu virtuellement au cours de la nouvelle année.

Actuellement, on prévoit que les réunions printanières du conseil d'administration de l'ACJCP seront tenues en présentiel du vendredi 22 avril 2022 (en soirée) au dimanche 24 avril 2022 à l'hôtel Delta de Montréal. Tous les président(e)s et co-président(e)s des comités se joindront au conseil d'administration pour ces réunions.

Le congrès 2022 aura lieu à Halifax, Nouvelle-Écosse du dimanche 18 septembre 2022 au vendredi 23 septembre 2022.

Je souhaite exprimer mes remerciements aux membres du bureau de direction, aux directeur(e)s et aux président(e)s qui ont été extraordinairement réactifs et d'un grand soutien tout au long de cette année exigeante. ▴

Wynne Anne Trahey, Secrétaire de l'ACJCP



# REPORT OF THE NATIONAL EDUCATION COMMITTEE



Justice Katherine McLeod & Judge Rob Finlayson, Respectively fo the Ontario Court of Justice and the Manitoba Provincial Court

Juge Katherine McLeod et juge Rob Finlayson, Respectivement de la Cour de justice de l'Ontario et de la Cour provinciale du Manitoba

Hello,

The Pandemic is still with us and as a result CAPCJ'S annual education conference, scheduled for Saskatchewan was cancelled, as was our annual gathering of the National Education Committee.

I am pleased to advise that we have received reports from many of the Provinces and Territories and due to the new amazing CAPCJ website's format (<https://judges-juges.ca/>) -thank you Gary Cohen and welcome Scott Latimer - all of those reports will be uploaded to the Education Section. You will see that the education committees have amazingly managed to keep up with their set schedule of conferences and have delivered important virtual education.

Prior to this Pandemic the default was that our education conferences were "in person" affairs. In acceptance of this default, we probably never realised that our default was in fact Utopian. The debate is now: given the success of virtual education sessions, whether this less expensive, less disruptive to home life and arguably more efficient method of education should be the default?

Two questions must be posed.

1. Can education courses be as **productive** on a virtual platform? We would posit that an answer in the affirmative would reduce the goal of "productivity" to just fulfilling the goal of **the conveyance** of information in specific topics. Obviously so much more is required to allow for a judge to understand how apply that information, listening to colleagues' views, hammering out idea, all contribute to the knowledge base and to fulfill an essential part of the learning process.

2. Is it possible to do real skills-based education on a virtual basis? Again, the answer is yes, but the effectiveness of such education will be limited despite best intentions. Skills based education thrives on small group work with instructors and co-participants all becoming familiar with each other and contributing an honest exchange of views. That is the learning process.
3. Finally, wellness is an imperative to education programmes for judges. Judges have been working in isolation from their homes. The cases have not become easier: our cases do not make a good family dinner conversation. Judges get Judges and these meetings provide respite for people wrestling with decisions over other's lives with sage and empathetic advice from some person/s who get/s it!.

To conclude, the Atlantic Education Programme just completed **IN PERSON**. Two reports of that conference will be on the website, but I wanted to conclude this contribution with a comment from Nova Scotia's Judge Peter Ross of that Planning Committee.

*Speaking only for myself, I was reminded that there are qualities of in-person communication and contact that simply cannot be replicated virtually. This pertains both to formal education sessions, and just as importantly to informal components of education conferences where we meet our colleagues, get a sense of them as people, develop familiarity and trust, and thus build collegiality amongst the bench. ▀*

We rest our case.

Thank you, Peter, be well everyone.

Katherine McLeod and Robin Finlayson

# RAPPORT DU COMITÉ NATIONAL SUR LA FORMATION

Bonjour,

La pandémie est toujours parmi nous et, par conséquent, le congrès annuel de formation de l'ACJCP, prévu en Saskatchewan, a été annulé, tout comme la réunion annuelle de notre Comité national sur la formation.

J'ai le plaisir de vous informer que nous avons reçu les rapports de la plupart des provinces et territoires et que, grâce au nouveau format du superbe site Web de l'ACJCP (<https://judges-juges.ca/>) – merci à Gary Cohen et bienvenue à Scott Latimer – tous ces rapports seront téléchargés dans la section Formation. Vous constaterez que les comités sur la formation sont parvenus de manière impressionnante à respecter leur calendrier de conférences et à offrir beaucoup de formation virtuelle.

Avant cette pandémie, nos congrès de formation se déroulaient par défaut « en personne ». En acceptant ce principe par défaut, nous n'avions probablement jamais réalisé qu'il était en fait utopique. Le débat est maintenant le suivant : étant donné le succès des séances de formation virtuelles, cette méthode pédagogique moins coûteuse, moins dérangement pour la vie privée et possiblement plus efficace devrait-elle devenir la méthode par défaut?

Deux questions doivent être posées.

1. Les cours de formation peuvent-ils être aussi **productifs** sur une plate-forme virtuelle? Nous considérons qu'une réponse affirmative réduirait l'objectif de « productivité » à la simple réalisation de l'objectif de **transmettre des informations** sur des sujets précis. De toute évidence, bien plus d'éléments sont nécessaires pour permettre à un juge de comprendre comment appliquer ces informations, en écoutant les points de vue de ses collègues, en discutant des idées, car tout cela contribue à enrichir le corpus de connaissances et constitue un élément essentiel du processus d'apprentissage.
2. Est-il possible de dispenser une véritable formation axée sur les compétences par voie virtuelle? Là encore, la réponse

est oui, mais l'efficacité d'une telle formation sera limitée, et ce malgré des meilleures intentions. La formation axée sur les compétences se nourrit du travail en petits groupes, avec des instructeurs et des coparticipants qui apprennent à se connaître et à échanger franchement leurs points de vue. C'est cela le processus d'apprentissage.

3. Enfin, le bien-être est un impératif majeur lors des programmes de formation des juges. Les juges ont beaucoup travaillé de manière isolée depuis leur domicile. Les affaires ne se sont pas simplifiées et nos affaires ne sont pas un sujet de conversation approprié pour les dîners en famille. Les juges comprennent les juges et ces réunions offrent un répit aux personnes qui doivent affronter des décisions concernant la vie d'autrui, grâce aux conseils avisés et bienveillants d'autres personnes qui les comprennent.

Pour conclure, le programme de formation de l'Atlantique vient de se terminer **EN PRÉSENTIEL**. Deux rapports sur ce programme seront publiés sur le site Web, mais je tenais à conclure cette communication par un commentaire du juge Peter Ross de la Nouvelle-Écosse, membre du comité de planification.

*En ce qui me concerne, cela m'a rappelé que la communication et le contact en personne présentent certains avantages qui ne peuvent tout simplement pas être reproduits par voie virtuelle. Cela s'applique à la fois aux séances de formation classiques et, ce qui est tout aussi important, aux composantes plus informelles des congrès de formation, où nous rencontrons nos collègues, où nous apprenons à les connaître à titre personnel et où nous établissons des liens de familiarité et de confiance, afin de favoriser ainsi la collégialité au sein de la magistrature. ▀*

Nous n'avons rien à ajouter.

Katherine McLeod et Robin Finlayson

# JUDICIAL INDEPENDENCE, JUDICIAL COMPENSATION AND RESPONSIBLE GOVERNMENT: FINDING A MORE APPROPRIATE BALANCE

6	RE PROVINCIAL COURT JUDGES	[1997] 3 S.C.R.
and the Federation of Law Societies of Canada Intervenors	Barrreau canadien et Fédération des professions juridiques du Canada Intervenants	
INDEXED AS MANITOBA PROVINCIAL JUDGES ASSN. v. MANITOBA (MINISTER OF JUSTICE)	RÉFÉRÉ: MANITOBA PROVINCIAL JUDGES ASSN. c. MANITOBA (MINISTÈRE DE LA JUSTICE)	
File No. 2846	N <sup>o</sup> de référé: 2846	
1996: December 3, 4; 1997: September 18.	1996: 3, 4 décembre; 1997: 18 septembre.	
Present: Lamer C.J. and La Forest, Heenan-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci J.	Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci.	
ON APPEAL FROM THE PRINCE EDWARD ISLAND SUPREME COURT, APPEAL DIVISION	EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ÎLE-PRINCE-ÉDOUARD, SECTION D'APPEL	
ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA	EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA	
ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA	EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA	
Constitutional law — Judicial independence — Whether express provisions of Constitution exhaustive of written code for protection of judicial independence — True source of judicial independence extends to provincial independent extends to Constitution Act, 1867, preamble — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(4).	Droit constitutionnel — Indépendance de la magistrature — Les dispositions expressives de la Constitution suffisent-elles de façon exhaustive la protection de l'indépendance de la magistrature? — Source véritable de l'indépendance de la magistrature — Les juges de cour provinciale jouissent-ils de l'indépendance judiciaire? — Le préambule de 1867, préambule, art. 100 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(4).	
Constitutional law — Judicial independence — Components of constitutional financial security — Constitution Act, 1867, s. 100 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(4).	Droit constitutionnel — Indépendance de la magistrature — Éléments de la sécurité financière institutionnelle — La constitutionnelle 1867, art. 100 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(4).	
Courts — Judicial independence — Provincial governments and legislatures reducing salaries of Provincial Court judges as part of overall economic measure — Whether reduction constitutional — Procedure to be followed to change or freeze judicial compensation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(4) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, s. 3(3) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94 — Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act, S.A. 1993, c. 21, s. 9(1).	Tribunaux — Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Modification ou blocage des traitements des juges — Législatures provinciales — Accroissant la réduction des traitements des juges des cours provinciales dans le cadre de mesures économiques intégrales — La réduction est-elle constitutionnelle? — Procédure à suivre pour modifier ou bloquer les traitements des juges — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11(4) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, art. 3(3) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94 — Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public, L.R. 1993, ch. 21, art. 9(1).	
A	*Reasons for judgment on rehearing reported at [1997] 1 C.S. 3.	*Mots de jugement relatifs à la nouvelle audition publiés à [1998] 1 R.C.S. 3.

Illustration courtesy of Judge Jean La Rue.

# INDÉPENDANCE JUDICIAIRE, RÉMUNÉRATION DES JUGES ET GOUVERNEMENT RESPONSABLE : TROUVER UN ÉQUILIBRE PLUS JUSTE

6	RE PROVINCIAL COURT JUDGES	[1997] 3 S.C.R.	
<p>and the Federation of Law Societies of Canada Interveners</p> <p>INDEXED AS MANITOBA PROVINCIAL JUDGES ASSN. v. MANITOBA (MINISTER OF JUSTICE)</p> <p>File No. 2846</p> <p>1996: December 3, 4; 1997: September 18.</p> <p>Present: Lamer C.J. and La Forest, Heures-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci J.</p> <p>ON APPEAL FROM THE PRINCE EDWARD ISLAND SUPREME COURT, APPEAL DIVISION</p> <p>ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA</p> <p>ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA</p>	<p>Barrreau canadien et Fédération des professions juridiques du Canada Intervenant</p> <p>RÉPERTOIRE: MANITOBA PROVINCIAL JUDGES ASSN. c. MANITOBA (MINISTÈRE DE LA JUSTICE)</p> <p>N° de greffe: 2846</p> <p>1996: 3, 4 décembre; 1997: 18 septembre.</p> <p>Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci.</p> <p>EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ÎLE-PRINCE-ÉDOUARD SECTION D'APPEL</p> <p>EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA</p> <p>EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA</p>	<p><i>Constitutional law — Judicial independence — Whether express provisions in written code for protection of independence — True source of judicial independence extends to Constitution Act, 1867, preamble — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(4).</i></p> <p><i>Constitutional law — Judicial independence — Components of constitutional financial security — Constitution Act, 1867, s. 100 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(4).</i></p> <p><i>Courts — Judicial independence — Provincial governments and legislatures reducing salaries of Provincial Court judges as part of overall economic measure — Whether reduction constitutional — Procedure to be followed to change or freeze judicial remuneration — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1, 11(4) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I., 1988, c. P-25, s. 3(3) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-301, s. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94 — Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act, S.A. 1993, c. 21, s. 9(1).</i></p>	<p><i>Le droit constitutionnel — Indépendance de la magistrature — Les dispositions expressives de la Constitution indiquent-elles de façon exhaustive la protection de l'indépendance de la magistrature? — Source véritable de l'indépendance de la magistrature — Les juges de cour provinciale puisent-ils leur indépendance judiciaire? — Le préambule de 1867, préambule, art. 100 de la charte canadienne des droits et libertés.</i></p> <p><i>Le droit constitutionnel — Indépendance de la magistrature — Éléments de la sécurité financière institutionnelle — La constitutionnelle de 1867, art. 100 — L'interprétation de la charte canadienne des droits et libertés.</i></p> <p><i>Tribunaux — Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Modification ou blocage des traitements des juges — Législatures provinciales décrétant la réduction des traitements des juges des cours provinciales dans le cadre de mesures économiques intégrales — La réduction est-elle constitutionnelle? — Procédure à suivre pour modifier ou bloquer les traitements des juges — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11(4) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, art. 3(3) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, ch. P-301, art. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94 — Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public, S.A. 1993, ch. 21, art. 9(1).</i></p>
<p><b>A</b></p> <p>*Reasons for judgment on rehearing reported at [1997] 1 S.C.R. 3.</p>	<p><b>Z</b></p> <p>*Mots de jugement relatifs à la nouvelle édition publiés à [1998] 1 R.C.S. 3.</p>		

L'illustration courtoisie de juge Jean La Rue

# INTRODUCTION: ESTABLISHING AN EFFECTIVE PROCESS FOR JUDICIAL COMPENSATION

Ms. Susan Dawes  
Myers LLP,  
Barristers & Solicitors,  
Winnipeg, Manitoba

## INTRODUCTION

I am grateful to have been asked to write an introduction for this publication by the Canadian Association of Provincial Court Judges (“CAPCJ”), of “Recent Developments in Judicial Independence: Judicial Compensation Commissions, the Notes for Remarks of the Honourable Frank Iacobucci, C.C., Q.C.”, and the paper by Dr. Paul G. Thomas, Professor Emeritus in Political Studies at the University of Manitoba, entitled: “Judicial Independence, Judicial Compensation and Responsible Government: Finding a More Appropriate Balance”.

The process for determining judicial compensation has evolved significantly over the past 30 years, however, the experience in many Canadian jurisdictions today suggests that there is still considerable further work required. My hope is that the within papers will stimulate discussion and contribute to the eventual establishment of a truly effective process for determining judicial compensation.

In 1997, the Supreme Court of Canada (“SCC”) made its seminal decision in *PEI Reference*, [1997] 3 SCR 3 (“*PEI Reference*”). The decision brought a welcome end to the practice that had existed in some jurisdictions, of judges effectively going “cap in hand” to the Minister of Justice, from time to time, to seek fair and reasonable increases to their compensation. As the SCC later described it, the “often spirited wage negotiations and the resulting public rhetoric had the potential to deleteriously affect the public perception of judicial independence”. Chief Justice Lamer, as he then was, wrote for the majority in *PEI Reference* and identified the challenge presented by the cases before the Court. All expenditures from the public purse needed to be authorized by the legislature or executive and were, accordingly, inherently political. Yet, it was imperative that the setting of judicial compensation be depoliticized, to the extent possible, in order to protect and preserve judicial independence. The solution was to interpose between the judiciary and the other branches of government an independent judicial compensation commission, which would act as an “institutional sieve” designed to protect judicial independence and depoliticize the setting of judicial compensation.

Judicial compensation could be increased, decreased or frozen, but any proposed change had to first be proposed to an independent, objective and effective judicial compensation commission (“JCC”). Unless governments chose to make the recommendations of a JCC binding, the JCC would make non-

binding recommendations which the government could then accept, reject or vary. If the government chose to reject or vary the recommendations, it was obliged to justify its decision in a court of law with legitimate, rational reasons which had a reasonable factual foundation.

Following the *PEI Reference* decision, JCCs were created in those jurisdictions which had not yet done so. Only Nova Scotia<sup>1</sup> and the Northwest Territories chose to adopt fully binding JCCs, while a number of other jurisdictions chose to make the recommendations binding in part, or binding in certain circumstances. The JCC processes unfolded in each jurisdiction, and a number of governments chose to reject the recommendations of their JCCs. Judges in multiple jurisdictions sought judicial review of the government’s reasons for rejection. Litigation unfolded in each of BC, Alberta (with separate cases involving judges and justices of the peace, respectively), Manitoba, Ontario, Quebec, New Brunswick, Newfoundland & Labrador. The ensuing debate within the caselaw over the legal test from *PEI Reference* culminated in a 2005 decision of the SCC involving cases from each of Alberta, Ontario, Quebec and New Brunswick: *Bodner v. Alberta*, 2005 SCC 44 (“*Bodner*”). According to the legal test set out in *Bodner*, the reviewing court needs to find that: (1) the government had offered a legitimate reason for rejecting the recommendations; (2) the reason is supported by a reasonable factual foundation; and (3) viewed globally, the process as a whole had been respected and the purposes of the commission – preserving judicial independence and depoliticizing the setting of judicial compensation – achieved.

It became apparent early on that government rejections of JCC recommendations would not be infrequent. Even if a reviewing court could intervene where the reasons were not legitimate, the practical impact was significant delay in the final determination of judicial compensation. This meant uncertainty for judges generally, and particularly for judges contemplating retirement. It also meant uncertainty for governments and civil servants tasked with implementing the recommendations. Moreover, individual judges were forced to incur significant legal costs in defending the process and, by extension, the core constitutional value of judicial independence. The costs of government counsel throughout the process are funded by the taxpayers.

Contrary to the hope expressed by the SCC, the decision in *Bodner* did little to stem the tide of litigation. Governments in multiple

<sup>1</sup> Nova Scotia later removed the binding nature of its JCC process in 2016, and has rejected recommendations of both subsequent JCCs.

# INTRODUCTION : ÉTABLIR UN PROCESSUS EFFICACE DE DÉTERMINATION DE LA RÉMUNÉRATION DES JUGES

Mme. Susan Dawes  
Myers, LLP  
Avocats  
Winnipeg, Manitoba

## INTRODUCTION

Je suis très reconnaissante d'avoir été invitée à rédiger une introduction à cette publication par l'Association canadienne des juges des cours provinciales (« ACJCP ») des articles intitulés « Évolutions récentes en matière d'Indépendance de la magistrature: les commissions d'examen de la rémunération des juges » et « Indépendance judiciaire, rémunération des juges et gouvernement responsable : trouver un équilibre plus juste ». Le premier est issu des notes d'allocution de l'honorable Frank Iacobucci C.C., c.r., le deuxième est le fruit de la réflexion de M. Paul G. Thomas, professeur émérite d'études politiques à l'Université du Manitoba.

Le processus d'établissement de la rémunération des juges a beaucoup évolué au cours des 30 dernières années, toutefois, l'expérience dans de nombreuses juridictions canadiennes tend à montrer qu'il reste encore un énorme travail à faire. J'espère bien que ces articles stimuleront la discussion et contribueront en fin de compte à la mise en place d'un processus vraiment efficace pour fixer la rémunération des juges.

En 1997, la Cour suprême du Canada (« CSC ») a rendu une décision déterminante dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* [1997] 3 RCS 3 (« *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.* »). Cette décision a permis de mettre un terme heureux à la pratique en vigueur dans certaines juridictions, qui forçait en fait les juges à aller mendier auprès du ministre de la Justice une augmentation juste et raisonnable de leurs salaires. Comme la CSC l'a décrit plus tard, « les négociations salariales souvent vigoureuses et la rhétorique publique qui en résultait étaient susceptibles de nuire à la perception qu'a le public de l'indépendance de la magistrature ». Le juge Lamer, alors juge en chef, a écrit pour la majorité dans le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.* et a précisé le défi que présentaient les affaires dont était saisie la Cour suprême. Toutes les dépenses publiques doivent être autorisées par le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif et sont, par conséquent, de nature foncièrement politique. Il est toutefois impératif que l'établissement de la rémunération des juges soit dépolitisé, autant que possible, afin de protéger et de garantir l'indépendance judiciaire. La solution a été d'interposer entre le pouvoir judiciaire et les autres branches du gouvernement une commission indépendante d'examen de la rémunération des juges, qui agirait comme un « filtre institutionnel » destiné à protéger l'indépendance judiciaire et à dépolitiser l'établissement de la rémunération des juges.

La rémunération des juges pouvait être augmentée, réduite ou gelée, mais tout changement envisagé devait d'abord être proposé à une commission d'examen de la rémunération des juges (« CERJ ») indépendante, objective et efficace. À moins que les gouvernements ne choisissent de rendre les recommandations des CERJ exécutoires, la CERJ formulerait des recommandations non exécutoires que le gouvernement pourrait alors accepter, rejeter ou modifier. Si le gouvernement choisissait de rejeter ou de modifier ces recommandations, il était tenu de justifier sa décision devant un tribunal en invoquant des motifs légitimes et rationnels reposant sur un fondement factuel raisonnable.

À la suite de l'arrêt rendu dans le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.*, des CERJ ont été créées dans les juridictions qui n'en avaient pas encore. Seuls la Nouvelle-Écosse<sup>1</sup> et les Territoires du Nord-Ouest ont choisi de donner aux CERJ un pouvoir pleinement exécutoire, bien qu'un certain nombre d'autres juridictions aient choisi de rendre les recommandations partiellement exécutoires, ou exécutoires dans certaines circonstances. Le processus de CERJ a été déployé dans toutes les juridictions, et un certain nombre de gouvernements ont choisi de rejeter les recommandations de leurs CERJ. Les juges de plusieurs juridictions ont demandé un contrôle judiciaire des motifs de rejet par le gouvernement. Des litiges ont été engagés en Colombie-Britannique, en Alberta (avec des causes distinctes concernant les juges et les juges de paix, respectivement), au Manitoba, en Ontario, au Québec, au Nouveau-Brunswick et à Terre-Neuve-et-Labrador. Le débat qui a suivi au sein de la jurisprudence au sujet du critère juridique établi dans le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.* a abouti à une décision de la CSC en 2005 portant sur des affaires issues respectivement de l'Alberta, de l'Ontario, du Québec et du Nouveau-Brunswick : *Bodner c. Alberta*, 2005 CSC 44 (« *Bodner* »). Selon le critère juridique établi dans l'arrêt *Bodner*, en révision judiciaire, la cour devait conclure que : (1) le gouvernement a offert un motif légitime pour rejeter les recommandations; (2) le motif s'appuie sur un fondement factuel raisonnable; et (3) dans l'ensemble, le mécanisme a été respecté et les objectifs du recours à une commission – préserver l'indépendance judiciaire et dépolitiser l'établissement de la rémunération des juges – ont été atteints.

Il s'est révélé très tôt que les rejets par les gouvernements des recommandations des CERJ seraient loin d'être rares. Malgré le recours en révision judiciaire lorsque les motifs n'étaient pas légitimes, l'impact concret était un retard considérable dans l'établissement définitif de la rémunération des juges. Cela

1 La Nouvelle-Écosse a par la suite supprimé la nature exécutoire de son processus de CERJ en 2016 et a rejeté les recommandations des deux CERJ suivantes.

jurisdictions have continued to reject the recommendations of JCCs and, in some provinces, this has occurred on repeated and successive occasions. In most instances, the relevant judges' association brought an application for judicial review and in most cases, the government's reasons were found not to meet the *Bodner* test. Post-*Bodner*, judicial reviews have occurred and/or are currently underway in British Columbia, Alberta, Manitoba, Quebec, New Brunswick, Nova Scotia, and Newfoundland & Labrador.

In articulating the remedy that was to be available in the event a government's reasons did not meet the *Bodner* test, the SCC indicated that a reviewing Court should avoid ordering that the JCC recommendations must be implemented unless the legislative scheme permitted such an order. In some cases, reviewing Courts referred the JCC report back to government to be considered anew, in light of the reviewing Court's reasons. This meant the possibility of a further rejection of the recommendations and further round(s) of judicial review. This remedy led to even further delay, not to mention additional cost for judges committed to defending the process and taxpayers funding government counsel.

In other cases, however, reviewing Courts rejected *Bodner's* preferred remedial approach, deciding instead to order implementation of the JCC recommendations. Orders for implementation have been issued in a variety of circumstances, including: where implementation was seen to accord with the government's position once new information was properly considered; where the government was found to have acted in bad faith or to have egregiously failed to achieve depoliticization of the process; where the evidence before the reviewing court provided no basis for confidence that the government would respect the process; where there was no basis for the government to reject the recommendations once an improper rationale had been eliminated; where there would otherwise have been significant delay in completing the constitutional process; or where there had been judicial review and a referral back to the government and a subsequent rejection.

The willingness of reviewing Courts in some cases to bring finality by ordering implementation of the JCC recommendations where the reasons do not meet the *Bodner* test, has served to increase the effectiveness of the process within the existing framework.

In 2020, the SCC issued two decisions regarding interlocutory motions for production of cabinet documents in the context of a *Bodner* review: *Attorney General of British Columbia v. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 SCC 20, and *Nova Scotia (Attorney General) v. Nova Scotia Provincial Court Judges Association*, 2020 SCC 21 (collectively, the "2020 decisions"). In the 2020 decisions, the SCC affirmed the *Bodner* test as being a focused, yet robust review. The SCC confirmed that the judicial review process may be necessary to hold the government to its constitutional obligations in jurisdictions where JCC recommendations are not binding. As such, these decisions confirmed that the JCC process, including the possibility of a *Bodner* review where the recommendations are

not binding, continues to be the mechanism available to balance the competing principles of the shared responsibility of the executive and the legislature to make decisions about public money, and the need to protect judicial independence.

The experience of the JCC process across the Canadian jurisdictions raises serious questions about the efficacy of the current process. One key assumption made by the SCC appears to be that governments will generally act in good faith, in the sense that when responding to a JCC's recommendations, governments will take into account the purposes of the process and the unique considerations that go into determining judges' compensation, as opposed to approaching its decision based on short-term political concerns. If this was generally the case, the limited aberrations from this norm could reasonably be addressed through the judicial review process.

However, experience has taught us that such an approach by a government is the exception, not the rule. Saskatchewan is one exception in that, post-*PEI Reference*, the Government of Saskatchewan has consistently respected the recommendations of its JCCs, even where it has, at the same time, expressed concerns about the JCC's recommendations in light of political considerations. By contrast, British Columbia presents an opposite example, as the Government of British Columbia has rejected the salary recommendations of four successive JCCs, and a staggering history of litigation has unfolded there, which remains ongoing. In some jurisdictions, governments appear to be simply unable to approach consideration of judicial compensation on its own merits, and remain focused instead on their own political assessment of the recommendations, including the impact of the JCC recommendations on the government's collective bargaining with public sector employees or the public perception of granting an increase for judges and other fiscal demands of government.

Quite simply, the assumption that governments will act in good faith is unreliable and that unreliability has been proven. As the SCC has expressed more than once, litigation among the branches of government is indeed "serious business" and can affect the public perception of judicial independence.

In his paper, Mr. Iacobucci contrasts the troubling experience of repeated and ongoing litigation in British Columbia with the much smoother experience in Ontario and offers reflections on what he terms the "disquieting trends" around JCCs. Mr. Iacobucci is uniquely positioned to offer these observations given he was a member of the SCC panel which decided the *PEI Reference* case, and also served as Chair of the 2016 British Columbia JCC. By way of update since these remarks were delivered to the CAPCJ's Annual Conference in September 2017, the 2019 British Columbia JCC delivered its recommendations, chaired by former SCC Justice Thomas A. Cromwell, C.C.. The salary recommendations of the 2019 JCC were rejected by the Government of British Columbia and a further judicial review application has been filed.

Dr. Thomas' paper offers a different perspective, given the author's background as a Professor Emeritus of Political Studies. Dr. Thomas posits that a binding JCC process would

se traduisait par des incertitudes pour les juges en général, et en particulier pour ceux qui envisageaient de prendre leur retraite. Cela se traduisait également par des incertitudes pour les gouvernements et les fonctionnaires chargés de mettre en œuvre les recommandations. Par ailleurs, certains juges ont dû engager des frais juridiques importants pour défendre le processus et, par extension, la valeur constitutionnelle fondamentale de l'indépendance judiciaire. Les honoraires des avocats du gouvernement tout au long du processus sont financés par les contribuables.

Contrairement à l'espoir exprimé par la CSC, l'arrêt *Bodner* n'a guère contribué à endiguer le flot des litiges. Les gouvernements dans de nombreuses juridictions ont continué à rejeter les recommandations des CERJ et, dans certaines provinces, cela s'est produit à des occasions répétées et successives. Dans la plupart des cas, l'association de juges concernée a introduit une requête en contrôle judiciaire et, dans de multiples litiges, les motifs invoqués par le gouvernement n'ont pas été jugés conformes au critère établi dans l'arrêt *Bodner*. Depuis l'arrêt *Bodner*, des contrôles judiciaires ont eu lieu ou sont en cours en Colombie-Britannique, en Alberta, au Manitoba, au Québec, au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse et à Terre-Neuve-et-Labrador.

En formulant le recours dont pouvaient disposer les juges si les motifs du gouvernement ne respecteraient pas le critère établi dans l'arrêt *Bodner*, la CSC a indiqué qu'une cour siégeant en révision judiciaire devait éviter d'ordonner la mise en œuvre des recommandations d'une CERJ, sauf si le régime législatif permettait une telle ordonnance. Dans certains cas, siégeant en révision judiciaire ont renvoyé le rapport de la CERJ au gouvernement pour qu'il l'examine à nouveau, à la lumière des motifs qu'elles avaient invoqués. Cela signifiait la possibilité d'un nouveau rejet des recommandations et d'un ou de plusieurs autres cycles de contrôle judiciaire. Ce recours entraînait encore davantage de retards, sans parler des coûts supplémentaires pour les juges engagés dans la défense du processus et les contribuables finançant les avocats du gouvernement.

Dans d'autres cas, toutefois, les tribunaux siégeant en révision judiciaire ont rejeté l'approche corrective privilégiée dans l'arrêt *Bodner*, choisissant plutôt d'ordonner la mise en œuvre des recommandations de la CERJ. Des ordonnances de mise en œuvre ont été rendues dans diverses circonstances, notamment : lorsque la mise en œuvre a été jugée conforme à la position du gouvernement une fois que de nouvelles données avaient été correctement envisagées; lorsqu'il a été jugé que le gouvernement avait agi de mauvaise foi ou avait échoué de manière flagrante à dépolitiser le processus; lorsque les éléments de preuve présentés ne fournissaient aucune raison de croire que le gouvernement respecterait le processus; lorsque le gouvernement n'avait aucune raison valable de rejeter les recommandations une fois que la justification illégitime avait été éliminée; lorsqu'il y aurait eu autrement un retard important dans l'accomplissement du mécanisme constitutionnel; ou lorsqu'il y avait déjà eu un contrôle judiciaire, un renvoi au gouvernement et un rejet ultérieur.

Dans certains cas, la volonté des tribunaux siégeant en révision de mettre un terme au processus en ordonnant la mise en œuvre des recommandations d'une CERJ lorsque les motifs du gouvernement ne respectaient pas le critère établi dans l'arrêt *Bodner*, a permis d'accroître l'efficacité du mécanisme dans le cadre existant.

En 2020, la CSC a rendu deux décisions concernant des requêtes interlocutoires portant sur la production de documents du Cabinet dans le contexte d'un contrôle judiciaire de type *Bodner* : *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 CSC 20, et *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Nova Scotia Provincial Court Judges Association*, 2020 CSC 21 (collectivement, les « arrêts 2020 »). Dans les arrêts 2020, la CSC a affirmé que le critère établi dans l'arrêt *Bodner* constituait un examen ciblé, mais robuste. La CSC a confirmé que le processus de contrôle judiciaire pouvait être nécessaire pour obliger le gouvernement à respecter ses obligations constitutionnelles dans les juridictions où les recommandations des CERJ ne sont pas exécutoires. Par conséquent, ces décisions ont confirmé que le processus de CERJ, notamment la possibilité d'un contrôle judiciaire de type *Bodner* lorsque les recommandations ne sont pas exécutoires, reste le seul mécanisme disponible pour parvenir à un juste équilibre entre les principes concurrents de la responsabilité partagée du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif de prendre des décisions concernant les fonds publics, et de la nécessité de protéger l'indépendance judiciaire.

L'expérience du processus de CERJ dans l'ensemble des juridictions canadiennes soulève de sérieuses questions quant à l'efficacité du mécanisme actuel. Une hypothèse clé de la CSC semble être que les gouvernements vont généralement agir de bonne foi, à savoir que dans leur réponse aux recommandations d'une CERJ, ils tiendront compte des objectifs du processus et des considérations uniques qui interviennent dans l'établissement de la rémunération des juges, au lieu d'aborder leur décision en fonction de préoccupations politiques à court terme. Si tel était généralement le cas, le nombre limité de déviations à cette norme pourraient raisonnablement être traitées par le biais du mécanisme de contrôle judiciaire.

L'expérience nous a toutefois appris qu'une telle approche de la part d'un gouvernement est l'exception plutôt que la règle. La province de la Saskatchewan fait exception dans la mesure où, depuis le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.*, le gouvernement de cette province a toujours respecté les recommandations des CERJ, même lorsqu'il a, simultanément, exprimé des préoccupations au sujet des recommandations d'une CERJ à la lumière de considérations politiques. En revanche, la Colombie-Britannique présente l'exemple inverse, puisque le gouvernement de cette province a rejeté les recommandations salariales de quatre CERJ successives, ce qui a donné lieu à une série ahurissante de litiges, qui sont toujours en cours. Dans certaines juridictions, les gouvernements semblent tout simplement incapables d'aborder la question de la rémunération des juges sur ses propres mérites, et restent plutôt focalisés sur leur propre évaluation politique des recommandations, notamment l'impact de celles-ci sur les

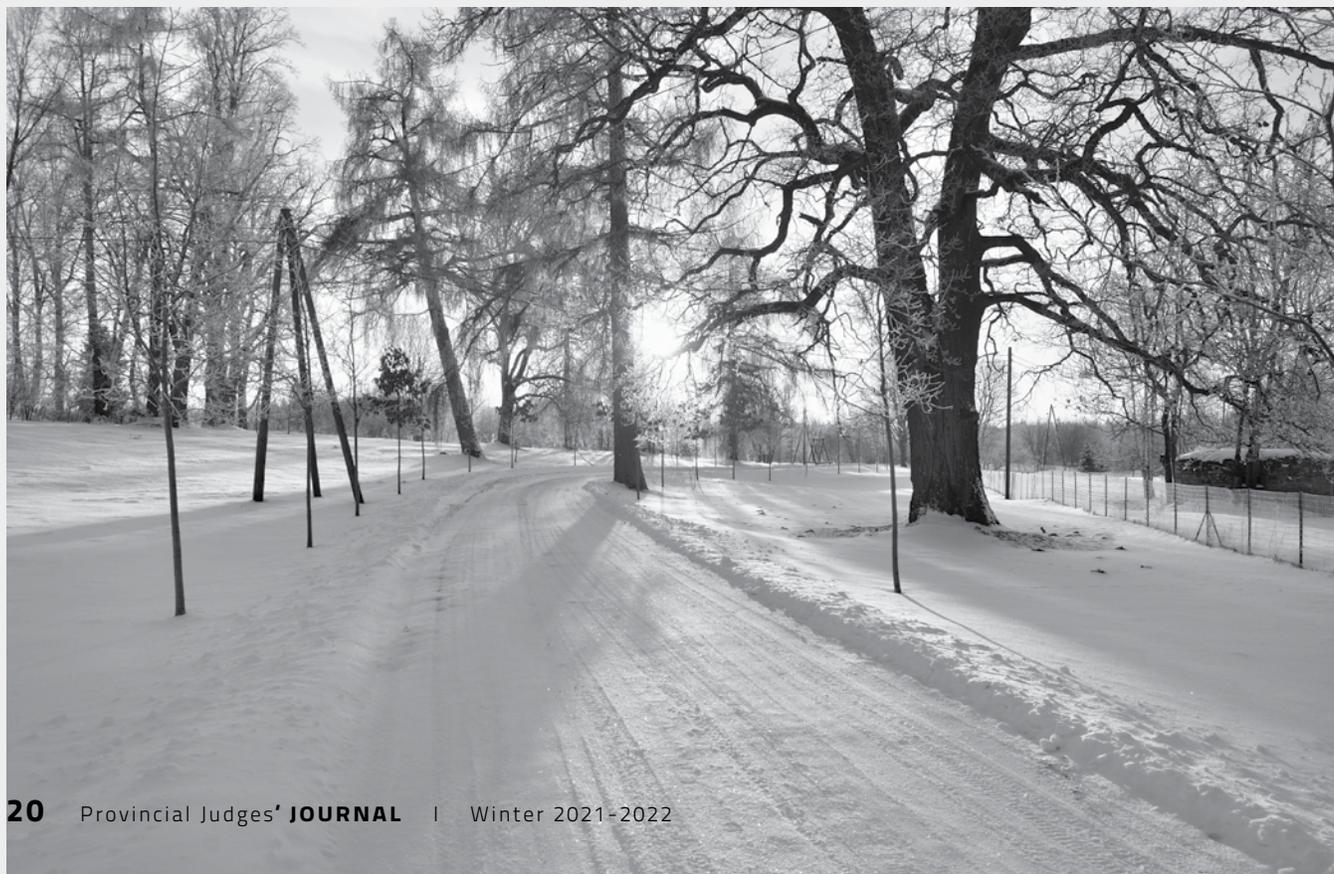
not be a radical step, given the diverse types of organizations that already exist elsewhere in the contemporary public sector. He points to a variety of organizations within and outside government which use public money and operate along a continuum of ministerial direction, control and accountability, and answerability before legislatures. In other words, the traditional concept – referenced in *PEI Reference*, *Bodner*, and the 2020 decisions – that there must be political accountability by the legislature or the executive for any expenditure of public funds, is considerably blurred in the modern political construct. Dr. Thomas points to entities created to administer Canadian elections and to determine election boundaries as two examples of agencies which are generally granted considerable, if not complete, autonomy in making spending decisions. If the interests of ensuring democracy and fair elections without partisan involvement are sufficient to justify granting autonomy in spending decisions by those entities, surely the protection of the key constitutional principle of judicial independence merits the same consideration. With the benefit of this broader context of the public sector generally, Dr. Thomas proposes that JCCs should make binding recommendations, but through a two-step process: the JCC would issue an interim report, to which both the judiciary and the other branches of government could respond, following which a final, binding report would be issued.

Dr. Thomas' proposal merits careful consideration and further analysis as a mechanism to bring balance to the current JCC process. As it stands currently, governments control the JCC process from beginning to end. Governments control the

JCC's design and its timing, appoint a nominee to the JCC, identify the factors to be considered by the JCC, and then make submissions to the JCC on appropriate judicial compensation. Governments then generally have an opportunity to seek clarification of the JCC report before accepting or rejecting the JCC's recommendations. As discussed above, in the event of a *Bodner* review, a government may also have the opportunity for a further response if the JCC's report is referred back to the government. Viewed from this perspective, the process appears unbalanced in that the judiciary has a limited role in only some of the steps of the overall process.

Governments which choose to reject the recommendations of JCCs often cite the JCC's failure to weigh certain factors appropriately or criticize the JCC for failing to consider certain statutory factors adequately or at all. The judiciary, on the other hand, has no ability to respond to a JCC's final report. Allowing both interested parties a fulsome opportunity to consider and respond to the JCC's analysis, before a binding report is issued, could serve to strengthen the JCCs' reports, bring balance to the JCC processes and, ultimately, improve the relationships among the branches of government.

The ongoing litigation among the branches of government in multiple jurisdictions suggests that the current process has yet to be brought into adequate balance. Resolution of these issues is clearly yet to come, if we are to settle on a truly effective process for determining judicial compensation. The within papers are an effort to advance the dialogue and both authors offer thoughtful perspectives which could move the process forward. In that spirit, I commend them to you for your consideration. ▲



négociations collectives du gouvernement avec les employés du secteur public ou la perception du public de l'octroi d'une augmentation salariale aux juges d'autres contraintes budgétaires.

Très simplement, l'hypothèse selon laquelle les gouvernements agiront de bonne foi n'est pas crédible et ce manque de crédibilité a été prouvé. Comme la CSC l'a exprimé plus d'une fois, les litiges entre les différentes branches du gouvernement sont effectivement des « choses sérieuses » qui peuvent influencer sur la perception qu'a le public de l'indépendance judiciaire.

Dans son article, M. Iacobucci compare l'expérience inquiétante des litiges répétés et persistants en Colombie-Britannique à l'expérience beaucoup plus harmonieuse de l'Ontario et propose des réflexions sur ce qu'il appelle les « tendances alarmantes » du processus de CERJ. M. Iacobucci est particulièrement bien placé pour formuler ces observations, étant donné qu'il était membre du comité de la CSC qui a statué sur le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.* et qu'il a également présidé la CERJ 2016 en Colombie-Britannique. À titre de mise à jour, depuis que cette allocution a été présentée au Congrès annuel de l'ACJCP en septembre 2017, la CERJ 2019 de la Colombie-Britannique, présidée par Thomas A. Cromwell, C.C., ancien juge de la CSC, a remis ses recommandations. Les recommandations salariales de la CERJ 2019 ont été rejetées par le gouvernement de la Colombie-Britannique et une nouvelle requête en contrôle judiciaire a été déposée.

L'article de M. Thomas offre une perspective différente, vu le parcours de l'auteur à titre de professeur émérite d'études politiques. M. Thomas avance l'idée qu'un processus de CERJ à caractère exécutoire ne serait pas une mesure radicale, étant donné les différents types d'organisations qui existent déjà ailleurs dans le secteur public contemporain. Il cite tout un éventail d'organisations, au sein et à l'extérieur du gouvernement, qui utilisent des fonds publics et fonctionnent sur un continuum de directives, d'imputabilité de contrôle ministériels et de l'obligation de rendre compte devant les législatures. En d'autres termes, le concept traditionnel – mentionné dans le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.*, l'arrêt *Bodner* et les arrêts 2020 – selon lequel le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif doit avoir l'obligation de rendre compte à titre politique de toute dépense de fonds publics, est considérablement plus flou dans la structure politique moderne. M. Thomas cite les entités créées pour administrer les élections canadiennes et pour déterminer les limites des circonscriptions électorales comme deux exemples d'organismes qui se voient généralement accorder une autonomie considérable, sinon complète, pour prendre des décisions en matière de dépenses. Si l'intérêt de garantir la démocratie et la tenue d'élections justes sans ingérence partisane est suffisant pour justifier l'octroi d'une autonomie en matière de décisions de dépenses à ces entités,

la protection du principe constitutionnel clé de l'indépendance judiciaire mérite certainement la même considération. En s'appuyant sur ce contexte plus large du secteur public en général, M. Thomas propose que les recommandations des CERJ soient exécutoires, mais par le biais d'un processus en deux étapes : la CERJ publierait un rapport préliminaire, auquel le pouvoir judiciaire et les autres branches du gouvernement pourraient répondre, après quoi un rapport final et exécutoire serait publié.

La proposition de M. Thomas mérite un examen attentif et une analyse plus approfondie en tant que mécanisme permettant de rééquilibrer le processus actuel de CERJ. Dans l'état actuel des choses, les gouvernements contrôlent le processus de CERJ du début à la fin. Les gouvernements contrôlent la conception des CERJ et leur calendrier, ils nomment un représentant aux CERJ, déterminent les facteurs à envisager par les CERJ, puis font des soumissions aux CERJ sur la rémunération appropriée des juges. Les gouvernements ont ensuite généralement la possibilité de demander des éclaircissements sur le rapport des CERJ avant d'accepter ou de rejeter leurs recommandations. Comme mentionné plus haut, dans un recours en contrôle judiciaire de type *Bodner*, un gouvernement peut également avoir la possibilité de répondre à nouveau si le rapport d'une CERJ lui est renvoyé. Vu sous cet angle, le processus semble peu équitable dans la mesure où la magistrature n'a qu'un rôle limité dans seulement certaines des étapes de l'ensemble du processus.

Les gouvernements qui choisissent de rejeter les recommandations d'une CERJ invoquent souvent le fait que la CERJ n'a pas su peser de manière adéquate certains facteurs ou reprochent à la CERJ de ne pas avoir envisagé convenablement certains facteurs prévus par la loi ou de ne pas les avoir envisagés du tout. Le pouvoir judiciaire, quant à lui, n'a pas la possibilité de répondre au rapport final d'une CERJ. Le fait de donner aux deux parties intéressées la possibilité d'étudier pleinement l'analyse de la CERJ et d'y répondre, avant qu'un rapport exécutoire ne soit publié, pourrait permettre de renforcer le poids des rapports des CERJ, de mieux équilibrer le processus de CERJ et, en fin de compte, d'améliorer les relations entre les différentes branches du gouvernement.

Les litiges persistants entre les branches du gouvernement dans de nombreuses juridictions semblent indiquer que le processus actuel n'a pas encore trouvé son juste équilibre. Il est clair que ces questions doivent être résolues si nous voulons mettre en place un processus réellement efficace pour établir la rémunération des juges. Les articles contenus ici constituent un effort pour stimuler le dialogue et les deux auteurs offrent des perspectives réfléchies susceptibles de contribuer à l'avancement de ce mécanisme. Dans cet esprit, je vous recommande vivement de les examiner. ▀

# JUDICIAL INDEPENDENCE, JUDICIAL COMPENSATION AND RESPONSIBLE GOVERNMENT: FINDING A MORE APPROPRIATE BALANCE

Dr. Paul G. Thomas,  
Professor Emeritus of Political Studies, University of Manitoba

Discussion Paper prepared for the Canadian Association of Provincial Court Judges (CAPCJ), December 2018

Dr. Paul G. Thomas is Professor Emeritus of Political Studies, University of Manitoba where he taught for 40 years, the last ten as the first Duff Roblin Professor of Government. He has received numerous awards and recognition for his scholarship, teaching and public service, including admission to the Order of Manitoba.

## I. INTRODUCTION- THE MAIN ARGUMENTS

This purpose of this paper is to promote a dialogue on the contentious issue of who should decide what compensation is paid to judges and on what basis such decisions should be made.<sup>1</sup> The focus is on the identification of constitutionally appropriate and balanced structures, procedures and criteria of decision-making, not on the substantive issue of what “good judges” are worth. The analysis is written from a political science rather than a strictly legal perspective. To better enable the reader to assess the analysis and evidence as it develops, the main arguments are outlined in this introduction.

The ongoing controversy and conflict over issues related to judicial compensation reflects the tensions between the constitutional principles of responsible government and democratic accountability and the equally important constitutional principles of judicial independence as an essential feature of a liberal democracy in which the rule of law prevails and there is public trust and confidence in courts and judges.

This paper argues that there are not insurmountable constitutional barriers to designing a compensation process that is consistent with the principles and practices of responsible government and respects in a practical way the right of judges to secure and appropriate compensation.

Over many decades, in response to changing conditions within society, in the political process, and in the role of the judiciary, there has been an evolution in our thinking and practices regarding both responsible government and judicial independence.

It is now time to refine our understanding further, and put in place new arrangements for determining judicial compensation that reflect and reinforce the principle of secure and appropriate remuneration for the judiciary that has been declared by the Supreme Court of Canada (henceforth simply Supreme Court) to be an essential component of the constitutional principle of judicial independence.

The next step in the evolutionary process would be the adoption of an independent commission process that leads to

binding decisions. This would not be a radical step. For many years, a binding process existed in two Canadian jurisdictions and others have chosen to make the process either partially binding or binding in certain circumstances. When governments design the new structures and procedures, and when legislatures approve them, the principles of responsible government are being respected.

The real reasons why governments and/or legislatures insist on having the final word on judicial salaries are political, not constitutional or monetary. The amounts spent on judicial salaries are small compared to the total cost of government, and even more miniscule are the amounts involved with periodic adjustments to those salaries. It is the optics, not the objective facts that cause governments political problems in terms of their fear of a backlash from the public that is generally ill informed about the critical role of the judiciary and the need to protect its independence. Many politicians and members of the public do not understand and accept that the courts are a unique part of the political system that is entitled to important protections. The design of a new binding process should recognize this “political problem” and provide governments with an additional opportunity to publicize their concerns about increases in judicial compensation.

A popular response to the real and perceived tensions and conflicts over judicial compensation is to call for a balanced approach that recognizes and accommodates both sets of principles. However, simply agreeing on the need for balance does not move the conversation along very far in terms of resolving the tensions at the heart of the debate.

Balance is too vague a notion. It allows the institutions and actors involved with the judicial compensation debate to operate with their own, often implicit rather than explicit, normative assumptions of what is an appropriate balance between responsible government/democratic accountability versus judicial independence/ appropriate judicial compensation.

Moreover in practice, as opposed to theory, the balance that takes place in a conflict situation tends to reflect the distribution of authority and the dynamics of power that exist between the contending parties. In the case of judicial compensation, governments have a preponderance of

<sup>1</sup> The CAPJC paid for the study, provided advice on sources and reviewed a preliminary draft of the paper for factual errors.

The CAPCJ respected the independence of the author to offer his own perspective on the issues. The facts, interpretations and opinions contained in this paper are, therefore, completely the responsibility of the author.

# INDÉPENDANCE JUDICIAIRE, RÉMUNÉRATION DES JUGES ET GOUVERNEMENT RESPONSABLE : TROUVER UN ÉQUILIBRE PLUS JUSTE

Paul G. Thomas (Ph. D.)

Professeur émérite d'études politiques, Université du Manitoba

Document de discussion préparé pour l'Association canadienne des juges des cours provinciales (ACJCP), décembre 2018.

Paul G. Thomas (Ph. D.) est professeur émérite d'études politiques, à l'Université du Manitoba où il a enseigné pendant 40 ans, et durant les dix dernières années à titre de premier professeur Duff Roblin du gouvernement. Il a reçu de nombreux prix et de multiples distinctions pour ses recherches, son enseignement et son service public, et a notamment été nommé à l'Ordre du Manitoba.

## I. INTRODUCTION – LES PRINCIPAUX ARGUMENTS

Le présent document a pour objet de promouvoir un dialogue sur la question litigieuse de savoir qui devrait décider le montant de la rémunération payée aux juges et sur quelle base ces décisions devraient être prises.<sup>1</sup> L'accent est mis ici sur l'identification de structures, de procédures et de critères de prise de décision équilibrés et appropriés au plan constitutionnel, et non pas sur la question de fond de ce que valent les « bons juges ». L'analyse est rédigée selon une perspective de science politique plutôt que selon une perspective strictement juridique. Pour permettre au lecteur de mieux évaluer l'analyse et les éléments de preuve au fur et à mesure qu'ils seront développés, les principaux arguments sont exposés dans la présente introduction.

Les controverses et les conflits en cours au sujet des enjeux liés à la rémunération des juges reflètent les tensions entre les principes constitutionnels de gouvernement responsable et d'obligation de rendre compte en démocratie et le principe constitutionnel tout aussi important d'indépendance judiciaire, qui est un élément essentiel d'une démocratie libérale dans laquelle prévaut la primauté du droit et la confiance du public à l'égard des tribunaux et des juges.

Ce document avance l'argument qu'il n'existe pas d'obstacles constitutionnels insurmontables à la création d'un processus de rémunération des juges conforme aux principes et aux pratiques de gouvernement responsable et respectant concrètement le droit des juges à recevoir une rémunération sûre et adéquate.

Au cours de nombreuses décennies, en réponse aux changements des conditions de la société, du processus politique et du rôle de la magistrature, notre réflexion et nos pratiques en matière de gouvernement responsable et d'indépendance judiciaire ont évolué.

Le moment est venu de mieux comprendre cette évolution et de mettre en place de nouveaux mécanismes pour déterminer la rémunération des juges, dispositions qui doivent refléter et appuyer le principe d'une rémunération sûre et adéquate de la magistrature, qui a été déclaré par la Cour suprême du Canada (appelée ensuite simplement Cour suprême) comme étant un élément essentiel du principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire.

La prochaine étape de l'évolution de ce processus serait l'adoption d'un processus de commissions indépendantes menant à des décisions exécutoires. Il ne s'agirait pas d'une mesure radicale. Pendant de nombreuses années, deux juridictions canadiennes se sont appuyées sur un processus exécutoire et d'autres ont choisi de rendre le

processus partiellement ou totalement exécutoire dans certaines circonstances. Lorsque les gouvernements créent de nouvelles structures et procédures qui sont approuvées par les législatures, les principes de gouvernement responsable sont respectés.

Les véritables raisons pour lesquelles les gouvernements ou les législatures insistent pour avoir le dernier mot au sujet des salaires des juges sont de nature politique, et non de nature constitutionnelle ou monétaire. Les montants dépensés pour les salaires des juges sont faibles par rapport aux dépenses totales du gouvernement, et les montants liés aux rajustements périodiques de ces salaires sont encore plus minimes. C'est l'optique, et non les faits objectifs, qui sont à l'origine des problèmes politiques des gouvernements, car ils craignent une réaction négative du public, qui est généralement mal informé du rôle crucial de la magistrature et de la nécessité de protéger son indépendance. Beaucoup de politiciens et de membres du public ne comprennent pas et n'acceptent pas que les tribunaux sont une branche unique du système politique qui mérite des protections importantes. La conception du nouveau processus exécutoire devrait reconnaître ce « problème politique » et donner aux gouvernements des occasions supplémentaires de faire connaître leurs préoccupations concernant les augmentations de la rémunération des juges.

Une réponse très répandue aux tensions et aux conflits réels et perçus concernant la rémunération des juges consiste à demander une approche équilibrée qui reconnaît et respecte les deux ensembles de principes. Toutefois, le simple fait d'être d'accord sur la nécessité d'un équilibre ne fait pas beaucoup avancer la discussion pour ce qui est de la résolution des tensions qui sont au cœur du débat.

L'équilibre est une notion trop vague. Elle permet aux institutions et aux acteurs impliqués dans le débat sur la rémunération des juges d'agir selon leurs propres hypothèses normatives, souvent implicites plutôt qu'explicites, de ce qui constitue un équilibre approprié entre le gouvernement responsable et l'obligation de rendre compte en démocratie d'une part et l'indépendance judiciaire et la rémunération adéquate des juges d'autre part.

En outre, dans la pratique, contrairement à la théorie, l'équilibre qui s'établit dans une situation de conflit tend à refléter la répartition de l'autorité et la dynamique de pouvoir existant entre les parties qui s'opposent. Dans le cas de la rémunération des juges, les gouvernements ont une supériorité en matière d'autorité constitutionnelle et légale et ont davantage la capacité d'influencer l'opinion publique que la magistrature.

Par conséquent, pour être pragmatique et juste, toute approche à l'équilibre sur la question de la rémunération doit comporter des

1 L'ACJCP a payé cette étude, a fourni des conseils sur les sources et a examiné un avant-projet du document pour corriger les erreurs factuelles. L'ACJCP a respecté la liberté de l'auteur de donner son propre point de vue sur ces questions. Les faits, les interprétations et les opinions contenus dans le présent document relèvent donc entièrement de la responsabilité de l'auteur.

constitutional and legal authority, and a greater capacity to influence public opinion, than the judiciary.

Therefore to be practical and fair, any approach to balance on the compensation issue must involve some prescribed structures, procedures, criteria for decision-making, a reliance on evidence to support arguments, and a commitment on both sides to respect both the letter and the spirit of the dispute resolution provisions. In the case of disputes over judicial compensation, the absence of a clear and jointly accepted framework of principles, rules and criteria, governments and legislatures will be tempted to make decisions based on short term, opportunistic political calculations rather than on respect for judicial independence and the need to ensure a high quality judiciary.

The paper develops these arguments in the following order.

Section II provides an overview of the theory and practice of responsible government as it has evolved over time. Ministerial responsibility is the key component of responsible government. The gap between the traditional theory and contemporary practice with respect to ministerial responsibility is noted.

Section III provides a brief discussion of the meaning of accountability and multiple forms of accountability that exist within the political system, government and the judiciary. No longer are responsibility and accountability limited to matters directly and continuously under the control of ministers.

Section IV identifies the rise of what might be called a “New Integrity Branch of Government” in the form of the more numerous and influential agents of parliament (APs) created to supplement and complement the efforts of legislatures in holding the executive accountable. Where APs fit within the existing constitutional order is not entirely clear. They have some court like features, but are not exactly like courts. To protect their independence legislatures have established distinctive arrangements for financing their operations.

Section V describes how financial accountability in government is based on the principles that all spending must originate with the Crown (i.e. responsible ministers serving in cabinet) and all spending must be approved by the legislature. To take account of the diverse types of organizations that exist in the contemporary public sector, there are varying degrees of financial control and accountability based mainly on the sensitivity of the tasks of particular organizations and the desirability of distancing them from direct and continuous political involvement.

Section VI discusses the concept of judicial independence and its implications for the boundaries among the executive, legislative and judicial branches of government. The appointment/tenure of judges, the administration of the court system and judicial compensation have been identified as the three components of the crucial constitutional concept of judicial independence.

Section VII analyzes the advent, mandate and record of the judicial compensation commissions established following a landmark constitutional ruling by the Supreme Court in the Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court, 1997 (henceforth referred to simply as PEI Reference), followed by *Bodner v. Alberta*, 2005 (henceforth referred to simply as *Bodner*) that refined the earlier ruling.

Section VIII examines the limited number of published evaluations of the judicial compensation commission process that take a legal perspective on the issues. The section offers an alternative political science perspective on the process and proposes a refinement to the existing process

## II. RESPONSIBLE GOVERNMENT

The British North America Act of 1867 (now known as the Constitution Act, 1867) that brought Canada into existence declared that the country would have a constitution similar in principle to that of the United Kingdom.<sup>2</sup> This meant that Canada imported the principles and constitutional traditions of 19<sup>th</sup> century England.

It also meant that our constitution is a blend of law and politics.<sup>3</sup> There are both formal, written constitutional and statutory provisions as well as informal, often unwritten conventions. Legal rules are binding on public officials whereas there is uncertainty and debate over the extent to which conventions are binding.

Many informed commentators have argued that a virtue of the original constitutional order was its generality and flexibility that allowed for evolution and adaptation in response to changing circumstances.

One of the key sets of constitutional principles imported from the UK was responsible government – the second, of course, was federalism. The same principles and practices of responsible government apply at both the national and the provincial level of government in Canada.

Canada is a constitutional monarchy in which the Governor General and the Lieutenant Governors in the provinces represent the Crown. In principle the Crown remains central to our constitutional order, but in practice it has become mainly a ceremonial and unifying feature of the political system.<sup>4</sup>

The phrase “Crown in Parliament” refers to the fact that that the Parliament of Canada consists of the Governor General, the House of Commons and the Senate. At the provincial level where there are no upper houses, only the Lieutenant Governor and the Provincial Legislature are involved. The Queen in Her Courts is a distinct, separate part of the constitutional order.

In political and popular discourse, it is common to differentiate between the authority and power of the executive and the legislature, by using the phrase separation of powers. In the

2 13. (UK), 30 & 31 Vict, c 3, reprinted in RSC 1985, App II, No 5.

3 Andrew Heard, *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics*. 1991. Toronto: University of Toronto Press

4 See David E. Smith, “Parliament and the Crown: A Canadian Perspective” in Michel Bedard and Philippe Lagasse, Eds. 2015. *The Crown and Parliament*. Editions Yvon Blais. 49-60

structures, des procédures et des critères prescrits pour la prise de décision, le recours à des preuves pour étayer ses arguments et un engagement des deux parties à respecter à la fois l'esprit et la lettre des dispositions relatives au règlement des différends. En cas de litige relatif à la rémunération des juges, et en l'absence d'un cadre clairement défini et conjointement accepté de principes, de règles et de critères, les gouvernements et les législatures seront tentés de prendre des décisions fondées sur des calculs politiques opportunistes à court terme plutôt que sur le respect de l'indépendance judiciaire et la nécessité de garantir une magistrature de haute qualité.

Le présent document développe ces arguments dans l'ordre suivant.

La section II offre un aperçu de la théorie et de la pratique du gouvernement responsable, telles qu'elles ont évolué au fil du temps. La responsabilité ministérielle est l'élément clé du gouvernement responsable. L'écart entre la théorie traditionnelle et la pratique contemporaine en matière de responsabilité ministérielle est noté.

La section III fournit une brève discussion de la signification de l'obligation de rendre compte et des multiples formes d'obligation de rendre compte existant au sein du système politique, du gouvernement et du pouvoir judiciaire. La responsabilité et l'obligation de rendre compte ne sont plus limitées aux questions qui sont directement et continuellement sous le contrôle des ministres.

La section IV signale l'essor de ce que l'on pourrait appeler un « nouveau régime d'intégrité du gouvernement » sous la forme d'agents du Parlement (AP) plus nombreux et plus puissants, créés pour améliorer et compléter les efforts déployés par les législatures pour tenir le pouvoir exécutif responsable de ses actes. La place des AP dans l'ordre constitutionnel existant n'est pas entièrement claire. Ils ont des caractéristiques rappelant celles des tribunaux, mais ne sont pas exactement des tribunaux. Pour protéger l'indépendance des AP, les législatures ont mis en place des mécanismes distincts pour financer leurs opérations.

La section V décrit comment la responsabilité financière au sein du gouvernement repose sur le principe selon lequel toutes les dépenses doivent provenir de la Couronne (c'est-à-dire des ministres responsables siégeant au Cabinet) et toutes les dépenses doivent être approuvées par la législature. Pour tenir compte des divers types d'organisations existant dans le secteur public contemporain, il existe divers degrés de contrôle financier et d'obligation de rendre compte reposant principalement sur le caractère délicat des tâches accomplies par des organisations particulières et sur la nécessité de les tenir à distance d'une ingérence politique directe et constante.

La section VI traite du concept d'indépendance judiciaire et de ses répercussions sur les frontières entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire du gouvernement. La nomination et la titularisation des juges, l'administration du système judiciaire et la rémunération des juges ont été identifiées comme les trois composantes du concept constitutionnel crucial de l'indépendance judiciaire.

La section VII analyse l'apparition, le mandat et le bilan des commissions de rémunération des juges établies à la suite d'une décision constitutionnelle historique, rendue par la Cour suprême

dans le Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Î.-P.-É., 1997 (ci-après appelé simplement « Renvoi de l'Î.-P.-É. »), suivie de la décision *Bodner c. Alberta*, 2005 (ci-après appelée simplement « *Bodner* ») qui a remanié la décision antérieure.

La section VIII examine les quelques évaluations publiées du processus des commissions de rémunération des juges qui adoptent une perspective juridique sur ces questions. Cette section propose une différente perspective sur ce processus, axée sur la science politique, et propose un remaniement du processus existant.

## II. LE GOUVERNEMENT RESPONSABLE

L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 (maintenant connu sous le nom de Loi constitutionnelle de 1867), qui a donné lieu à la naissance du Canada, stipulait que le pays aurait une constitution similaire en principe à celle du Royaume-Uni.<sup>2</sup> Cela signifiait que le Canada importait les traditions et les principes constitutionnels de l'Angleterre du 19<sup>e</sup> siècle.

Cela signifie également que notre Constitution est un mélange de droit et de politique.<sup>3</sup> Elle contient à la fois des dispositions constitutionnelles et statutaires formelles, écrites, ainsi que des conventions informelles, souvent non écrites. Les règles de droit sont exécutoires pour les fonctionnaires alors que le caractère exécutoire des conventions fait parfois l'objet d'incertitude et de débat.

De nombreux commentateurs bien informés ont soutenu que l'un des avantages de l'ordre constitutionnel initial résidait dans son caractère général et sa flexibilité, qui permettaient des modifications et des adaptations en fonction de l'évolution des circonstances.

L'un des ensembles clés de principes constitutionnels importés du Royaume-Uni était le gouvernement responsable – le second, bien entendu, était le fédéralisme. Les mêmes principes et pratiques en matière de gouvernement responsable s'appliquent au niveau du gouvernement national et des gouvernements provinciaux du Canada.

Le Canada est une monarchie constitutionnelle dans laquelle le gouverneur général et les lieutenants-gouverneurs des provinces représentent la Couronne. En principe, la Couronne reste au cœur de notre ordre constitutionnel, mais, dans la pratique, elle est devenue principalement un élément cérémoniel et unificateur du système politique.<sup>4</sup>

L'expression « la Couronne au Parlement » fait référence au fait que le Parlement du Canada est composé du gouverneur général, de la Chambre des communes et du Sénat. Au niveau provincial, où il n'y a pas de chambre haute, seuls le lieutenant-gouverneur et la législature provinciale sont concernés. La « Reine dans ses cours » est une section distincte de l'ordre constitutionnel.

Dans le discours politique et populaire, il est courant d'établir une distinction entre l'autorité et le pouvoir de l'exécutif et du législatif, en utilisant l'expression « séparation des pouvoirs ». Selon certains spécialistes de la Constitution, ceci est incorrect, car les deux branches politiques du gouvernement sont « fusionnées » de telle manière qu'il

2 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.), réimprimé dans L.R.C. 1985, Ap. II, No 5.

3 Andrew Heard, *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1991.

4 Voir l'article de David E. Smith, « Parliament and the Crown: A Canadian Perspective » dans Michel Bédard et Philippe Lagassé, éd., *La Couronne et le Parlement*, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 49-60.

opinion of some constitutional scholars this is wrong because the two political parts of government are “fused” in such ways that talk of separation is inappropriate.<sup>5</sup> Other informed commentators argue that the rise of disciplined parties in legislatures leading to the concentration of power in the office of the first minister and the cabinet has created a separation in practice. As discussed later in this paper, a realistic description of the executive-legislative relationship might be: the government proposes and Parliament disposes.

The debate over how best to describe the executive-legislative relationship is more than a constitutional quibble. It figures into the later discussion of what institutional arrangements and procedures for determining judicial compensation are appropriate under the constitution.

Responsible government is based on the principle that collectively and individually, ministers serve the Crown. This leads to a set of largely unwritten constitutional conventions on ministerial responsibility that exists in these two parts. The informal nature of these conventions means there is always room for controversy over the meaning and the significance of the various components of the doctrine of ministerial responsibility as it applies to particular situations.

Each part of the doctrine of ministerial responsibility has three components.<sup>6</sup>

Collective ministerial responsibility requires that the prime minister and cabinet must at all times retain the confidence of a majority of the House of Commons. It requires that the proceedings of cabinet are confidential. And finally, it requires cabinet solidarity in terms of supporting and defending the policy positions taken by the government.

Individual ministerial responsibility has the following three components: the minister is legally in charge of the department; the minister is politically answerable before Parliament and beyond for all the official actions of his/her department and other entities in his/her portfolio and for their own personal conduct when performing public duties; and the minister is accountable to the prime minister/premier and to the cabinet for carrying out the decisions of the government.

Only the prime minister/premier can hire, fire and demote ministers. Contrary to the frequent comments in the media, the House of Commons cannot remove a minister through a vote of no confidence. And, in Canada ministers seldom resign because of policy blunders or mistakes in the administration of policies. The real sanction involved with individual ministerial responsibility is a loss of reputation to the point where a minister becomes more of a liability than an asset and is removed or demoted in a cabinet shuffle.

Ministerial responsibility concentrates authority in the hands of the prime minister/ premier and cabinet that are serving

the Crown. Most policy initiatives and all expenditures must originate with government. In theory governments answer to Parliament and can be voted out by a majority vote on a matter of confidence in the House of Commons. Money bills for the purpose of raising and spending public funds are generally regarded as confidence matters on which a government could potentially fall if such bills failed to pass in the legislature. Under conditions of majority government, however, the risk of defeat is minimal because of party loyalty, party discipline and the concentration of power in the office of the prime minister/ premier.

For two reasons during the 20<sup>th</sup> century there was growing dissatisfaction among parliamentarians, academics, media commentators and interested members of the public with ministerial responsibility operating as the main mechanism of accountability for both elected and appointed public officeholders.

The first source of dissatisfaction with ministerial responsibility as an accountability mechanism was the growing dominance in legislatures by competing disciplined political parties. Party solidarity and party discipline contributed in turn to the rising power of first ministers within all Canadian political systems.

Parliamentary scrutiny of the executive was weakened because members of the governing party are not encouraged to probe and criticize, especially in public. Responsibility for challenging ministers, therefore, falls mainly to the opposition parties. However, there is little publicity and political gain to be had from mastering the complexity of public policy and government finances. Instead, revelations of mistakes and misdeeds are what gains media and public attention. Even in the face of such negative news ministers rarely resign.

The second source of dissatisfaction with ministerial responsibility was the increased scope and complexity of government that made it difficult, if not impossible, for ministers to be fully informed about actions for which they were theoretically responsible and accountable. Government was much simpler back in the 19<sup>th</sup> century when the doctrines of ministerial responsibility were imported from the UK. Until the second half of the 20<sup>th</sup> century the main unit of government was the vertically integrated department with a legally designated minister in charge who answered before the legislature, in the media and in other forums. As the activities of departments became more extensive and technical, questions were raised about the capacity of busy ministers to know and understand all that was being done in their names.

The problem of expecting ministers to answer for every official act of government became even more problematic when governments began to rely on non- departmental forms of organizations, such as crown corporations and regulatory agencies, to produce and deliver government programs.

5 Nicholas D’Ombra, *Setting Judicial Compensation: Implications of the Decision of the Supreme Court of Canada in the Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Courts of Prince Edward Island Case* in Law Commission of Canada, *Setting Judicial Compensation: Multidisciplinary Perspectives*, 1998, 69-82 at <http://publications.gc.ca/collections/Collection/JL2-4-1999E.pdf>

6 Paul G. Thomas, “Ministerial Responsibility and Administrative Accountability” in Mohamed Charif and Art Daniels (eds.), *New Public Management and Public Administration in Canada* Toronto: IPAC/ENAP, 1997, 141-164.

est inapproprié de parler de séparation.<sup>5</sup> D'autres commentateurs bien informés soutiennent que l'essor de partis hautement disciplinés dans les législatures, et la concentration du pouvoir dans le bureau du premier ministre et le Cabinet qui en a résulté, a créé une séparation de fait. Comme nous le verrons plus loin ce document, une description réaliste de la relation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif pourrait être la suivante : le gouvernement propose et le Parlement dispose.

Le débat sur la meilleure façon de décrire la relation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif est bien plus qu'une chicane constitutionnelle. Il figure dans la discussion ultérieure au sujet des procédures et des mécanismes institutionnels adéquats pour déterminer la rémunération des juges en vertu de la Constitution.

Un gouvernement responsable repose sur le principe selon lequel, collectivement et individuellement, les ministres sont au service de la Couronne. Cela conduit à un ensemble de conventions constitutionnelles pour la plupart non écrites sur la responsabilité ministérielle qui existe dans ces deux parties. La nature informelle de ces conventions signifie qu'il y a toujours matière à controverse sur la signification et l'importance des divers éléments de la doctrine de la responsabilité ministérielle telle qu'elle s'applique à des situations particulières.

Chaque aspect de la doctrine de la responsabilité ministérielle comporte trois composantes.<sup>6</sup>

La responsabilité ministérielle collective exige que le premier ministre et le Cabinet conservent à tout moment la confiance d'une majorité des députés de la Chambre des communes. Cela impose que les délibérations du Cabinet soient confidentielles. Et enfin, cela impose que le Cabinet fasse preuve de solidarité pour soutenir et défendre les positions politiques adoptées par le gouvernement.

La responsabilité ministérielle individuelle a les trois composantes suivantes : le ministre est légalement chargé du ministère; le ministre est politiquement responsable devant le Parlement et au-delà de tous les actes officiels de son ministère et des autres entités relevant de son portefeuille ainsi que de sa conduite personnelle dans l'exercice de ses fonctions publiques; et le ministre est responsable devant le premier ministre et le Cabinet de la mise en œuvre des décisions du gouvernement.

Seul le premier ministre fédéral ou les premiers ministres provinciaux peuvent engager, congédier et rétrograder des ministres. Contrairement à ce qu'on entend fréquemment dans les médias, la Chambre des communes ne peut pas destituer un ministre au moyen d'un vote de censure. Et, au Canada, il est très rare que les ministres démissionnent pour cause d'erreurs ou de bévues dans l'administration des politiques. La véritable sanction en ce qui concerne la responsabilité ministérielle individuelle est une perte de réputation telle qu'un ministre devient plus un handicap qu'un atout et est destitué ou rétrogradé lors d'un remaniement ministériel.

La responsabilité ministérielle concentre l'autorité entre les mains du premier ministre fédéral ou provincial et du Cabinet qui sont au service de la Couronne. La plupart des initiatives politiques et toutes

les dépenses doivent provenir du gouvernement. En théorie, les gouvernements sont responsables devant le Parlement et peuvent être relevés de leurs fonctions par un vote majoritaire sur une question de confiance dans la Chambre des communes. Les projets de loi de finances destinés à réunir et à dépenser des fonds publics sont généralement considérés comme des questions de confiance qui pourraient entraîner la chute du gouvernement s'ils n'étaient pas votés par la législature. Toutefois, dans une situation de gouvernement majoritaire, le risque de défaite est minime en raison de la loyauté partisane, de la discipline partisane et de la concentration du pouvoir au sein du bureau du premier ministre fédéral ou provincial.

Pour deux raisons au cours du 20<sup>e</sup> siècle, les parlementaires, les universitaires, les journalistes et les membres intéressés du public ont exprimé un mécontentement croissant au sujet du fait que la responsabilité ministérielle constituait le principal mécanisme d'obligation de rendre compte pour les titulaires de charge publique élus et nommés.

La première source de mécontentement au sujet de la responsabilité ministérielle en tant que mécanisme d'obligation de rendre compte a été la domination croissante exercée dans des législatures par des partis politiques concurrents et hautement disciplinés. La solidarité et la discipline partisans ont également contribué à la montée en puissance des premiers ministres au sein de tous les systèmes politiques canadiens.

Le contrôle du Parlement sur l'exécutif s'est affaibli parce que les membres du parti au pouvoir ne sont pas encouragés à faire des enquêtes et des critiques, en particulier en public. La responsabilité de contester les ministres incombe donc principalement aux partis d'opposition. Toutefois, il y a peu de publicité et d'avantage politique à gagner à maîtriser la complexité des politiques et des finances publiques. Ce sont plutôt les révélations concernant les erreurs et les malversations qui attirent l'attention des médias et du public. Et même en cas de mauvaise presse, il est très rare que les ministres démissionnent.

La deuxième source de mécontentement à l'égard de la responsabilité ministérielle a été l'envergure et la complexité croissantes du gouvernement, ce qui rend difficile, voire impossible, que les ministres soient pleinement informés des actes pour lesquels ils sont théoriquement responsables et obligés de rendre compte. Le gouvernement était beaucoup plus simple au 19<sup>e</sup> siècle lorsque la doctrine de la responsabilité ministérielle a été importée du Royaume-Uni. Jusqu'à la seconde moitié du 20<sup>e</sup> siècle, la principale unité de gouvernement était le ministère verticalement intégré, dirigé par un ministre responsable légalement désigné, qui répondait de ses actes devant la législature, dans les médias et d'autres forums. Tandis que les activités des ministères se sont étendues et sont devenues plus techniques, des questions se sont posées quant à la capacité des ministres très occupés de savoir et de comprendre tout ce qui se faisait en leur nom.

S'attendre à ce que les ministres répondent de chaque acte gouvernemental officiel est devenu encore plus problématique lorsque les gouvernements ont commencé à s'appuyer sur des formes

5 Nicholas D'Ombrain, « Établir la rémunération des juges : Incidence de la décision de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard » dans *Établir la rémunération des juges – Perspectives multidisciplinaires*, Commission du droit du Canada, 1998, p. 75. <http://publications.gc.ca/collections/Collection/JL2-4-1999F.pdf>

6 Paul G. Thomas, « Ministerial Responsibility and Administrative Accountability » dans *Nouveau management public et administration publique au Canada*, Mohamed Charif et Art Daniels, éd., Toronto, IPAC/ENAP, 1997, p. 141-164.

Because of the sensitive nature of the tasks such non-departmental entities perform, they are meant to be arms-length from government, to enjoy a measure of autonomy in their operations and budgeting, and not to be subject to continuous ministerial direction, oversight and involvement.

One distinguished public administration scholar described such arms-length bodies as “structural heretics” because they seemed to violate the constitutional principle that ministers were in charge of all organizations within their portfolio of responsibilities.<sup>7</sup> Non-departmental bodies are not completely outside the scope of ministerial influence so the phrase “heretics” may be an exaggeration. In practice, the relationships among the cabinet, responsible ministers, crown corporations and statutory regulatory agencies are often closer than what official rhetoric implies. Anxious to avoid unwanted surprises, ministers and central agencies serving cabinets strive to ensure oversight of decision-making in arms-length bodies. This leads at times to confusion about who is responsible for particular decisions and this, in turn, leads to “discretionary accountability” in which ministers take credit for good news and shift the blame to corporate or regulatory officials for bad news.

Another development that strained conventional understanding of ministerial responsibility included the contracting out of the delivery of public services to for-profit or not-for-profit organizations in the private sector, sometimes without adequate mechanisms for accountability. A related development was the use of public/private partnerships to develop infrastructure and to provide services.

Finally, there was the use of private foundations to pursue public policy purposes. Writing back in 2003, Professor Peter Aucoin observed that governments were increasingly transferring significant amounts of money to private foundations with very limited oversight and accountability.<sup>8</sup> In effect, public funds turned into private funds, and decisions in relation to the funds were largely beyond the reach of government and the legislature. Since Aucoin wrote, financial accountability for such foundations has been strengthened at the national level, mainly by allowing the Office of the Auditor General to follow the money in his/her scrutiny and reporting. But it remains the case that ministers and legislatures pay little attention to spending through organizations outside of government unless there are revelations of misspending.

In summary, as a result of changes in the contours of government and new methods of program delivery, the chain of accountability from the Crown through responsible ministers to Parliament and ultimately to the public, has been lengthened and there are a number of weak links in the chain.

In formal terms, ministers have some control over semi-independent non-departmental bodies like crown corporations and regulatory agencies, but the extent to which they are able and willing to answer is problematic. With private foundations there is even less meaningful ministerial oversight and control.

There has been a lively debate within the political science and public administration literature over whether changed circumstances mean the ministerial responsibility continues to offer a meaningful basis for accountability. To traditionalists like Nicholas D’Ombra, the doctrine retains value because it focuses responsibility and accountability on an identifiable public officeholder who answers before Parliament and beyond for what happens or fails to happen in government.<sup>9</sup> For critics, like Jeffery Roy, the diffusion of authority and control created by the new governance arrangements means ministerial responsibility has become little more than a constitutional fiction.<sup>10</sup> This criticism goes too far because ministers remain answerable before legislatures and they can pay a price politically if mistakes or misdeeds are disclosed in the entities located at the periphery of their portfolios.

### III. THE MULTIPLE MEANINGS OF ACCOUNTABILITY

Accountability has become a magic word, with almost infinitely elastic meaning. In almost all sectors of society there has been growing insistence on more forms and stricter enforcement of accountability. It would be helpful if we could use the term in a more precise and consistent manner, but this will not happen because the term has become an evocative symbol of declining public trust in institutions of all kinds. Politicians and governments have fallen most dramatically in the estimation of the public. Courts and judges have lost some, but far less ground in terms of public trust and confidence.

Elsewhere I have described accountability as a formal relationship based on five components:

- the delegation of responsibilities, ideally based upon agreed upon expectations and standards;
- the provision of authority, resources and a reasonably supportive environment to allow for the fulfillment of those responsibilities;
- the obligation of the accountable party to answer for performance based upon comprehensive, valid and balanced information;
- the obligation of the authorizing party to monitor performance and to take corrective action when needed; and

7 J. E. Hodgetts, *The Canadian Public Service* (Toronto: U. of T. Press, 1973), pp. 143-147. See also H. N. Janisch, *Independence of Administrative Tribunals in Canada: In Praise of “Structural Heretics”*, 8 J. Nat’l Ass’n Admin. L. Judges. (1988) Available at <http://digitalcommons.pepperdine.edu/naalj/vol8/iss2/1>

8 Peter Aucoin, “Independent foundations, public money and public accountability: Whither ministerial responsibility as democratic governance” *Canadian Public Administration*, 46,3 March 2003. Pp. 1-26

9 Nichols D’Ombra, “Ministerial responsibility and the machinery of government.” *Canadian Public Administration*, 50,2 Summer 2007, 195-217

10 Jeffery Roy, “Beyond Westminster governance: Bringing politics and public service into the networked era.” *Canadian Public Administration*. 51, 4 December 2008 541-568

d'organisations non ministérielles, comme les sociétés d'État et les organismes de réglementation, pour créer et mettre en œuvre les programmes gouvernementaux. En raison de la nature délicate des tâches accomplies par ces entités non ministérielles, elles sont censées être indépendantes du gouvernement, jouir d'une certaine autonomie en ce qui concerne leurs opérations et leur budget, et ne pas être assujetties aux ordres, à la surveillance et à l'ingérence constante des ministres.

Un éminent spécialiste de l'administration publique a décrit ces organes indépendants comme des « structures hérétiques », car ils semblaient violer le principe constitutionnel selon lequel les ministres sont responsables de toutes les organisations relevant de leur portefeuille de responsabilités.<sup>7</sup> Les organes non ministériels ne sont pas complètement en dehors du champ d'influence ministériel, et le terme « hérétique » est peut-être une exagération. Dans la pratique, les relations entre le Cabinet, les ministres responsables, les sociétés d'État et les organismes de réglementation prévus par la loi sont souvent plus étroites que ne le laisse entendre la rhétorique officielle. Soucieux d'éviter les mauvaises surprises, les ministres et les organismes centraux au service des cabinets s'efforcent d'assurer la surveillance du processus décisionnel dans les organes indépendants. Cela crée parfois une confusion au sujet de qui est responsable des décisions prises, ce qui conduit alors à une « obligation de rendre compte discrétionnaire » et des ministres qui s'attribuent le mérite des bonnes nouvelles et rejettent la responsabilité des mauvaises nouvelles sur les responsables des entreprises ou de la réglementation.

Un autre élément nouveau qui a mis à rude épreuve l'interprétation traditionnelle de la responsabilité ministérielle a été la sous-traitance de la fourniture de services publics à des organisations à but lucratif ou à but non lucratif du secteur privé, parfois sans qu'aient été mis en place des mécanismes adéquats d'obligation de rendre compte. Un autre élément nouveau associé a été l'établissement de partenariats entre le secteur public et le secteur privé pour le développement des infrastructures et la fourniture des services.

Enfin, des objectifs de politique publique ont été poursuivis par le biais de fondations privées. Dans un document datant de 2003, le professeur Peter Aucoin a fait remarquer que les gouvernements transféraient de plus en plus souvent des sommes d'argent considérables à des fondations privées soumises à une surveillance et à une obligation de rendre compte très réduites.<sup>8</sup> En fait, les fonds publics devenaient des fonds privés et les décisions liées à ces fonds étaient en général hors de portée du gouvernement et de la législature. Depuis l'époque où Aucoin a écrit cela, la responsabilité financière de ces fondations a été renforcée au niveau national, principalement en permettant au Bureau du vérificateur général de surveiller les fonds dans le cadre de son examen approfondi et de ses rapports. Toutefois, les ministres et les législatures continuent à accorder peu d'attention aux dépenses faites par le biais d'organisations externes au gouvernement, sauf en cas de révélations de gaspillage d'argent.

Pour résumer, en raison des changements dans les contours du gouvernement et des nouvelles méthodes de mise en œuvre des programmes, la chaîne de responsabilité qui va de la Couronne, par l'intermédiaire des ministres responsables, jusqu'au Parlement, et en fin de compte jusqu'au grand public, s'est allongée et présente de nombreux maillons faibles.

Officiellement, les ministres exercent un certain contrôle sur les organes non ministériels semi-indépendants tels que les sociétés d'État et les organismes de réglementation, mais leur capacité et leur volonté de rendre des comptes s'avèrent problématiques. Dans le cas des fondations privées, il y a encore moins de surveillance et de contrôle ministériels significatifs.

Il y a eu un débat animé dans la littérature de science politique et d'administration publique sur la question de savoir si, étant donné l'évolution des circonstances, la responsabilité ministérielle demeure un fondement valable de l'obligation de rendre compte. Pour les traditionalistes tels que Nicholas D'Ombain, la doctrine conserve toute sa valeur, car elle cible la responsabilité et l'obligation de rendre compte sur un titulaire de charge publique identifiable qui est responsable devant le Parlement et au-delà de ce qui se passe ou ne se passe pas au sein du gouvernement.<sup>9</sup> Pour les critiques, comme Jeffery Roy, la diffusion de l'autorité et du contrôle créée par les nouveaux mécanismes de gouvernance signifie que la responsabilité ministérielle n'est devenue rien de plus qu'une fiction constitutionnelle.<sup>10</sup> Cette critique va trop loin, car les ministres restent responsables devant les législatures et peuvent payer un lourd prix politique pour les erreurs ou les malversations qui sont révélées dans les entités situées à la périphérie de leur portefeuille.

### III. LES MULTIPLES SIGNIFICATIONS DE L'OBLIGATION DE RENDRE COMPTE

L'obligation de rendre compte est devenue un mot magique, dont le sens est presque infiniment élastique. Dans presque tous les secteurs de la société, on insiste de plus en plus sur davantage de formes et sur une application plus stricte de l'obligation de rendre compte. Il serait utile que nous puissions utiliser ce terme de manière plus précise et plus cohérente, mais cela ne se produira pas, car il est devenu un symbole évocateur du déclin de la confiance du public à l'égard des institutions de toutes sortes. Les politiciens et les gouvernements ont baissé de manière spectaculaire dans l'estime du public. Les tribunaux et les juges ont aussi perdu un peu de terrain, mais beaucoup moins, en matière de loyauté et de confiance du public.

Ailleurs, j'ai décrit l'obligation de rendre compte comme une relation formelle fondée sur cinq composantes :

- la délégation des responsabilités, idéalement basée sur des attentes et des normes convenues;
- la fourniture d'une autorité, de ressources et d'un environnement raisonnablement favorable pour permettre aux parties de s'acquitter de leurs responsabilités;

7 J. E. Hodgetts, *The Canadian Public Service*, Toronto, U. of T. Press, 1973, p. 143-147. Voir aussi H. N. Janisch, *Independence of Administrative Tribunals in Canada: In Praise of «Structural Heretics»*, 8 J. Nat'l Ass'n Admin. L. Judge, 1988. Disponible à <http://digitalcommons.pepperdine.edu/naalj/vol8/iss2/1>

8 Peter Aucoin, « Independent foundations, public money and public accountability: Whither ministerial responsibility as democratic governance », *Administration publique du Canada*, vol. 46, no 3, mars 2003, p. 1-26.

9 Nichols D'Ombain, « Ministerial responsibility and the machinery of government », *Administration publique du Canada*, vol. 50, no 2, été 2007, p. 195-217.

10 Jeffery Roy, « Beyond Westminster governance: Bringing politics and public service into the networked era », *Administration publique du Canada*, vol. 51, no 4, décembre 2008, p. 541-568.

- the bestowal of rewards and sanctions based on performance.<sup>11</sup>

The term “responsibility” in the above definition has two meanings.

First, we say that an institution or an individual is responsible when we put them in charge and give them the resources to complete a task.

Second, we say that someone is responsible when they act on the basis of an internalized subjective notion of what is right and perform their tasks with integrity.

The distinction between being in a position of responsibility and having professional sense of responsibility are significant for the role of the judiciary. There are formal structures, procedures and criteria for holding judges accountable. However, even more important than such external accountability mechanisms are the professional cultures of the courts, and the judicial qualities of individual judges, such as having an impartial mind and a capacity for independent, balanced judgment.

Accountability is related to but not the same as answerability, responsiveness, reporting and transparency. These devices are means to the achievement of accountability, but without the inclusion of consequences they do not constitute full accountability. The consequences of being accountable for performance can be material (loss of autonomy, money, position, etc.) and/or social/psychological (loss of reputation, credibility, legitimacy, etc.).

Over the past several decades governments and legislatures have supplemented ministerial responsibility with numerous other accountability mechanisms, both internal and external to government. These developments are too numerous and not directly relevant to the themes of this paper.

With scandals and declining trust in public officials, the tendency has been to add new accountability requirements to existing mechanisms. The assumption seems to be that there never can be too much accountability, even if certain accountability rules and procedures compromise other important principles and values like independence and innovation. With multiple sources and types of accountability in the modern public sector there can be confusion and debate over which accountability requirements and devices should be most compelling for public officials of various kinds.

#### IV. A NEW INTEGRITY BRANCH OF GOVERNMENT?

A particularly noteworthy development in terms of the focus and themes of this paper is the creation over the past several

decades of multiple officers or Agents of Parliament (APs) at both the national and the provincial level of government.<sup>12</sup> The growing lineup of APs developed mainly in a reactive, *ad hoc*, improvised manner in response to events, often scandals. There was not deep thought given to where they fit in the usual threefold categorization of constitutional authorities consisting of Parliament, responsible ministers serving the Crown and the judiciary.<sup>13</sup> All APs are investigative bodies and some perform the quasi-judicial function of adjudicating individual complaints, but they are not part of the court system and are less legalistic in their operations.

Agents of Parliament were created to supplement the capacity of Parliament to hold ministers and public servants accountable for the use of public authority and public money. The most recent addition to the roster of APs at the national level is the transformation of the Parliamentary Budget Office, previously located within the administrative framework of the Library of Parliament, into a stand-alone Agent of Parliament. This is an admission by Parliament that it needs help if it is to conduct its more historically important task of holding governments accountable for their spending.

Depending upon their individual mandates, APs are also involved with promoting and protecting the rights of Canadians to obtain government information, to participate in fair and free elections, to secure public services in both official languages, to protect personal privacy and to ensure that there is integrity and value-for-money spending in government.

In general APs must work within the framework of their enabling legislation and are primarily accountable to Parliament for their performance. However, with respect to their investigative and complaint resolution activities, APs are expected to act independently of both the executive and even Parliament.

APs are not subject to direction from the prime minister or cabinet. They report directly to Parliament, not through a cabinet minister in the way that regular departments do. On the other hand, the prime minister and cabinet supported by the central agencies that serve the political executive, initiate the appointment of the heads of APs, set budget and staffing levels and ensure that certain government-wide administrative policies are followed in the APs.

With multiple APs created over time and performing varied tasks, there is not a common governance framework. The general goal, however has been to create a balance between independence and accountability that is appropriate to the task of each agency. There are four main components to those governance frameworks: how the mandates of APs are set and revised; the procedures for the recruitment, selection,

11 Paul G. Thomas, “The Swirling Meanings and Practices of Accountability in Canadian Government” in K. Rasmussen and D. Siegel (eds.) *Power, Professionalism and Public Service: Essays in Honour of Kenneth Kernaghan* Toronto: IPAC/University of Toronto Press, 2008, pp.43-75. See also Paul G. Thomas “The Limits of Accountability: What Can and Cannot be Accomplished in the Dialectics of Accountability” (with Mark D. Jarvis) in Herman Bakvis and Mark D. Jarvis (eds.) *From new Public Management to new Political Governance*. Montreal: McGill-Queens University Press. 2013. 271-313

12 Paul G. Thomas, “The Past, Present and Future of Officers of Parliament,” *Canadian Public Administration* 46, 3 (Fall, 2003) 287-314. See also Public Policy Forum, *Independent and Accountable: Modernizing the Role of Agents of Parliament and Legislatures*. April 2018 at <https://www.pforum.ca/publications/independent-accountable/>. The author did the background research paper for this report

13 See Ann Chaplin, 2011. “The Constitutional Legitimacy of Officers of Parliament” *National Journal of Constitutional Law*. 29: 71-117.

- l'obligation de la partie responsable de rendre compte de son rendement à partir d'informations complètes, valides et équilibrées;
- l'obligation de la partie habilitante de surveiller le rendement et de prendre des mesures correctives le cas échéant; et
- l'octroi de récompenses et l'imposition de sanctions en fonction du rendement.<sup>11</sup>

Le terme « responsabilité » dans la définition ci-dessus a deux significations.

Premièrement, nous disons qu'une institution ou une personne est responsable de quelque chose lorsque nous lui en donnons la charge et lui fournissons les ressources nécessaires pour mener à bien une tâche.

Deuxièmement, nous disons qu'une personne est responsable lorsqu'elle agit selon une notion subjective intériorisée de ce qui est juste et accomplit ses tâches avec intégrité.

La distinction entre être en position de responsabilité et avoir un sens de responsabilité professionnelle est importante pour le rôle de la magistrature. Il existe des structures, des procédures et des critères formels permettant de tenir les juges responsables de leurs actes. Toutefois, la culture professionnelle des tribunaux et les qualités judiciaires des juges individuels, telles qu'un esprit impartial et une capacité de jugement indépendant et équilibré, sont plus importantes encore que ces mécanismes externes d'obligation de rendre compte.

L'obligation de rendre compte est liée à la responsabilité, à la réceptivité, à la reddition de compte et à la transparence, mais n'est pas la même chose. Ces dispositifs sont un moyen de parvenir à l'obligation de rendre compte, mais s'ils n'entraînent pas de conséquences, ils ne constituent pas une totale obligation de rendre compte. Les conséquences de l'obligation de rendre compte du rendement peuvent être matérielles (perte d'autonomie, d'argent, de position, etc.) et sociales ou psychologiques (perte de réputation, de crédibilité, de légitimité, etc.).

Au cours des dernières décennies, les gouvernements et les législatures ont renforcé la responsabilité ministérielle par de nombreux autres mécanismes d'obligation de rendre compte, à la fois internes et externes au gouvernement. Ces nouveaux mécanismes sont trop nombreux à décrire et ne concernent pas directement les thèmes du présent document.

Au vu des scandales et du déclin de la confiance à l'égard des fonctionnaires, la tendance a été d'ajouter de nouvelles exigences d'obligation de rendre compte aux mécanismes existants. L'hypothèse semble être qu'il ne peut jamais y avoir trop d'obligation de rendre compte, même si certaines règles et procédures liées à l'obligation de rendre compte compromettent d'autres valeurs et principes importants tels que l'indépendance et l'innovation. Étant donné les multiples sources et types d'obligation de rendre compte dans le secteur public moderne, il peut y avoir confusion et débat au sujet des exigences et

des mécanismes d'obligation de rendre compte qui devraient être les plus convaincants pour les fonctionnaires de toutes sortes.

#### IV. UN NOUVEAU RÉGIME D'INTÉGRITÉ DU GOUVERNEMENT?

Un élément nouveau particulièrement notable en ce qui concerne l'objet et les thèmes du présent document est la création, au cours des dernières décennies, de multiples mandataires ou agents du Parlement (AP), tant au niveau national qu'au niveau provincial.<sup>12</sup> La liste croissante d'AP s'est développée principalement de manière réactive, ponctuelle et improvisée en réponse à des événements précis, souvent des scandales. Il n'y a pas eu de réflexion approfondie sur leur place dans la triple classification habituelle des autorités constitutionnelles consistant du Parlement, des ministres responsables au service de la Couronne et de la magistrature.<sup>13</sup> Tous les AP sont des organes d'enquête et certains exercent la fonction quasi judiciaire consistant à statuer sur des plaintes individuelles, mais ils ne font pas partie du système judiciaire et ont un fonctionnement moins légaliste.

Les agents du Parlement ont été créés pour renforcer la capacité du Parlement de tenir les ministres et les fonctionnaires responsables de l'usage du pouvoir public et des fonds publics. Le plus récent ajout à la liste des AP au niveau national a été la transformation du Bureau du directeur parlementaire du budget, situé auparavant au sein du cadre administratif de la Bibliothèque du Parlement, en un agent du Parlement autonome. Ceci est un aveu de la part du Parlement qu'il a besoin d'aide pour mener à bien sa tâche la plus importante sur le plan historique, qui consiste à tenir les gouvernements responsables de leurs dépenses.

Selon leurs mandats respectifs, les AP participent également à la promotion et à la protection des droits des Canadiens d'obtenir de l'information du gouvernement, de participer à des élections libres et équitables, d'obtenir des services publics dans les deux langues officielles, de jouir d'une protection de leur vie privée et de veiller à l'intégrité et à l'optimisation des dépenses au sein du gouvernement.

En général, les AP doivent travailler dans le cadre de leur législation habilitante et sont principalement responsables devant le Parlement de leur rendement. Toutefois, en ce qui concerne leurs activités d'enquête et de résolution des plaintes, les AP sont censés agir indépendamment du pouvoir exécutif et même du Parlement.

Les AP ne sont pas soumis aux ordres du premier ministre ou du Cabinet. Ils rendent compte directement au Parlement, et non par l'intermédiaire d'un ministre, comme le font les ministères ordinaires. D'autre part, le premier ministre et le Cabinet, appuyés par les organismes centraux au service de l'exécutif politique, procèdent à la nomination des responsables des AP, établissent leurs budgets et leurs effectifs en personnel et veillent à ce que les AP respectent certaines politiques administratives pangouvernementales.

11 Paul G. Thomas, « The Swirling Meanings and Practices of Accountability in Canadian Government » dans K. Rasmussen et D. Siegel (eds.) *Power, Professionalism and Public Service: Essays in Honour of Kenneth Kernaghan*, Toronto, IPAC/University of Toronto Press, 2008, p. 43-75. Voir aussi Paul G. Thomas « The Limits of Accountability: What Can and Cannot be Accomplished in the Dialectics of Accountability » (avec Mark D. Jarvis) dans Herman Bakvis et Mark D. Jarvis, éd., *From new Public Management to new Political Governance*, Montréal, McGill-Queens University Press, 2013, p. 271-313.

12 Paul G. Thomas, « The Past, Present and Future of Officers of Parliament », *Administration publique du Canada*, vol. 46, no 3 (automne 2003), p. 287-314. Voir aussi dans le Forum des politiques publiques, « Independent and Accountable: Modernizing the Role of Agents of Parliament and Legislatures », avril 2018. Disponible à <https://www.pppforum.ca/publications/independent-accountable/>. L'auteur a rédigé le document de recherche pour ce rapport.

13 Voir Ann Chaplin, « The Constitutional Legitimacy of Officers of Parliament » *Revue nationale de droit constitutionnel*, 29, 2011, p. 71-117.

tenure and removal of the heads of the APs; how APs obtain their staffing and funding; and to whom they report on their performance with what potential consequences.

The financing arrangements for APs are of greatest concern here. There is a very mixed pattern at the provincial as compared to the federal level, and there can be significant differences among the various types of APs. At the provincial level the general tendency is to treat APs as just another part of government with budgets and staffing levels being set centrally by ministers on a central cabinet committee, usually called the Treasury Board or Management Committee of Cabinet.

At the national level, the House of Commons experimented for a period with an all-party panel chaired by the elected Speaker, that would review spending requests from APs and then recommend budgets to the Treasury Board committee of cabinet. If the Treasury Board revised the budgets, they were required to meet with the Speaker's Panel to explain their decision. This arrangement was meant to ensure that governments did not limit the capacity and willingness of APs to provide critical scrutiny of their activities by withholding money. Established under a Liberal government in 2006 this pilot project did not survive the 2011 transition to a Conservative government.

Elections Canada and most provincial election agencies have greater financial autonomy than other APs. In the interest of ensuring independence in the conduct of free and fair elections, Parliament and many provincial legislatures have included in their election statutes a provision for what is called a "Statutory Draw." Put simply, this is ongoing open-ended authority to draw funds from the Consolidated Revenue Fund, without separate parliamentary approval. Adopted initially as a practical measure because of the difficulty of forecasting the costs of elections, the Statutory Draw has come to be seen as a means to avoid any real or perceived political interference in the election process and to strengthen the resolve of the chief electoral officer (CEO) to resist pressures from parties and candidates.<sup>14</sup>

The same feature of an open-ended appropriation from Parliament exists for the ten provincial boundaries commissions appointed after every decennial census to redraw constituency boundaries for the 338 seats in the House of Commons. Again, the purpose of this financing arrangement is to avoid any hint of partisan involvement in the delicate task of ensuring reasonably equal value of the votes cast to elect a Member of Parliament while also protecting community of interest in drawing the boundary lines for constituencies.

Similar boundary commissions operate in all provinces with similar protection against political interference.

## V. FINANCIAL ACCOUNTABILITY<sup>15</sup>

Section 53 of the Constitution Act, 1867 requires approval by the House of Commons of all expenditures of public money. The wording of Section 53 reflects the principle of parliamentary control over the spending of public money derived from the English Bill of Rights. It is clear from the wording that the House of Commons cannot "incidentally" delegate the spending power. All delegations of the authority to spend public money must be explicit.

In reviewing spending the House of Commons can reduce, but cannot increase the amounts being recommended by the Crown.<sup>16</sup>

The role of the Senate in the parliamentary expenditure process is somewhat unclear and controversial. It is clear that money bills cannot originate in the Senate, but there is less certainty over whether the appointed upper house is constitutionally allowed to defeat or amend such bills.

Since 1951, the Financial Administration Act (FAA) has been the primary statutory instrument by means of which the House of Commons endeavours to ensure that public money is only spent for purposes that have received its approval. As a legal instrument, the Act is the means whereby the House of Commons fulfills its constitutional obligation to hold the executive accountable for the spending of public money.

In the history of responsible government in the UK, it was the insistence by Parliament on control over spending by the Crown that provided the basis for the assertion of a wider role for the legislature to hold the executive accountable. Without going into a lengthy analysis, the consensus of most informed observers is that the process of reviewing and approving spending (known as the Supply Process) is the weakest part of the parliamentary process. Very little detailed examination of the forecasts (the Estimates) of government spending takes place in the full legislature or in the committees. Instead, most of the time is spent on the overall budgetary policy of government, and on embarrassing items of spending that the opposition parties claim represent waste, mismanagement or improprieties. Governments exert tight control over the supply process to avert such revelations. Reports and some reforms over the decades have not solved the basic problem that legislatures lack the capacity and commitment to master the complexities of budgeting in modern government. While the

<sup>14</sup> It should be noted that the open-ended spending covers everything related to elections and referendums. There is a separate parliamentary appropriation for non-election activities of election agencies that is negotiated with government. This appropriation includes salaries for permanent staff of agencies. The salary of the CEO of Elections Canada is set by law as equal to that of a judge of the Federal Court, which is adjusted annually to account for inflation. Similar earmarking of CEO salaries to judicial positions occurs in several provinces. See Paul G. Thomas and Lorne Gibson, Comparative Assessment of Central Electoral Agencies. A Report Commissioned by Elections Canada, May 2014. Pp.27-33. Available at [http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2015/elections/SE7-2-2014-1-eng.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2015/elections/SE7-2-2014-1-eng.pdf)

<sup>15</sup> The following discussion depends heavily on Stan Corbett, Ministerial Responsibility and the *Financial Administration Act*: The Constitutional Obligation to Account for Government Spending, in *Restoring Accountability*, Research Studies Volume 3, Commission of Inquiry into the Sponsorship Program & Advertising Activities, 231-296. (Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2006)

<sup>16</sup> Rob Walsh, "The Royal Recommendation" in Michel Bedard and Phillippe Lagesse. Eds. 2015. The Crown and Parliament. Editions Yvon Blais. 133-143

Vu que de multiples AP ont été créés au fil du temps pour accomplir des tâches diverses, il n'existe pas de cadre de gouvernance commun. L'objectif général a toutefois été de créer un équilibre entre indépendance et obligation de rendre compte qui est adapté à la fonction de chaque organisme. Ces cadres de gouvernance se composent de quatre éléments principaux : Comment les mandats des AP sont-ils établis et révisés? Quelles sont les procédures de recrutement, de sélection, de titularisation et de destitution des responsables des AP? Comment les AP obtiennent-ils leur personnel et leur financement? À qui rendent-ils compte de leur rendement et quelles sont les conséquences éventuelles?

Les mécanismes de financement pour les AP sont ici la plus grande préoccupation. Le schéma est très variable entre le niveau provincial et le niveau fédéral et il peut y avoir des différences considérables entre les divers types d'AP. Au niveau provincial, la tendance générale est de considérer les AP comme une simple autre branche du gouvernement, dont les budgets et les effectifs en personnel sont établis par des ministres au sein d'un comité ministériel central, généralement appelé Conseil du Trésor ou Comité de gestion du Cabinet.

Au niveau national, la Chambre des communes a expérimenté pendant un certain temps un comité multipartite, présidé par le président élu de la Chambre, qui examinait les demandes de fonds des AP, puis recommandait les budgets au Conseil du Trésor ou au Comité de gestion du Cabinet. Si le Conseil du Trésor révisait les budgets, il devait se réunir avec le Comité du président de la Chambre pour expliquer sa décision. Ce mécanisme visait à faire en sorte que les gouvernements ne limitent pas la capacité et la volonté des AP de mener une surveillance critique de leurs activités en leur refusant de l'argent. Établi sous un gouvernement libéral en 2006, ce projet pilote n'a pas survécu au passage à un gouvernement conservateur en 2011.

Élections Canada et la plupart des organismes électoraux provinciaux jouissent d'une plus grande autonomie financière que les autres AP. Dans le souci de garantir l'indépendance en vue de la conduite d'élections libres et équitables, le Parlement et de nombreuses législatures provinciales ont inclus dans leurs règlements électoraux une disposition prévoyant ce que l'on appelle une « autorisation législative ». En termes simples, il s'agit du pouvoir constant et non limitatif de tirer des fonds du Trésor public, sans approbation parlementaire distincte. Adoptée initialement à titre de mesure pratique en raison de la difficulté de prévoir les coûts des élections, l'autorisation législative en est venue à être considérée comme un moyen d'éviter toute ingérence politique réelle ou perçue dans le processus électoral et de renforcer la détermination du directeur général des élections (DGE) de résister aux pressions des partis et des candidats.<sup>14</sup>

Le même mécanisme de crédit parlementaire non limitatif est en place pour les dix commissions provinciales de délimitation des circonscriptions électorales nommées après chaque recensement décennal afin de retracer les limites des circonscriptions électorales

pour les 338 sièges à la Chambre des communes. Une fois encore, le but de ce mécanisme de financement est d'éviter tout soupçon d'ingérence partisane dans la tâche délicate de veiller à ce que tous les suffrages exprimés pour élire un membre du Parlement aient une valeur raisonnablement égale, tout en protégeant également les communautés d'intérêts lors de la détermination des limites des circonscriptions. Des commissions de délimitation des circonscriptions électorales similaires fonctionnent dans toutes les provinces et jouissent d'une protection similaire contre toute ingérence politique.

## V. LA RESPONSABILITÉ FINANCIÈRE<sup>15</sup>

L'article 53 de la Loi constitutionnelle de 1867 exige que toutes les dépenses de fonds publics soient approuvées par la Chambre des communes. La formulation de l'article 53 reflète le principe du contrôle du Parlement sur les dépenses de fonds publics découlant du Bill of Rights anglais. Il ressort clairement de cette formulation que la Chambre des communes ne peut pas « incidemment » déléguer ce pouvoir de dépenser. Toutes les délégations de l'autorité de dépenser les fonds publics doivent être explicites.

Lors de son examen des dépenses, la Chambre des communes peut réduire, mais ne peut pas augmenter, les montants recommandés par la Couronne.<sup>16</sup>

Le rôle du Sénat dans le processus parlementaire lié aux dépenses est assez flou et controversé. Il est clair que les projets de loi de finances ne peuvent pas être issus du Sénat, mais la question de savoir si la chambre haute est autorisée par la Constitution à rejeter ou à modifier ces projets de loi est beaucoup plus douteuse.

Depuis 1951, la Loi sur la gestion des finances publiques (LGFP) est le principal texte réglementaire sur lequel s'appuie la Chambre des communes pour tenter de veiller à ce que les fonds publics soient dépensés uniquement à des fins qu'elle a approuvées. En tant qu'instrument légal, cette loi est le moyen permettant à la Chambre des communes de remplir son obligation constitutionnelle de tenir l'exécutif responsable des dépenses de fonds publics.

Dans l'histoire du gouvernement responsable au Royaume-Uni, c'est l'insistance du Parlement au sujet du contrôle des dépenses de la Couronne qui a permis d'affirmer le rôle plus étendu du pouvoir législatif de tenir l'exécutif responsable de ses actes. Sans nous lancer dans une longue analyse, les observateurs les mieux informés s'accordent pour dire que le processus d'examen et d'approbation des dépenses (connu sous le nom d'attribution des crédits par le Parlement) est la composante la plus faible du processus parlementaire. Très peu d'examen détaillés des prévisions de dépenses (le Budget des dépenses) du gouvernement s'effectuent dans la législature au complet ou au sein des comités. En revanche, la majeure partie de la discussion est consacrée à la politique budgétaire globale du gouvernement et à des dépenses embarrassantes que les partis d'opposition considèrent comme du gaspillage, de la mauvaise gestion ou des malversations. Les

14 Il convient de noter que les dépenses non limitatives couvrent tout ce qui concerne les élections et les référendums. Un crédit parlementaire distinct est négocié avec le gouvernement pour les activités non électorales des organismes électoraux. Ce crédit comprend les salaires du personnel permanent des organismes. En vertu de la loi, le salaire du DGE d'Élections Canada est équivalent à celui d'un juge de la Cour fédérale, lequel est ajusté chaque année pour tenir compte de l'inflation. Dans plusieurs provinces, les salaires des DGE sont rattachés de la même manière à ceux de postes judiciaires. Voir Paul G. Thomas et Lorne Gibson, « Une évaluation comparative d'organismes électoraux centraux - Rapport commandé par Élections Canada », mai 2014, p. 27-33. Disponible à [www.elections.ca/content.aspx?section=res&dir=rec/tech/comp&document=index&lang=f](http://www.elections.ca/content.aspx?section=res&dir=rec/tech/comp&document=index&lang=f).

15 La discussion qui suit s'appuie beaucoup sur Stan Corbett, « La responsabilité ministérielle et la Loi sur la gestion des finances publiques : l'obligation constitutionnelle de rendre compte des dépenses gouvernementales », dans *Rétablir l'obligation redditionnelle, Études de recherche*, volume 3, Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006, p. 231-296.

16 Rob Walsh, « The Royal Recommendation » dans Michel Bédard et Philippe Lagassé, éd., *La Couronne et le Parlement*, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 133-143.

constitutional principle of parliamentary control of the purse may not be a complete myth, it serves mainly political rather than financial control purposes.

The FAA is not only an instrument for parliamentary surveillance of spending; it also provides the framework within which those in receipt of public money must account to Cabinet. As a committee of the Privy Council, the Treasury Board is a statutory body with responsibilities to Parliament that are assigned under the Act. In other words the FAA, not only established parliamentary authority over spending, it also served to centralize a great deal of the responsibility for conducting surveillance of the executive in the hands of the executive itself.

The Act applies to government departments, other government agencies, crown corporations, and to any parties engaged in financial transactions with such departments, agencies and corporations. Under the current, recently amended version, there are seven schedules appended to the statute that list the various government departments and agencies to which the Act applies. The arrangements for financial control, direction and accountability vary somewhat based on the type of organization involved, with agencies performing more sensitive tasks given somewhat greater financial autonomy.

There now exist multiple sources and types of accountability: constitutional, statutory, political, administrative, financial, contract-based, and performance based. The traditional, vertical, straight-line model of political accountability of ministerial responsibility was simple and straightforward. Over time, however, it ceased to match the new realities of politics and the new governance arrangements for developing and delivering policy, programs and spending. Recognition of the limits of the traditional doctrines and practices of ministerial responsibility led to calls for supplementary mechanisms of accountability. Ministers remain responsible and answerable, but there is no longer an assumption that they should control and be directly accountable for everything that happens in their broad fields of responsibility.

Today, different parts of government, and some organizations outside of government that use public money, operate along a continuum of ministerial direction, control and accountability and answerability before legislatures. The balance between independence and accountability depends on a number of considerations, but the nature of the task of a particular institution or set of institutions is a major factor behind various governance arrangements. Regular departments are subject to the most direct, immediate, strict and continuous ministerial supervision and parliamentary scrutiny. Other parts of today's diverse public sector are subject to only indirect, remote, limited and occasional forms of political accountability. Based on the sensitive tasks performed by courts and judges, they

definitely should operate at the autonomous end of the continuum.

Contemporary debates over the balance between independence versus accountability have to recognize that the roles and relationships of the Crown, responsible ministers and legislatures have changed drastically from what was implied by the traditional, "pure" notions of responsible government imported from the UK in the 19<sup>th</sup> century. The largely unwritten, often vague principles of our original constitution gave scope for governments and ministers to "play fast and loose" with the constitutional conventions when this was politically convenient. In recent decades there has been growing discussion of the desirability of codifying certain principles and precedents that might clarify the relationships among the legislature, the political executive and the courts in terms of the parameters and content of the decision-making of each branch of government.

## VI. JUDICIAL INDEPENDENCE<sup>17</sup>

Judicial independence is widely accepted as a fundamental constitutional principle. The former Chief Justice of the Supreme Court, Brian Dickson, wrote that it is 'the lifeblood of constitutionalism.'<sup>18</sup> To uphold the principle that no one is above the law and to ensure impartiality in the adjudication of legal disputes, the judiciary as an institution and individual judges must be insulated against and independent from improper influence from external sources. This does not mean that courts and judges should be hermetically sealed in their own isolated world.

This is not the place to review the history of the concept of judicial independence in the Canadian context. Suffice to say that from the outset Canada's approach to judicial independence mirrored that of the UK. The Preamble to the Act declaring that Canada had a constitution similar in principle to the UK, imported the history and traditions of judicial independence from "the mother" country. This meant there was significant, but limited formal written recognition of the principle of independence in Sections 96-101 of the Constitution Act, 1867.

The important point for this study is that for much of the history of the country judicial independence existed mainly as an unwritten constitutional principle. To this day there is still some lack of clarity and debate over the meaning of the concept and even more uncertainty and disagreement over how best to give practical expression to it in terms of prescribing the relationships between courts and legislatures and governments, including the bureaucracies that serve governments.

Over the decades the emergence of new levels of courts and a series of court rulings gave increasing operational meaning to

<sup>17</sup> An excellent overview on this topic is the paper by Justice Ian Binnie, *Judicial Independence in Canada*, a paper submitted on behalf of the Supreme Court of Canada to the World Conference on Constitutional Justice, Venice, 2010. Available at [www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/CAN\\_Binnie\\_E.pdf](http://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/CAN_Binnie_E.pdf)

<sup>18</sup> *R v. Beaugard* (1986), 2 SCR 56, para 24

gouvernements exercent un contrôle strict sur l'attribution des crédits par le Parlement afin d'éviter de telles révélations. Les rapports et les réformes qui sont intervenus au fil des décennies n'ont pas résolu le problème fondamental, à savoir le manque de capacité et d'engagement des législatures à maîtriser les complexités de l'établissement du budget au sein d'un gouvernement moderne. Bien que le principe constitutionnel du contrôle parlementaire des cordons de la bourse ne soit peut-être pas complètement un mythe, il sert principalement des fins politiques plutôt que des fins de contrôle financier.

La LGFP n'est pas seulement un instrument de contrôle parlementaire des dépenses; elle fournit également le cadre au sein duquel ceux qui reçoivent des fonds publics doivent rendre des comptes au Cabinet. En tant que comité du Conseil privé, le Conseil du Trésor est un organisme prévu par la loi et ses responsabilités à l'égard du Parlement lui sont attribuées en vertu de la loi. En d'autres termes, la LGFP n'a pas seulement établi l'autorité parlementaire en matière de dépenses, elle a également servi à centraliser une grande partie de la responsabilité de la surveillance de l'exécutif entre les mains de ce même exécutif.

Cette loi s'applique aux ministères du gouvernement, aux autres organismes gouvernementaux, aux sociétés d'État et à toutes les entités engagées dans des transactions financières avec ces ministères, ces organismes et ces sociétés. Dans sa version actuelle, récemment modifiée, sept annexes ont été ajoutées à la loi. Elles fournissent la liste des différents ministères et organismes du gouvernement auxquels s'applique la loi. Les mécanismes établis pour le contrôle financier, la direction et l'obligation de rendre compte varient quelque peu en fonction du type d'organisation concerné et les organismes qui accomplissent des tâches plus délicates bénéficient d'une plus grande autonomie financière.

Il existe aujourd'hui de multiples sources et types d'obligation de rendre compte : constitutionnelle, statutaire, politique, administrative, financière, fondée sur des contrats et fondée sur le rendement. Le modèle traditionnel, vertical et linéaire de l'obligation politique de rendre compte de la responsabilité ministérielle était simple et direct. Toutefois, au fil du temps, il a cessé de correspondre aux nouvelles réalités politiques et aux nouveaux mécanismes de gouvernance pour l'élaboration et la mise en œuvre des politiques, des programmes et des dépenses. La reconnaissance des limites des doctrines et des pratiques traditionnelles en matière de responsabilité ministérielle a conduit à exiger des mécanismes supplémentaires d'obligation de rendre compte. Les ministres demeurent responsables et obligés de rendre des comptes, mais on a cessé de présumer qu'ils devraient contrôler et être tenus directement responsables de tout ce qui se passe au sein de leurs vastes domaines de responsabilité.

Aujourd'hui, les différents secteurs du gouvernement, ainsi que certains organismes extérieurs au gouvernement qui utilisent des fonds publics, fonctionnent le long d'un continuum d'ordres et de contrôle ministériels, d'obligation de rendre compte et d'obligation de répondre aux législatures. L'équilibre entre l'indépendance et l'obligation de rendre compte dépend d'un certain nombre de considérations, mais la nature de la tâche d'une institution particulière ou d'un ensemble d'institutions est le facteur majeur qui sous-tend les divers mécanismes de gouvernance. Les ministères

ordinaires sont soumis à la supervision ministérielle et à la surveillance parlementaire les plus directes, les plus immédiates, les plus strictes et les plus constantes. D'autres parties du secteur public très diversifié d'aujourd'hui sont soumises uniquement à des formes d'obligation de rendre compte indirectes, distantes, limitées et occasionnelles. Vu le caractère délicat des tâches accomplies par les tribunaux et les juges, ils devraient sans aucun doute fonctionner à l'extrémité la plus autonome de ce continuum.

Les débats contemporains au sujet de l'équilibre entre l'indépendance et l'obligation de rendre compte doivent reconnaître que les rôles de la Couronne, des ministres responsables et des législatures et les relations qu'ils entretiennent ont radicalement changé par rapport à ce qu'impliquaient les notions traditionnelles « pures » de gouvernement responsable importées du Royaume-Uni au 19<sup>e</sup> siècle. Les principes en grande partie non écrits et souvent vagues de notre Constitution d'origine permettaient aux gouvernements et aux ministres de « se jouer » des conventions constitutionnelles lorsque cela les arrangeait au plan politique. Au cours des dernières décennies, les débats se sont intensifiés au sujet de l'intérêt de codifier certains principes et précédents susceptibles de clarifier les relations entre le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et les tribunaux en ce qui concerne les paramètres et le contenu du processus décisionnel de chaque branche du gouvernement.

## VI. L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE <sup>17</sup>

L'indépendance judiciaire est largement acceptée comme un principe constitutionnel fondamental. L'ancien juge en chef de la Cour suprême, Brian Dickson, a écrit qu'il s'agissait de « la force vitale du constitutionnalisme ». <sup>18</sup> Pour faire respecter le principe selon lequel personne n'est au-dessus de la loi et pour assurer l'impartialité dans le règlement des litiges, le pouvoir judiciaire en tant qu'institution et les juges individuels doivent être à l'abri et affranchis de toute influence indue issue de sources externes. Cela ne signifie pas que les tribunaux et les juges devraient rester cloîtrés dans leur propre monde.

Ce n'est pas le lieu de rappeler l'histoire du concept d'indépendance judiciaire dans le contexte canadien. Il suffit de rappeler que, dès le départ, l'approche du Canada en matière d'indépendance judiciaire reflétait celle du Royaume-Uni. Le préambule de la loi, en déclarant que le Canada avait une Constitution en principe similaire à celle du Royaume-Uni, importait l'histoire et les traditions de l'indépendance judiciaire de la « mère patrie ». Cela signifiait qu'il y avait une reconnaissance importante, mais peu de reconnaissance formellement écrite, du principe de l'indépendance judiciaire dans les articles 96 à 101 de la Loi constitutionnelle de 1867.

Le point important pour cette étude est que, durant une grande partie de l'histoire du pays, l'indépendance judiciaire a existé principalement sous forme d'un principe constitutionnel non écrit. À ce jour, il y a toujours un manque de clarté et beaucoup de débats au sujet de la signification de ce concept, et encore davantage d'incertitude et de désaccord sur la meilleure façon de le mettre en œuvre dans la pratique en prescrivant les relations entre les tribunaux, les législatures et les gouvernements, y compris les bureaucraties au service des gouvernements.

<sup>17</sup> Un excellent aperçu sur ce sujet est fourni dans la communication du juge Ian Binnie, « Judicial Independence in Canada », présentée au nom de la Cour suprême du Canada à la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle, Venise, 2010. Disponible à [www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/CAN\\_Binnie\\_E.pdf](http://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/CAN_Binnie_E.pdf)

<sup>18</sup> La Reine c. Beauregard (1986), 2 RCS 56, paragr. 24.

the concept of judicial independence. With the adoption of the Charter of Rights and Freedoms in 1982 the Supreme Court was presented with an opportunity to “constitutionalize” judicial independence in the *Valente* case.<sup>19</sup> Three components of the unanimous decision of the Court are relevant here.

First, the Supreme Court distinguished judicial independence at the individual and at the institutional level. Both types of independence were essential. Independence is needed to ensure that individual judges exhibit that impartial state of mind needed to deliver fair judgments. Institutional independence in terms of the administrative relationships of the courts to the executive and legislative parts of government, is necessary to ensure that the courts are not in reality, or in appearance, beholden to the legislature or the executive whose actions might come before the courts.

The distinction between individual and institutional independence becomes important to a later discussion because governments have frequently taken the position that judicial independence is limited to the adjudication function and does not extend to court administrative matters, including compensation issues.

Second the Supreme Court identified the following three “essential conditions” that lie “at the heart” of judicial independence: security of tenure, financial security and independence regarding matters directly related to adjudication. There is not a “one-size-fits-all” standard for ensuring independence, but there are minimal requirements for upholding the principle.

Third, the Supreme Court held that the guarantee of financial security is met when a right to a salary and benefits is established by law and is not subject to arbitrary decision-making. The Court did not insist that the final word on compensation must be moved from the executive to the legislative branch, just that the decisions not be motivated by short-term political calculations.

This component of the decision reflects the difficulty of gaining acceptance for any move away from the principle that all spending must originate from the Crown, meaning the cabinet, and must be approved by the legislature, which in a majority government situation is closely controlled by the prime minister, cabinet and the caucus of the governing party. In some jurisdictions the statute establishing the procedure for determining judicial compensation delegates the authority to the cabinet (Alberta and Saskatchewan) or to a minister of the Crown (as in New Brunswick). The tradition of control over spending by the political executive in the form of the premier and cabinet is a strong one that will not easily be changed.

The impression often created in political debate and in the media is that judges and the courts have become a power unto themselves and are insufficiently accountable for their

performance. In fact, there are five broad, overlapping types of accountability for the judiciary.<sup>20</sup>

First, there is political accountability because Governments appoint judges and ministers of justice and/or attorneys general answer to the legislature for many judicial activities. Governments face both prospective and retrospective scrutiny and accountability for the proper selection, promotion and discipline of judges.

Second, there is administrative and financial accountability involving the responsible and efficient use of financial and human resources. According to a 2005 report from the Canadian Judicial Council, courts operate under an “Executive” model of administration whose distinguishing feature is control by government and the bureaucracy.<sup>21</sup> Governments set budgets for courts and they decide on working conditions for judges.

Third, there is legal accountability that arises from the authority of the courts to review one another through procedures of appeal and review.

Fourth, professional accountability requires judges to exhibit and to transfer to others the professional norms and standards of behavior appropriate to the legal profession and the role of the judiciary. The Canadian Judicial Council deals with complaints of judicial misconduct involving federally appointed judges. There are similar judicial councils in each province that serve the same purpose. In addition, chief judges for the various levels of courts have taken on a role of promoting professional responsibility.

Finally, there is societal accountability that arises from the scrutiny and criticism of judicial performance by ministers; legislators; the media; lawyers and interested members of the public.

Some of these forms of accountability are internal to the judiciary and others involve external oversight.

To conclude this section, it must be said that beyond constitutional and legal safeguards, probably the most important protection of judicial independence and improper influence are the norms of behavior entrenched in the legal and political cultures of the country.

In terms of the legal culture, no matter how many protective mechanisms are put in place, judicial independence in practice will depend heavily upon the professional discipline, impartiality and integrity of the leadership of the judiciary and the judges serving on the various levels of courts.

Money alone would drive few, if any, judges to warp their professional judgments. However, the appearance of judges going cap in hand to governments and legislatures asking for adjustments to their compensation, and/or engaging in court battles over such matters, does damage to the reputation

19 *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673

20 The following discussion relies upon Lorne Sossin, “Judicial Appointment, Democratic Aspirations and the Culture of Accountability,” *University of New Brunswick Law Journal*, 58, 2008, 11-43.

21 Canadian Judicial Council, *Alternative Models of Judicial Administration*. Ottawa, 2005. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1352223>

Au fil des décennies, l'émergence de nouveaux échelons du système judiciaire et une série de décisions judiciaires ont donné davantage de signification opérationnelle au concept de l'indépendance judiciaire. Lors de l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés en 1982, la Cour suprême a eu l'occasion de « constitutionnaliser » l'indépendance judiciaire dans l'affaire Valente.<sup>19</sup> Trois éléments de la décision unanime de la Cour suprême sont pertinents ici.

Premièrement, la Cour suprême a établi une distinction entre l'indépendance judiciaire d'ordre individuel et l'indépendance judiciaire d'ordre institutionnel. Les deux types d'indépendance sont essentiels. L'indépendance individuelle est nécessaire pour permettre aux juges de manifester l'impartialité d'esprit nécessaire pour rendre des jugements équitables. L'indépendance institutionnelle, qui concerne les relations administratives entre les tribunaux et les branches exécutive et législative du gouvernement, est nécessaire pour veiller à ce que les tribunaux ne soient pas, en réalité ou en apparence, redevables au pouvoir législatif ou au pouvoir exécutif dont les actes pourraient faire l'objet de poursuites judiciaires.

La distinction entre l'indépendance individuelle et l'indépendance institutionnelle prend toute son importance dans une discussion ultérieure, car les gouvernements ont souvent adopté la position selon laquelle l'indépendance judiciaire était limitée à la fonction juridictionnelle et ne s'étendait pas aux questions d'administration des tribunaux, y compris les questions de rémunération.

Deuxièmement, la Cour suprême a défini les trois « conditions essentielles » suivantes, qui sont « au cœur » de l'indépendance judiciaire : l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance concernant les questions directement liées à la fonction juridictionnelle. Il n'existe pas de norme universelle pour garantir l'indépendance, mais il existe des exigences minimales permettant de faire respecter ce principe.

Troisièmement, la Cour suprême a considéré que la garantie de sécurité financière était satisfaite lorsque le droit à un salaire et à des avantages était établi par la loi et ne faisait pas l'objet d'une décision arbitraire. La Cour suprême n'a pas insisté pour que la décision définitive en matière de rémunération soit transférée de l'exécutif au législatif, mais simplement pour que les décisions ne soient pas motivées par des calculs politiques à courte vue.

Cet élément de la décision reflète la difficulté de faire accepter qu'on s'éloigne du principe selon lequel toutes les dépenses doivent provenir de la Couronne, c'est-à-dire du Cabinet, et doivent être approuvées par la législature qui, dans une situation de gouvernement majoritaire, est étroitement contrôlée par le premier ministre, le Cabinet et le caucus du parti au pouvoir. Dans certaines juridictions, la loi établissant la procédure de détermination de la rémunération des juges délègue ce pouvoir au Cabinet (comme en Alberta et en Saskatchewan) ou à un ministre de la Couronne (comme au Nouveau-Brunswick). La tradition selon laquelle les dépenses sont contrôlées par l'exécutif politique par le biais du premier ministre et du Cabinet est une tradition solide qui ne sera pas facilement modifiée.

L'impression souvent donnée dans les débats politiques et les médias est que les juges et les tribunaux sont devenus un pouvoir en soi et ne

sont pas suffisamment obligés de rendre compte de leur rendement. En fait, il existe cinq grands types d'obligation de rendre compte du pouvoir judiciaire et divers chevauchements entre eux.<sup>20</sup>

Premièrement, il existe une obligation de rendre compte de nature politique puisque les gouvernements nomment les juges et que les ministres de la justice ou les procureurs généraux répondent de nombreuses activités judiciaires devant la législature. Les gouvernements sont soumis à une surveillance à la fois prospective et rétrospective et à une obligation de rendre compte en ce qui concerne la sélection, la promotion et la discipline des juges.

Deuxièmement, il existe une obligation de rendre compte de nature administrative et financière qui concerne l'usage responsable et efficace des ressources financières et humaines. Selon un rapport publié en 2005 par le Conseil canadien de la magistrature, les tribunaux fonctionnent selon un modèle d'administration dit « exécutif », dont le signe particulier est le contrôle exercé par le gouvernement et la bureaucratie.<sup>21</sup> Les gouvernements établissent les budgets des tribunaux et décident des conditions de travail des juges.

Troisièmement, il existe une obligation de rendre compte de nature juridique qui découle du pouvoir des tribunaux de s'examiner mutuellement par le biais de procédures d'appel et de révision.

Quatrièmement, la responsabilité professionnelle exige que les juges manifestent et transfèrent à d'autres les normes et les standards de conduite professionnelle appropriés à la profession juridique et au rôle de la magistrature. Le Conseil canadien de la magistrature traite les plaintes d'inconduite concernant les juges nommés par le gouvernement fédéral. Des conseils de la magistrature analogues dans chaque province servent le même objectif. En outre, les juges en chef des divers échelons du système judiciaire ont accepté un rôle de promotion de la responsabilité professionnelle.

Enfin, il y a l'obligation de rendre compte de nature sociétale qui découle du contrôle et de la critique du rendement des juges par les ministres, les législateurs, les médias, les avocats et les membres du public concernés.

Certaines de ces formes d'obligation de rendre compte sont internes au pouvoir judiciaire et d'autres impliquent un contrôle externe.

Pour conclure cette section, il faut rappeler qu'au-delà des garanties constitutionnelles et légales, la protection probablement la plus importante en matière d'indépendance judiciaire et d'influence induite est fournie par les normes de comportement enracinées dans la culture juridique et politique du pays.

En ce qui concerne la culture juridique, quel que soit le nombre de mécanismes de protection mis en place, l'indépendance judiciaire dépendra fortement dans la pratique de la discipline, de l'impartialité et de l'intégrité professionnelles des dirigeants de la magistrature et des juges siégeant aux différents échelons du système judiciaire.

L'argent seul pousserait très peu de juges, et probablement aucun, à pervertir leurs jugements professionnels. Toutefois, la perception que les juges doivent se présenter chapeau bas devant les gouvernements et les législatures pour obtenir des rajustements de rémunération ou s'engager dans des litiges judiciaires sur ces questions porte atteinte

19 Valente c. La Reine, [1985] 2 RCS 673.

20 La discussion qui suit s'appuie sur Lorne Sossin, « Judicial Appointment, Democratic Aspirations and the Culture of Accountability », *Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick*, 58, 2008, p. 11-43.

21 « Modèles d'administration des tribunaux judiciaires », Conseil canadien de la magistrature, septembre 2006. Disponible à l'adresse suivante : [https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news\\_pub\\_other\\_Alternative\\_fr.pdf](https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_other_Alternative_fr.pdf)

and image of the judiciary and weakens public trust and confidence in the institution.

As for the political culture, ministers and legislators recognize that the public will not tolerate real or perceived political interference into the adjudicative function of the courts. On a number of occasions over the years, ministers have felt compelled to resign or have been removed from cabinet by the prime minister because of actions or statements that appeared to interfere with matters pending or already before the courts.

There is less understanding and acceptance by politicians of the need for judicial control over administrative matters.

When it comes to secure and adequate compensation for judges, there is often a gap between political rhetoric about respect for the judiciary and its independence and the political calculations that lead to denying, limiting or delaying adjustments to the compensation and benefits paid to judges.

Governments claim they have the constitutional right to make such decisions. When tough decisions have to be made about the allocation of scarce tax dollars, courts and judges cannot be singled out for special budgetary treatment compared to other parts of government and other needs within society. Governments recognize that opposition parties in legislatures will seldom jump to the defense of the judiciary.

All politicians, of whatever partisan background, recognize that judges are seen by a generally ill-informed public to be elites with security of tenure and hefty compensation packages compared to their situation. In the short-term, at least there is often political ground to be gained by attacking judges for making “exorbitant” compensation demands.

The relatively high prestige of the judiciary compared to other institutions within society is not necessarily inconsistent with political and popular indifference, or even hostility, to the financial claims of judges, especially in circumstances of scarcity when austerity is the order of day politically.

## VII. THE ADVENT, MANDATE AND RECORD OF JUDICIAL COMPENSATION COMMISSIONS (JCC)

The idea of having an independent commission periodically make recommendations to governments and legislatures on judicial compensation was first adopted for federal courts and, as a result of a landmark ruling by the Supreme Court, became a constitutional requirement for all levels of federal and provincial courts. The origins and history of compensation commissions has been covered elsewhere so only some highlights will be presented here.

At the national level, every three years between 1981 and 1999, the Government of Canada appointed an advisory commission to recommend salaries and benefits for federal judges. The government was required to table the commission report in Parliament. However, it was not required to justify with arguments and evidence a decision to reject or modify recommendations from the commission. Successive governments largely ignored the extensive work of commissions.

Provincial courts are created by provincial statute and have no explicit, written constitutional status (they are not mentioned in Sections 96-101 of the Constitution Act, 1867). Responsibility for defining the contours of their independence, including financial security, had to come through court rulings. This places courts in an awkward situation. Courts have constitutional authority and expertise to rule on judicial independence but they must exhibit similar deference and restraint that they expect governments and legislators to exhibit.

Some provinces began to use commissions during the 1980s, but governments tended to ignore their recommendations. As a result judges lost financial ground to inflation and to rising levels of compensation in the private bar.

Controversy, conflict and litigation over judicial compensation heated up during the 1990s when an economic downturn placed strain on provincial budgets and these financial circumstances caused a number of provinces to reduce or freeze the salaries of provincial court judges. One provincial judges’ association and some accused persons argued that such reductions violated the principle of financial security for judges. There were a series of cases across the country and eventually a number of them came together in an appeal to the Supreme Court.

The PEI Reference case was a blockbuster constitutional ruling by the Supreme Court that remains controversial. In a judgment written by Chief Justice Lamer and concurred in by all but one of the justices that heard the case, the Supreme Court went beyond all previous cases on judicial compensation and created a new institutional structure and a process to protect the financial security of judges at both the national and provincial level of courts.

There is a sizeable body of legal literature on the finer details of the ruling and the implications for the relationships among the governments, legislatures and the courts.<sup>22</sup> The following discussion, written by a non-lawyer, highlights the implications of the decision for institutional independence of the judiciary. This discussion serves as background to an eventual proposal for putting the principle of financial security on a more solid footing in terms of both law and politics.

22 The following articles have been consulted for this study: Graeme Bowbrick JUDICIAL COMPENSATION IN CANADA: AN EXAMINATION OF THE JUDICIAL COMPENSATION EXPERIENCE IN SELECTED CANADIAN JURISDICTIONS 1990-2010. March 2013. Available at <https://open.library.ubc.ca/media/download/pdf/24/1.0071914/2> ; Adam Dodek, “ Chief Justice Lamer and Policy Design at the Supreme Court of Canada, Supreme Court Law Review. (2009), 46 S.C.L.R. (2d) 093-119; Peter McCormick, “New Questions about an Old Concept: The Supreme Court of Canada’s Judicial Independence Decisions.” The Canadian Journal of Political Science (37, 4) December 2004. . 839-862 C. Michael Mitchell and Vanessa Payne, “Judicial Independence and the Standard of Simple Rationality.” National Journal of Constitutional Law. (17 N.J.C.L.).305-323; Ed Ratushny and Gilbert, Daphne, The Lamer Legacy for Judicial Independence (2009). 46 Supreme Court Law Review (2d) 29, 2009; Sterling, Lori and Hanley, Sean. “Judicial Independence Revisited.” Supreme Court Law Review 34, (2006) 57-81

à la réputation et à l'image de la magistrature et affaiblit la confiance et la loyauté du public à l'égard de cette institution.

En ce qui concerne la culture politique, les ministres et les législateurs reconnaissent que le public ne tolérera aucune ingérence politique réelle ou perçue dans la fonction juridictionnelle des tribunaux. À un certain nombre d'occasions au cours des années, des ministres se sont vus forcés de démissionner ou ont été démis de leurs fonctions par le premier ministre en raison d'actes ou de déclarations qui semblaient s'immiscer dans des affaires en instance ou déjà devant les tribunaux.

En revanche, les politiciens comprennent et acceptent moins facilement la nécessité d'un contrôle judiciaire des questions administratives. Lorsqu'il s'agit de garantir une rémunération sûre et adéquate des juges, il existe souvent un grand écart entre la rhétorique politique au sujet du respect de la magistrature et de l'indépendance judiciaire et les calculs politiques qui conduisent à refuser, à limiter ou à retarder les rajustements des salaires et des avantages versés aux juges.

Les gouvernements prétendent avoir le droit constitutionnel de prendre de telles décisions. Lorsque des décisions difficiles doivent être prises au sujet de l'allocation de maigres ressources fiscales, les tribunaux et les juges ne peuvent faire l'objet d'un traitement particulier en matière de budget par rapport aux autres branches du gouvernement et aux autres besoins de la société. Les gouvernements reconnaissent que les partis d'opposition dans les législatures se portent rarement à la défense du pouvoir judiciaire.

Tous les politiciens, de quelque parti qu'ils soient, reconnaissent que les juges sont souvent perçus par un public généralement mal informé comme des élites bénéficiant d'une inamovibilité et de conditions de rémunération très avantageuses par rapport à leur situation. À court terme au moins, il y a souvent des avantages politiques à gagner en s'attaquant aux juges pour présenter des revendications salariales « exorbitantes ».

Le prestige relativement élevé de la magistrature comparativement à d'autres institutions de la société n'est pas nécessairement incompatible avec l'indifférence, ni même l'hostilité, politique et populaire, à l'égard des revendications financières des juges, en particulier dans des situations de pénurie où l'austérité est à l'ordre du jour politique.

## VII. L'APPARITION, LE MANDAT ET LE BILAN DES COMMISSIONS DE RÉMUNÉRATION DES JUGES (CRI)

L'idée de demander à une commission indépendante de faire périodiquement des recommandations aux gouvernements et aux législatures au sujet de la rémunération des juges a d'abord été adoptée par les tribunaux fédéraux et, à la suite d'une décision historique de la Cour suprême, elle est devenue une exigence constitutionnelle pour tous les échelons du système judiciaire fédéral et provincial. Les origines et l'historique des commissions de rémunération ont été

abordés ailleurs, et par conséquent seuls quelques faits marquants seront présentés ici.

Au niveau national, tous les trois ans, entre 1981 et 1999, le gouvernement du Canada a nommé une commission consultative chargée de recommander les salaires et les avantages des juges fédéraux. Le gouvernement avait l'obligation de soumettre le rapport de la commission au Parlement. Toutefois, il n'était pas obligé de justifier par des arguments et des preuves une décision de rejeter ou de modifier les recommandations de la commission. Les gouvernements successifs ont en grande partie ignoré le travail considérable accompli par les commissions.

Les tribunaux provinciaux sont créés par des lois provinciales et n'ont pas de statut constitutionnel écrit explicite (ils ne sont pas mentionnés dans les articles 96 à 101 de la Loi constitutionnelle de 1867). La responsabilité de définir les contours de leur indépendance, y compris la sécurité financière, a dû être établie par le biais de décisions judiciaires. Cela met les tribunaux dans une situation gênante. Les tribunaux ont l'autorité constitutionnelle et l'expertise pour statuer sur l'indépendance judiciaire, mais ils doivent manifester une déférence et une retenue similaires à celles qu'ils attendent des gouvernements et des législateurs.

Certaines provinces ont commencé à utiliser des commissions au cours des années 80, mais les gouvernements avaient tendance à ignorer leurs recommandations. En conséquence, les juges ont perdu du terrain au plan financier en raison de l'inflation et de la hausse des rémunérations au sein du barreau privé.

Les controverses, les conflits et les litiges concernant la rémunération des juges se sont intensifiés au cours des années 90 lorsqu'une récession économique a mis les budgets provinciaux à rude épreuve, car cette situation financière a incité plusieurs provinces à réduire ou à geler les salaires des juges des tribunaux provinciaux. Une association de juges provinciaux et plusieurs personnes accusées ont affirmé que ces réductions violaient le principe de la sécurité financière des juges. Une série d'affaires a surgi dans tout le pays et un certain nombre d'entre elles ont été réunies dans le cadre d'un appel devant la Cour suprême.

Le Renvoi de l'Île-du-Prince-Édouard a été une décision constitutionnelle marquante de la Cour suprême qui reste très controversée. Dans un jugement rédigé par le juge en chef Lamer et souscrit par tous les juges qui ont instruit l'affaire (sauf un), la Cour suprême est allée bien au-delà de toutes les décisions antérieures en matière de rémunération des juges et a créé une nouvelle structure institutionnelle et un processus visant à protéger la sécurité financière des juges des tribunaux fédéraux et provinciaux.

Il existe un corpus de littérature juridique considérable sur les menus détails de cette décision et ses répercussions sur les relations entre les gouvernements, les législatures et les tribunaux.<sup>22</sup> La discussion qui suit, rédigée par un non-juriste, met en évidence les répercussions de cette décision sur l'indépendance institutionnelle de la magistrature. Cette discussion sert de toile de fond à une proposition finale visant

22 Les documents suivants ont été consultés pour cette étude : Graeme Bowbrick, « Judicial Compensation in Canada: An Examination of the Judicial Compensation Experience in Selected Canadian Jurisdictions. 1990-2010. » Mars 2013. Disponible à <https://open.library.ubc.ca/media/download/pdf/24/1.0071914/2>. Adam Dodek, « Chief Justice Lamer and Policy Design at the Supreme Court of Canada », *Supreme Court Law Review* (2<sup>e</sup> série), vol. 36, no 93, (2009) 093-119; Peter McCormick, « New Questions about an Old Concept: The Supreme Court of Canada's Judicial Independence Decisions », *Revue canadienne de science politique*, vol. 37, no 4, décembre 2004, p. 839-862; C. Michael Mitchell et Vanessa Payne, « Judicial Independence and the Standard of Simple Rationality », *Revue nationale de droit constitutionnel*, vol. 17, p. 305-323; Ed Ratushny et Daphne Gilbert, « The Lamer Legacy for Judicial Independence », 46, *Supreme Court Law Review* (2<sup>e</sup> série), vol. 29, 2009; Lori Sterling et Sean Hanley, « Judicial Independence Revisited », *Supreme Court Law Review*, vol. 34, 2006, p. 57-81.

The PEI Reference case arose out of several cases, which originated in the provinces of Alberta, Manitoba and PEI, where provincially appointed judges were faced with salary reductions enacted by law. This led to mounting friction and conflict between judges and governments.

The most dramatic clash was in Manitoba where the Minister of Justice made an offer of a small salary increase on the condition that the pending hearings of the compensation commission not proceed. When the Minister learned that the judges' association intended to challenge the constitutionality of the legislation, the government abandoned a tentative agreement on an increase.

The Manitoba case was grouped by the Supreme Court with the others from PEI and Alberta because they all involved the central issue of the nature of the relationships among governments, legislatures and the judiciary. There were several key conclusions reached by the Court.

First, the Court had much to say on the fact that the explicit provisions relating to judicial independence in the Constitution Act, 1867 were simply illustrations of the fundamental principle of judicial independence that is implicitly enshrined in the Preamble of that Act that declares Canada to have a constitution similar in principle to the UK.<sup>23</sup> Interpreting the Preamble broadly had the effect of extending constitutional protections in the remuneration process to those provincial judges not covered in previous court rulings

Second, after describing the Manitoba events, Chief Justice Lamer wrote that the "pressure tactics" employed by the Manitoba Government created "an atmosphere of acrimony and discord." He went on to declare that judicial independence "must include protection of judges' ability to challenge legislation implicating their independence from the reasonable perception that the government might penalize them financially for doing so."

Lamer recognized that decisions on the spending of public money were "inherently political." But to ensure public confidence in the judicial system, those decisions must to the greatest extent possible be "depoliticized". Governments or the legislature must not determine compensation of judges unilaterally. Nor can it be the subject of negotiations. Compensation must be determined on an objective basis of arguments and evidence. It must be free from the reality and any perception of politically expedient manipulation of the process. Likewise, judges must avoid becoming entangled in the politics of public spending.

A brief comment on this second finding by the Court is warranted for the purpose of this paper. Politicization and "depoliticization" are more terms of art in the field of public administration than in law. In the study and the practice of public administration the concern is to protect a neutral, merit-based, professional public service that is capable of offering independent policy advice to successive governments

and of delivering programs to citizens in an impartial fair manner. Over time public administration scholars and professionals have recognized that several types and varying degrees of politicization can occur.

Historically the main concern was that the recruitment, selection, promotion and removal of public servants were based on political patronage without regard to the qualifications and performance of individual public servants. Independent public/ civil service commissions were created to largely remove this source of politicization of a neutral, professional public service.

A related concern was how the classification and compensation were set for various jobs in the public service. Eventually compensation for public servants became subject to collective bargaining with public sector unions. Classification was removed from the political domain by a reliance on objective criteria administered by an independent body.

Most recently, the debate has centered on concerns that senior public servants, like deputy ministers and assistant deputy ministers, will become "promiscuous partisans", a phrase that does not mean loyalty to a particular party but rather an unspoken motivation by at least some top administrators to please their elected political masters as a way to ensure career advancement.

In summary, the public administration literature on independence of the public service demonstrates the needs for a nuanced understanding of politicization and "depoliticization" that recognizes there are different sources and varying gradations of each. Transferring this thinking to the issues related to judicial independence, there is widespread acceptance of the need for a merit-based process for selecting and promoting judges. There is less understanding and acceptance of the need for an objective, evidence-based process for setting judicial compensation.

Third, the Court held that judges' salaries may be increased, reduced or frozen but only after consideration of the arguments and evidence by a compensation commission that would be "independent, objective and effective." Of these three attributes, ensuring the effectiveness of the commissions has proven to be the most difficult.

The Court offered some, mainly procedural, guidance as to what constituted an effective commission process. Governments and legislatures could not act on compensation matters before a periodic report from a commission was received. The recommendations of the commission need not necessarily be binding but they must be taken seriously, cannot be easily set aside and must have a meaningful impact on the determination of salaries. As discussed below, the Court also held that a government that rejected recommendations must be prepared to defend its decision in a court of law. In setting down these procedural criteria of effectiveness, the Court was trying to ensure that governments did not feel free to treat the commission as a nuisance and an empty ritual in which they

<sup>23</sup> PEI Reference at para 109

à donner au principe de la sécurité financière une base plus solide sur le plan juridique et politique.

Le Renvoi de l'Île-du-Prince-Édouard a découlé de plusieurs affaires issues des provinces de l'Alberta, du Manitoba et de l'Île-du-Prince-Édouard, où des juges nommés par l'autorité provinciale faisaient face à des réductions de salaire promulguées par la loi. Cela entraînait des frictions et des conflits croissants entre les juges et les gouvernements.

La confrontation la plus spectaculaire a eu lieu au Manitoba, où le ministre de la Justice a proposé une légère augmentation de salaire à condition que cessent les audiences en cours de la commission de rémunération. Lorsque le ministre a appris que l'association des juges avait l'intention de contester la constitutionnalité de la loi, le gouvernement a abandonné l'accord de principe au sujet d'une augmentation.

L'affaire du Manitoba a été groupée par la Cour suprême avec les affaires de l'Île-du-Prince-Édouard et de l'Alberta, parce qu'elles portaient toutes sur la question centrale de la nature des relations entre les gouvernements, les législatures et la magistrature. La Cour suprême est parvenue à plusieurs conclusions clés.

Premièrement, la Cour a eu beaucoup à dire sur le fait que les dispositions explicites relatives à l'indépendance judiciaire dans la Loi constitutionnelle de 1867 étaient de simples illustrations du principe fondamental de l'indépendance judiciaire qui est implicitement enchâssé dans le préambule de cette loi, déclarant que le Canada a une Constitution similaire en principe à celle du Royaume-Uni.<sup>23</sup> Cette interprétation libérale du préambule a eu pour effet d'étendre les garanties constitutionnelles concernant le processus de rémunération aux juges provinciaux non couverts par les décisions judiciaires antérieures.

Deuxièmement, après avoir décrit ce qui s'était passé au Manitoba, le juge en chef Lamer a écrit que les « moyens de pression » utilisés par le gouvernement du Manitoba avaient créé « un climat de discorde et d'acrimonie ». Il a ensuite déclaré que l'indépendance judiciaire « doit comprendre la protection de la capacité des juges de contester des dispositions législatives mettant en jeu leur propre indépendance, sans entretenir la perception raisonnable que le gouvernement pourrait les pénaliser financièrement parce qu'ils le font. »

Lamer a reconnu que les décisions relatives à la dépense des fonds publics étaient de nature « intrinsèquement politique ». Mais pour maintenir la confiance du public à l'égard du système judiciaire, ces décisions doivent, dans toute la mesure du possible, être « dépolitisées ». Les gouvernements ou les législatures ne doivent pas déterminer unilatéralement la rémunération des juges. Elle ne peut pas non plus faire l'objet de négociations. La rémunération doit être déterminée sur une base objective d'arguments et de preuves. Ce processus doit être exempt de toute manipulation politiquement opportuniste, réelle ou perçue. De même, les juges doivent éviter de se trouver impliqués dans la politique des dépenses publiques.

Un bref commentaire sur cette deuxième conclusion de la Cour suprême s'impose aux fins du présent document. La politisation et la « dépolitisation » sont davantage des termes techniques du domaine de l'administration publique que de celui du droit. Dans l'étude et l'exercice de l'administration publique, le principal souci est de protéger une fonction publique professionnelle, neutre, fondée sur le mérite, qui soit capable de prodiguer des conseils indépendants sur les

politiques aux gouvernements successifs et de fournir des programmes aux citoyens de manière impartiale et équitable. Au fil du temps, les spécialistes et les professionnels de l'administration publique ont reconnu qu'il pouvait y avoir plusieurs types et divers degrés de politisation.

Historiquement, le principal souci était que le recrutement, la sélection, la promotion et la destitution des fonctionnaires reposaient sur un favoritisme politique, sans égard aux qualifications et au rendement des fonctionnaires individuels. Des commissions indépendantes de la fonction publique ont été créées pour éliminer en grande partie cette source de politisation d'une fonction publique qui se doit d'être neutre et professionnelle.

Un souci connexe était la manière dont la classification et la rémunération étaient établies pour divers emplois dans la fonction publique. Finalement, la rémunération des fonctionnaires a été soumise à la négociation collective avec les syndicats du secteur public. La classification a été retirée du domaine politique au moyen du recours à des critères objectifs administrés par un organisme indépendant.

Plus récemment, le débat a essentiellement porté sur le souci que les hauts fonctionnaires, tels que les sous-ministres et les sous-ministres adjoints, fassent preuve de « partisanerie mesquine », expression qui ne signifie pas une loyauté envers un parti particulier, mais plutôt une motivation tacite de la part de certains hauts fonctionnaires de satisfaire leurs maîtres politiques élus afin d'assurer l'avancement de leur carrière.

En résumé, la littérature d'administration publique sur l'indépendance de la fonction publique démontre la nécessité d'une interprétation nuancée de la politisation et de la « dépolitisation », reconnaissant que chacune a différentes sources et différents degrés. En transposant cette réflexion aux questions liées à l'indépendance judiciaire, la nécessité d'un processus de sélection et de promotion des juges fondé sur le mérite est largement acceptée. La nécessité d'un processus objectif et fondé sur des preuves pour l'établissement de la rémunération des juges est beaucoup moins bien comprise et acceptée.

Troisièmement, la Cour suprême a considéré que les salaires des juges pouvaient être augmentés, réduits ou gelés, mais seulement après examen des arguments et des preuves par des commissions de rémunération « indépendantes, objectives et efficaces ». Parmi ces trois attributs, c'est l'efficacité des commissions qui s'est avérée la plus difficile à réaliser.

La Cour a fourni des indications, de nature principalement procédurale, sur ce qui constitue un processus de commission efficace. Les gouvernements et les législatures ne peuvent pas prendre de mesures concernant la rémunération avant la réception du rapport périodique d'une commission. Les recommandations de la commission ne sont pas nécessairement exécutoires, mais elles doivent être prises au sérieux, ne peuvent pas être simplement écartées et doivent avoir un impact important sur l'établissement des salaires. Comme discuté ci-dessous, la Cour a également considéré qu'un gouvernement qui a rejeté les recommandations d'une commission doit être prêt à défendre sa décision devant un tribunal. En établissant ces critères d'efficacité procédurale, la Cour tentait de veiller à ce que les gouvernements ne puissent pas se sentir libres de traiter la commission comme une simple gêne et un rituel vide de sens leur permettant de satisfaire

<sup>23</sup> Renvoi de l'Î.-P.-É., paragr. 109.

could fulfill their constitutional obligations simply by going through the motions.

The Court was appropriately reticent to prescribe the types of factors that might justify a government rejection or variation of a commission recommendation. The standard of justification for rejection was “simple rationality”, a not particularly onerous requirement that rejection of commission recommendations must be related to a legitimate government interest. Government decisions on compensation cannot be based on “purely political considerations” or involve discrimination towards judges compared to other public officials.

The simple rationality test is sometimes described as a balanced compromise: governments retain the right to set salaries but they must explain and justify their reasons in a court of law. However, the test sets a low standard for governments to meet. The burden of proof on the government is limited to demonstrating a reasonable basis for its action, whereas the judges face the difficult challenge of demonstrating that the government action is arbitrary and unreasonable.

The Court took a predominantly procedural approach to describing an effective commission process. However, there are broader questions about the effectiveness of the process. Does the process protect judicial independence, inspire confidence among judges and help to attract and retain top quality judicial talent? Do governments and legislatures understand and accept the process as a legitimate constraint on their decision-making authority? Are governments and legislatures confident that commissions will take sufficient account of their broader decision-making roles and the politically difficult budgetary choices they face? Does the process “depoliticize” the compensation issue or does it heighten conflict between governments and judges in ways that bring the judiciary into disrepute? Does it inspire public trust and confidence in the judiciary? Is the commission process efficient and timely? Effectiveness, it seems, is a many splendored thing that is at least partly in the eye of the beholder.

Fourth, it is necessary to be clear about the mandate and the nature of the task of the commissions. Commissions are created to “present an objective and fair set of recommendations dictated by the public interest.” It must be acknowledged that there are complex matters of fact, interpretation and judgment involved with determining what salary adjustments are fair and serve that elusive phenomenon called the public interest.

The Court described the commissions as an “institutional sieve”, a phrase that implies that the arguments and evidence presented by governments and judges’ associations will be filtered by a transparent process of written submissions, public hearings and responses by governments and/or legislatures to the recommendations made by the commissions. The process was meant to be flexible and consultative, with evidence and arguments presented

through a series of stages. It was definitely not a process of bargaining or arbitration. The commissions are interposed and serve as a buffer between the government and the judges in order to avoid the reality or any appearance of direct bargaining between the two parties.

Fifth, the Court refrained from dictating the powers, structures and procedures of the commission. Rather than set down a commission model in “constitutional stone”, the Court declared that there could be diversity and flexibility in the design of the commission process in different jurisdictions and for different levels of courts, providing, of course, that the structure and process was independent, objective and effective.

Based on the PEI Reference ruling, all provinces had to establish commissions (some called them tribunals or committees) that conformed to the new constitutional requirements. Typically, commissions are formed on a three or four-year cycle. They are usually composed of three members – a nominee of the provincial judges’ association, a nominee of the government and a chairperson chosen by agreement of the two sides. In British Columbia the commission consists of five individuals, two appointed by the Attorney General, two by the Chief Judge of the Provincial Court. In both cases one of the individuals must be a non-lawyer. These four individuals choose a fifth person to chair the commission.

There is not a lot of evidence available on how commissioners understand and approach their role on compensation commissions. There is testimony before the Senate Standing Committee on National Finances by a representative for a commission on Superior Court judges that indicated federal commissioners took the independence principle seriously and did not act as a representative of the body that nominated them.<sup>24</sup> This makes the commission process different from a labour arbitration process in which representatives of the two sides are expected to put forward the case for, and almost invariably vote for, the position of the side they are on. That method is not part of the operation of judicial compensation commissions which are independent bodies operating under the statutory provisions of the Provincial Court Acts in the various provinces, and applying the criteria in the relevant Act, including the requirement that the overall process serve the public interest.

The coverage of provincial commissions is broadly the same, consisting of salaries, pensions and other benefits. Their mandate is to inquire into these matters, not to engage even indirectly in negotiations. The inquiry process goes through a number of stages, often with statutory deadlines for the commencement and completion of those stages, including a date by which governments/legislatures must respond to the commissions’ reports.

With the exception of Newfoundland and Labrador, the provincial legislation creating commissions provides a listing of considerations that governments, judges and commissioners

24 The Standing Senate Committee on National Finance, Minutes of Proceedings <https://sencanada.ca/en/Content/Sen/committee/391/fina/08ev-e>

leurs obligations constitutionnelles en se soumettant à une simple formalité.

La Cour était à juste titre réticente à prescrire les facteurs susceptibles de justifier le rejet ou la modification par le gouvernement des recommandations d'une commission. La norme de justification du rejet est celle de la « simple rationalité », exigence peu onéreuse selon laquelle le rejet des recommandations d'une commission doit être lié à un intérêt légitime du gouvernement. Les décisions du gouvernement en matière de rémunération ne peuvent pas être fondées sur des « considérations purement politiques » ni impliquer une discrimination à l'égard des juges par rapport à d'autres fonctionnaires.

Le critère de la simple rationalité est parfois décrit comme un compromis équilibré : les gouvernements conservent le droit de fixer les salaires, mais ils doivent expliquer et justifier leurs raisons devant un tribunal. Toutefois, ce critère établit une norme peu élevée à respecter par les gouvernements. Le fardeau de la preuve incombant au gouvernement consiste simplement à démontrer qu'il agit de manière raisonnable, alors que les juges se heurtent au défi difficile de démontrer que les actes du gouvernement sont arbitraires et déraisonnables.

La Cour a adopté une approche essentiellement procédurale pour décrire un processus de commission efficace. Toutefois, des questions plus larges se posent quant à l'efficacité du processus. Le processus protège-t-il l'indépendance judiciaire, inspire-t-il confiance aux juges et contribue-t-il à attirer et à conserver des juristes de grand talent? Les gouvernements et les législatures comprennent-ils et acceptent-ils le processus comme une contrainte légitime imposée à leur pouvoir décisionnel? Les gouvernements et les législatures sont-ils convaincus que les commissions tiennent suffisamment compte de leurs fonctions décisionnelles générales et des choix budgétaires politiquement difficiles auxquels ils sont confrontés? Ce processus permet-il de « dépolitiser » la question de la rémunération ou intensifie-t-il les conflits entre les gouvernements et les juges d'une manière qui aboutit à jeter le discrédit sur la magistrature? Inspire-t-il la confiance et la loyauté du public à l'égard de la magistrature? Le processus de commission est-il efficace et opportun? L'efficacité, semble-t-il, est une notion à multiples facettes qui dépend au moins en partie du regard du spectateur.

Quatrièmement, il est nécessaire de définir clairement le mandat et la nature de la tâche des commissions. Les commissions sont créées pour présenter « une série de recommandations objectives et équitables dictées par l'intérêt public ». Il faut reconnaître que la détermination des rajustements salariaux qui sont justes et servent ce phénomène insaisissable appelé intérêt public soulève des questions complexes de fait, d'interprétation et de jugement.

La Cour a décrit les commissions comme un « crible institutionnel » expression qui laisse entendre que les arguments et les preuves présentés par les gouvernements et les associations de juges seront filtrés par un processus transparent d'arguments écrits, d'audiences publiques et de réponses des gouvernements et des législatures aux recommandations des commissions. Ce processus se voulait flexible et consultatif, les preuves et les arguments étant présentés lors d'une série d'étapes. Il ne s'agissait absolument pas d'un processus de négociation ou d'arbitrage. Les commissions sont interposées entre

le gouvernement et les juges pour servir de tampon afin d'éviter des négociations directes, réelles ou perçues, entre les deux parties.

Cinquièmement, la Cour suprême s'est abstenue de dicter les pouvoirs, les structures et les procédures des commissions. Plutôt que d'établir un modèle de commission « gravé dans la pierre constitutionnelle », la Cour a déclaré que la conception du processus de commission pouvait être diverse et flexible en fonction des juridictions et des échelons du système judiciaire, à condition, bien entendu, que la structure et le processus soient indépendants, objectifs et efficaces.

À la lumière de la décision rendue dans le Renvoi de l'Î.-P.-É., toutes les provinces ont dû mettre en place des commissions (parfois appelées tribunal ou comité) conformes aux nouvelles exigences constitutionnelles. Généralement, les commissions sont établies selon un cycle de trois ou quatre ans. Elles sont généralement composées de trois membres : une personne nommée par l'association des juges provinciaux, une personne nommée par le gouvernement et un président choisis par commun accord des deux parties. En Colombie-Britannique, la commission est composée de cinq personnes, deux personnes nommées par le procureur général et deux personnes nommées par le juge en chef de la Cour provinciale. Dans les deux cas, l'une de ces personnes ne doit pas appartenir au Barreau. Ces quatre personnes choisissent une cinquième personne pour présider la commission.

Il n'y a pas beaucoup d'éléments de preuves disponibles sur la façon dont les commissaires comprennent et abordent leur rôle au sein des commissions de rémunération. Le témoignage d'un représentant d'une commission de rémunération des juges des cours supérieures devant le Comité sénatorial permanent des finances nationales a indiqué que les commissaires fédéraux prenaient le principe de l'indépendance au sérieux et n'agissaient pas à titre de représentants de l'organe qui les avait nommés.<sup>24</sup> Cela distingue le processus de commission d'un processus d'arbitrage des relations du travail dans lequel les représentants des deux parties sont censés plaider la cause, et presque invariablement voter en faveur, de leur camp. Ce n'est pas ainsi que fonctionnent les commissions de rémunération des juges, qui sont des organes indépendants fonctionnant en vertu des dispositions des lois sur les cours provinciales des différentes provinces et appliquant les critères énoncés dans la loi pertinente, notamment l'obligation que le processus serve l'intérêt public.

Le cadre de référence des commissions provinciales est globalement le même et couvre les salaires, les pensions et autres avantages. Leur mandat consiste à enquêter sur ces questions et non pas à engager, même indirectement, des négociations. Le processus d'enquête passe par plusieurs étapes, souvent assorties de délais statutaires marquant le début et la fin de ces étapes, y compris la date à laquelle les gouvernements ou législatures doivent répondre aux rapports des commissions.

Sauf à Terre-Neuve-et-Labrador, les législations provinciales qui créent les commissions stipulent une liste de considérations dont les gouvernements, les juges et les commissaires doivent tenir compte dans leurs arguments et leurs recommandations. Ces considérations comprennent les conditions économiques et les dépenses envisageables en fonction de l'état des finances publiques.

Il est important de noter que les critères utilisés par les commissions pour prendre leurs décisions n'incluent pas les priorités budgétaires

24 Délibérations du Comité sénatorial permanent des finances nationales <https://sencanada.ca/en/Content/Sen/committee/391/fina/08ev-f>

must pay heed to in their submissions and recommendations. These considerations include economic conditions and what is affordable based on the state of government finances.

Significantly, the criteria for commission decision-making do not include the spending priorities of government. This is appropriate for two reasons – one constitutional and the other practical. First, if commissions were to consider and comment on spending priorities they would definitely become entangled in the political process. When governments make this argument, they seldom, if ever, offer explanations of how adjustments to the compensation paid to judges will prevent them from meeting other spending priorities on education, health, social services etc. Judges' salaries and periodic adjustments are a tiny percentage of provincial spending.

Second, for political reasons governments tend not to declare their budgetary priorities explicitly and those priorities can shift in response to short-term events. This is a practical reason why commissions should avoid "the prediction game" of speculating on how spending on courts and judges fits with the future spending plans of governments.

The commissions are not meant to simply update the previous commission report. Instead, operating on a triennial or quadrennial cycle, commissions are required to produce new information and analysis to support their recommendations. To support this analytical role, commissions receive submissions, they hold public hearings, on a very occasional basis they hire experts to conduct research (for example on possible comparators for particular judicial positions and on the state of the economy) and they may request additional information from the two sides should circumstances change between the commencement and conclusion of their work.

Descriptions of how commissions reach their conclusions and recommendations are scarce. Typically it seems there are one or two deliberation meetings, following which the chairperson prepares a draft, and then a further meeting where the other members provide input on the draft before it is finalized. If an individual commissioner cannot agree with the majority opinion and recommendations, he or she can write a dissenting opinion. On occasion (in Manitoba for example) there have been "addendums" issued by one or more panel member where they agree with the recommendations, but not the reasons.

It is unclear whether government has ever relied on the lack of unanimity in and of itself as a reason for rejection, but there has been at least one occasion in New Brunswick when the Government has adopted the recommendations of the minority report (i.e. its own nominee) and the matter ended up in the Court of Appeal.

The time and effort involved with producing factual and valid analysis that supports sound recommendations should not be minimized. It must be frustrating and discouraging for commissioners when governments, often at the end of the process, introduce new considerations as a basis for rejection or modification of commission recommendations. As discussed

below, a pattern of governments simply dismissing commission reports, without adequate detailed reasons based on facts, will discourage lawyers and other professional individuals from accepting nominations on commissions. Cynicism about the commission process within the legal and the judicial communities is not desirable.

A number of provinces opted to retain or grant commissions binding authority over all or some compensation matters. Until legislative amendments passed in 2016 Nova Scotia kept its binding model, while the NWT also adopted a binding model. Ontario adopted and has retained a binding model, except for pensions. Manitoba opted for a binding model on salaries, provided that the salaries do not exceed the average of the salaries of judges in New Brunswick, Nova Scotia and Saskatchewan. The Yukon law provides for provisional binding recommendations, but only to the extent that those recommendations do not exceed "the highest total value of judicial remuneration" provided to judges in Alberta, British Columbia, Northwest Territories and Saskatchewan. In Saskatchewan salaries must not be less than the national average salaries for the other provinces and territories.

In another "wrinkle", in Manitoba a standing committee of the Legislature reviews recommendations and, if the full Legislature fails to vote on the committee's report, the commission recommendations go into effect. This is how a 2005 report from the judicial compensation commission was implemented.

Another difference among the jurisdictions is whether the legislature, the cabinet or some combination of those two institutions are involved with approval of the recommendations from commissions. There are significant technical legal differences among the various jurisdictions that will not be fully described here. In New Brunswick recommendations from the commission are deemed accepted if the Minister responsible does not advise the commission and the Legislature that the recommendations have been rejected in whole or in part. The jurisdictions that use the legislature are British Columbia, Manitoba, Newfoundland and Labrador, Prince Edward Island and Quebec. Those provinces that use the cabinet are Ontario, Alberta and Saskatchewan, although in the latter jurisdiction if the minister rejects recommendations the decision must be brought before the legislature.

There are pros and cons on whether a vote in the legislature should be required to accept or vary commission recommendations. There is some value, both practical and symbolic, in having all of the elected representatives in a province vote on judicial salaries. Ideally, such action might remind public officials and interested members of the public about the importance of upholding the principles of judicial independence.

In majority government situations, however, approval of the government's position by the full legislature is virtually a foregone conclusion. Governments control the timing and the nature of the review of commission recommendations that take place in legislative committees and/or the full legislature.

du gouvernement. Cela est approprié pour deux raisons : l'une de nature constitutionnelle et l'autre de nature pratique. Premièrement, si les commissions devaient envisager et commenter les priorités budgétaires, elles seraient incontestablement impliquées dans le processus politique. Lorsque les gouvernements avancent cet argument, ils donnent rarement, pour ne pas dire jamais, d'explications sur la manière dont les rajustements apportés à la rémunération des juges les empêcheront de faire face à d'autres priorités en matière de dépenses, telles que l'éducation, la santé, les services sociaux, etc. Les salaires des juges et les rajustements périodiques de leurs salaires représentent un pourcentage infime des dépenses provinciales.

Deuxièmement, pour des raisons politiques, les gouvernements ont tendance à ne pas déclarer explicitement leurs priorités budgétaires et ces priorités peuvent être modifiées en réaction à des situations ponctuelles. C'est une raison pratique pour laquelle les commissions devraient éviter de « faire des pronostics » et de spéculer sur la manière dont les dépenses consacrées aux tribunaux et aux juges cadrent avec les futurs projets de dépenses des gouvernements.

Les commissions ne sont pas censées mettre simplement à jour le rapport de la commission précédente. En revanche, les commissions, qui se tiennent selon un cycle triennal ou quadriennal, sont tenues de produire de nouvelles informations et de nouvelles analyses pour appuyer leurs recommandations. À l'appui de ce rôle d'analyse, les commissions reçoivent des arguments, tiennent des audiences publiques, engagent très occasionnellement des experts pour mener des recherches (par exemple, sur des comparateurs éventuels portant sur des postes judiciaires particuliers et sur la situation économique) et elles peuvent demander des informations supplémentaires aux deux camps en cas d'évolution des circonstances entre le début et la fin de leurs travaux.

Il existe très peu de descriptions de la manière dont les commissions parviennent à leurs conclusions et à leurs recommandations. Normalement, il semble qu'elles tiennent une ou deux réunions de délibération, à la suite desquelles le président prépare un avant-projet, puis elles tiennent une autre réunion au cours de laquelle les autres membres donnent leur avis sur l'avant-projet avant qu'il ne soit finalisé. Si un commissaire n'est pas d'accord avec l'opinion et les recommandations de la majorité, il peut rédiger une opinion dissidente. Parfois (au Manitoba, par exemple), un ou plusieurs membres de la commission ont fourni des « addenda » dans lesquels ils souscrivent aux recommandations, mais pas aux motifs des recommandations.

On ne se sait pas vraiment si un gouvernement s'est déjà appuyé sur l'absence d'unanimité en soi pour justifier son rejet des recommandations, mais il y a eu au moins une occasion au Nouveau-Brunswick où le gouvernement a adopté les recommandations d'un rapport minoritaire (c.-à-d. de la personne qu'il avait nommée) et l'affaire a abouti devant la Cour d'appel.

Il ne faudrait pas minimiser le temps et les efforts nécessaires pour produire une analyse factuelle et valide à l'appui de recommandations fondées. Cela doit être très frustrant et décourageant pour les commissaires de voir les gouvernements, souvent à l'issue du processus, introduire de nouvelles considérations pour justifier le rejet ou la modification des recommandations de la commission. Comme discuté ci-dessous, la tendance des gouvernements à rejeter purement et simplement les rapports des commissions, sans motifs appropriés et détaillés fondés sur des faits, risque de dissuader les

avocats et autres professionnels d'accepter une nomination à ces commissions. Le cynisme à propos du processus de commission au sein des communautés juridique et judiciaire n'est pas souhaitable.

Un certain nombre de provinces ont choisi de laisser ou d'accorder aux commissions un pouvoir exécutoire sur tout ou partie des questions de rémunération. Jusqu'à l'adoption de modifications législatives en 2016, la Nouvelle-Écosse a conservé son modèle exécutoire, tandis que les Territoires du Nord-Ouest ont également adopté un modèle exécutoire. L'Ontario a adopté et conservé un modèle exécutoire, sauf en ce qui concerne les pensions. Le Manitoba a opté pour un modèle exécutoire concernant les salaires, à condition que ceux-ci ne dépassent pas la moyenne des salaires des juges du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse et de la Saskatchewan. La loi du Yukon prévoit des recommandations exécutoires provisoires, mais seulement dans la mesure où ces recommandations n'excèdent pas « le taux le plus élevé de rémunération » payé aux juges de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, des Territoires du Nord-Ouest et de la Saskatchewan. En Saskatchewan, les salaires ne doivent pas être inférieurs à la moyenne nationale des salaires des autres provinces et territoires.

Au Manitoba, il y a un autre « écueil », car un comité permanent de l'Assemblée législative examine les recommandations et, à moins que la législature au complet ne vote sur le rapport de la commission, ses recommandations entrent en vigueur. C'est ainsi qu'a été mis en œuvre un rapport de 2005 de la commission de rémunération des juges.

Une autre différence entre les juridictions porte sur les institutions impliquées dans l'approbation des recommandations des commissions, à savoir la législature, le Cabinet ou une combinaison des deux. Il existe d'importantes différences juridiques et techniques entre les diverses juridictions qui ne seront pas décrites en détail ici. Au Nouveau-Brunswick, les recommandations de la commission sont réputées acceptées si le ministre responsable n'informe pas la commission et la législature du rejet total ou partiel des recommandations. Les juridictions qui ont recours à la législature sont la Colombie-Britannique, le Manitoba, Terre-Neuve-et-Labrador, l'Île-du-Prince-Édouard et le Québec. Les provinces qui ont recours au Cabinet sont l'Ontario, l'Alberta et la Saskatchewan, bien que, dans cette dernière juridiction, si le ministre rejette les recommandations de la commission, sa décision doit être portée devant la législature.

Il y a du pour et du contre sur la question de savoir si un vote de la législature devrait être requis pour accepter ou modifier les recommandations d'une commission. Il y a un certain intérêt, à la fois pratique et symbolique, à faire voter tous les représentants élus d'une province sur les salaires des juges. Idéalement, cela pourrait rappeler aux fonctionnaires et aux membres concernés du public l'importance de faire respecter les principes de l'indépendance judiciaire.

Toutefois, dans les situations de gouvernement majoritaire, l'approbation de la position du gouvernement par la législature au complet est pratiquement gagnée d'avance. Les gouvernements contrôlent le moment et la nature de l'examen des recommandations de la commission qui a lieu dans des comités législatifs ou dans la législature au complet. L'orchestration du processus législatif visant à confirmer une décision du Cabinet risque de créer une confusion quant à qui incombe la responsabilité et l'obligation de rendre compte du résultat final, à savoir le premier ministre et le Cabinet.

Le fait de soumettre les recommandations à des législatures dominées par des partis politiques concurrents tend à renforcer la nature

Orchestration of the legislative process to confirm a cabinet decision may blur where responsibility and accountability for the final result resides, namely with the premier and the cabinet.

Placing recommendations before legislatures dominated by competitive political parties tends to increase the political nature of the approval process. This is the case, not because opposition parties rise to the defense of adequate remuneration for judges (they rarely do), but rather because there are political gains to be made from taking a hard line on increased judicial compensation. There was not one example discovered in the course of this research where a cabinet or a legislature approved a salary increase higher than what the compensation commission recommended; an option that is theoretically possible under the various laws.

The experience with the new commission process was disappointing from the outset. Based on a number of factors, such as the increased volume and complexity of cases coming before the courts, a desire to narrow the salary gaps between provincial and federal judges, and a recognition of the strength of the economy, a number of commissions across the country recommended substantial salary increases for provincial court judges. In most cases governments rejected these increases, leading to appeals of those decisions. Eventually five appeals from four provinces were combined in the *Bodner v. Alberta* case decided in 2005.<sup>25</sup>

The *Bodner* ruling upheld the right of governments and legislatures to reject or modify commission recommendations, but insisted on more solid grounds for doing so. The governments involved had not argued that exceptional economic or other circumstances justified their variation of commission recommendations. Instead they claimed their constitutional and political responsibility for managing the public purse gave them the right to weigh various factors differently than the commissions had. The Court rejected this argument. To allow governments to unilaterally assign different weight to the factors identified in the mandates of commissions would “eviscerate” the commission process and tilt the constitutional balance heavily in favour of the government.

Courts reviewing government decisions should ask three questions: 1) has the government articulated a legitimate reason for rejection or modification? 2) is there a reasonable factual foundation for the government’s reasons? 3) has the commission process respected the purpose of protecting judicial independence and depoliticizing the compensation process? On this last question, the court concluded that up to that point in time the use of commissions as intermediaries had not reduced friction between governments and judges, instead disagreements, court cases and sensational media coverage had made the issue of compensation highly political.

In addition to politicizing the issues, government rejections or variations to commission recommendations leading to litigation has produced in many, but not all, provinces a salary adjustment process that is prolonged, expensive and often highly publicized. In some provincial situations it has taken so long to resolve litigation over one commission report that the next commission process was already underway before there was a resolution of the issues from the previous commission.

Long delays mean uncertainty and loss of financial ground, sometimes only temporarily, for judges, especially when governments ultimately reject recommended salary and benefit adjustments. Lengthy, open disputes followed by unilateral government action erode the mutual understanding, respect and conditional trust required for appropriate constitutional relationships to exist among the judicial, executive and legislative branches of government.

Highly confrontational clashes between governments and judges lead to sensational and distorted media coverage. This in turn risks bringing the courts and judges into disrepute. Empirical studies from the election field indicate that the entanglement of independent election management bodies in political controversies produces declines in public trust and confidence in such bodies and in the free and fair quality of elections.<sup>26</sup> Similar negative impacts on the reputation and image of the judiciary and on public confidence in the impartiality of judicial process are potential consequences of an excessively political process for determining salaries and benefits for judges.

A brief discussion of some recent illustrative cases in four provinces demonstrates that the problems of acrimony, conflict and delay are much worse in provinces with non-binding models compared to those where compensation commissions have the final word on compensation matters.

As described above, the province of Manitoba has a qualified binding process on the salaries component of judicial compensation. Regardless of the party in power it also has one of the worst provincial records of resolving judicial compensation issues in a civilized, expeditious manner. In 2008 the Judicial Compensation Commission held hearings on salary adjustments for provincial court judges to cover the period from 2008 to 2010. Initially, the government advanced no salary adjustment figure, except to say that it should be minimal. In light of the economic difficulties that became evident after the hearings, the JCC subsequently asked for and received additional submissions from both sides. In June 2009 the JCC issued its recommendations with concurrence from the judges nominee and dissenting comments from the government nominee.

As per the procedure in Manitoba, the JCC report was presented to the Legislature’s Standing Committee on Legal and Legislative Affairs for review and a vote on a motion

25 *Provincial Court Judges’ Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*; *Ontario Judges’ Assn. v. Ontario (Management Board)*; *Bodner v. Alberta*; *Conférence des juges du Québec v. Québec (Attorney General)*; *Minc v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 44, (2005), 2 SCR 286

26 Paul G. Thomas and Lorne R. Gibson, *Comparative Assessment of Central Electoral Agencies: A report Commissioned by Elections Canada*, May 2014. See also, Kervel, Yann. 2009. *Election Management Bodies and Public Confidence in Elections: Lessons from Latin America*. Washington, DC: IFES.

politique du processus d'approbation. Cela est le cas, non pas parce que les partis d'opposition se portent à la défense d'une rémunération adéquate des juges (ce qui est rarement le cas), mais plutôt parce qu'il y a beaucoup à gagner, sur le plan politique, en adoptant une ligne de conduite dure en matière d'augmentation de la rémunération des juges. Au cours de cette recherche, nous n'avons découvert aucun exemple dans lequel un Cabinet ou une législature ait approuvé une augmentation de salaire supérieure à celle recommandée par la commission de rémunération, option qui est théoriquement possible en vertu des différentes lois.

L'expérience du nouveau processus de commission a été décevante dès le départ. À cause d'un certain nombre de facteurs, tels que la complexité et le volume croissants des affaires portées devant les tribunaux, le désir de réduire les écarts de rémunération entre les juges provinciaux et fédéraux et la reconnaissance de la vigueur de l'économie, un certain nombre de commissions partout au pays ont recommandé des augmentations importantes de salaire pour les juges des cours provinciales. Dans la plupart des cas, les gouvernements ont rejeté ces augmentations, ce qui a entraîné le pourvoi en appel de ces décisions. En fin de compte, cinq appels issus de quatre provinces ont été regroupés dans l'affaire *Bodner c. Alberta* instruite en 2005.<sup>25</sup>

La décision *Bodner* a confirmé le droit des gouvernements et des législatures de rejeter ou de modifier les recommandations des commissions, mais a insisté sur des motifs plus solides pour le faire. Les gouvernements concernés n'avaient pas fait valoir que des circonstances exceptionnelles, économiques ou autres, justifiaient de modifier les recommandations de la commission. En revanche, ils avaient prétendu que leur responsabilité constitutionnelle et politique de gérer les fonds publics leur donnait le droit d'attribuer à certains facteurs un poids différent de celui attribué par les commissions. La Cour suprême a rejeté cet argument. Permettre aux gouvernements d'attribuer unilatéralement un poids différent aux facteurs définis dans les mandats des commissions risquerait « d'éviscérer » le processus de commission et de faire pencher lourdement l'équilibre constitutionnel en faveur du gouvernement.

Les tribunaux qui examinent les décisions du gouvernement devraient se poser trois questions : 1) Le gouvernement a-t-il formulé un motif légitime pour rejeter ou modifier les recommandations? 2) Existe-t-il un fondement factuel raisonnable pour les raisons invoquées par le gouvernement? 3) Le processus de commission a-t-il respecté l'objectif de protéger l'indépendance judiciaire et de dépolitiser le processus de rémunération? Sur cette dernière question, la Cour suprême a conclu que, jusqu'à présent, le recours à des commissions en tant qu'intermédiaires n'avait pas réduit les frictions entre les gouvernements et les juges, et qu'en revanche les différends, les procès et la couverture médiatique à sensation avaient fait de la rémunération des juges une question hautement politique.

En plus de politiser la question, les rejets ou les modifications des recommandations des commissions par les gouvernements, qui ont occasionné des litiges, ont conduit dans de nombreuses provinces, mais pas toutes, à un processus de rajustement des salaires long, coûteux et souvent très médiatisé. Dans certaines provinces, il a fallu

tellement de temps pour régler le litige concernant le rapport d'une commission donné que la commission suivante était déjà en cours avant que les problèmes de la commission précédente n'aient été résolus.

Ces longs délais se traduisent par une incertitude et une perte de terrain au plan financier, parfois seulement temporaires, pour les juges, en particulier lorsque les gouvernements finissent par rejeter les rajustements recommandés en matière de salaire et d'avantages. Les conflits prolongés et ouverts, suivis d'une mesure unilatérale du gouvernement, portent atteinte à la compréhension, à la confiance et au respect mutuels nécessaires à l'établissement de relations constitutionnelles adéquates entre les pouvoirs judiciaire, exécutif et législatif du gouvernement.

Les affrontements très conflictuels entre les gouvernements et les juges entraînent une couverture médiatique à sensation qui déforme la réalité. Cela risque de jeter le discrédit sur les tribunaux et les juges. Des études empiriques réalisées dans le domaine électoral indiquent que le fait que des organes indépendants de gestion des élections se trouvent mêlés à des controverses politiques entraîne un déclin de la confiance du public à l'égard de ces organes et du caractère libre et équitable des élections.<sup>26</sup> Un processus excessivement politisé pour déterminer les salaires et les avantages des juges aurait pour conséquence éventuelle des impacts tout aussi négatifs sur la réputation et l'image de la magistrature et sur la confiance du public dans l'impartialité du processus judiciaire.

Une brève discussion de quelques exemples illustratifs récents dans quatre provinces montre que les problèmes d'acrimonie, de conflit et de retard excessif sont bien pires dans les provinces dotées de modèles non exécutoires que dans celles où les commissions de la rémunération ont le dernier mot en matière de rémunération.

Comme décrit ci-dessus, la province du Manitoba a mis en place un processus exécutoire nuancé pour ce qui est de la composante salariale de la rémunération des juges. Quel que soit le parti au pouvoir, cette province a également l'un des pires bilans de toutes les provinces en matière de règlement des questions de rémunération des juges de manière civilisée et rapide. En 2008, la Commission de rémunération des juges a tenu des audiences sur les rajustements de salaire des juges des cours provinciales pour la période allant de 2008 à 2010. Au départ, le gouvernement n'a avancé aucun chiffre de rajustement salarial, et s'est contenté de dire qu'il devrait être minime. À la lumière des difficultés économiques qui ont été révélées après les audiences, la CRJ a par la suite sollicité et reçu des arguments supplémentaires des deux camps. En juin 2009, la CRJ a publié ses recommandations avec l'accord du commissaire nommé par les juges et des commentaires dissidents du commissaire nommé par le gouvernement.

Conformément à la procédure en vigueur au Manitoba, le rapport de la CRJ a été présenté au Comité permanent des affaires juridiques et législatives de la législature en vue d'un examen et d'un vote sur une motion visant à soumettre le rapport tel qu'approuvé ou modifié à la législature au complet. Selon un processus planifié d'avance et soigneusement orchestré, le gouvernement s'est servi de sa majorité au comité et à la législature pour rejeter les recommandations de la CRJ. L'Association des juges a ensuite interjeté appel de la décision

25 *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice); Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion); Bodner c. Alberta; Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général); Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, (2005), 2 RCS 286.

26 Paul G. Thomas et Lorne Gibson, « Une évaluation comparative d'organismes électoraux centraux : rapport commandé par Élections Canada », mai 2014. Voir aussi Kervel, Yann. 2009. *Election Management Bodies and Public Confidence in Elections: Lessons from Latin America*. Washington DC: IFES.

to place the report as approved or amended before the full Legislature. In a pre-planned and carefully orchestrated process the government used its majority on the committee and in the Legislature to reject the JCC recommendations. The Judges' Association then appealed the government's decision to the Manitoba Court of Queen's Bench on the grounds that the government's reasons were neither legitimate nor based on a reasonable factual foundation. In ordering that all recommendations of the JCC on salaries be implemented, Justice Oliphant wrote the following scathing description of the government's tactics:

"... the government failed, in an abject manner, to respect the process for resolving issues pertaining to judicial salaries and benefits with the result that the neither of the purposes of the process was achieved. ....

In refusing to accept the recommendations of the JCC, for the reasons proffered, as part of its strategy to enhance or maintain its bargaining position with others employed in the public sector, the government failed to recognize that judges are not civil servants. The government also acted in a manner that failed to achieve the established constitutional two-fold purpose of the established process, namely, the enhancing of judicial independence and the depoliticizing of the setting of judicial remuneration."<sup>27</sup>

The Government of Manitoba appealed Oliphant's ruling but in 2013 the Court of Appeal rejected the government's position and ordered the Legislature to implement the JCC recommendations.

In British Columbia, there has been an ongoing struggle over judicial compensation resulting in three Superior Court and two Court of Appeal decisions up to 2017. In the case of each triennial commission established between 2010 and 2016 the government rejected in whole the recommendations of the JCC. In tough economic times in 2010, being mindful what was affordable, the JCC recommended no increases for the first two years and an inflation level increase in the third year. Consistent with its budgetary mantra of "net-zero" the government rejected any increase over the entire three-year cycle. A judicial review of the government's decision was sought and granted. The court ruled that the government's reasons were not legitimate, writing as follows:

"In standing by its 'net zero' mandate...the government diverted attention from the evidence and conclusions of the commission as they relate to the constitutional requirements applicable to setting the salaries and benefits of judges. No party...disagreed that judges must share the burden of economic downturns but that does not entitle government to avoid real involvement in the constitutional process for determining the salaries and benefits of judges. Instead, the primary concern of government throughout appears to have been to avoid the potential impact ... on other public sector bargaining units."<sup>28</sup>

The government revised its position and this led to another court review of the government's second response to the 2010 recommendations. That review did not commence until after the 2013 Compensation Commission had delivered its recommendations. To make this long, tangled, confusing and disturbing story short, the next stages are simply summarized as follows. After the British Columbia Court of Appeal ordered implementation of the 2010 JCC's recommendations, the government's response to the 2013 JCC report was judicially reviewed, first by the BC Supreme Court and then by the Court of Appeal, and the government's response was quashed. Meanwhile, in February 2017, the 2016 JCC recommendations for the years 2017 to 2019 were released. Government also rejected those and another judicial review is now underway.

In the post-Bodner period (since 2005), judges in New Brunswick, Newfoundland and Labrador, Nova Scotia, and Quebec have also felt compelled to take their respective governments to court in order to gain acceptance of the recommendations of compensation commissions. Mounting disappointment, frustration and anger within the judicial community has led to a multiplicity of court challenges to both the process and the substance of decisions on compensation made by either or both governments and legislatures. This was not the desired and anticipated outcome arising from the PEI Reference and Bodner cases.

In contrast to the turbulent histories elsewhere, Ontario seem like an oasis of calm deliberation over judicial compensation. Prior to 1992 governments regularly ignored recommendations from commissions. However, in that year, the government agreed to a Framework Agreement, as a Schedule to the Judges Act. The single most important feature of the framework is a binding provision for salaries. The binding provision leaves little room for litigation and there have been only two occasions when the judges and governments have taken disputes to court. The first dispute was over pensions and it wound up being part of the Bodner case. The second time that the judges took the Ontario Government to court was a change to pension made by the government without referral of the matter to a judicial compensation commission.

Further evidence of eroding government respect for the commission model is seen in Nova Scotia where there had been a binding process for 30 years. During that period there had been no litigation with respect to salary matters. Previous governments had praised the binding model as a legitimate process that contributed to quality judges and justice within the province. Salaries for judges in Nova Scotia remained among the lowest in the country.

Despite what might be seen as a positive record, on May 3, 2016, the Finance Minister introduced Bill 174, The Financial Measures 2016 Act that would implement austerity measures in the public sector during an economic downturn.<sup>29</sup> Included in this budget bill was an amendment

27 Judges of the Provincial Court of Manitoba et al. v. Her Majesty The Queen, 2012 MBQB 79 para.155 at (CanLII), <<http://canlii.ca/t/fqncq>>

28 Provincial Court Judges Association of British Columbia v British Columbia (Attorney General) 2012 BCCA 136 at para 73

29 Nova Scotia House of Assembly, Debates, May 5, 2016. 8824-8827.

du gouvernement devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba en invoquant le motif que les raisons données par le gouvernement n'étaient ni légitimes ni fondées sur des bases factuelles raisonnables. En ordonnant que toutes les recommandations de la CRJ sur les salaires soient mises en œuvre, le juge Oliphant a rédigé une description cinglante des tactiques du gouvernement :

« ... Le gouvernement a négligé, de manière abjecte, de respecter le processus de résolution des questions relatives aux salaires et aux avantages des juges, de sorte qu'aucun de ses objectifs n'a été atteint...

En refusant d'accepter les recommandations de la CRJ, pour les raisons invoquées, dans le cadre de sa stratégie visant à améliorer ou à maintenir sa position de négociation avec les autres employés secteur public, le gouvernement a négligé de reconnaître que les juges ne sont pas des fonctionnaires. Le gouvernement a également agi d'une manière qui a empêché d'atteindre le double objectif constitutionnel du processus en place, à savoir le renforcement de l'indépendance judiciaire et la dépolitisation de l'établissement de la rémunération des juges. »<sup>27</sup>

Le gouvernement du Manitoba a interjeté appel de la décision d'Oliphant, mais en 2013, la Cour d'appel a rejeté la position du gouvernement et a ordonné à la législature de mettre en œuvre les recommandations de la CRJ.

En Colombie-Britannique, il y a eu une lutte constante au sujet de la rémunération des juges, ce qui a conduit à trois décisions de la Cour supérieure et deux décisions de la Cour d'appel jusqu'en 2017. Dans le cas de chaque commission triennale établie entre 2010 et 2016, le gouvernement a rejeté en bloc les recommandations de la CRJ. Lors des difficultés économiques de 2010, attentive à maintenir les dépenses à un niveau abordable, la CRJ n'a pas recommandé d'augmentations pour les deux premières années et a recommandé une augmentation correspondant au taux d'inflation pour la troisième année. Conformément à sa devise budgétaire du « zéro net », le gouvernement a rejeté toute augmentation sur l'ensemble du cycle de trois ans. Un examen judiciaire de la décision du gouvernement a été demandé et accordé. La Cour a jugé que les motifs du gouvernement n'étaient pas légitimes, et a écrit ce qui suit :

« En s'en tenant à sa mission budgétaire du "zéro net"... le gouvernement a détourné l'attention des preuves et des conclusions de la commission en ce qui concerne les exigences constitutionnelles applicables à l'établissement des salaires et des avantages des juges. Aucune partie... n'a contesté le fait que les juges doivent partager le fardeau de la récession économique, mais cela ne soustrait pas le gouvernement à l'obligation de participer réellement au processus constitutionnel visant à déterminer les salaires et les avantages des juges. En revanche, le principal souci du gouvernement semble avoir toujours été d'éviter l'impact potentiel... sur d'autres unités de négociation du secteur public. »<sup>28</sup>

Le gouvernement a revu sa position, ce qui a conduit à un autre examen judiciaire de la deuxième réponse du gouvernement aux recommandations de 2010. Cette révision a seulement commencé après que la Commission de rémunération de 2013 ait remis ses recommandations. Pour abrégé cette histoire longue, compliquée,

embrouillée et inquiétante, les étapes suivantes sont simplement résumées comme suit. Après que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ait ordonné la mise en œuvre des recommandations de la CRJ de 2010, la réponse du gouvernement au rapport de la CRJ de 2013 a fait l'objet d'un examen judiciaire, d'abord par la Cour supérieure de Colombie-Britannique, puis par la Cour d'appel, et la réponse du gouvernement a été rejetée. Entre-temps, en février 2017, les recommandations de la CRJ de 2016 pour les années 2017 à 2019 ont été publiées. Le gouvernement a également rejeté ces recommandations et un autre examen judiciaire est aujourd'hui en cours.

Durant la période post-Bodner (depuis 2005), les juges du Nouveau-Brunswick, de Terre-Neuve-et-Labrador, de la Nouvelle-Écosse et du Québec se sont également vus contraints de poursuivre leurs gouvernements respectifs en justice afin de faire accepter les recommandations des commissions de rémunération. La déception, la frustration et la colère grandissantes au sein de la communauté judiciaire ont conduit à de multiples contestations judiciaires à la fois du processus et de la substance des décisions concernant la rémunération prises par soit les gouvernements, soit les législatures, soit les deux. Ce n'était pas le résultat souhaité et attendu de la décision du Renvoi de l'Î.-P.-É. et de la décision Bodner.

Contrairement aux situations mouvementées partout ailleurs, l'Ontario semble être une oasis de calmes délibérations au sujet de la rémunération des juges. Avant 1992, les gouvernements ignoraient régulièrement les recommandations des commissions. Toutefois, cette année-là, le gouvernement a accepté un accord-cadre, annexé à la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. L'élément le plus important de l'accord-cadre est une disposition exécutoire concernant les salaires. La disposition exécutoire laisse peu de place au litige et les juges et les gouvernements ont saisi les tribunaux à seulement deux occasions. Le premier litige portait sur les pensions et a fini par être intégré à l'affaire Bodner. La deuxième fois que les juges ont poursuivi le gouvernement de l'Ontario en justice, cela concernait une modification du régime de retraite apportée par le gouvernement sans que l'affaire ait été soumise à une commission de rémunération des juges.

Une preuve supplémentaire de l'érosion du respect du gouvernement à l'égard du modèle de commission a été observée en Nouvelle-Écosse, où un processus exécutoire était en vigueur depuis 30 ans. Au cours de cette période, il n'y a eu aucun litige en matière de salaire. Les précédents gouvernements avaient fait l'éloge du modèle exécutoire comme étant un processus légitime contribuant à la qualité des juges et de la justice dans la province. Les salaires des juges de la Nouvelle-Écosse sont restés parmi les plus bas au pays.

Malgré ce qui pourrait être perçu comme un bilan positif, le 3 mai 2016, le ministre des Finances a présenté le projet de loi 174, *The Financial Measures 2016 Act* (loi sur les mesures financières de 2016), visant à mettre en œuvre des mesures d'austérité dans le secteur public durant la récession économique.<sup>29</sup> Ce projet de loi budgétaire comportait un amendement à la *Provincial Court Act* (loi sur la Cour provinciale) permettant au gouvernement de rejeter les recommandations de la commission de rémunération des juges concernant à la fois les salaires et les pensions. Lorsqu'il s'est exprimé sur le projet de loi à la Chambre d'assemblée, le ministre

27 Judges of the Provincial Court of Manitoba et al. v. Her Majesty The Queen, 2012 MBQB 79, paragr. 155 à <http://canlii.ca/t/fqncq>

28 Provincial Court Judges Association of British Columbia v British Columbia (Attorney General) 2012 BCCA 136, paragr. 73.

29 Nova Scotia House of Assembly, Debates, May 5, 2016. 8824-8827.

to the Provincial Court Act that allowed the government to reject recommendations from the judicial compensation tribunal respecting both salaries and pensions. Speaking on the Bill in the House of Assembly the Minister described the change to a non-binding model as a “tweaking” of the compensation process. He argued that Nova Scotia was only one of two jurisdictions (the other being the NWT) where the binding model operated. The shift to a non-binding model, he argued, “would respect the responsibility of the government for public finances.” Allowing the cabinet to overrule tribunal recommendations, he concluded, would provide a “safeguard” in the compensation process.

There were a number of problems with the Minister’s justification for the adoption of a non-binding model.

First, granting cabinet the final word on judicial compensation was obviously more than just a “tweak” to the compensation process, especially considering the positive record under the binding model over a thirty-year period. The choice of language seemed to be a case of “political spin” meant to minimize the significance of the change. Burying the change in a budget bill and offering no extended defence of the change are other indications that the government hoped to avoid substantive debate on the issue.

Second, rather than just two jurisdictions that had a binding model as the Minister suggested, there were actually three because the Minister failed to include Ontario that has used a binding process (but for pensions) since 1992. In some other jurisdictions, commission recommendations are in principle binding on salaries if the adjustments fall within the range of other provinces. In other words, Nova Scotia was far less of an outlier than the Minister implied.

Third, in those jurisdictions where commissions had the final word on compensation matters, legislatures and governments must have accepted that those arrangements did not violate unduly the principles and practices of responsible government. Instead, a binding process was seen as an appropriate accommodation of the equally important, recognized constitutional principles of judicial independence, including financial security for judges, based on a binding commission process that was effective because it was balanced and avoided excessive litigation.

Fourth, to argue, as the Minister did, that a “safeguard” was necessary, implied that the judicial compensation process was out of control. In fact, the compensation tribunal was required by law to consider the economic and financial circumstances of the province and the government when making its recommendations. As mentioned, judicial salaries in Nova Scotia were near the low end of the national scale suggesting that the tribunal in its findings and recommendations had always been mindful of the “affordability” factor. Before the Bill was passed, the tribunal had ordered salary increases for provincial judges of 3.8% for 2014-2015 and cost-of-living increases over the following two years. Such increases could hardly be described as excessive.

Likely the Nova Scotia government recognized that it would not pay a political price for unilaterally and drastically modifying the compensation process. None of the representatives of the opposition parties that rose in the Legislature to debate the Financial Measures Act 2016 criticized or even raised concerns about the abandonment of the binding model. In the hearings after second reading the only written submissions received were from the Nova Scotia Branch of the Canadian Bar Association, the provincial judges’ association and the Canadian Association of Provincial Court Judges calling for the government to withdraw the amendments to the Provincial Courts Act. As in other provincial situations, politicians and the media found it easy to portray such submissions as self-interested demands from well-paid judges.

Introduced on May 3, 2016, the Bill completed its speedy passage in the Nova Scotia House of Assembly on May 20, 2016. A constitutional challenge to the amendments to the Provincial Courts Act is currently underway.

Interestingly, it is the smallest jurisdictions of the NWT (binding model operates), the Yukon (the legislation mandates consensus building and mediation) and PEI that have been most successful in avoiding conflict, politicization and litigation.

The creation of the commission model in the PEI Reference case was an extraordinarily rare case of the Supreme Court engaging in institutional design in response to a mounting crisis of anger and hostility in relations among legislatures, executives and the courts. The crisis was creating threats to the preservation of the appropriate constitutional boundaries among the three branches of government. It was also damaging to the image and reputation of the courts and judges as independent and impartial in upholding the rule of law. The *Bodner* case reinforced the expectation that the commission model would depoliticize the setting of judicial remuneration. Unfortunately, the opposite has happened.

Conflict, controversy and politically motivated decision-making has become the pattern in many jurisdictions. The number of court cases filed against governments for failing in their compensation decisions to comply with constitutional requirements has risen steeply over past decade.

It would be easy to criticize the Supreme Court for failing to anticipate these outcomes. However, institutional design is not a precise science; how a particular innovation will reverberate throughout an interdependent political system is difficult to predict in advance. There have been consequences of moving to a commission model that were not foreseen by the Supreme Court. Anticipating harsh criticism for assuming a policy role, the Court, in the person of Chief Justice Lamer, articulated some general principles that should guide the design of the commissions, but allowed flexibility for governments and legislatures to adapt the model to their own particular context. Had the Court been more prescriptive – for example requiring that all commissions have the authority to make binding rulings – the commission process might have been more harmonious and effective.

a qualifié le passage à un modèle non exécutoire « d'ajustement » du processus de rémunération. Il a fait valoir que la Nouvelle-Écosse était l'une des deux seules juridictions (l'autre étant les Territoires du Nord-Ouest) s'appuyant sur un modèle exécutoire. Le passage à un modèle non exécutoire, a-t-il affirmé, « allait respecter la responsabilité du gouvernement à l'égard des finances publiques ». Le fait de permettre au Cabinet de rejeter les recommandations de la commission, a-t-il conclu, conférerait une « garantie » au sein du processus de rémunération.

La justification invoquée par le ministre pour adopter un modèle non exécutoire soulevait un certain nombre de problèmes.

Premièrement, le fait de donner au Cabinet le dernier mot en matière de rémunération des juges était manifestement beaucoup plus qu'un simple « ajustement » du processus de rémunération, compte tenu en particulier des résultats positifs obtenus en vertu du modèle exécutoire au cours des trente dernières années. Le choix des termes semblait être un exemple manifeste de « manipulation politique » visant à minimiser l'importance du changement. Le fait qu'il ait enfoui ce changement au sein d'un projet de loi budgétaire et n'en ait pas fourni de justification détaillée est un autre indice que le gouvernement espérait éviter un débat de fond sur la question.

Deuxièmement, au lieu des deux juridictions ayant un modèle exécutoire dont parlait le ministre, il y en a en fait trois, car il a omis d'inclure l'Ontario qui utilise un processus exécutoire (sauf pour les pensions) depuis 1992. Dans plusieurs autres juridictions, les recommandations des commissions sont en principe exécutoires en ce qui concerne les salaires si les rajustements sont comparables à ceux des autres provinces. Autrement dit, la Nouvelle-Écosse était beaucoup moins une exception que le ministre ne l'a laissé entendre.

Troisièmement, dans les juridictions où les commissions avaient le dernier mot en matière de rémunération, les législatures et les gouvernements ont dû accepter que ces mécanismes ne violaient pas indûment les principes et les pratiques du gouvernement responsable. Au contraire, un processus exécutoire était perçu comme tenant compte de manière adéquate des principes constitutionnels reconnus et tout aussi importants de l'indépendance judiciaire, notamment : la sécurité financière des juges, basée sur un processus de commission exécutoire qui était efficace, car équilibré et qui évitait les litiges excessifs.

Quatrièmement, faire valoir, comme l'a fait le ministre, qu'une « garantie » était nécessaire, laissait entendre que le processus de rémunération des juges était hors de contrôle. En fait, la loi obligeait la commission de rémunération à tenir compte de la situation économique et financière de la province et du gouvernement pour formuler ses recommandations. Comme on l'a mentionné, les salaires des juges en Nouvelle-Écosse se situaient presque au bas de l'échelle salariale nationale, ce qui laisse supposer que, dans ses conclusions et ses recommandations, la commission était toujours restée attentive à ce que les rajustements soient « abordables ». Avant l'adoption du projet de loi, la commission avait ordonné une augmentation du salaire des juges provinciaux de 3,8 % pour 2014-2015 et des augmentations au titre du coût de la vie pour les deux années suivantes. Ces augmentations peuvent difficilement être qualifiées d'excessives.

Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a probablement jugé qu'il n'aurait pas de lourd prix politique à payer pour cette modification radicale et unilatérale du processus de rémunération. Aucun

des représentants des partis d'opposition qui se sont exprimés à la législature pour débattre de la *Financial Measures Act 2016* (loi sur les mesures financières de 2016) n'a critiqué l'abandon du modèle exécutoire, ni même soulevé des inquiétudes à ce sujet. Au cours des audiences qui ont suivi la deuxième lecture, les seuls arguments écrits reçus provenaient de la section Nouvelle-Écosse de l'Association du Barreau canadien, de l'Association des juges provinciaux et de l'Association canadienne des juges de cours provinciales. Ces arguments appelaient le gouvernement à retirer les modifications apportées à la *Provincial Courts Act* (loi sur les cours provinciales). Comme dans d'autres provinces, les politiciens et les médias n'ont eu aucun mal à dépeindre ces arguments comme des exigences émanant de juges très bien payés veillant à leur intérêt personnel.

Présenté le 3 mai 2016, le projet de loi a terminé son passage rapide à la Chambre d'assemblée de la Nouvelle-Écosse le 20 mai 2016. Une contestation constitutionnelle des amendements à la *Provincial Courts Act* (loi sur les cours provinciales) est aujourd'hui en cours.

Il est intéressant de noter que ce sont les plus petites juridictions, soit les Territoires du Nord-Ouest (modèle exécutoire), le Yukon (loi dictant l'établissement d'un consensus et la médiation) et l'Île-du-Prince-Édouard qui ont le mieux réussi à éviter les conflits, la politisation et les litiges.

La création du modèle de commission lors du Renvoi de l'Î.-P.-É. était un exemple extrêmement rare de situation dans laquelle la Cour suprême s'est penchée sur la conception des institutions en réponse à une crise de colère et à une hostilité croissante dans les relations entre les législatures, les gouvernements et les tribunaux. Cette crise menaçait le maintien des frontières constitutionnelles adéquates entre les trois branches du gouvernement. Elle portait également atteinte à l'image et à la réputation des tribunaux et des juges en tant que défenseurs indépendants et impartiaux de la primauté du droit. L'affaire Bodner a renforcé l'espoir que le modèle de commission allait dépolitiser le processus d'établissement de la rémunération des juges. Malheureusement, c'est le contraire qui s'est produit.

Les conflits, les controverses et les prises de décision motivées par des considérations politiques sont devenus de règle dans de nombreuses juridictions. Le nombre d'actions en justice intentées contre des gouvernements pour n'avoir pas respecté les exigences constitutionnelles dans leurs décisions en matière de rémunération a fortement augmenté au cours de la dernière décennie.

Il serait facile de reprocher à la Cour suprême de ne pas avoir anticipé ces conséquences. Toutefois, la conception des institutions n'est pas une science exacte; il est difficile de prévoir à l'avance comment une innovation donnée va se répercuter au sein d'un système politique interdépendant. Le passage à un modèle de commission a eu des conséquences que la Cour suprême n'avait pas présagées. S'attendant à des critiques sévères pour avoir assumé un rôle politique, la Cour suprême, en la personne du juge en chef Lamer, a énoncé plusieurs principes généraux qui devaient guider la conception des commissions, mais qui donnaient aux gouvernements et aux législatures la flexibilité d'adapter ce modèle à leur contexte particulier. Si la Cour avait été plus directive – en exigeant par exemple que toutes les commissions aient l'autorité de rendre des décisions exécutoires – le processus de commission aurait pu être plus harmonieux et plus efficace.

## VIII. SUMMARY EVALUATION OF THE COMMISSION PROCESS AND THE REFORMS NEEDED

Evaluation of the experience to date with judicial compensation commissions will evoke different judgments from different commentators. In part, these differences reflect different starting assumptions about the appropriate balance between responsible government and judicial independence. Such assumptions will shape, to some not easily determined degree, what sorts of structures and procedures are considered constitutionally appropriate for determining judicial salaries and benefits. It is to be expected that the stakeholders, involved with the compensation process, especially governments and judges, will often have different perspectives on the procedural and substantive issues involved.

Even independent scholars can have differences of opinion on the compensation topic based on the focus and methods of their research. Unfortunately, there is limited academic literature on judicial remuneration. Nearly all of the available literature is written from a legal perspective.

An example of such literature is the article by Sterling and Hanley that argues there was a design flaw in the commission model that came out of the PEI Reference. In order to avoid any real or perceived erosion of judicial independence, the Supreme Court insisted there could be no hint of negotiations. Judges and courts could not be seen relaxing their scrutiny of the legality of government action in return for an extra percentage increase in salary. This prohibition on any form of bargaining led, in the view of the authors, to an excessively formal, legalistic and adversarial process in which both sides feel compelled to be represented by counsel and the proceedings resemble a trial. More progress, less conflict and less litigation would occur, they argue, if the process relied in the initial stage of the commission process on informal communication and discussion, assisted by a mediator. The process would become adversarial and legalistic only when there was a clear impasse.

This diagnosis is probably correct, but only partly. It is true that the more consensus-based approach based on mediation that operates under law in the Yukon seems to regularly produce results acceptable to both sides with far less rancour. But that is a small jurisdiction and the relationships between government and court officials are more face-to-face and personal than in larger jurisdictions. Also, there is still the Court prohibition on bargaining that a more collaborative model would have recognized.

A second legal assessment of the commission process is contained in the LLM thesis completed by Graeme Bowbrick at the University of British Columbia in 2013.<sup>30</sup> The thesis

examined the experience with judicial compensation in five provinces (Alberta, British Columbia, Nova Scotia, Ontario and Quebec) and the federal jurisdiction, with particular attention to three historical periods (prior to PEI Reference case of 1997; the period between that decision and the Bodner decision in 2005; and the period following Bodner up to 2010). The analysis focuses on the rate of adoption of commission recommendations, the salary adjustments and the conflict levels between governments and judges. Bowbrick concludes that the PEI Reference case was a positive change because it forced governments to modify their unilateral decision-making of the past that had been a source of strain on the relationships with the judiciary.

He points out that economic context is a major factor in exacerbating the inevitable tensions among judges, governments and legislatures. In terms of outcomes he claims his data demonstrate a balanced process in which governments and judges achieved comparable success in achieving their respective initial positions on compensation. Based on this overall positive assessment, Bowbrick feels no need to reform the commission process; it is sufficient simply for the two sides to recognize the legitimacy of each other's roles and to change their attitudes towards the process.

It should be noted that Graeme Bowbrick served as the New Democratic Party representative for New Westminster in the British Columbia Legislature from 1996 to 2001 and served as Attorney General in the NDP government from 2000 to 2001. As Attorney General he was required to make a recommendation to Cabinet on a report from a judicial compensation commission. Initially he favoured deference to the commission, and was troubled by the argument that "If only **we** were accountable, then surely the spending decisions should be **ours alone**" (emphasis added).<sup>31</sup> He goes on to argue that the Supreme Court ruling in the PEI Reference case "favoured judicial independence at the expense of democratic principles governing the accountability of governments for their financial decisions."<sup>32</sup>

Reflecting his position as a practicing politician, Bowbrick insisted in 2013 that ultimately responsible government must trump judicial independence. Unfortunately the dissertation does not analyze at any length the principles of responsible government, especially as those principles and practices have evolved over time. The bibliography for the dissertation contains no sources that contain an extended discussion of responsible government under contemporary political and governing conditions.

As for his claim the PEI Reference case created a constitutional imbalance favouring judges, recent evidence suggests his selection of cases led him to an overly positive conclusion that the commission process was operating in an appropriate, balanced and fair manner. Bowbrick's analysis stops in 2010

30 Graeme Bowbrick JUDICIAL COMPENSATION IN CANADA: AN EXAMINATION OF THE JUDICIAL COMPENSATION EXPERIENCE IN SELECTED CANADIAN JURISDICTIONS 1990-2010. March 2013. Available at <https://open.library.ubc.ca/media/download/pdf/24/1.0071914/2>

31 Ibid. p3

32 Ibid. p3

## VIII. ÉVALUATION SOMMAIRE DU PROCESSUS DE COMMISSION ET RÉFORMES NÉCESSAIRES

L'évaluation de l'expérience des commissions de rémunération des juges jusqu'à présent suscitera différents jugements de différents commentateurs. Ces divergences reflètent en partie des hypothèses de départ différentes concernant l'équilibre approprié entre le gouvernement responsable et l'indépendance judiciaire. Ces hypothèses détermineront, à un degré difficile à déterminer, les types de structures et de procédures considérées comme étant constitutionnellement adéquates pour établir les salaires et les avantages des juges. Il faut s'attendre à ce que les parties impliquées dans le processus de rémunération, en particulier les gouvernements et les juges, auront souvent des perspectives différentes sur les questions de procédure et de fond concernées.

Même les spécialistes indépendants peuvent avoir des divergences d'opinion au sujet de la rémunération des juges en fonction de l'objectif et des méthodes de leurs recherches. Malheureusement, la littérature de recherche sur la rémunération des juges est limitée. Presque toute la littérature disponible est rédigée selon une perspective légale.

Un exemple de cette littérature est l'article de Sterling et Hanley qui affirment qu'il y avait un vice de forme dans le modèle de commission issu du Renvoi de l'Î.-P.-É. Afin d'éviter toute érosion réelle ou perçue de l'indépendance judiciaire, la Cour suprême a insisté sur le fait qu'il ne pouvait y avoir aucun soupçon de négociations. Les juges et les tribunaux ne pouvaient pas être perçus comme relâchant leur surveillance sur la légalité des actions du gouvernement en échange d'une augmentation supplémentaire de salaire. Selon l'avis des auteurs, cette interdiction de toute forme de négociation a conduit à un processus excessivement formel, légaliste et conflictuel dans lequel les deux camps se sentent obligés d'être représentés par un avocat et dont les délibérations s'apparentent à un procès. Il y aurait davantage de progrès, moins de conflits et moins de litiges, affirment-ils, si le processus de commission s'appuyait, lors de sa phase initiale, sur des communications et des discussions informelles, avec l'aide d'un médiateur. Le processus deviendrait conflictuel et légaliste uniquement lorsqu'il se trouve clairement dans une impasse.

Ce diagnostic est probablement correct, mais seulement en partie. Il est vrai que l'approche plus consensuelle fondée sur la médiation qui est utilisée en vertu de la loi au Yukon semble produire régulièrement des résultats acceptables pour les deux camps avec beaucoup moins de rancœur. Mais il s'agit d'une petite juridiction et les relations entre les représentants du gouvernement et les tribunaux sont plus étroites et plus personnelles que dans les grandes juridictions. En outre, il reste toujours l'interdiction de la négociation par la Cour Suprême qu'un modèle plus collaboratif aurait ignoré.

Une deuxième évaluation juridique du processus de commission est présentée dans la thèse de maîtrise en droit rédigée par Graeme Bowbrick à l'Université de la Colombie-Britannique en 2013.<sup>30</sup> Cette thèse étudiait l'expérience de la rémunération des juges dans cinq provinces (Alberta, Colombie-Britannique, Nouvelle-Écosse, Ontario et Québec) et dans la juridiction fédérale, et se penchait

plus particulièrement sur trois périodes historiques (la période précédant le Renvoi de l'Î.-P.-É. en 1997; la période entre cette décision et la décision Bodner en 2005 et la période allant de la décision Bodner à 2010). L'analyse met l'accent sur la fréquence de l'adoption des recommandations des commissions, les rajustements de salaire et les degrés de conflit entre les gouvernements et les juges. Bowbrick conclut que la décision du Renvoi de l'Î.-P.-É. a constitué un changement positif, car elle a obligé les gouvernements à modifier leur processus décisionnel unilatéral antérieur, qui avait mis les relations avec le pouvoir judiciaire à rude épreuve.

Il souligne que le contexte économique est un facteur majeur d'exacerbation des tensions inévitables entre les juges, les gouvernements et les législatures. En termes de résultats, il affirme que ses données révèlent un processus équilibré dans lequel les gouvernements et les juges ont obtenu un succès comparable pour ce qui est de faire accepter leurs positions initiales respectives en matière de rémunération. Sur la base de cette évaluation globalement positive, Bowbrick estime qu'il n'est pas nécessaire de réformer le processus de commission; il suffit que les deux parties reconnaissent la légitimité de leurs rôles respectifs et modifient leur attitude à l'égard du processus.

Il convient de noter que Graeme Bowbrick a siégé, à titre de représentant du Nouveau Parti démocratique de New Westminster, à l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique, de 1996 à 2001, et a été procureur général du gouvernement néo-démocrate de 2000 à 2001. En qualité de procureur général, il a été tenu de faire une recommandation au Cabinet sur le rapport d'une commission de rémunération des juges. Initialement, il était en faveur de s'en remettre au jugement de la commission et était troublé par l'argument suivant : « Si **nous** étions les seuls à rendre des comptes, alors les décisions en matière de dépenses devraient revenir à **nous seuls** » (souligné par l'auteur).<sup>31</sup> Il ajoute ensuite que la décision de la Cour suprême dans le Renvoi de l'Î.-P.-É. « favorisait l'indépendance judiciaire au détriment des principes démocratiques régissant l'obligation des gouvernements de rendre compte de leurs décisions financières. »<sup>32</sup>

Reflétant sa position d'homme politique en exercice, Bowbrick a insisté en 2013 sur le fait que le gouvernement responsable devait en fin de compte l'emporter sur l'indépendance judiciaire. Malheureusement, sa thèse n'analyse pas en profondeur les principes du gouvernement responsable, d'autant plus que ces principes et pratiques ont évolué au fil du temps. La bibliographie de la thèse ne contient aucune source présentant une discussion approfondie du gouvernement responsable dans le contexte de la politique et la gouvernance contemporaines.

Quant à sa prétention que le Renvoi de l'Î.-P.-É. a créé un déséquilibre constitutionnel en faveur des juges, des faits récents semblent indiquer que les affaires qu'il a choisies pour son analyse l'ont conduit à la conclusion excessivement positive que le processus de commission fonctionnait de manière adéquate, équilibrée et juste. L'analyse de Bowbrick s'arrête en 2010 et, depuis lors, il y a eu une augmentation de la fréquence et de l'intensité des conflits et des litiges dans au moins six provinces. Deux de ces provinces – la Nouvelle-Écosse et l'Ontario – avaient mis en place des processus intégralement ou partiellement exécutoires, ce qui a probablement contribué à donner

30 Graeme Bowbrick, « Judicial Compensation in Canada: An Examination of the Judicial Compensation Experience in Selected Canadian Jurisdictions 1990-2010 », mars 2013. Disponible à <https://open.library.ubc.ca/media/download/pdf/24/1.0071914/2>

31 Ibid., p. 3.

32 Ibid., p. 3.

and since then there has been an increased pace and intensity of conflict and litigation in at least six provinces. Two of his five provincial cases - Nova Scotia and Ontario - had full or partial binding processes so that probably contributed to his more harmonious picture of the commission process. As mentioned above, Nova Scotia dropped the binding model in 2016. His conclusion that the commission process produced balanced outcomes can also be questioned. Extending his analysis beyond the 2010 stop date might very well reveal remuneration outcomes that were less balanced because of more frequent rejection of commission recommendations by governments and legislatures.

The Bowbrick thesis is too optimistic because simply calling for a change in attitudes is unlikely to have the desired impact. Politicians need to change their understanding and attitudes towards the process more than the judges. And as discussed below, bringing about the necessary change in the attitudes of governments and legislatures will be difficult because of the incentives within the political process that encourage politicians to take a hard line on judicial remuneration. Moreover, in the overlapping and intersecting worlds of governments and courts there has developed recently in many jurisdictions a negative, suspicious and combative culture. As we know, changing cultures is a slow and uncertain process. Developing mutual understanding and bonds of trust will take time and a record of positive interactions.

Writing from the perspective of a political scientist who studies power – who gets what, when, how and why – I find that the Sterling and Hanley perspective ignores or underestimates the importance of the “politics of judicial compensation”.

To understand the recent experience with judicial compensation commissions we need to understand that politics is a distinctive type of human activity with its own character, goals, definitions of success and its own form of rationality that matches means to ends. Over the course of human history there have been countless different understandings of political activity, different approaches to the study of the activity and different estimations of its worth to society.

For the purpose of this discussion I have chosen to draw upon the perspective of the British political theorist and journalist Bernard Crick whose small, somewhat polemical book “In Defence of Politics” (1962) proved to be both popular and influential.<sup>33</sup> Crick defended politics as an essential activity in which conflicts of interest are adjudicated by discussion, persuasion and deliberation, not by force, fraud or ideology. While praising politics against its enemies, Crick also recognized the need for limits on the activity. “The attempt to politicize everything,” he wrote, “is the destruction of politics. When everything is seen as relevant to politics, then politics has in fact become totalitarian.”<sup>34</sup> By totalitarian, he meant that politics could dominate all other aspects of society. He insisted that there are domains of activity where reliance

upon political thinking and short-term political tactics was misguided and harmful.

In contemporary society there is an historically high level of public suspicion, even cynicism, about politics and politicians. Politicians are seen by many to be only interested in power, in gaining election then gaining re-election. This leads them to behave in a self-interested, opportunistic and dishonest manner. Lack of public trust and confidence in politicians and the political process has led the public to insist on more rules to prevent or restrain certain kinds of political behaviour. There is a strong public insistence on greater transparency, greater reliance on evidence as a basis for government decision-making and perennial calls for new and stricter forms of accountability.

Recognizing the low esteem in which their occupation is held, politicians have agreed to regulations on their behaviour, but sometimes these constraints are more symbolic than real. Much of the unique character of political activity arises from the publicity that surrounds it. This is especially true in the era of what has been called the “permanent election campaign”. Governing becomes barely indistinguishable from campaigning.

“Political management” has become an identifiable activity and specialized occupation within government, mainly conducted by political staff serving ministers. It involves the use of sophisticated communications strategies based on polling, focus groups, data gathering on audiences of various kinds, “spin”, targeted messaging, control over information, and attempts at news management, all intended to create positive headlines and to avoid negative news.

How does this discussion of the contemporary nature of political activity relate to debates over judicial remuneration? In the PEI Reference case the Supreme Court argued that judicial remuneration decisions should not be based on “political expediencies.” In the Bodner case the Court argued that government decisions on compensation must meet the test of “simple rationality” by which it meant logical arguments supported by objective facts. Both Court rulings called for the “depolicitization” of the compensation process.

Defenders of the traditional understanding of responsible government would argue that the Supreme Court and other courts have adopted a highly negative view of politics that misunderstands its essential purpose of identifying, representing and accommodating in its decision-making, the broad range of diverse, often contending values and interests within society. Decisions on the use of scarce resources is the most striking concrete example of the need to set priorities through tough budgetary choices. The matrix of decision-making for public budgeting involves multiple considerations beyond the need to respect and uphold principles of judicial independence and adequate remuneration. Responsible and accountable ministers of the Crown, it is argued, are in the best position to make such sensitive judgments.

<sup>33</sup> Bernard Crick, *In Defence of Politics*. Chicago: University of Chicago Press. 1962

<sup>34</sup> *Ibid.*, p.151

une image plus harmonieuse du processus de commission. Comme mentionné ci-dessus, la Nouvelle-Écosse a abandonné le modèle exécutoire en 2016. Sa conclusion selon laquelle le processus de commission a produit des résultats équilibrés peut également être mise en doute. La prolongation de l'analyse au-delà de la date butoir de 2010 pourrait très bien révéler des résultats moins équilibrés du processus de rémunération en raison du rejet plus fréquent des recommandations des commissions par les gouvernements et les législatures.

La thèse de Bowbrick est trop optimiste, car appeler à un simple changement d'attitude n'aura probablement pas l'effet souhaité. Les politiciens ont besoin de modifier leur interprétation et leur attitude à l'égard du processus davantage que les juges. Et, comme nous le verrons plus loin, il sera difficile de faire évoluer les mentalités des gouvernements et des législatures en raison des motivations internes à la politique qui incitent les politiciens à adopter une ligne de conduite dure en matière de rémunération des juges. De plus, dans les mondes qui se chevauchent et s'entrecroisent des gouvernements et des tribunaux, s'est récemment développée une mentalité négative, méfiante et combative, et ce dans de nombreuses juridictions. Comme nous le savons, changer les mentalités est un processus lent et incertain. Le renforcement de la compréhension mutuelle et des liens de confiance prendra du temps et nécessitera un bilan d'interactions positives.

Travaillant dans la perspective d'un politologue qui étudie le pouvoir – qui obtient quoi, quand, comment et pourquoi – je trouve que la perspective de Sterling et Hanley ignore ou sous-estime l'importance de la « politique de rémunération des juges ».

Pour comprendre l'expérience récente des commissions de rémunération des juges, nous devons savoir que la politique est un type d'activité humaine distinct, qui a son propre caractère, ses propres objectifs, sa propre définition du succès et sa propre forme de rationalité qui met les fins en correspondance avec les moyens. Au cours de l'histoire humaine, il y a eu d'innombrables différences d'interprétation de l'activité politique, différentes approches à l'étude de cette activité et différents jugements de sa valeur pour la société.

Aux fins de cette discussion, j'ai choisi de m'inspirer de la perspective du journaliste et théoricien politique britannique Bernard Crick, dont le petit livre quelque peu polémique *In Defense of Politics* (1962) s'est avéré à la fois populaire et influent.<sup>33</sup> Crick défendait la politique comme étant une activité essentielle dans laquelle les conflits d'intérêts sont réglés par le biais de la discussion, de la persuasion et de la délibération, et non par la force, la fraude ou l'idéologie. Tout en faisant les éloges de la politique contre ceux qui s'y opposent, Crick a également reconnu la nécessité d'imposer des limites à cette activité. « La tentative de tout politiser, » a-t-il écrit, « est la ruine de la politique. Quand tout est considéré comme relevant de la politique, la politique est alors devenue totalitaire. »<sup>34</sup> Par totalitaire, il voulait dire que la politique pouvait dominer tous les autres aspects de la société. Il insistait sur le fait qu'il existait des domaines d'activité dans lesquels le recours à la réflexion politique et à la tactique politique à courte vue était mal avisé et nuisible.

Dans la société contemporaine, la suspicion, voire le cynisme, du public vis-à-vis de la politique et des politiciens est à un niveau

plus élevé que jamais. Nombreux sont ceux qui considèrent que les politiciens sont uniquement motivés par le pouvoir et le désir d'être élus puis d'être réélus. Cela les amène à se comporter de manière intéressée, opportuniste et malhonnête. Le manque de confiance du public à l'égard des politiciens et du processus politique l'a poussé à exiger davantage de règles pour éviter ou restreindre certains types de comportements politiques. Le public insiste fortement sur davantage de transparence et davantage de preuves comme base des prises de décision du gouvernement et appelle constamment à des formes nouvelles et plus strictes d'obligation de rendre compte.

Reconnaissant que leur fonction est tenue en faible estime, les politiciens ont accepté que leur comportement soit réglementé, mais ces contraintes sont parfois plus symboliques que réelles. Le caractère unique de l'activité politique découle en grande partie de la médiatisation qui l'entoure. Ceci est particulièrement vrai à l'époque de ce qu'on a appelé la « campagne électorale permanente ». Gouverner se distingue à peine de faire campagne.

La « gestion politique » est devenue une activité distincte et une profession spécialisée au sein du gouvernement, principalement exercée par du personnel politique au service des ministres. Elle comporte l'utilisation de stratégies de communication sophistiquées s'appuyant sur des sondages, des groupes de consultation, des collectes de données auprès de différents publics, une « interprétation partisane », des messages ciblés, un contrôle de l'information et des tentatives de gérer les nouvelles, toutes destinées à créer de gros titres alléchants et à éviter les mauvaises nouvelles.

Quel est le lien entre cette discussion sur la nature contemporaine de l'activité politique et les débats sur la rémunération des juges? Dans le Renvoi de l'Î.-P.-É., la Cour suprême a fait valoir que les décisions en matière de rémunération des juges ne devaient pas être fondées sur « l'opportunisme politique ». Dans l'affaire Bodner, la Cour suprême a fait valoir que les décisions du gouvernement en matière de rémunération devaient satisfaire au critère de la « simple rationalité », ce qui signifiait des arguments logiques étayés par des faits objectifs. Les deux décisions de la Cour suprême ont appelé à la « dépolitisation » du processus de rémunération.

Les défenseurs de l'interprétation traditionnelle du gouvernement responsable soutiendraient que la Cour suprême et d'autres tribunaux ont adopté un point de vue extrêmement négatif de la politique qui méconnaît son objectif essentiel, celui de déterminer, de représenter et de prendre en compte dans son processus décisionnel le large éventail de valeurs et d'intérêts souvent concurrents au sein de la société. Les décisions à prendre au sujet de l'utilisation de ressources peu abondantes sont l'exemple concret le plus frappant de la nécessité d'établir des priorités au moyen de difficiles choix budgétaires. La matrice de prise de décision pour le budget public comporte de multiples considérations allant bien au-delà de la simple nécessité de respecter et de faire respecter les principes de l'indépendance judiciaire et de la rémunération adéquate. Les ministres de la Couronne, qui sont responsables et obligés de rendre compte, soutient-on, sont les mieux placés pour porter des jugements aussi délicats.

À mon avis, les prétendus réformateurs qui veulent dépolitiser les questions de rémunération ne se rendent pas service en commençant par des déclarations explicites ou implicites dénigrant la politique. De

33 Bernard Crick, *In Defense of Politics*, Chicago, University of Chicago Press, 1962.

34 Ibid., p. 151.

In my opinion, would be reformers who want to depoliticize compensation issues do themselves no favour by starting out with explicit or implicit statements denigrating politics. Also, unless they are into rejection, reformers should not ignore the political acceptability and feasibility of their proposed reforms.

Use of the term “depoliticization” without any clarification implies that salary determination can be taken completely out of the domain of politics, which is unrealistic. There will always be some type and degree of politics involved with salary setting. The goal should be to minimize the opportunities for governments and legislatures to engage in narrow, opportunistic, short-term political decision-making and distorted, inflammatory political rhetoric about judicial compensation.

Recognizing that governments and legislatures play a legitimate role in compensation matters, we need to design a reformed process that recognizes and respects appropriate constitutional relationships among the branches of government, that is fairer to the judicial community and relies more fully on sound evidence and reasoned arguments.

The current compensation model represents an improvement over the unilateral and arbitrary decision-making by governments that existed prior to the PEI Reference of 1997. That approach failed to uphold important constitutional relationships among the branches of government, failed to protect the financial security of judges against politically opportunistic decision-making and did not provide a fair and balanced approach to salary determination. Lessons have been learned since compensation commissions became a statutory requirement and it is now time to further refine our thinking and procedures for balancing responsible government and judicial independence.

Viewed from a political perspective, the constitutional principles, statutory provisions, structural arrangements and procedures, and the rules of decision-making that shape the process for determining judicial compensation are not neutral instruments. They create a framework of opportunities and constraints that determines the relative authority and power of the government/legislatures and the judges. Based on the traditional understanding of the principles and practices of responsible government, the current process for settling judicial compensation is unbalanced in favour of governments/legislatures.

It must be acknowledged that there are broad, mainly procedural constraints on governments laid down in the major constitutional cases. Commissions must be appointed at regular intervals. Governments cannot set remuneration until a commission has met and reported. Governments are obliged to respond formally to the recommendations of commissions and to give reasons and evidence for their decisions. Governments would argue that, regardless of the constitutional niceties, they will be held politically accountable for the outcomes arising from the judicial compensation process.

Even acknowledging these constitutionally prescribed constraints, governments still have a clear advantage over judges in terms of both legal authority and strategic opportunities to control the procedures and outcomes of the judicial compensation process. Governments and legislatures write the rules and criteria that guide the compensation process. Governments have more freedom and opportunity than judges to explain, defend, publicize and gain public support for their positions. And most importantly, in most jurisdictions they have the final word on what adjustments to judicial remuneration will take place.

Compared to “hard power” of governments/legislatures, courts and judges are limited to “soft power” of seeking to influence the commission process by invoking a set of constitutional principles, making arguments about the operational requirements for upholding those principles, and offering arguments and evidence about how remuneration needs to be modified in light of changing circumstances. The main forum for making the judges’ case is before the commissions by means of submissions and public hearings. Judges are not entitled to lobby governments or to bargain through the media.

Governments regularly insist that the principles and practices of responsible government based on the conventions of ministerial responsibility require that they have the upper hand and the final word in the compensation process. They take the position that only elected and politically accountable public officials in cabinet and/or the legislature can decide what type of spending serves the best interests of a particular province.

This position ignores or minimizes the evolution in our understandings of the vague conventions of ministerial responsibility in response to the changing contours of the public sector that place significant amounts of public spending at some distance from direct and continuous ministerial and parliamentary control. In the modern public sector a wide variety of organizations exist along a continuum of control versus independence. New mechanisms of accountability have been developed to fit with the particular tasks and unique characteristics of so-called “arms-length” non-departmental bodies like crown corporations and statutory regulatory agencies that constrain the behaviour of private and public organizations and adjudicate disputes.

A related development has been the emergence of a strong executive power in the office of the prime minister supported by loyal and disciplined members of the governing party. In theory parliaments are meant to control the executive, but realistically the opposite is the case, at least when majority governments exist. Parliamentary control is weakest when it comes to understanding and reviewing public spending.

Recognizing the limits of ministerial responsibility as a basis for meaningful accountability, and in response to the misuse of authority and public money, governments and legislatures have adopted other types of accountability mechanisms, such as the growing and influential roster of APs intended to protect and promote various cherished values, like access to

plus, à moins de souhaiter le rejet, ces réformateurs ne devraient pas ignorer l'acceptabilité et la faisabilité politiques des réformes qu'ils proposent.

L'usage du terme « dépolitisation » sans aucune clarification implique que la détermination des salaires peut être complètement exclue du domaine de la politique, ce qui est irréaliste. Il y aura toujours un certain type et un certain degré de politique impliquée dans l'établissement des salaires. L'objectif devrait être de minimiser les risques que les gouvernements et les législatures prennent des décisions politiques opportunistes, à courte vue et à court terme et s'appuient sur une rhétorique politique faussée et incendiaire au sujet de la rémunération des juges.

Sachant que les gouvernements et les législatures jouent un rôle légitime en matière de rémunération, nous devons concevoir une réforme du processus qui reconnaît et respecte les relations constitutionnelles adéquates entre les branches du gouvernement, qui est plus juste pour la communauté judiciaire et qui s'appuie davantage sur des preuves solides et des arguments raisonnés.

Le modèle de rémunération actuel représente une amélioration par rapport aux décisions unilatérales et arbitraires prises par les gouvernements avant le Renvoi de l'Î.-P.-É. en 1997. Cette approche ne parvenait pas à faire respecter les importantes relations constitutionnelles entre les branches du gouvernement, à protéger la sécurité financière des juges contre les décisions politiques opportunistes et à fournir une approche juste et équilibrée à la détermination des salaires. Plusieurs leçons ont été tirées depuis que les commissions de rémunération sont devenues une exigence statutaire et le moment est maintenant venu de peaufiner notre réflexion et nos procédures afin de parvenir à un meilleur équilibre entre le gouvernement responsable et l'indépendance judiciaire.

D'un point de vue politique, les principes constitutionnels, les dispositions statutaires, les procédures et les mécanismes structurels et les règles de prise de décision qui influencent le processus de détermination de la rémunération des juges ne sont pas des instruments neutres. Ils créent un cadre de possibilités et de contraintes qui détermine l'autorité et le pouvoir relatifs du gouvernement, des législatures et des juges. Fondé sur l'interprétation traditionnelle des principes et des pratiques de gouvernement responsable, le processus actuel d'établissement de la rémunération des juges présente un déséquilibre en faveur des gouvernements et des législatures.

Il faut reconnaître que les grands procès constitutionnels ont imposé de larges contraintes, de nature principalement procédurale, aux gouvernements. Les commissions doivent être nommées à intervalles réguliers. Les gouvernements ne peuvent pas fixer la rémunération avant que la commission se soit réunie et ait remis son rapport. Les gouvernements sont tenus de répondre officiellement aux recommandations des commissions et de motiver et justifier leurs décisions. Les gouvernements pourraient défendre l'argument selon lequel, quelles que soient les subtilités constitutionnelles, ils seront tenus politiquement responsables des résultats du processus de rémunération des juges.

Même en reconnaissant ces contraintes prescrites par la Constitution, les gouvernements conservent toujours un net avantage sur les juges en ce qui concerne à la fois l'autorité légale et les possibilités stratégiques de contrôler les procédures et les résultats du processus de rémunération. Les gouvernements et les législatures dictent les

règles et critères qui guident le processus de rémunération. Les gouvernements ont davantage de liberté et de possibilités que les juges d'expliquer, de défendre et de faire connaître leurs positions et de se gagner l'appui du public. Et surtout, dans la plupart des juridictions, ils ont le dernier mot sur les rajustements qui seront apportés à la rémunération des juges.

Au lieu du « pouvoir de coercition » dont disposent les gouvernements et les législatures, les tribunaux et les juges sont limités à un « pouvoir de persuasion » qui consiste à influencer le processus de commission en invoquant un ensemble de principes constitutionnels, en présentant des observations sur les exigences opérationnelles nécessaires pour faire respecter ces principes et en présentant des arguments et des preuves de la nécessité de modifier la rémunération en fonction de l'évolution des circonstances. Le principal forum des juges pour plaider leur cause devant les commissions est par le biais d'arguments et d'audiences publiques. Les juges ne sont pas autorisés à faire pression sur les gouvernements ni à négocier par le biais des médias.

Les gouvernements insistent fréquemment sur le fait que les principes et les pratiques du gouvernement responsable, fondés sur les conventions de responsabilité ministérielle, exigent qu'ils aient l'avantage et le dernier mot en ce qui concerne le processus de rémunération. Ils prennent la position que seuls les fonctionnaires élus et politiquement responsables du Cabinet ou de la législature peuvent décider du type de dépenses qui servent au mieux les intérêts d'une province donnée.

Cette position ignore ou minimise l'évolution de notre interprétation des vagues conventions de responsabilité ministérielle en réponse aux contours fluctuants du secteur public qui ont mis des montants considérables de dépenses publiques à l'écart d'un contrôle ministériel et parlementaire direct et continu. Dans le secteur public moderne, tout un éventail d'organisations fonctionne le long d'un continuum allant du contrôle à l'indépendance. De nouveaux mécanismes d'obligation de rendre compte ont été mis au point pour correspondre aux tâches particulières et aux caractéristiques uniques des organismes non ministériels soi-disant « autonomes », tels que les sociétés d'État et les organismes de réglementation prévus par la loi. Ces nouveaux mécanismes restreignent la liberté de comportement des organismes privés et publics et règlent les différends.

Un élément nouveau associé a été l'émergence d'un pouvoir exécutif fort au sein du bureau du premier ministre, soutenu par des membres loyaux et disciplinés du parti au pouvoir. En théorie, les législatures sont censées contrôler l'exécutif, mais en réalité, c'est l'inverse qui se produit, du moins en situation de gouvernement majoritaire. Le contrôle parlementaire est à son plus faible lorsqu'il s'agit de comprendre et d'examiner les dépenses publiques.

Reconnaissant les limites de la responsabilité ministérielle comme fondement d'une réelle obligation de rendre compte, et en réponse à l'abus de l'autorité et des fonds publics, les gouvernements et les législatures ont adopté d'autres mécanismes d'obligation de rendre compte, tels que la liste grandissante et influente d'AP destinés à protéger et à promouvoir diverses valeurs chères, telles que l'accès à l'information, les élections justes, la budgétisation honnête et la protection de la vie privée. Les AP sont également censés soutenir les efforts des législatures pour tenir l'exécutif responsable de ses actes. Grâce à ce nouveau « régime d'intégrité » du gouvernement, il y a eu des tentatives novatrices pour trouver le juste équilibre

information, fair elections, honest budgeting and protection of personal privacy. APs are also meant to supplement the efforts by parliaments to hold executives accountable. With this new “integrity branch” of government, there have been innovative attempts to find the right balance between independence and accountability, attempts that include different financing arrangements from those that exist for regular departments.

Governments insist that the constitution demands that they set budgets, seek parliamentary approval and ultimately answer to the public for their choices. However, placing control over public spending in the hands of bodies outside of government already occurs. In fact, until recently two Canadian jurisdictions (as of 2016 just one) relied on a binding process for setting judicial compensation and other provinces have chosen to make the process partially binding or binding in certain circumstances. No constitutional upheaval or irresponsible demands on the public purse arose under the binding model.

Courts are not just another part of government; they are a recognized, separate part of the constitutional architecture and they are constitutionally entitled to protection of their independence, including secure financial remuneration for judges. When governments introduce statutes establishing commissions and granting them authority to set salaries, the constitutional requirement for executive initiative and parliamentary approval of spending is fulfilled. Two examples of this practice were cited earlier. In support of free elections provision has been made in statutes for open-ended budgets for election management costs incurred by election agencies. Similarly, in support of fair representation in legislatures independent boundary commissions have similar protection of their independence.

Governments often argue that in fairness to other parts of the public sector and to public employees in other fields they cannot offer courts special status that exempts them from budgetary restraint when it is necessary. As already indicated, courts are not just another part of government and judges are not regular public employees. Also, in most jurisdictions the factors to be considered by commissions when making salary recommendations include economic conditions and the financial circumstances of governments in a particular jurisdiction.

Another concern expressed by governments is that “rich” settlements with judges will become a reference point for public sector unions in their collective bargaining negotiations with governments. The leverage gained by unions could “ignite a firestorm” of wage and benefit inflation in the public sector.

There are two problems with this argument.

First, the process for determining judicial remuneration is not meant by the constitutional rules to be part of the overall government strategy of collective bargaining with the public sector unions. There is a constitutional dimension to the setting of judges’ compensation that does not operate in other public sector employment situations.

Second, governments have never produced convincing evidence that a “conflagration” of wage demands by unions has been produced when governments grant salary and benefit adjustments to judges that reflect cost of living increases, a changed work product by the court, represent a “catch up” for lost financial ground, better align judicial compensation to that in the private bar, and so on.

The real issue for governments in settling judicial remuneration is not the dollar amounts involved. As a percentage of total provincial spending the costs of the courts represent a small percentage. Judicial salaries are an even smaller amount and the periodic adjustments to salaries and benefits are tiny items in the overall spending by governments. This is not an argument for irresponsible spending on judges, but a reminder that salary adjustments need to be kept in perspective relative to other spending by governments.

The real political problem for governments is not the actual amounts spent on maintaining and improving judges’ salaries and benefits, but the “optics” of doing so. In politics appearances can be reality. In the perception of some politicians and many citizens, judges are already richly rewarded for what they do. Judicial salaries in the two to three hundred thousand dollar ranges seem like a fortune for average citizens who earn far less than that. Among political leaders, and even more so among regular citizens, there is not deep knowledge about what is at stake in terms of constitutional principles and the need to attract top quality legal talent to the bench when compensation for that talent is generally much higher in the private sector.

Governments like to argue that provided compensation is adequate and reasonably stable, there will never be a shortage of applicants to join the judiciary. Also, as professionals, judges will not allow their changing financial fortunes arising from government decisions to affect their independence and judgments.

This is only partly true and is therefore misleading. It is true that money is not the sole, or even the main motivator that inclines legal professionals to apply for judicial positions and to remain on the bench. There is a significant component of public service motivation involved with pursuing a judicial career. However, the goal presumably is not just to attract a pool of qualified candidates but also to recruit some of the individuals with best legal minds and the appropriate judicial temperaments. Arbitrary government decisions that ignore salary recommendations from commissions will lead to disappointment, frustration, poor morale and even cynicism about and/or among judges. However, such outcomes are unlikely to affect the work habits and decision making of judges.

Apart from the failure to comply fully with the letter and the spirit of the constitutional rulings on judicial compensation, the real negative impacts of the current process are on the image and reputation of the institution of the judiciary and on the judges who serve in it. The commission process tends to attract media attention only when there is disagreement and deadlock between governments and judges. The

entre indépendance et obligation de rendre compte, notamment des mécanismes de financement différents de ceux existant pour les ministères ordinaires.

Les gouvernements insistent sur le fait que la Constitution exige qu'ils établissent des budgets, cherchent à obtenir l'approbation des législatures et, en définitive, rendent compte de leurs choix au public. Toutefois, il existe déjà des cas où le contrôle des dépenses publiques a été placé entre les mains d'organes extérieurs au gouvernement. En fait, jusqu'à tout récemment, deux juridictions canadiennes (puis une seule en 2016) s'appuyaient sur un processus exécutif pour fixer la rémunération des juges et d'autres provinces avaient choisi de rendre le processus partiellement ou totalement exécutif dans certaines circonstances. Le modèle exécutif n'a entraîné aucun bouleversement constitutionnel ni aucune exigence irresponsable à l'endroit des fonds publics.

Les tribunaux ne sont pas simplement une branche comme une autre du gouvernement; ils constituent un élément distinct et reconnu de l'architecture constitutionnelle et ont droit, en vertu de la Constitution, à la protection de leur indépendance, notamment à la rémunération sûre des juges. Lorsque les gouvernements introduisent des lois établissant des commissions et leur octroyant le pouvoir de fixer les salaires, l'exigence constitutionnelle relative à l'initiative du pouvoir exécutif et à l'approbation des dépenses par les législatures est satisfaite. Deux exemples de cette pratique ont été cités plus tôt. À l'appui d'élections libres, la loi a prévu des budgets non limitatifs couvrant les dépenses de gestion électorale encourues par les organismes électoraux. De même, à l'appui d'une représentation équitable dans les législatures, les commissions indépendantes de délimitation des circonscriptions électorales jouissent d'une protection similaire de leur indépendance.

Les gouvernements font souvent valoir que, par souci d'équité envers les autres parties du secteur public et envers les fonctionnaires dans d'autres domaines, ils ne peuvent pas offrir aux tribunaux un statut spécial qui les exempte de toute contrainte budgétaire lorsque c'est nécessaire. Comme nous l'avons déjà indiqué, les tribunaux ne sont pas une branche du gouvernement comme les autres et les juges ne sont pas des fonctionnaires ordinaires. En outre, dans la plupart des juridictions, les facteurs dont les commissions doivent tenir compte lors de l'établissement des recommandations salariales sont notamment les conditions économiques et la situation financière des gouvernements.

Les gouvernements ont également exprimé l'inquiétude que des accords salariaux « avantageux » avec les juges puissent servir de référence aux syndicats du secteur public dans leurs négociations collectives avec les gouvernements. L'effet de levier obtenu ainsi par les syndicats pourrait « mettre le feu aux poudres » et entraîner une inflation des salaires et des avantages dans le secteur public.

Cet argument pose deux problèmes.

Premièrement, d'après les règles constitutionnelles, le processus de détermination de la rémunération des juges n'est pas censé faire partie de la stratégie globale du gouvernement en matière de négociation collective avec les syndicats du secteur public. L'établissement de la rémunération des juges comporte une dimension constitutionnelle qui n'existe pas dans d'autres domaines d'emploi du secteur public.

Deuxièmement, les gouvernements n'ont jamais fourni de preuves convaincantes qu'il se produisait une « explosion » de revendications

salariales des syndicats lorsqu'ils accordaient aux juges des rajustements de salaires et d'avantages reflétant l'augmentation du coût de la vie, l'évolution du travail des tribunaux, un « rattrapage » de la perte de terrain financier, un meilleur alignement de la rémunération des juges sur celle des avocats du secteur privé, etc.

Le véritable problème des gouvernements en matière d'établissement de la rémunération des juges n'est pas le montant des fonds concernés. Les coûts des tribunaux représentent un faible pourcentage des dépenses totales des provinces. Les salaires des juges représentent un montant encore plus modeste et les rajustements périodiques de leurs salaires et de leurs avantages sont des montants minimes dans les dépenses globales des gouvernements. Ceci n'est pas un argument en faveur de dépenses irresponsables pour les juges, mais un simple rappel que les rajustements salariaux doivent être gardés en perspective relativement aux autres dépenses des gouvernements.

Le véritable problème politique pour les gouvernements ne réside pas dans les montants réellement dépensés pour le maintien et l'augmentation des salaires et des avantages des juges, mais dans la « perception » de ces dépenses. En politique, les apparences peuvent devenir la réalité. Aux yeux de certains politiciens et de nombreux citoyens, les juges sont déjà très richement récompensés pour leur travail. Les salaires des juges, qui se situent dans une fourchette de deux à trois cent mille dollars, semblent être une fortune pour les citoyens moyens qui gagnent beaucoup moins que cela. Les dirigeants politiques, et plus encore les citoyens ordinaires, n'ont pas une connaissance approfondie des enjeux en ce qui concerne les principes constitutionnels et la difficulté d'attirer des juristes de haut niveau au sein de la magistrature alors que la rémunération de ces compétences est généralement beaucoup plus élevée dans le secteur privé.

Les gouvernements se plaisent à affirmer qu'à condition que la rémunération soit adéquate et raisonnablement stable, il n'y aura jamais de pénurie de candidats à la magistrature. En outre, en qualité de professionnels, les juges ne permettront pas que les fluctuations de leur situation financière découlant des décisions gouvernementales influent sur leur indépendance et leurs jugements.

Ceci n'est que partiellement vrai et est par conséquent trompeur. Il est vrai que l'argent n'est pas la seule ni même la principale motivation qui incite les juristes à se porter candidats à des postes de juges et à rester dans la magistrature. La poursuite d'une carrière judiciaire comporte une motivation importante liée au désir de servir le public. Toutefois, l'objectif visé n'est vraisemblablement pas simplement d'attirer un groupe de candidats qualifiés, mais également de recruter des personnes possédant de hautes compétences juridiques et un tempérament approprié. Les décisions gouvernementales arbitraires qui ignorent les recommandations salariales des commissions risquent d'entraîner une déception, une frustration, un déclin du moral et même un cynisme à l'égard des juges ou parmi eux. Toutefois, il est peu probable que ces conséquences influent sur les habitudes de travail et les prises de décision des juges.

Outre le fait qu'il ne respecte pas pleinement la lettre et l'esprit des décisions constitutionnelles relatives à la rémunération des juges, le processus actuel a des effets négatifs réels sur l'image et la réputation de l'institution judiciaire et des juges qui sont à son service. Le processus de commission a tendance à attirer l'attention des médias uniquement en cas de désaccord et d'impasse entre les gouvernements et les juges. La couverture qui s'ensuit est souvent simplifiée, superficielle, déformée, à sensation, et

ensuing coverage tends to be simplified, shallow, distorted and sensational, with lots of inflammatory rhetoric about “whiny” judges, “outrageous demands” on the public purse and negative comments about what judges are paid compared to provincial premiers.

Judges cannot expect to “win” public understanding and support for their position within the “court of public opinion” when compensation issues are “politicized” and debated in the media. Keeping the issues relatively submerged and low key during the most sensitive stages of the compensation process, with explanation and defence of the outcomes coming later, might limit the opportunities for “political grandstanding” and ill-informed media commentaries.

Durable readers who have persisted to this point are entitled to a reward in the form of a concrete proposal for how to improve a compensation process that is not working as intended by the Supreme Court when it brought down its landmark rulings in the PEI Reference and the Bodner cases.

The Court may have been naïve in thinking that compensation issues could be largely removed from the political domain and could be settled in an objective, evidence-based type of inquiry. Someone once quipped that politics is like darkness, it is part of every 24-hour time period. Any proposed reform to the compensation process must take into account the conditions and incentives that drive political activity.

My recommendation would be the adoption of a binding commission model with an additional stage added to the compensation setting process. As under the current process, commissions would operate on triennial or quadrennial cycles. No compensation could be set until after a commission met and reported. The commission would invite public submissions and hold public hearings. After internal deliberations the commission would issue to the two sides an interim report of its findings and recommendations. Ideally the report would be unanimous but there would be the opportunity for dissenting opinions. There would be a timetabled period for review and responses to the interim report from both governments and judges. After receiving and considering the final responses from the two sides, the commission would issue its final binding report that governments and legislatures would be required to implement.

This use of a two-step finalization stage is based on the procedures required of federal boundaries commissions appointed in each of the provinces after the decennial census. The task of the commissions is to draw the geographical boundaries of the 338 constituencies in the House in Commons so as to ensure equal value of the vote while giving adequate recognition to the need for effective representation based on recognition of communities of interest. The commissions receive submissions, hold public hearings, issue an interim boundaries map for the province and then there is a time period when MPs and interested citizens can file

concerns with the commission. The boundaries commission process is meant to avoid any real or perceived political “gerrymandering” of constituency boundaries to favour a particular party.

Secure and fair remuneration for judges is at least as important a constitutional principle as equal value of the vote and fair representation in the legislature. Governments gave up their previously assumed right to draw constituency boundaries to improve their prospects for re-election. The point is that arrangements once seen to be constitutionally acceptable can at a later point in time no longer be seen as appropriate and fair.

Adding another stage to the compensation process will provide governments with another opportunity to publicize their concerns about the impacts on the public purse of the province. A binding ruling by a compensation commission would offer some “political cover” for governments that do not want to be seen “overpaying” judges, especially when employees in other parts of the public sector are being forced to accept salary reductions or freezes.

Adoption of a binding model will also change the incentives and dynamics of the commission process. Governments and judges will be encouraged to put forward “reasonable” positions at the outset. Knowing the commission has the final word will encourage commissioners to conduct serious analysis in support of sound, detailed recommendations. An additional stage will allow for the recognition of late breaking developments. In all probability there will be far less litigation over commission rulings and government responses. This will avoid damage to the image of the judiciary and a weakening of public confidence that result from highly publicized clashes between the two sides.

Upholding judicial independence and protecting responsible government requires a balanced approach. The proposed adoption of compensation commissions with binding authority does not violate written or unwritten constitutional norms. It is more an evolutionary than a radical step. The additional proposed stage in the compensation process would allow both sides to develop greater understanding and respect for each other by encouraging greater dialogue over arguments and evidence as filtered by the commissions. A binding process would remove the regular rejections or variations of commission recommendations by governments and legislatures that have become a source of tension in the relationships between the three branches of government. Less litigation would de-escalate the tensions between the two sides and build greater conditional trust into the process.

It will take time and a record of positive outcomes to establish more respectful and constructive relationships. Adoption of a binding process, with an additional stage for both governments and judges to make their case, is both constitutionally appropriate and politically feasible. ▀

utilise une rhétorique incendiaire sur les juges « pleurnicheurs », leurs « exigences scandaleuses » à l'endroit des fonds publics et de commentaires négatifs au sujet des salaires des juges par rapport à ceux des premiers ministres provinciaux.

Les juges ne peuvent pas s'attendre à « gagner » la compréhension et le soutien du public en faveur de leur position au sein du « tribunal de l'opinion publique » lorsque les questions de rémunération sont « politisées » et discutées dans les médias. Le fait de garder ces questions relativement enfouies et discrètes durant les étapes les plus délicates du processus lié à la rémunération, en gardant l'explication et la défense des résultats pour plus tard, pourrait limiter les risques de « démagogie politique » et de commentaires mal informés des médias.

Les lecteurs persistants qui ont tenu jusque-là ont droit à une récompense sous la forme d'une proposition concrète sur la manière d'améliorer un processus de rémunération qui ne fonctionne pas de la manière prévue par la Cour suprême lorsqu'elle a rendu ses décisions historiques dans le Renvoi de l'Î.-P.-É. et l'affaire Bodner.

La Cour a peut-être été naïve de penser que les questions relatives à la rémunération pourraient être en grande partie écartées du domaine politique et être réglées au moyen d'une enquête objective et fondée sur des preuves. Quelqu'un a dit malicieusement un jour que la politique est comme l'obscurité, elle est inévitable dans toute période de 24 heures. Toute réforme proposée du processus de rémunération doit tenir compte des conditions et des motivations qui sous-tendent l'activité politique.

Ma recommandation serait d'adopter un modèle de commission exécutoire, en ajoutant une étape supplémentaire au processus d'établissement de la rémunération. Comme en vertu du processus actuel, les commissions fonctionneraient selon des cycles triennaux ou quadriennaux. Aucune rémunération ne pourrait être fixée avant que la commission ne se soit réunie et ait remis son rapport. La commission inviterait des observations du public et tiendrait des audiences publiques. Après avoir terminé ses délibérations internes, la commission présenterait aux deux camps un rapport provisoire de ses conclusions et de ses recommandations. Dans l'idéal, le rapport serait unanime, mais fournirait la possibilité d'exprimer des opinions dissidentes. Un calendrier serait fixé pour l'examen du rapport et les réponses des gouvernements et des juges au rapport provisoire. Après avoir reçu et examiné les réponses définitives des deux camps, la commission remettrait un rapport final exécutoire que les gouvernements et les législatures seraient tenus de mettre en œuvre.

Cette phase de finalisation à deux étapes s'appuie sur les procédures imposées aux commissions fédérales de délimitation des circonscriptions nommées dans chacune des provinces à l'issue du recensement décennal. Ces commissions ont pour tâche de tracer les limites géographiques des 338 circonscriptions électorales pour la Chambre des communes afin de donner une valeur égale à chaque vote tout en reconnaissant comme il se doit la nécessité d'une représentation efficace fondée sur les communautés d'intérêts. Ces commissions reçoivent des arguments, tiennent des audiences publiques, puis remettent une carte provisoire de délimitation des circonscriptions pour la province. Un délai est ensuite prévu pour permettre aux députés et aux citoyens intéressés de soumettre leurs préoccupations à la commission. Le processus des commissions

de délimitation des circonscriptions électorales vise à éviter tout « remaniement politique arbitraire » réel ou perçu des limites des circonscriptions électorales en faveur d'un parti donné.

La rémunération sûre et équitable des juges est un principe constitutionnel pour le moins aussi important que la valeur égale de chaque vote et la représentation équitable à la législature. Les gouvernements ont renoncé au droit qu'ils s'étaient auparavant arrogé de délimiter les circonscriptions électorales pour améliorer leurs chances de réélection. Le point à retenir ici est que des mécanismes autrefois considérés comme conformes à la Constitution peuvent, à un moment donné, ne plus être considérés comme appropriés et équitables.

L'ajout d'une autre étape au processus d'établissement de la rémunération donnera aux gouvernements une occasion supplémentaire de faire connaître leurs préoccupations concernant les répercussions sur les fonds publics de la province. La prise d'une décision exécutoire par les commissions de rémunération offrirait une certaine « protection politique » aux gouvernements qui ne veulent pas être perçus comme versant des salaires « excessifs » aux juges, en particulier lorsque des employés d'autres domaines du secteur public se voient obligés d'accepter des réductions ou des gels de salaires.

L'adoption d'un modèle exécutoire modifierait également les motivations et la dynamique du processus de commission. Les gouvernements et les juges seront incités à faire des propositions « raisonnables » dès le départ. Sachant que la commission aura le dernier mot, les commissaires seront encouragés à procéder à une analyse sérieuse à l'appui de recommandations censées et détaillées. Cette étape supplémentaire permettra de tenir compte de l'évolution récente de la situation. Selon toute probabilité, il y aura beaucoup moins de litiges au sujet des décisions des commissions et des réponses des gouvernements. Cela évitera de porter préjudice à l'image de la magistrature et d'affaiblir la confiance du public, ce qui entraîne des affrontements très médiatisés entre les deux camps.

Le respect de l'indépendance judiciaire et la protection du gouvernement responsable exigent une approche équilibrée. L'adoption proposée de commissions de rémunération dotées d'un pouvoir exécutoire n'enfreint pas les normes constitutionnelles écrites ou non écrites. Il s'agit plus d'une évolution que d'un changement radical. L'étape supplémentaire proposée dans le processus de rémunération permettrait aux deux camps de développer davantage de compréhension et de respect mutuel en encourageant un dialogue plus approfondi sur les arguments et les preuves qui sont passés au crible par les commissions. Le processus exécutoire éliminerait les modifications ou les rejets fréquents des recommandations des commissions par les gouvernements et les législatures, ce qui est devenu une source de tension dans les relations entre les trois branches du gouvernement. La diminution des litiges réduirait les tensions entre les deux camps et renforcerait la confiance conditionnelle à l'égard du processus.

Il faudra du temps et un bilan de résultats positifs pour établir des relations plus respectueuses et plus constructives. L'adoption d'un processus exécutoire, auquel serait ajoutée une étape supplémentaire permettant à la fois aux gouvernements et aux juges de plaider leur cause, est à la fois adéquate sur le plan constitutionnel et politiquement réalisable. ▀

# RECENT DEVELOPMENTS IN JUDICIAL INDEPENDENCE: JUDICIAL COMPENSATION COMMISSIONS

---

Notes for Remarks of The Honourable Frank Iacobucci, C.C., Q.C.  
Canadian Association of Provincial Court Judges Annual Conference  
Delta Prince Edward Hotel, 18 Queen Street  
Charlottetown, Prince Edward Island  
September 27 & 28, 2017

## INTRODUCTION<sup>1</sup>

I am pleased to speak at the Conference on judicial independence for a number of reasons. First, it is always enjoyable to spend time in Prince Edward Island. Second, the subject greatly interests me arising from the experience I had when I was Deputy Attorney General in the Federal Justice Department, on the bench and actively involved in the Prince Edward Island Reference, and more recently as Chair of the 2016 Judicial Compensation Commission of British Columbia. The third reason relates to my concern that the principle of judicial independence has seen recent threats to its integrity.

In this paper, I intend to focus on Judicial Compensation Commissions, which emanated and developed from pronouncements of the Supreme court of Canada in dealing with salaries and compensation of judges in a constitutional context. In my doing so, many have pointed to other indicators of threat to judicial independence such as a breakdown in some quarters of the relationship between the executive and the judiciary, perceived attempts to “politicize” the appointment process for judges, criticism of judges that go beyond fair comment as well as other examples of concern.

My paper is divided into three major topics: (1) a brief background of judicial independence, with an overview of the rules and principles involved, (2) the creation of judicial compensation commissions with a focus on

recent developments in British Columbia and Ontario, and (3) disquieting tensions around judicial compensation commissions that go to issues of judicial independence.

## PART I: BRIEF BACKGROUND ON JUDICIAL INDEPENDENCE: RULES OF THE GAME

In this section, I provide brief overview on the leading Supreme Court cases on judicial independence. I begin by discussing the English *Act of Settlement* of 1701, which formed the basis for sections 96-100 of the *Constitution Act, 1867*. I then consider the Supreme Court’s early jurisprudence on judicial independence, with particular attention given to the seminal case of *Valente v. The Queen*. This is followed by a review of the *PEI Reference*, which constitutionalized Judicial Compensation Commissions, and *Bodner*, which clarified their scope.

### Early Origins: The Act of Settlement of 1701

Judicial independence in Canada was initially based on the English model. The English model, in turn, dates to the *Act of Settlement* of 1701, which removed judges from the authority of the King.<sup>2</sup> The *Act of Settlement* introduced essentially three principles. First, it established that judicial terms lasted for life, not “at pleasure” or for temporally-limited terms. Judges could be removed only for cause through a process that required both houses of Parliament to deliver a joint address. The removal process was onerous

<sup>1</sup> I wish to acknowledge the most helpful assistance I received from Alicja Puchta, a summer law student, in the research and preparation of these remarks. This paper is written as of the state of the law and developments as of September, 2017.

<sup>2</sup> Peter McCormick, “New Questions about an Old Concept: The Supreme Court of Canada’s Judicial Independence Decisions” (2004) 37:4 Can J Pol Sci 839 at 842.

# ÉVOLUTIONS RÉCENTES EN MATIÈRE D'INDÉPENDANCE DE LA MAGISTRATURE : LES COMMISSIONS D'EXAMEN DE LA RÉMUNÉRATION DES JUGES

Notes d'allocution de l'honorable Frank Iacobucci, C.C., C.R.  
Congrès annuel de l'Association canadienne des juges des cours provinciales  
Hôtel Delta Prince Edward, 18, rue Queen  
Charlottetown, Île-du-Prince-Édouard  
27 et 28 septembre 2017

## INTRODUCTION<sup>1</sup>

C'est un plaisir pour moi de prendre la parole à l'occasion du congrès sur l'indépendance de la magistrature pour bon nombre de raisons. Premièrement, il est toujours très agréable de passer du temps sur l'Île-du-Prince-Édouard. Deuxièmement, le sujet m'intéresse énormément en raison de mon expérience au poste de sous-procureur général du ministère fédéral de la Justice, au sein de la magistrature et de ma participation active au *Renvoi relatif à l'Île-du-Prince-Édouard*, et plus récemment à titre de président de la commission d'examen de la rémunération des juges de 2016 en Colombie-Britannique. La troisième raison est liée à mon inquiétude au sujet des récentes menaces à l'intégrité du principe de l'indépendance de la magistrature.

Dans le présent article, j'ai l'intention de me concentrer sur les commissions d'examen de la rémunération des juges, qui ont émergé et évolué à partir des déclarations de la Cour suprême du Canada au sujet de l'établissement des salaires et de la rémunération des juges dans un contexte constitutionnel. En outre, beaucoup ont signalé d'autres indicateurs de menaces à l'égard de l'indépendance de la magistrature, tels que l'effondrement dans certains milieux de la relation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, les tentatives perçues de « politiser » le processus de nomination des juges, des critiques à l'égard des juges qui vont au-delà de justes commentaires, ainsi que d'autres exemples inquiétants.

Mon article est divisé en trois grands sujets : (1) un bref historique de l'indépendance de la magistrature, avec un aperçu des règles et des principes en jeu, (2) la naissance des commissions d'examen de la rémunération des juges, et en particulier leur évolution récente en Colombie-Britannique et en Ontario, et (3) les tensions

troublantes autour des commissions d'examen de la rémunération des juges qui soulèvent des questions liées à l'indépendance de la magistrature.

## PARTIE I : BREF HISTORIQUE DE L'INDÉPENDANCE DE LA MAGISTRATURE : LES RÈGLES DU JEU

Dans cette section, je donne un aperçu des principales affaires de la Cour suprême concernant l'indépendance de la magistrature. Je commence par évoquer l'*Act of Settlement* de 1701 (loi anglaise), qui a servi de fondement aux articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. J'examine ensuite la jurisprudence initiale de la Cour suprême en matière d'indépendance de la magistrature, en accordant une attention particulière à l'affaire *Valente c. la Reine*, qui a fait date. Je passe ensuite en revue le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.*, qui a constitutionnalisés les commissions d'examen de la rémunération des juges, et l'arrêt *Bodner*, qui a éclairci leur portée.

*Les premiers temps : L'Act of Settlement (acte d'établissement) de 1701*

L'indépendance de la magistrature au Canada était initialement fondée sur le modèle anglais. Le modèle anglais, quant à lui, date de l'*Act of Settlement* de 1701, qui soustrayait les juges à l'autorité du roi.<sup>2</sup> L'*Act of Settlement* a introduit essentiellement trois principes. Premièrement, il a établi que les mandats des juges étaient à vie, et n'étaient pas accordés « selon le bon vouloir du roi » ou pour des périodes limitées dans le temps. Les juges pouvaient être révoqués uniquement pour un motif valable par le biais d'une procédure qui exigeait que les deux chambres du Parlement prononcent une

<sup>1</sup> Je tiens à remercier Alicja Puchta, une étudiante en droit, pour son aide précieuse dans la recherche et la préparation de ces remarques. Cet article est rédigé sur la base de l'état du droit et des derniers faits nouveaux en septembre 2017.

<sup>2</sup> Peter McCormick, "New Questions about an Old Concept: The Supreme Court of Canada's Judicial Independence Decisions" (2004) 37:4 *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, p. 839-842.

to implement, and the removal of a judge could occur only in highly unusual circumstances.<sup>3</sup>

Second, the *Act of Settlement* addressed judicial salaries.<sup>4</sup> It required that judicial salaries be “set by Parliament.” Those salaries could only be set for a class of all judges on a specific court. The *Act* also prohibited the reduction of judicial salaries, and barred government interference with the payment of the salary of any single judge.

Third, the *Act* established that judges were fully independent from Parliament, and were not accountable to actors in the political branches of government.<sup>5</sup>

From the outset, Canada’s approach to judicial independence mirrored that of England. Sections 96 to 100 of the *Constitution Act, 1867*,<sup>6</sup> reflect the provisions of the *Act of Settlement*.<sup>7</sup> Section 99 of the *Constitution Act, 1867* stipulates that provincial superior court judges are appointed for life on good behavior, and can only be removed for cause following a joint resolution by both Parliamentary houses. Section 100 provides that Judicial salaries are set by Parliament, and all judges on the same level of court receive the same salary.

One notable omission from both the *Act of Settlement* and the *Constitution Act* pertains to decision-makers at the higher-volume lower courts, which were entirely omitted from the protections afforded to their superior court counterparts.<sup>8</sup> A sweep of changes introduced in the 1960s–1970s by various provincial and federal parties addressed this gap. Most significantly, provincial magistrate courts were effectively “judicialized,” as their function was replaced with lower provincial courts.<sup>9</sup>

Two key institutional safeguards for judicial independence accompanied the introduction of the new lower provincial courts.<sup>10</sup> The first institutional safeguard was the creation of judicial councils, which were tasked with screening judicial appointments and investigating complaints against judges. Even if a judge was investigated by a judicial council, he or she could not be dismissed except for cause following a hearing. The second institutional safeguard was the creation of the position of Chief Judge of the Provincial Court, a role which was to take on administrative duties

and act as a buffer between the executive and individual judges.

While these measures were statutory rather than constitutional, they nonetheless provided a layer of protections for lower court judges that imitated those afforded to higher court judges.

#### Constitutionalizing Judicial Independence

The advent of the *Charter of Rights and Freedoms*<sup>11</sup> in 1982, gave the Supreme Court the opportunity to constitutionalize the concept of judicial independence in the case of *Valente v. The Queen*.<sup>12</sup> *Valente* was a *Charter* claim that asked whether the guarantees of the independence of newly created provincially-appointed judges were sufficient to satisfy the requirement of “an open and public trial before an independent and impartial tribunal” under section 11(d).<sup>13</sup>

Justice Le Dain, writing for a unanimous court, defined judicial independence as the capacity of courts to function free from actual or apparent interference by external persons or institutions—and in particular the executive arm of government.<sup>14</sup> He distinguished judicial independence as it applies at the individual level versus the institutional level. The individual independence of a judge depends on the impartiality of a judge’s state of mind, while the institutional independence of a court depends on the administrative relationships of the court to the executive and legislative branches of government.<sup>15</sup>

Justice Le Dain also identified three “essential conditions” that lie “at the heart” of guaranteeing judicial independence.<sup>16</sup> He held that while the standard of judicial independence cannot be uniform across all courts, at minimum the standard must reflect these three essential conditions: security of tenure, financial security, and the institutional independence of judicial tribunals regarding matters directly affecting adjudication.

Security of tenure was described as requiring security “against interference by the executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary fashion.”<sup>17</sup> To ensure security of tenure, judges can only be removable for cause. Although constitutional guarantees of security of tenure are perhaps desirable, the statutory guarantees of security

3 *Ibid.*

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

6 *Constitution Act, 1867* (UK), 30 & 31 Vict, c 3, reprinted in RSC 1985, App II, No 5.

7 William R Lederman, “The Independence of the Judiciary” *Can Bar Rev* (1956) 34 769 at 769–1179.

8 *Ibid.*

9 McCormick, *supra* note 2 at 844.

10 *Ibid.*

11 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), c 11 [*Charter*].

12 *Valente v. The Queen*, [1985] 2 SCR 673 at para 18, 52 OR (2d) 779 [*Valente*].

13 *Charter*, *supra* note 11, s 11(d).

14 *Valente*, *supra* note 12.

15 *Ibid* at paras 20, 21.

16 *Ibid* at paras 26, 27.

17 *Ibid* at para 31.

adresse commune. La procédure de révocation était lourde à mettre en œuvre, et la révocation d'un juge ne pouvait avoir lieu que dans des circonstances très rares.<sup>3</sup>

Deuxièmement, l'*Act of Settlement* traitait des salaires des juges.<sup>4</sup> Cette loi exigeait que les salaires des juges soient « établis par le Parlement ». Ces salaires pouvaient être fixés uniquement pour une catégorie de juges au sein d'une cour donnée. La loi interdisait également la réduction des salaires des juges et interdisait l'ingérence du gouvernement dans le paiement du salaire de tout juge.

Troisièmement, cette loi stipulait que les juges étaient entièrement indépendants du Parlement et n'avaient pas de comptes à rendre aux acteurs des branches politiques du gouvernement.<sup>5</sup>

Dès le début, l'approche du Canada en matière d'indépendance de la magistrature a reflété celle de l'Angleterre. Les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>6</sup> reflètent les dispositions de l'*Act of Settlement*<sup>7</sup>. L'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* stipule que les juges des cours supérieures provinciales sont nommés à vie sous réserve de bonne conduite et peuvent être révoqués uniquement pour un motif valable à la suite d'une résolution conjointe des deux chambres du Parlement. L'article 100 stipule que les salaires des juges sont fixés par le Parlement et que tous les juges d'un même niveau de juridiction reçoivent le même salaire.

Une omission notable dans à la fois l'*Act of Settlement* et la *Loi constitutionnelle* concerne les décideurs concernant les juges des cours inférieures à volume élevé, qui ont été entièrement exclus des protections accordées à leurs homologues des cours supérieures.<sup>8</sup> Une série de changements introduits dans les années 1960-1970 par diverses autorités provinciales et fédérales a tenté de combler cette lacune. Plus importants encore, les tribunaux provinciaux de première instance ont été effectivement « judiciairisés », leur fonction ayant été transférée aux cours provinciales inférieures.<sup>9</sup>

Deux protections institutionnelles essentielles pour l'indépendance de la magistrature ont accompagné l'introduction des nouvelles cours provinciales inférieures.<sup>10</sup> La première protection institutionnelle était la création des conseils de la magistrature, qui étaient chargés de contrôler les nominations au poste de juge et d'enquêter sur les plaintes contre les juges. Même si un juge faisait l'objet d'une enquête par un conseil de la magistrature, il pouvait être révoqué uniquement pour un motif valable à l'issue d'une audience. La deuxième protection institutionnelle était la création du poste de juge en chef de la cour provinciale, dont le rôle était

d'exercer les fonctions administratives et de servir de tampon entre le pouvoir exécutif et les juges.

Bien que ces mesures aient été statutaires plutôt que constitutionnelles, elles ont néanmoins fourni un surcroît de protection aux juges des cours inférieures qui reflétait celle accordée aux juges des cours supérieures.

#### La constitutionnalisation de l'indépendance de la magistrature

L'établissement de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>11</sup> en 1982 a donné à la Cour suprême l'occasion de constitutionnaliser le concept d'indépendance de la magistrature dans l'arrêt *Valente c. La Reine*.<sup>12</sup> L'affaire *Valente* était une revendication fondée sur la *Charte* qui posait la question de savoir si les garanties de l'indépendance des nouveaux juges nommés par les autorités provinciales étaient suffisantes pour satisfaire à l'exigence que la justice soit rendue « par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable » en vertu de l'article 11(d).<sup>13</sup>

Le juge Le Dain, représentant une cour unanime, a défini l'indépendance de la magistrature comme la capacité des tribunaux à exercer leurs fonctions à l'abri de toute ingérence réelle ou apparente de personnes ou d'institutions extérieures – et en particulier de la branche exécutive du gouvernement.<sup>14</sup> Il a établi une distinction entre l'indépendance de la magistrature telle qu'elle s'applique au niveau individuel et telle qu'elle s'applique au niveau institutionnel. L'indépendance individuelle d'un juge dépend de l'impartialité de son état d'esprit, alors que l'indépendance institutionnelle d'un tribunal dépend des relations administratives entre le tribunal et les branches exécutive et législative du gouvernement.<sup>15</sup>

Le juge Le Dain a également indiqué trois « conditions essentielles » qui sont « au centre » de la protection de l'indépendance de la magistrature.<sup>16</sup> Il a estimé que bien que la norme d'indépendance de la magistrature ne puisse pas être uniforme dans toutes les cours, elle doit au moins refléter ces trois conditions essentielles : l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle des cours de justice concernant les questions qui touchent directement au jugement.

L'inamovibilité a été décrite comme exigeant que les juges soient « à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations ». <sup>17</sup> Pour garantir l'inamovibilité, les juges peuvent être révoqués uniquement pour un motif valable. Bien que des garanties constitutionnelles d'inamovibilité soient peut-être souhaitables,

3 *Ibid.*

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

6 *Loi constitutionnelle de 1867* (R.U.), 30 & 31 Victoria, ch. 3, réimprimée dans L.R.C. 1985, App II, No 5.

7 William R Lederman, "The Independence of the Judiciary" *The Canadian Bar Review* (1956) 34, p. 769-1179.

8 *Ibid.*

9 *McCormick, op. cit.*, note 2, p. 844.

10 *Ibid.*

11 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 de la *Loi constitutionnelle*, 1982, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (Royaume-Uni), ch. 11 [Charte].

12 *Valente c. La Reine*, [1985] 2 RCS 673, paragr. 18, 52 OR (2e) 779 [Valente].

13 *Charte, op. cit.*, note 11, art. 11(d).

14 *Valente, op. cit.*, note 12.

15 *Ibid.*, paragr. 20 et 21.

16 *Ibid.*, paragr. 26 et 27.

17 *Ibid.*, paragr. 31.

of tenure afforded to provincial court judges are adequate.<sup>18</sup> Justice Le Dain held that the second condition, financial security, is met where a right to a salary, and where appropriate a pension, is established by law and not subject to arbitrary interference by the executive.<sup>19</sup> Independence however does not require the setting of judicial salaries by the legislature rather than the executive, so long as the payors cannot use their power to influence judicial decision-making.<sup>20</sup>

The third essential condition for independence, the collective independence of tribunals, concerns the institutional independence of a court or tribunal regarding administrative matters. Not all administrative matters fall under the purview of the condition. It is only those that “directly and immediately” affect adjudication, including the “assignment of judges, sittings of the court, and court lists ... allocation of court rooms and direction of the administrative staff engaged in carrying out these functions.”<sup>21</sup>

By the end of the 1980s, several buttresses to judicial independence had crystallized. Through their introduction of institutional mechanisms to provide safeguards of independence in practice (judicial councils and chief judges), the provincial legislatures extended the judicial independence of the high courts to all courts. And through its decision in *Valente*, the Supreme Court validated these reforms, confirming that protections for judicial independence need not be constitutionally-mandated; statutory protections may suffice.<sup>22</sup> Simultaneously, the Court in *Valente* also constitutionalized the aspects of these reforms, by reading its “three essential conditions” back into section 11(d) of the *Charter* and confirming that mechanisms like judicial councils and chief judges satisfy the judicial independence mandated by section 11(d).<sup>23</sup>

A second shift regarding judicial independence took place in the 1990s, following a string of decisions by the Supreme Court on the issue. The bulk of these cases—*The Queen v. Beauguard*,<sup>24</sup> *MacKeigan v. Hickman*,<sup>25</sup> *R. v. Lippé*,<sup>26</sup> *R. v. Généreux*,<sup>27</sup> and *Ruffo v. Conseil de la magistrature*<sup>28</sup>—affirmed the principles articulated in *Valente*, and at times provided additional gloss on the decision. For example, *MacKeigan* provides an answer to the question of whether

judges have to account to government through any manner other than their written reasons for judgment (they do not), and whether they are accountable to anyone for their actions (they are, but only to judicial councils).<sup>29</sup>

*Lippé* addressed the issue of part-time judges, holding that part-time judges in and of themselves do not raise a reasonable apprehension of bias on an institutional level (but certain activities in which they may engage might). The Court [also] confirmed in *Lippé* that judicial independence is not simply a goal in and of itself. Rather, it is important as a means to the end of maintaining public confidence in the justice system.<sup>30</sup> This is because markers of judicial independence provide comfort to the public that signal that cases will be adjudicated fairly. As Joseph Raz explains:

Since [a] court’s judgment establishes conclusively what the law is in the case before it, the litigants can be guided by law only if the judges apply the law correctly. Otherwise, people will only be able to be guided by their best guesses as to what the courts are likely to do — but these guesses will not be based on the law but on other considerations ... The rules concerning the independence of the judiciary — the method of appointing judges, their security of tenure, the way of fixing their salaries, and other conditions of service — are designed to guarantee that they will be free from extraneous pressures and independent of all authority save that of the law.<sup>31</sup>

The most notable member of this ‘string’ of cases is *Beauguard*, which dealt with judicial pensions. In *Beauguard*, a unanimous Supreme Court provided a more detailed explanation of the difference between institutional and individual independence. Individual independence was explained to be the “core” of judicial independence, because it allows judges to fairly and justly adjudicate disputes before them.<sup>32</sup> In contrast, institutional independence arises out of the role of the courts as protectors of the values entrenched in the Constitution: the “rule of law, fundamental justice, equality, [and] preservation of the democratic process.”<sup>33</sup> Institutional independence is required to protect the function of judges as arbiters of constitutional disputes

18 *Ibid* at paras 28, 31.

19 *Ibid* at para 40.

20 *Ibid* at para 43.

21 *Ibid* at paras 47–48, 52.

22 Ian Greene, “The Doctrine of Judicial Independence Developed by the Supreme Court of Canada” (1988) 26:1 Osgoode Hall LJ 178 at 185.

23 McCormick, *supra* note 2 at 846.

24 *The Queen v. Beauguard*, [1986] 2 SCR 56, 1986 CanLII 24 [Beauguard].

25 *Mackeigan v. Hickman*, [1989] 2 SCR 796, 1989 CanLII 40 [Mackeigan].

26 *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114 [Lippé].

27 *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, 1992 CanLII 117 [Généreux].

28 *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 SCR 267, 1995 CanLII 49 [Ruffo].

29 *Mackeigan*, *supra* note 25.

30 *Lippé*, *supra* note 26 at 139.

31 Joseph Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979) at 212–13.

32 *Beauguard*, *supra* note 24 at 69

33 *Ibid* at 70.

les garanties statutaires d'inamovibilité accordées aux juges des cours provinciales sont adéquates.<sup>18</sup>

Le juge Le Dain a estimé que la deuxième condition, la sécurité financière, est remplie lorsque le droit à un salaire, et le cas échéant à une pension, est établi par la loi et n'est pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif.<sup>19</sup> L'indépendance n'exige toutefois pas que les salaires des juges soient fixés par le corps législatif plutôt que par le pouvoir exécutif, tant que les payeurs ne peuvent pas se servir de leur pouvoir pour influencer les prises de décision des juges.<sup>20</sup>

La troisième condition essentielle de l'indépendance, l'indépendance collective des tribunaux, concerne l'indépendance institutionnelle d'une cour ou d'un tribunal dans le domaine administratif. Toutes les questions administratives ne relèvent pas du champ de cette condition. Il s'agit uniquement de celles qui portent « directement et immédiatement » sur l'exercice des fonctions judiciaires, notamment « l'assignation des juges aux causes, les séances de la cour, le rôle de la cour... l'allocation de salles d'audience et la direction du personnel administratif qui exerce ces fonctions ».<sup>21</sup>

À la fin des années 1980, plusieurs renforts de l'indépendance de la magistrature s'étaient concrétisés. Grâce à l'introduction de mécanismes institutionnels pour donner des garanties de l'indépendance dans la pratique (conseils de la magistrature et juges en chef), les législatures provinciales ont étendu l'indépendance de la magistrature des cours supérieures à toutes les cours. Et par sa décision dans l'affaire *Valente*, la Cour suprême a validé ces réformes, confirmant que les protections de l'indépendance de la magistrature n'ont pas besoin d'être mandatées par la Constitution; les protections statutaires peuvent suffire.<sup>22</sup> Simultanément, la Cour suprême dans l'arrêt *Valente* a aussi constitutionnalisé des aspects de ces réformes, en intégrant ses « trois conditions essentielles » dans l'article 11(d) de la *Charte* et en confirmant que des mécanismes comme les conseils de la magistrature et les juges en chef répondent à l'exigence d'indépendance de la magistrature mandatée par l'article 11(d).<sup>23</sup>

Un deuxième virage en matière d'indépendance de la magistrature s'est opéré dans les années 1990, à la suite d'une série de décisions de la Cour suprême à ce sujet. La plupart de ces causes – *La Reine c. Bearegard*,<sup>24</sup> *MacKeigan c. Hickman*,<sup>25</sup> *R. c. Lippé*,<sup>26</sup> *R. c. Généreux*<sup>27</sup> et *Ruffo c. Conseil de la magistrature*<sup>28</sup> – ont affirmé les principes formulés dans l'arrêt *Valente* et ont parfois apporté des précisions

supplémentaires au sujet de cette décision. Par exemple, l'arrêt *MacKeigan* apporte une réponse à la question de savoir si les juges doivent rendre compte au gouvernement par d'autres moyens que les motifs écrits de leur jugement (ce n'est pas le cas), et s'ils doivent rendre compte de leurs actes à qui que ce soit (c'est le cas, mais uniquement aux conseils de la magistrature).<sup>29</sup>

L'arrêt *Lippé* a abordé la question des juges à temps partiel, estimant que les juges à temps partiel ne suscitent pas en soi une crainte raisonnable de partialité au niveau institutionnel (mais que certaines activités auxquelles ils peuvent se livrer risqueraient le faire). La Cour suprême a [également] confirmé dans l'arrêt *Lippé* que l'indépendance de la magistrature n'était pas simplement un but en soi. Par contre, elle est importante en tant que moyen d'atteindre l'objectif de maintenir la confiance du public à l'égard du système judiciaire.<sup>30</sup> En effet, les indicateurs de l'indépendance de la magistrature rassurent le public en signalant que les causes seront équitablement jugées. Comme l'explique Joseph Raz :

Étant donné que le jugement de la cour établit de manière concluante le droit applicable à l'affaire dont elle est saisie, les parties ne peuvent être guidées par la loi que si les juges appliquent correctement la loi. Sinon, les personnes pourront être guidées uniquement par leurs suppositions éclairées quant à ce que les cours sont susceptibles de faire – toutefois, ces suppositions ne seront pas fondées sur la loi mais sur d'autres considérations... Les règles concernant l'indépendance de la magistrature – le processus de nomination des juges, leur inamovibilité, la manière dont sont fixés leur salaire et leurs autres conditions d'emploi – sont destinées à garantir qu'ils seront à l'abri de toute pression extérieure et indépendants de toute autorité autre que celle de la loi.<sup>31</sup>

La plus remarquable parmi cette « kyrielle » de causes est l'affaire *Bearegard*, qui concernait les pensions des juges. Dans l'arrêt *Bearegard*, une Cour suprême unanime a fourni des explications plus détaillées sur la différence entre l'indépendance institutionnelle et l'indépendance individuelle. L'indépendance individuelle a été expliquée comme étant « l'essentiel » de l'indépendance de la magistrature, car elle permet aux juges de se prononcer de manière équitable et juste sur les litiges dont ils sont saisis.<sup>32</sup> En revanche, l'indépendance institutionnelle découle du rôle des cours à titre d'institutions protectrices des valeurs enchâssées dans la Constitution : « la primauté du droit, la justice fondamentale, l'égalité, la préservation du processus démocratique ».<sup>33</sup> L'indépendance institutionnelle est nécessaire

18 *Ibid.*, paragr. 28 et 31.

19 *Ibid.*, paragr. 40.

20 *Ibid.*, paragr. 43.

21 *Ibid.*, paragr. 47 à 48, 52.

22 Ian Greene, "The Doctrine of Judicial Independence Developed by the Supreme Court of Canada" (1988) 26:1 *Osgoode Hall Law Journal*, p. 178-185.

23 McCormick, *op. cit.*, note 2, p. 846.

24 *La Reine c. Bearegard*, [1986] 2 RCS 56, 1986, CanLII 24 [Bearegard].

25 *Mackeigan c. Hickman*, [1989] 2 RCS 796, 1989, CanLII 40 [Mackeigan].

26 *R. c. Lippé*, [1991] 2 RCS 114 [Lippé].

27 *R. c. Généreux*, [1992] 1 RCS 259, 1992 CanLII 117 [Généreux].

28 *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 RCS 267, 1995 CanLII 49 [Ruffo].

29 *Mackeigan*, *op. cit.*, note 25.

30 *Lippé*, *op. cit.*, note 26, 139.

31 Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford : Clarendon Press, 1979, p. 212-13.

32 *Bearegard*, *op. cit.*, note 24, p. 69.

33 *Ibid.*, p. 70.

between the state and individual rights-claimants, and between the provincial and federal governments.<sup>34</sup> The Court elevated judicial independence to the status of an unwritten constitutional principle, with the preamble of the Constitution constituting a “textual recognition” of its existence.<sup>35</sup> As with the rule of law, the hook for this interpretation is the fact that the preamble of the Constitution provides that it is “similar in principle to that of the United Kingdom.”

The PEI Reference and the Advent of the Compensation Commission

Although the Canadian Constitution does not explicitly declare the judiciary to be a separate organ of the state, the case law has developed a robust set of protections for judicial independence by reading the *Constitution Act, 1867* and the *Charter* broadly.<sup>36</sup> This is augmented by rich institutional arrangements directed towards the appointment of judges, judicial discipline, and remuneration.<sup>37</sup> Perhaps the most unique and important is the Compensation Commission, a hallmark of judicial independence in Canada constitutionalized by the Supreme Court in the *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*.<sup>38</sup>

The *PEI Reference* arose out of the austerity measures undertaken by provincial governments in the early 1990s. The measures were aimed at salary reductions for public sector employees working for their respective provincial governments. Because provincial judges were paid out of the provincial purse, the salary reductions affected them. This led to a series of court challenges originating in Prince Edward Island, Manitoba, and Alberta.<sup>39</sup> The challenges alleged that, as a consequence of the salary reductions, courts lacked the judicial independence required by section 11(d) of the *Charter*. The government of PEI, in response, directed a reference question to the provincial court of appeal. The Supreme Court of Canada consolidated these individual cases into a single appeal dealing with the issue of whether the salary reduction of judges by the provincial legislatures was constitutionally compliant.<sup>40</sup>

Chief Justice Lamer, writing for seven others, described the Court’s task as “explain[ing] the proper constitutional relationship between provincial court judges and provincial executives.”<sup>41</sup> The judgment is extensive, one of the Court’s longest, and it addresses in specific detail the development and characteristics of the concept of judicial independence.

The decision begins by acknowledging the roots of Canadian judicial independence in the English *Act of Settlement*, while also acknowledging that judicial independence has evolved through the enactment of the *Charter* to extend to judges of all courts, and not just judges of superior courts.<sup>42</sup> Chief Justice Lamer justified widening the scope of judicial independence by highlighting the central role that courts play in the basic structure of our system of government and protecting the Constitution.<sup>43</sup> The limits on the power of political institutions to affect judicial independence therefore go beyond those recognized expressly in the *Constitution* and the *Charter*, because judicial independence is an unwritten norm that is affirmed in the preamble to the *Constitution* (as recognized in *Beauregard*).<sup>44</sup>

Chief Justice Lamer endorsed Justice Le Dain’s division of judicial independence into two discrete “dimensions”: individual and institutional independence, with the former being represented by an impartial state of mind signaling an absence of bias, and the latter being tied to the status of the court, as defined by its relationship with others.<sup>45</sup> Each of the three core characteristics of judicial independence may have different repercussions for either individual or institutional independence.<sup>46</sup> Chief Justice Lamer suggested that, for example, security of tenure may attach to both collective and individual independence.<sup>47</sup> And although earlier cases like *Valente* and *Généreux* considered only how financial security affected individual independence, Chief Justice Lamer also confirmed that financial security similarly attaches to both individual and institutional independence.<sup>48</sup> On an individual level, a judge must be free from influence by financial incentives (or disincentives) when deciding cases. On an institutional level, courts must protect Constitutionalism in a manner that is “free from

34 *Ref re Remuneration of Judges of the Prov. Court of P.E.I.; Ref re Independence and Impartiality of Judges of the Prov. Court of P.E.I.*, [1997] 3 SCR 3; 1997 CanLII 317 at para 124 [*PEI Reference*].

35 *Beauregard*, *supra* note 24 at 72.

36 Micah B Rankin, “Mapping Judicial Independence: Toward a Comparative Taxonomy” (2013) 2 *Glob J of Comp L* 1 at 18-19.

37 *Ibid* at 19-20.

38 *PEI Reference*, *supra* note 34.

39 McCormick, *supra* note 2 at 847.

40 These cases were: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, R. v. Campbell*; *R. v. Ekmecic*; *R. v. Wickman*, *Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)*.

41 *PEI Reference*, *supra* note 34 at para 8.

42 *Ibid* at para 106.

43 *Ibid* at paras 108, 126.

44 *Ibid* at para 109.

45 *Ibid* at para 111.

46 *Ibid* at paras 118-119.

47 *Ibid* at para 120.

48 *Ibid* at paras 121-122.

pour protéger la fonction des juges en tant qu'arbitres des litiges constitutionnels entre l'État et les individus qui revendiquent leurs droits, et entre les gouvernements provinciaux et le gouvernement fédéral.<sup>34</sup> La Cour suprême a élevé l'indépendance de la magistrature au rang de principe constitutionnel non écrit et le préambule de la Constitution constitue une « reconnaissance écrite » de son existence.<sup>35</sup> Comme pour la primauté du droit, cette interprétation se fonde sur le fait que le préambule de la Constitution stipule qu'elle doit reposer « sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ».

Le Renvoi de l'Î.-P.-É. et la naissance des commissions d'examen de la rémunération

Bien que la Constitution canadienne ne déclare pas explicitement que le pouvoir judiciaire est un organe distinct de l'État, la jurisprudence a produit un ensemble robuste de protections pour l'indépendance de la magistrature en faisant une interprétation lâche de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la *Charte*.<sup>36</sup> À cela s'ajoutent de riches dispositions institutionnelles concernant la nomination, la discipline et la rémunération des juges.<sup>37</sup> La plus unique et la plus importante de celles-ci est probablement la commission d'examen de la rémunération des juges, emblème de l'indépendance de la magistrature au Canada qui a été constitutionnalisé par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*.<sup>38</sup>

Le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.* a résulté des mesures d'austérité entreprises par les gouvernements provinciaux au début des années 90. Ces mesures visaient à réduire les salaires des employés du secteur public travaillant pour leurs gouvernements provinciaux respectifs. Du fait que les juges provinciaux sont payés par les coffres provinciaux, ces réductions de salaire les ont touchés. Cela a conduit à une série de contestations judiciaires issues de l'Île-du-Prince-Édouard, du Manitoba et de l'Alberta.<sup>39</sup> Ces contestations alléguaient qu'en conséquence des réductions de salaire, les cours ne jouissaient plus de l'indépendance de la magistrature exigée par l'article 11(d) de la *Charte*. Le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard, en réponse, a soumis une question faisant l'objet d'un renvoi à la Cour d'appel provinciale. La Cour suprême du Canada a regroupé ces causes individuelles au sein d'un seul appel portant sur la question de savoir si les réductions du salaire des juges par les législatures provinciales étaient conformes à la Constitution.<sup>40</sup>

Le juge en chef Lamer, représentant sept autres juges, a décrit la tâche de la Cour suprême comme étant « d'expliquer quels sont les rapports constitutionnels que doivent entretenir les juges des cours provinciales et l'exécutif des provinces ». <sup>41</sup> Le jugement est très complet, l'un des plus longs rendus par la Cour suprême, et il traite de manière très détaillée l'évolution et les caractéristiques du concept d'indépendance de la magistrature.

L'arrêt commence par reconnaître que l'indépendance de la magistrature canadienne a ses racines dans la loi anglaise *Act of Settlement*, tout en reconnaissant également que l'indépendance de la magistrature a évolué grâce à la promulgation de la *Charte pour s'étendre* aux juges de tous les cours, et pas seulement aux juges des cours supérieures.<sup>42</sup> Le juge en chef Lamer a justifié l'élargissement de la portée de l'indépendance de la magistrature en soulignant le rôle central que jouent les cours dans la structure fondamentale de notre système de gouvernement et la protection de notre Constitution.<sup>43</sup> Les limites imposées au pouvoir des institutions politiques de porter atteinte à l'indépendance de la magistrature vont par conséquent au-delà de celles reconnues expressément dans la *Constitution* et la *Charte*, car l'indépendance de la magistrature est une norme tacite qui est affirmée dans le préambule de la *Constitution* (comme reconnu dans l'arrêt *Beauregard*).<sup>44</sup>

Le juge en chef Lamer a appuyé la séparation, établie par le juge Le Dain, de l'indépendance de la magistrature en deux « dimensions » distinctes : l'indépendance individuelle et l'indépendance institutionnelle, la première étant représentée par un état d'esprit impartial signalant une absence de parti pris, et la seconde étant liée au statut du tribunal, tel que défini par sa relation avec les autres institutions.<sup>45</sup> Chacune des trois caractéristiques essentielles de l'indépendance de la magistrature peut avoir des répercussions différentes sur l'indépendance individuelle et l'indépendance institutionnelle.<sup>46</sup> Le juge en chef Lamer a suggéré que, par exemple, l'immovibilité peut se rattacher à l'indépendance de la magistrature à la fois collective et individuelle.<sup>47</sup> Et bien que des causes antérieures comme *Valente* et *Généreux* aient envisagé uniquement l'impact de la sécurité financière sur l'indépendance individuelle, le juge en chef Lamer a également confirmé que la sécurité financière se rattache à la fois à l'indépendance individuelle et à l'indépendance institutionnelle.<sup>48</sup> Sur le plan individuel, un juge doit être à l'abri de toute influence liée à des motivations (ou des démotivations) financières lorsqu'il statue sur

34 *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 RCS 3; 1997 CanLII 317, paragr.124 [*Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.*].

35 *Beauregard*, *op. cit.*, note 24, p. 72.

36 Micah B. Rankin, "Mapping Judicial Independence : Toward a Comparative Taxonomy" (2013) 2 *Global Journal of Comparative Law* 1, p. 18-19.

37 *Ibid.*, p. 19-20.

38 *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.*, *op. cit.*, note 34.

39 McCormick, *op. cit.*, note 2, p. 847.

40 Ces affaires étaient les suivantes : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour prov. de l'Î.-P.-É.*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour prov. de l'Î.-P.-É.*; *R. c. Campbell*; *R. c. Ekmecic*; *R. c. Wickman*; *Manitoba Prov. Judges Assn. c. Manitoba (Justice)*.

41 *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.*, *op. cit.*, note 34, paragr. 8.

42 *Ibid.*, paragr. 106.

43 *Ibid.*, paragr. 108, 126.

44 *Ibid.*, paragr. 109.

45 *Ibid.*, paragr. 111.

46 *Ibid.*, paragr. 118-119.

47 *Ibid.*, paragr. 120.

48 *Ibid.*, paragr. 121-122.

political interference through economic manipulation” by political actors or political issues.<sup>49</sup>

Having considered the applicable constitutional principles that breathe life into the concept of judicial independence, Chief Justice Lamer next laid out the guiding principles in to be followed in setting judicial compensation. These are as follows:

- a) The salaries of provincial court judges may be reduced, increased, or frozen, but any such changes or freezes require approval through a special process for determining judicial remuneration that is independent, effective, and objective;<sup>50</sup>
- b) It is impermissible for the judiciary to engage in negotiations over remuneration with the executive or representatives of the legislature;<sup>51</sup>
- c) Any reduction to judicial remuneration, including reductions through the erosion of salaries by inflation, cannot take those salaries below a basic minimum level of remuneration that is required for judicial offices;<sup>52</sup>
- d) The protection of courts from political interference through economic manipulation requires that an independent body—a Judicial Compensation Commission—exist between the judiciary and other branches of government. The function of such Commissions is to depoliticize the process of determining changes to or freezes in judicial remuneration, which is accomplished by giving Commissions the task of issuing reports on the salaries and benefits of judges to the executive and the legislature;<sup>53</sup>
- e) If judicial review is sought after a government rejects the recommendations of a Judicial Compensation Commission, a reviewing court must inquire into the reasonableness of the factual foundation of the claim;<sup>54</sup>
- f) Financial security is a means to the end of judicial independence, and is therefore for the benefit of the public;<sup>55</sup>
- g) Although judges must ultimately be paid from the

public purse, they are not civil servants since civil servants are part of the executive, and judges, by definition, are independent of the executive.<sup>56</sup>

The most revolutionary aspect of the *PEI Reference*, and which received some cogent criticism, is the introduction of the Judicial Compensation Commission as an absolute constitutional requirement applicable to all Canadian judges and all Canadian courts. A Commission tasked with the responsibility of addressing judicial remuneration must meet three general criteria: it must be independent, objective, and effective.<sup>57</sup> Independence is achieved by granting members of the Commissions security of tenure, and ensuring they are appointed through a multilateral rather than unilateral process. Objectivity is achieved by mandating the Commission respond to “objective criteria, not political expediences” when considering submissions from government and judges.<sup>58</sup>

Effectiveness is achieved by prohibiting the government from freezing or reducing judicial salaries without first resorting to the Commission process. Although the requirement that a Commission be “effective” does not mandate that a commission report be binding, it also does not permit the executive and the legislature to simply ignore commission reports. For collective or institutional financial security to be meaningful, the commission process must have a meaningful impact on the decision to set judges’ salaries.<sup>59</sup> Governments must respond to a Commission’s report formally and promptly.<sup>60</sup> If a government rejects the recommendations of a judicial compensation commission, it must “articulate a legitimate reason” why it has chosen to depart from the recommendations of the commission. The applicable standard is a low one of “simple rationality.”<sup>61</sup>

The principles of judicial independence articulated in the *PEI Reference* were confirmed by the Court to apply to justices of the peace and their counterparts in other provinces in *Ell v. Alberta* because of their authority to exercise judicial functions.<sup>62</sup> Justices of the peace perform a number of functions—many of which have expanded over the years—that may significantly affect the rights and liberties of individuals engaged by the criminal justice process.<sup>63</sup> This nexus with the Constitution warrants the application of judicial independence protections to justices of the peace.<sup>64</sup>

49 *Ibid* at para 131.

50 *Ibid*.

51 *Ibid* at para 134.

52 *Ibid* at para 135.

53 *Ibid* at para 147.

54 *Ibid* at para 183.

55 *Ibid* at para 193.

56 *Ibid* at para 143.

57 *Ibid* at para 169.

58 *Ibid* at para 173.

59 *Ibid* at para 178.

60 *Ibid* at paras 179-180.

61 *Ibid* para 183.

62 *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 SCR 857 at para 17 [Ell].

63 *Ibid* at paras 4, 24.

64 *Ibid* at para 24.

des causes. Sur le plan institutionnel, les cours doivent protéger le constitutionnalisme de manière à ce que « la magistrature soit protégée contre l'ingérence politique des autres pouvoirs par le biais de la manipulation financière » exercée par des acteurs politiques ou des questions politiques.<sup>49</sup>

Après avoir envisagé les principes constitutionnels applicables qui animent le concept d'indépendance de la magistrature, le juge en chef Lamer a ensuite exposé les principes directeurs à appliquer pour établir la rémunération des juges. Ces principes sont les suivants :

- a) Les salaires des juges des cours provinciales peuvent être réduits, augmentés ou gelés, mais toute modification ou tout gel des salaires doit être approuvé par un processus spécial, qui soit indépendant, efficace et objectif, pour déterminer la rémunération des juges.<sup>50</sup>
- b) Il est inacceptable que la magistrature engage des négociations sur la rémunération avec le pouvoir exécutif ou les représentants du pouvoir législatif;<sup>51</sup>
- c) Toute réduction de la rémunération des juges, y compris les réductions dues à l'érosion des salaires par l'inflation, ne peut abaisser ces salaires en dessous du niveau minimum de rémunération de base requis par la charge de juge.<sup>52</sup>
- d) La protection des cours contre l'ingérence politique par le biais de la manipulation économique requiert l'interposition d'un organe indépendant – une commission d'examen de la rémunération des juges – entre le pouvoir judiciaire et les autres branches du gouvernement. La fonction de cette commission est de dépolitiser le processus de détermination des modifications ou des blocages de la rémunération des juges, ce qui est réalisé en confiant à la commission la tâche de fournir aux pouvoirs exécutif et législatif un rapport sur les salaires et autres avantages sociaux accordés aux juges.<sup>53</sup>
- e) Si un contrôle judiciaire est demandé après qu'un gouvernement a rejeté les recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges, la cour de révision doit enquêter sur le caractère raisonnable du fondement factuel de la revendication.<sup>54</sup>
- f) La sécurité financière est un moyen visant à atteindre l'objectif de l'indépendance de la magistrature, et est donc dans l'intérêt du public.<sup>55</sup>

- g) Bien que les juges doivent en bout de compte être payés sur les fonds publics, ils ne sont pas des fonctionnaires puisque les fonctionnaires font partie du pouvoir exécutif et que les juges sont, par définition, indépendants de l'exécutif.<sup>56</sup>

L'aspect le plus révolutionnaire du *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.*, et qui a fait l'objet de critiques pertinentes, est l'introduction de la commission d'examen de la rémunération des juges à titre d'exigence constitutionnelle absolue applicable à tous les juges et tribunaux canadiens. Une commission qui se voit confier la responsabilité d'établir la rémunération des juges doit satisfaire à trois critères généraux : elle doit être indépendante, objective et efficace.<sup>57</sup> L'indépendance est réalisée en accordant aux membres des commissions l'inamovibilité et en veillant à ce qu'ils soient nommés par le biais d'un processus multilatéral plutôt qu'unilatéral. L'objectivité est réalisée en imposant à la commission de s'appuyer « sur des critères objectifs, et non sur des raisons d'opportunisme politique » lorsqu'elle examine les arguments des gouvernements et des juges.<sup>58</sup>

L'efficacité est réalisée en interdisant au gouvernement de bloquer ou de réduire les salaires des juges sans recourir au préalable au processus de commission. Bien que l'exigence d'une commission « efficace » n'impose pas que le rapport de la commission ait force exécutoire, elle ne permet pas non plus au pouvoir exécutif et au pouvoir législatif d'ignorer simplement les rapports de commission. Pour que la sécurité financière collective ou institutionnelle soit concrète, le processus de commission doit avoir un impact concret sur la décision de fixer les salaires des juges.<sup>59</sup> Les gouvernements doivent répondre officiellement et rapidement au rapport d'une commission.<sup>60</sup> Si un gouvernement rejette les recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges, il doit « formuler un motif légitime » expliquant sa décision de s'écarter des recommandations de la commission. La norme applicable est celle, peu exigeante, de la « simple rationalité ». <sup>61</sup>

La Cour suprême a confirmé que les principes d'indépendance de la magistrature énoncés dans le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.* s'appliquaient aussi aux juges de paix et à leurs homologues des autres provinces dans l'arrêt *Ell c. Alberta* en raison de leur pouvoir d'exercer des fonctions judiciaires.<sup>62</sup> Les juges de paix exercent un certain nombre de fonctions – dont beaucoup ont été élargies au cours des années – qui peuvent avoir un impact important sur les droits et libertés des personnes impliquées dans le processus de justice pénale.<sup>63</sup> Ce lien avec la Constitution justifie l'application des

49 *Ibid.*, paragr. 131.

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*, paragr. 134.

52 *Ibid.*, paragr. 135.

53 *Ibid.*, paragr. 147.

54 *Ibid.*, paragr. 183.

55 *Ibid.*, paragr. 193.

56 *Ibid.*, paragr. 143.

57 *Ibid.*, paragr. 169.

58 *Ibid.*, paragr. 173.

59 *Ibid.*, paragr. 178.

60 *Ibid.*, paragr. 179-180.

61 *Ibid.*, paragr. 183.

62 *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 RCS 857, paragr. 17 [Ell].

63 *Ibid.*, paragr. 4 et 24.

*Bodner: Clarifying the Compensation Commission Process*

Shortly after the *PEI Reference*, a number of Judicial Compensation Commissions recommended substantial salary increases for provincial court judges. These increases were generally based on the increased volume of duties expected of judges, a desire to narrow the salary difference between provincial court judges with their federal counterparts, and overall strength in the economy.<sup>65</sup> Not all recommendations for salary increases were accepted by governments, and the Commissions sought judicial review of these decisions. In due course the issue of the scope and nature of governmental responses to Commission recommendations made its way back to the Supreme Court.

Like the consolidation in the *PEI Reference* before it, *Bodner v. Alberta* consisted of five individual appeals that were consolidated and decided together because they dealt with substantially the same issue. This time, the provinces from which the appeals originated were Ontario, Quebec, New Brunswick, and Alberta.<sup>66</sup> The Supreme Court of Canada opened its judgment by candidly expressing that it had hoped that the Compensation Commission model would de-politicize the judicial compensation process and remove friction between the judiciary and the government, but that instead the result had been to exacerbate tensions.<sup>67</sup> Accordingly, the Court set out to clarify the principles underlying Compensation Commissions, to avoid conflict from bubbling up in the future.<sup>68</sup>

A number of paragraphs of the decision are devoted to emphasizing the importance of judicial independence within the Canadian legal system. Judicial independence is described as “the lifeblood of constitutionalism in democratic societies.”<sup>69</sup> The judiciary’s role as guardians of the values embedded in the Constitution is reiterated. The purpose of judicial independence is again linked to protecting the Constitutional order and the proper administration of justice.<sup>70</sup>

The Court confirmed that Compensation Commissions are essential to maintaining the financial security of provincial court judges and are therefore a constitutional imperative. The function of a Compensation Commission is to act as a middle-party between the judiciary and the government, to receive evidence and submissions from both sides and from interested parties, and to make recommendations to the government at the end of the process. The Court also

confirmed that a Commission’s recommendations are just that—recommendations—and therefore are not binding on government (unless legislation has provided that the report is binding).<sup>71</sup>

While respecting the provincial legislature’s right to depart from a Commission’s recommendations, *Bodner* limits the manner in which this may be done. First, governments are required to seriously consider the recommendations offered, and must do so in good faith. Second, if a government decides to reject or vary a recommendation, it must articulate a legitimate reason for doing so. The reasons provided must be rational, which means they must meet a number of criteria.<sup>72</sup> Specifically, the reasons must state in what respect and to what extent they depart from any recommendations provided, clearly articulating the grounds for rejection or variation. They must address the Commission’s recommendations in a meaningful way and demonstrate that the Commission’s recommendations have been taken into account. A basis in fact and sound reasoning are required, as is compatibility with common law principles and the Constitution. The goal is to preclude any suggestion of attempting to manipulate the judiciary, while respecting the underlying public interest in having a commission process.

*Bodner* provides that, when faced with a judicial review application regarding a government’s refusal to follow a commission’s recommendations, the reviewing court must focus on the government’s response and on whether the purpose of the commission process has been achieved. The reviewing court should apply a three-stage test for determining the rationality of the government’s response<sup>73</sup>:

- a) Has the government articulated a legitimate reason for departing from the commission’s recommendations?
- b) Do the government’s reasons rely upon a reasonable factual foundation?
- c) Viewed globally, has the commission process been respected and have the purposes of the commission—preserving judicial independence and depoliticizing the setting of judicial remuneration—been achieved?

*Bodner* therefore represents an attempt to strike a middle-ground between respect for the role of legislatures for fiscal management, and protecting judicial independence. The decision walks a fine line between the two, entrenching the fundamental importance of judicial independence by reaffirming the significance of Commissions, while

65 Lori Sterling & Sean Hanley, “Judicial Independence Revisited” (2006) 34 Supreme Court L Rev 57 at 57.

66 The Compensation Appeals consisted of the following cases: *Provincial Court Judges’ Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*; *Ontario Judges’ Assn. v. Ontario (Management Board)*; *Bodner v. Alberta*; *Conference des Juges du Québec v. Québec (Attorney General)*; *Minc v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 SCR 286 [*Bodner*].

67 *Ibid* at para 12.

68 *Ibid*.

69 *Ibid* at para 4.

70 *Ibid* at para 6.

71 *Ibid* at paras 19-21.

72 *Ibid* at paras 22-27.

73 *Ibid* at para 31.

protections relatives à l'indépendance de la magistrature aux juges de paix.<sup>64</sup>

L'arrêt Bodner : éclaircissements sur le processus de commission d'examen de la rémunération

Peu après le *Renvoi de l'Î.-P.-É.*, un certain nombre de commissions d'examen de la rémunération des juges ont recommandé des augmentations de salaire importantes pour les juges des cours provinciales. Ces augmentations étaient généralement basées sur l'accroissement du volume des fonctions attendues des juges, le désir de réduire la différence de salaire entre les juges des cours provinciales et leurs homologues fédéraux, et la robustesse de l'économie.<sup>65</sup> Les recommandations d'augmentation de salaire n'ont pas toutes été acceptées par les gouvernements, et les commissions ont demandé un contrôle judiciaire de ces décisions. Le moment venu, la question de la portée et de la nature des réponses des gouvernements aux recommandations des commissions a été renvoyée devant la Cour suprême.

Comme dans le *Renvoi de l'Î.-P.-É.* qui l'a précédé, l'affaire *Bodner c. Alberta* comportait cinq appels individuels qui ont été regroupés et jugés ensemble parce qu'ils portaient essentiellement sur la même question. Cette fois, les provinces d'où étaient issus les appels étaient l'Ontario, le Québec, le Nouveau-Brunswick et l'Alberta.<sup>66</sup> La Cour suprême du Canada a commencé son jugement en exprimant candidement qu'elle avait espéré que le modèle de commission d'examen de la rémunération dépolitiserait le processus de rémunération des juges et éliminerait les frictions entre le pouvoir judiciaire et le gouvernement, mais qu'au contraire, il avait eu pour résultat d'exacerber les tensions.<sup>67</sup> Par conséquent, la Cour a entrepris d'éclaircir les principes qui sous-tendent les commissions d'examen de la rémunération, afin d'éviter que des conflits ne surgissent à l'avenir.<sup>68</sup>

Un certain nombre de paragraphes dans la décision s'attachent à souligner l'importance de l'indépendance de la magistrature au sein du système de justice canadien. L'indépendance de la magistrature est décrite comme un « élément vital du caractère constitutionnel des sociétés démocratiques ». <sup>69</sup> Le rôle de la magistrature en tant que gardienne des valeurs enchâssées dans la Constitution est réitéré. L'objectif de l'indépendance de la magistrature est lié une fois encore à la protection de l'ordre constitutionnel et à la bonne administration de la justice.<sup>70</sup>

La Cour a confirmé que les commissions d'examen de la rémunération sont essentielles au maintien de la sécurité financière des juges des cours provinciales et constituent donc un impératif constitutionnel. La fonction d'une commission d'examen de la rémunération est de servir d'intermédiaire

entre le pouvoir judiciaire et le gouvernement, de recueillir les preuves et les arguments des deux parties et des autres parties intéressées, et de faire des recommandations au gouvernement à l'issue du processus. La Cour a également confirmé que les recommandations d'une commission sont simplement cela – des recommandations – et qu'elles n'ont donc pas force exécutoire pour le gouvernement (à moins que la législation ne stipule que le rapport est exécutoire).<sup>71</sup>

Tout en respectant le droit des législatures provinciales de s'écarter des recommandations d'une commission, l'arrêt *Bodner* limite la manière dont cela peut se faire. Tout d'abord, les gouvernements sont tenus d'examiner sérieusement les recommandations proposées, et ils doivent le faire en toute bonne foi. Deuxièmement, si un gouvernement décide de rejeter ou de modifier une recommandation, il doit formuler un motif légitime pour le faire. Les motifs fournis doivent être rationnels, ce qui signifie qu'ils doivent satisfaire à un certain nombre de critères.<sup>72</sup> Plus précisément, les motifs doivent indiquer en quoi et dans quelle mesure le gouvernement s'écartere des recommandations fournies, en exposant clairement les raisons du rejet ou de la modification. Le gouvernement doit répondre aux recommandations de la commission de manière concrète et démontrer que les recommandations de la commission ont été prises en compte. Un fondement factuel et un raisonnement solide sont exigés, tout comme la compatibilité avec les principes de la common law et la Constitution. L'objectif est d'exclure tout soupçon de tentative de manipulation de la magistrature, tout en respectant l'intérêt public qui sous-tend l'existence d'un processus de commission.

L'arrêt *Bodner* stipule que, face à une demande de contrôle judiciaire concernant le refus d'un gouvernement de se conformer aux recommandations d'une commission, le juge saisi du contrôle judiciaire doit se concentrer sur la réponse du gouvernement et sur la question de savoir si l'objectif du processus de commission a été atteint. Le juge doit appliquer une analyse en trois étapes pour déterminer la rationalité de la réponse<sup>73</sup> du gouvernement :

- a) Le gouvernement a-t-il justifié sa décision de s'écarter des recommandations de la commission par un motif légitime?
- b) Les motifs invoqués par le gouvernement reposent-ils sur un fondement factuel raisonnable?
- c) Dans l'ensemble, le processus d'examen par une commission a-t-il été respecté et les objectifs de la commission – préserver l'indépendance de la magistrature et dépolitiser l'établissement de la rémunération des juges – ont-ils été atteints?

64 *Ibid.*, paragr. 24.

65 Lori Sterling & Sean Hanley, "Judicial Independence Revisited" (2006) 34 *Supreme Court Law Review* 57, p. 57.

66 Les recours relatifs à la rémunération comportaient les affaires suivantes : *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 RCS 286 [*Bodner*].

67 *Ibid.*, paragr. 12.

68 *Ibid.*

69 *Ibid.*, paragr. 4.

70 *Ibid.*, paragr. 6.

71 *Ibid.*, paragr. 19-21.

72 *Ibid.*, paragr. 22-27.

73 *Ibid.*, paragr. 31.

simultaneously making it clear that provincial legislatures are not categorically beholden to Commissions. The decision essentially sets up a feedback loop between Commissions, the government, and the judiciary themselves, encouraging constant cross-talk among the three (with judges and the government making submissions to the Commission, the Commission making recommendations to the government, and the judiciary reviewing challenges to the government's decisions changes/variations of the Commission's recommendations).

## PART II: COMPENSATION COMMISSIONS IN ACTION: EXPERIENCES FROM BRITISH COLUMBIA AND ONTARIO

In this section, I examine on-the-ground experiences with Judicial Compensation Commissions, by focusing on two provinces: British Columbia and Ontario. I discuss the post-*Bodner* litigation around judicial compensation, which has commenced shortly after the 2010 Commission delivered its recommendations and has continued up until the present day. I contrast British Columbia with Ontario, where litigation between judges and the provincial government has been completely absent post-*Bodner*, mostly owing to the binding nature of Commission recommendations in Ontario.

### *Ongoing Litigation in British Columbia*

Litigation around judicial compensation in British Columbia has been ongoing for the better half of a decade. The issues arise out of the conduct of the process under the *Judicial Compensation Act*,<sup>74</sup> which established the Compensation Commission responsible for determining the remuneration, benefits, and allowances of provincial judges in British Columbia.

When the Supreme Court rendered its decision in the *PEI Reference* obligating governments to establish Judicial Compensation Commissions, British Columbia was ahead of the game. The precursor to the current *JCA* was already in existence.<sup>75</sup>

Under the *JCA*, provincial court judges, as represented by the BC Provincial Court Judges' Association, must rely on the process provided under the statute regarding compensation. The executive branch is permitted to formulate a response to a Compensation Commission's recommendations, but only the Legislative Assembly has the authority to make a final determination.

The *JCA* provides that Compensation Commissions are to be created every three years. In carrying out its duties, a Commission may receive submissions and hold hearings, and with the consent of the Attorney General, retain consultants.<sup>76</sup> At the end of the process, the Commission is to report to the Attorney General and the Chief Judge of the Provincial Court "on all matters respecting the remuneration, allowances and benefits of judges"<sup>77</sup> and "make recommendations with respect to those matters for each of the next 3 fiscal years."<sup>78</sup>

Each triennial Commission consists of five individuals. Two members are appointed by the Attorney General, and two by the Chief Judge of the Provincial Court, ensuring that both sides of the table are represented. At least one of each pair must be a non-lawyer. Together, those four members then choose a fifth to chair the Commission.<sup>79</sup>

The recommendations of the first Commission that was struck following *Bodner*, in 2007, proposed "healthy" salary increases. These were adopted by the government of the time without issue.<sup>80</sup> However since 2007 (in 2010, 2013, and 2016) the government has refused to adopt Commission recommendations wholesale. This change in stance has been attributed to an economic downturn that tempered enthusiasm for a pay bump.<sup>81</sup>

As set forth below, I discuss in some detail the regrettable saga of the recommendations of the 2010, 2013, and 2016 Commission recommendations which ended up in judicial review, allegations of bad faith, appeals to the B.C. Court of Appeal, and generally a rather disheartening situation.

The first set of Commission recommendations that became the subject of litigation in the post-*Bodner* era were those of the 2010 Commission, which dealt with salaries for the fiscal years of 2010-11 though to 2012-13. That year, the Commission did not recommend any salary increases for two out of the first three fiscal years, but it did seek to increase salaries for the third fiscal year to keep pace with inflation. The government's response to the 2010 report of the Commission was provided in May 2011. Unsurprisingly, it accepted the recommendations of no increase for years one and two, but rejected the increase for year three. Its position was that it had adopted a "net-zero" public sector mandate, which applied to judicial salaries.

A judicial review was sought and granted: Mr. Justice Macaulay quashed the government's resolution and sent it back for reconsideration.<sup>82</sup> Justice Macaulay took issue with

74 SBC 2003, c 59 [JCA].

75 *Provincial Court Judges' Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2016 BCSC 1420 at para 8 [PCJA 2016].

76 *Ibid* at para 10.

77 *JCA*, *supra* note 74 at s 5(1)(a).

78 *Ibid* at 5(1)(b).

79 *PCJA 2016*, *supra* note 75 at para 10.

80 *Ibid* at para 27.

81 *Provincial Court Judges' Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 BCCA 136 at para 35 [PCJA 2015].

82 *Provincial Court Judges' Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1022 [PCJA 2012].

L'arrêt *Bodner* représente donc une tentative de trouver un compromis entre le respect du rôle des législatures en matière de gestion financière et la protection de l'indépendance de la magistrature. La décision établit un équilibre délicat entre les deux en ancrant l'importance fondamentale de l'indépendance de la magistrature et en réaffirmant l'importance des commissions, tout en indiquant clairement et simultanément que les législatures provinciales ne sont pas catégoriquement subordonnées aux commissions. La décision établit essentiellement une rétroaction en boucle entre les commissions, le gouvernement et la magistrature proprement dite, en encourageant un dialogue constant entre les trois (les juges et le gouvernement soumettent des arguments à la commission, la commission fait des recommandations au gouvernement et la magistrature examine les contestations éventuelles des changements ou des modifications apportés par le gouvernement aux recommandations de la commission).

## PARTIE II : LES COMMISSIONS D'EXAMEN DE LA RÉMUNÉRATION EN ACTION : L'EXPÉRIENCE EN COLOMBIE-BRITANNIQUE ET EN ONTARIO

Dans cette section, j'examine les expériences sur le terrain des commissions d'examen de la rémunération des juges, en mettant l'accent sur deux provinces : la Colombie-Britannique et l'Ontario. J'aborde les litiges postérieurs à l'arrêt *Bodner* au sujet de la rémunération des juges, qui ont débuté peu après que la Commission 2010 ait remis ses recommandations et qui se poursuivent encore aujourd'hui. Je montre le contraste entre la Colombie-Britannique et l'Ontario, où les litiges entre les juges et le gouvernement provincial ont complètement disparu après l'arrêt *Bodner*, principalement en raison du caractère exécutoire des recommandations de la commission ontarienne.

### Litiges en cours en Colombie-Britannique

Les litiges relatifs à la rémunération des juges en Colombie-Britannique durent depuis près d'une demi-décennie. Les problèmes découlent du déroulement du processus prévu par la *Judicial Compensation Act* ou *JCA* (loi sur la rémunération des juges)<sup>74</sup>, qui a établi la commission d'examen de la rémunération chargée de déterminer les salaires, les avantages sociaux et les indemnités des juges provinciaux en Colombie-Britannique.

Lorsque la Cour suprême a rendu sa décision dans le cadre du *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.*, obligeant les gouvernements à instituer des commissions d'examen de la rémunération des juges, la Colombie-Britannique était en avance sur son temps. Le précurseur de la loi actuelle existait déjà.<sup>75</sup>

En vertu de la *JCA*, les juges de la Cour provinciale, représentés par l'association des juges de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique, doivent invoquer le processus stipulé dans l'acte

concernant la rémunération. Le pouvoir exécutif est autorisé à formuler une réponse aux recommandations de la commission d'examen de la rémunération, mais seule l'Assemblée législative est habilitée à prendre l'ultime décision.

La *JCA* stipule qu'une commission d'examen de la rémunération doit être créée tous les trois ans. Dans l'exercice de ses fonctions, une commission peut recevoir des arguments et tenir des audiences et, avec l'accord du procureur général, faire appel à des consultants.<sup>76</sup> À l'issue de ce processus, la commission doit faire un rapport au procureur général et au juge en chef de la Cour provinciale « sur toutes les questions concernant le salaire, les indemnités et les avantages sociaux des juges »<sup>77</sup> et « faire des recommandations à ce sujet pour chacun des trois prochains exercices financiers ».<sup>78</sup>

Chaque commission triennale est composée de cinq membres. Deux membres sont nommés par le procureur général et deux membres sont nommés par le juge en chef de la Cour provinciale, ce qui garantit que les deux parties sont représentées. Un membre au moins de chaque partie ne doit pas être juriste. Ensemble, ces quatre membres en choisissent ensuite un cinquième pour présider la commission.<sup>79</sup>

Les recommandations de la première commission établie à la suite de l'arrêt *Bodner*, en 2007, proposaient des augmentations salariales « généreuses ». Celles-ci ont été adoptées sans problème par le gouvernement de l'époque.<sup>80</sup> Toutefois, depuis 2007 (en 2010, 2013 et 2016), le gouvernement a refusé d'adopter les recommandations de la commission dans leur intégralité. Ce changement de posture a été attribué à un ralentissement de l'économie qui a tempéré l'enthousiasme du gouvernement en faveur des hausses de salaire.<sup>81</sup>

Comme présenté ci-dessous, je décris en détail la regrettable saga des recommandations des commissions de 2010, 2013 et 2016 qui ont toutes abouti à un contrôle judiciaire, à des allégations de mauvaise foi, à un recours auprès de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et, dans l'ensemble, à une situation plutôt affligeante.

Les premières recommandations d'une commission ayant l'objet d'un litige à l'époque qui a suivi l'affaire *Bodner* ont été celles issues de la Commission 2010, qui portaient sur les salaires pour les exercices financiers allant de 2010-2011 à 2012-2013. Cette année-là, la commission n'a recommandé aucune augmentation de salaire pour deux des trois premiers exercices, mais elle a demandé une hausse de salaire pour le troisième exercice afin de suivre le rythme de l'inflation. La réponse du gouvernement au rapport de la Commission 2010 a été fournie en mai 2011. Bien entendu, il a accepté les recommandations de ne pas augmenter les salaires pour le premier et le deuxième exercice, mais il a rejeté l'augmentation demandée pour le troisième exercice financier. Il a fait valoir qu'il avait adopté un mandat « net-zéro » pour le secteur public, qui s'appliquait aussi aux salaires des juges.

74 SBC 2003, c 59 [JCA].

75 *Provincial Court Judges' Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2016 BCSC 1420, paragr. 8 [PCJA 2016].

76 *Ibid.*, paragr. 10.

77 *JCA*, *op. cit.*, note 74, art. 5(1)(a).

78 *Ibid.*, 5(1)(b).

79 *PCJA 2016*, *op. cit.*, note 75, paragr. 10.

80 *Ibid.*, paragr. 27.

81 *Provincial Court Judges' Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 BCCA 136, paragr. 35 [PCJA 2015].

the government's internal consideration process in rejecting the recommendations, as significant weight had been placed on the fact that if judicial salaries were to increase, the salaries of a number of other public employees which were linked to judicial salaries would also have to increase. Justice Macaulay commented that the salary linkage justification was "questionable," because any reliance on salary linkage by the government to validate its position would be unconstitutional.<sup>83</sup>

Justice Macaulay ultimately concluded that the government's response to the Commission's recommendations was neither legitimate nor rational, because of its repeated invocation of the "net-zero" mandate and its failure to turn its mind to the constitutional requirements inherent in the judicial compensation process. Specifically, he said:<sup>84</sup>

In standing by its "net-zero" mandate argued before the JCC and reiterating it is the principal basis for concluding that the recommended increase was unreasonable, the government diverted its attention from the evidence and conclusions of the commission as they relate to the constitutional requirements applicable to setting the salaries and benefits of judges. No party, including the [Association], disagreed that judges must share the burden of economic downturns but that does not entitle government to avoid real involvement in the constitutional process for determining the salaries and benefits of judges. Instead, the primary concern of government throughout appears to have been to avoid the potential impact of accepting recommendations on other public sector bargaining units.

The government's failure to adhere in good faith to the constitutional principles motivating the judicial compensation process resulted in a special costs order against it.<sup>85</sup>

In accordance with Justice Macaulay's judgment, the government reconsidered its response to the 2010 recommendations, issuing its reasons in March 2013. The 0% increase recommended for the first two years was adopted, while the increase for fiscal 2013/14 was rejected as unfair and unreasonable. The government proposed to set the increase for that year at 1.5% (as opposed to the recommended 4.9%).<sup>86</sup> Two reasons were provided for this rejection:

1. It rests upon a conclusion, unsupported by evidence, that salaries for Provincial Court Judges should be set as closely as possible to those of the superior courts; and
2. It rests upon a fiscal forecast that was overly optimistic.

The Association sought a second judicial review of these reasons. The proceeding was held in December 2013—after the Compensation Commission had already delivered its 2013 report and recommendations in August, 2013, but before the legislature had responded. Mr. Justice Savage, the reviewing judge, upheld the government's second response to the 2010 recommendations.<sup>87</sup>

By the time Justice Savage had rendered his decision, disagreements around the 2013 report of the Compensation Commission had already begun. The report recommended the following three salary increases across 2014-2017: 2.9%, 1.5%, and 2%.<sup>88</sup> In response, the government passed the following increases in 2014: 1.0%, 1.5%, and 1.5% respectively. It therefore accepted the recommendation for year two, but reduced the amounts recommended for years one and three.<sup>89</sup>

After the 2013 recommendations were varied, the Provincial Court Judge's Association's appeal of Justice Savage's decision was allowed. The British Columbia Court of Appeal quashed the legislature's second consideration of the 2010 recommendations.<sup>90</sup> The government sought leave to appeal to the Supreme Court, which was denied, implying that the Court did not see fit to interfere with the Court of Appeal's decision.

The government's missteps in issuing its second-round response to the 2010 recommendations was its reliance on 2013 financial circumstances and its use of new reasons in justifying its rejection of the recommendations. Mr. Justice Chiasson, held that it was unacceptable to retroactively apply 2013 circumstances to a consideration that should have been made three years earlier. The 2010 Commission's recommendations were made on prospective financial data; the Legislative Assembly could not use 2013 results or new projections in reconsidering these recommendations, as that would distort the process.<sup>91</sup> Justice Chiasson also raised a concern that if the government was allowed to rely on new data with every reconsideration of an earlier report, the Provincial Judges' Association should similarly be allowed to rely on new data in litigating

83 *Ibid* at para 60.

84 *Ibid* at para 73.

85 *Ibid* at paras 15-16.

86 *PCJA 2016*, *supra* note 75 at para 38.

87 *Provincial Court Judges' Association of British Columbia v British Columbia (Attorney General)*, 2014 BCSC 336 [*PCJA 2014*].

88 *PCJA 2016*, *supra* note 75 at para 49.

89 *Ibid* at para 50.

90 *PCJA 2015*, *supra* note 81.

91 *Ibid* at para 37.

Un contrôle judiciaire a été demandé et accordé : le juge Macaulay a rejeté la résolution du gouvernement et l'a renvoyée pour réexamen.<sup>82</sup> Le juge Macaulay a contesté le processus d'examen interne du gouvernement justifiant le rejet des recommandations, car un poids important avait été accordé à la notion que, si les salaires des juges augmentaient, les salaires d'un certain nombre d'autres employés du secteur public liés aux salaires des juges devraient également augmenter. Le juge Macaulay a fait la remarque que cette justification par le lien entre les salaires était « douteuse », car tout recours au lien entre les salaires par le gouvernement pour prouver la justesse de sa position serait inconstitutionnel.<sup>83</sup>

Le juge Macaulay a finalement conclu que la réponse du gouvernement aux recommandations de la commission n'était ni légitime ni rationnelle, du fait qu'il invoquait de manière répétée le mandat « net-zéro » et qu'il avait négligé de se pencher sur les exigences constitutionnelles inhérentes au processus de rémunération des juges. Plus précisément, il a déclaré :<sup>84</sup>

En s'en tenant au mandat « net-zéro » qu'il a fait valoir devant la CERJ et en réitérant qu'il s'appuie principalement là-dessus pour conclure que l'augmentation recommandée était déraisonnable, le gouvernement a détourné son attention des preuves et des conclusions fournies par la commission en liaison avec les exigences constitutionnelles applicables à l'établissement des salaires et des avantages sociaux des juges. Aucune partie, y compris [l'association], n'a contesté le fait que les juges doivent partager le poids des ralentissements économiques, mais cela ne donne pas au gouvernement le droit d'éviter de véritablement participer au processus constitutionnel de détermination des salaires et des avantages sociaux des juges. Par contre, la principale préoccupation du gouvernement semble avoir constamment été d'éviter l'impact potentiel d'une acceptation des recommandations sur les autres unités de négociation du secteur public.

Le refus du gouvernement d'adhérer de bonne foi aux principes constitutionnels qui motivent le processus d'examen de la rémunération des juges a entraîné une ordonnance de dépens à son endroit.<sup>85</sup>

Conformément à la décision du juge Macaulay, le gouvernement a réexaminé sa réponse aux recommandations 2010, et a remis ses motifs en mars 2013. L'augmentation de 0 % recommandée pour les deux premiers exercices a été adoptée, tandis que l'augmentation recommandée pour l'exercice 2013-2014 a été rejetée comme étant injuste et déraisonnable. Le gouvernement a proposé de fixer l'augmentation pour cet exercice à 1,5 % (au lieu des 4,9 % recommandés).<sup>86</sup> Deux motifs ont été invoqués pour justifier ce rejet :

1. Cela repose sur une conclusion, non étayée par des preuves, selon laquelle les salaires des juges des cours provinciales devraient se rapprocher aussi étroitement que possible de ceux des juges des cours supérieures; et
2. cela repose sur des prévisions budgétaires trop optimistes.

L'association a demandé un second contrôle judiciaire au sujet de ces motifs. Les audiences se sont tenues en décembre 2013, après la remise en août 2013 du rapport 2013 et des recommandations de la commission d'examen de la rémunération, mais avant que la législature n'y ait répondu. Le juge Savage, saisi du contrôle judiciaire, a confirmé la deuxième réponse du gouvernement aux recommandations 2010.<sup>87</sup>

Au moment où le juge Savage a rendu sa décision, des désaccords avaient déjà surgi au sujet du rapport 2013 de la commission d'examen de la rémunération. Le rapport recommandait trois hausses de salaire pour la période 2014-2017 : 2,9 %, 1,5 % et 2 %.<sup>88</sup> En réponse, le gouvernement a adopté les augmentations salariales suivantes en 2014 : 1 %, 1,5 % et 1,5 % respectivement. Il a donc accepté la recommandation pour le deuxième exercice, mais a réduit les montants recommandés pour le premier et le troisième exercice.<sup>89</sup>

Après la modification des recommandations 2013, l'appel de l'association des juges de la Cour provinciale contre la décision du juge Savage a été accueilli. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté le deuxième examen des recommandations 2010 par la législature.<sup>90</sup> Le gouvernement a demandé l'autorisation de se pourvoir en appel devant la Cour suprême, qui lui a été refusée, ce qui signifie que cette dernière n'a pas jugé bon d'intervenir dans la décision de la Cour d'appel.

Les faux pas du gouvernement lors de sa deuxième réponse aux recommandations 2010 ont été de s'appuyer sur la situation financière de 2013 et d'invoquer de nouveaux motifs pour justifier son rejet des recommandations. Le juge Chiasson a estimé qu'il était inacceptable d'appliquer rétroactivement les conditions économiques de 2013 à un examen qui aurait dû être fait trois ans plus tôt. Les recommandations de la Commission 2010 portaient sur des données financières prospectives; l'Assemblée législative ne pouvait pas utiliser les résultats économiques de 2013 ou de nouvelles projections économiques pour réexaminer ces recommandations, car cela fausserait le processus.<sup>91</sup> Le juge Chiasson a également exprimé la crainte que si le gouvernement était autorisé à s'appuyer sur de nouvelles données à chaque réexamen d'un rapport antérieur, l'association des juges provinciaux devrait également être autorisée à s'appuyer sur de nouvelles données pour contester les réponses du gouvernement. Cette approche aurait toutefois des conséquences intolérables, dans la mesure où le processus d'examen de la rémunération ne

82 *Provincial Court Judges' Association of British Columbia v British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1022 [PCJA 2012].

83 *Ibid.*, paragr. 60.

84 *Ibid.*, paragr. 73.

85 *Ibid.*, paragr. 15-16.

86 *PCJA 2016*, *op. cit.*, note 75, paragr. 38.

87 *Provincial Court Judges' Association of British Columbia v British Columbia (Attorney General)*, 2014 BCSC 336 [PCJA 2014].

88 *PCJA 2016*, *op. cit.*, note 75, paragr. 49.

89 *Ibid.*, paragr. 50.

90 *PCJA 2015*, *op. cit.*, note 81.

91 *Ibid.*, paragr. 37.

governmental responses. This approach however would lead to untenable consequences, in that there would be no end in sight for the compensation review process.<sup>92</sup> Because the Court of Appeal's decision would have resulted in a third reconsideration were the matter remitted to the legislature yet again, the Court instead opted to issue a declaration entitling judges to the recommendations of the 2010 report.<sup>93</sup>

While issues arising from the 2010 Report were laid to rest by the BCCA's decision in 2015, the recommendations from the 2013 process have still not been formally adopted. On March 24, 2014, the Legislative Assembly unanimously passed a resolution accepting some, but not all, recommendations of the 2013 Judges Compensation Commission. It rejected recommendations regarding salary and pension and substituted salary increases of a lesser amount.

After the government's decision to vary the 2013 recommendations, the Provincial Court Judges' association launched another judicial review. The overlap of the litigation around the 2010 and 2013 recommendations created an unprecedented wrinkle at this stage: the BCCA's 2015 order to increase judicial salaries for fiscal 2013/14 resulted in an increase of \$5,500 more than was originally anticipated by the Legislative Assembly's deliberations regarding the 2013 Commission's recommendations. The March 2014 resolution was therefore based on legal obligations of salaries that were later altered by court order, "a consequence not intended, proposed or discussed by anyone."<sup>94</sup>

Mr. Justice Grauer heard the application for judicial review. He began his judgment by noting that the Court had been called upon to assess the propriety of the legislature's remuneration of judges "for the third time in four years."<sup>95</sup> After setting out the tangled web of facts that had led up to the proceeding before him, he set out to review whether the government's variation of the 2013 recommendations was justifiable as rational (it was not).

Justice Grauer equated the government's reasoning—focused on its goals of debt reduction and fiscal restraint in the context of the economic outlook—as exactly the sort of reasoning that was rejected in *Bodner*.<sup>96</sup> The government had failed to point to how or why the 2013 Commission's recommendations were unfair and unreasonable, as required by the *JCA*.<sup>97</sup>

In Justice Grauer's view, the government had treated the Commission's recommendations "as just another step in a bargaining process." In espousing its fiscal restraint rationale it had "ignored the fact that judges are not public servants but a distinct branch of government."<sup>98</sup> The government's decision regarding the recommendations was quashed. Although Justice Grauer's judgment was made in the midst of the 2016 Commission process, he declined to instruct the legislature how to proceed and instead remitted the response back to the Legislative Assembly for reconsideration.<sup>99</sup>

Justice Grauer's judgment was appealed by the Attorney General, with a cross-appeal in kind by the Provincial Judges' Association. The Court of Appeal's decision was released in early 2017. Madam Justice Saunders agreed that the government's resolution regarding the 2013 recommendation should be quashed, but for different reasons. She considered the 2015 BCCA decision regarding the 2010 recommendation as having "so altered the legal foundation for the Legislative Assembly's resolution that ... the resolution [wa]s fatally flawed."<sup>100</sup> The litigation around the 2010 recommendation had created a change of legal obligations upon the legislature such that the resolution regarding the 2013 recommendation existed in a "make-believe landscape."<sup>101</sup> The only appropriate recourse was to accord the Legislative Assembly the opportunity to consider these recommendations afresh, in light of the 2015 BCCA decision.<sup>102</sup>

The impetus for Justice Saunderson's ruling was a desire to accord the necessary respect to the legislature's deliberations.<sup>103</sup> Additionally, she voiced a concern regarding the ongoing animosity surrounding the Commission process. Not allowing the legislature to reconsider the 2013 recommendations "would only give weight to what has become a false premise, further moving this process, already fraught with artificiality because the parties cannot negotiate with each other to resolve the tangle, into a world of pretend."<sup>104</sup>

The BCCA's decision was published on February 7, 2017. The Commission's final report for 2016, dealing with fiscal years 2017-18 though to 2019-20, was tabled on February 23, 2017.<sup>105</sup> Although the Legislative Assembly has not since addressed the report, subsection 6(2) and subsection 6(3) of

92 *Ibid* at para 38.

93 *Ibid* at para 55.

94 *PCJA 2016*, *supra* note 75 at para 57.

95 *Ibid* at para 1.

96 *Ibid* at para 83.

97 *JCA*, *supra* note 74 at s 6(2).

98 *PCJA 2016*, *supra* note 75 at para 89.

99 *Ibid* at paras 111-115.

100 *Provincial Court Judges' Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2017 BCCA 63 at para 4 [*PCJA 2017*].

101 *Ibid* at paras 5, 19.

102 *Ibid*.

103 *Ibid* at paras 19-20.

104 *Ibid* at para 19.

105 British Columbia, Legislative Assembly, Hansard, 40th Leg, 6th Sess, Vol 42, No 1 (23 February 2017) at 13785.

se terminerai jamais.<sup>92</sup> Du fait que la décision de la Cour d'appel aurait entraîné un troisième réexamen si la question avait été renvoyée une fois de plus à la législature, cette cour a préféré opter pour une déclaration permettant aux juges de bénéficier des recommandations du rapport 2010.<sup>93</sup>

Bien que les questions découlant du rapport 2010 aient été tranchées par la décision de la Cour d'appel de la C.-B. en 2015, les recommandations de la Commission 2013 n'ont toujours pas été officiellement adoptées. Le 24 mars 2014, l'Assemblée législative a adopté à l'unanimité une résolution acceptant certaines des recommandations de la commission d'examen de la rémunération des juges 2013, mais pas toutes. Elle a rejeté les recommandations concernant les salaires et les pensions et les a remplacées par des hausses de salaire plus réduites.

À la suite de la décision du gouvernement de modifier les recommandations 2013, l'association des juges de la Cour provinciale a engagé un autre contrôle judiciaire. Le chevauchement des litiges au sujet des recommandations 2010 et 2013 a créé un hiatus sans précédent à ce stade : l'ordonnance de la Cour d'appel de la C.-B. de 2015 visant à augmenter les salaires des juges pour l'exercice 2013-2014 a entraîné une augmentation de 5 500 dollars de plus que ce qui avait été initialement prévu lors des délibérations de l'Assemblée législative concernant les recommandations de la Commission 2013. La résolution de mars 2014 était donc basée sur des obligations légales en matière de salaires qui ont ensuite été modifiées par une ordonnance judiciaire, « une conséquence qui n'a été ni voulue, ni proposée, ni discutée par personne ».<sup>94</sup>

Le juge Grauer a été saisi de la demande de contrôle judiciaire. Il a commencé son jugement en notant que la Cour avait été appelée à évaluer la légitimité de la rémunération des juges par la législature « pour la troisième fois en quatre ans ».<sup>95</sup> Après avoir exposé l'imbroglio de faits qui avait conduit à la plainte dont il était saisi, il a entrepris de déterminer si la modification des recommandations 2013 par le gouvernement était justifiable parce que rationnelle (ce n'était pas le cas).

Le juge Grauer a estimé que le raisonnement du gouvernement – axé sur ses objectifs de réduction de la dette et de restriction budgétaire dans le contexte des perspectives économiques – était exactement le type de raisonnement qui avait été rejeté dans l'arrêt *Bodner*.<sup>96</sup> Le gouvernement avait négligé d'indiquer en quoi ou pourquoi les recommandations de la Commission 2013 étaient injustifiées et déraisonnables, comme l'exigeait la loi sur la rémunération des juges.<sup>97</sup> De l'avis du juge Grauer, le gouvernement avait traité les recommandations de la commission « comme une

simple étape de plus dans le processus de négociation ». En adoptant sa logique de restriction budgétaire, il avait « ignoré le fait que les juges ne sont pas des fonctionnaires mais une branche distincte du gouvernement ».<sup>98</sup> La décision du gouvernement concernant les recommandations a été cassée. Bien que le jugement du juge Grauer ait été rendu au cours du processus de Commission 2016, il a refusé de donner des instructions à la législature sur la manière de procéder et a préféré renvoyer la réponse à l'Assemblée législative pour réexamen.<sup>99</sup>

La décision du juge Grauer a fait l'objet d'un appel par le procureur général, avec un appel incident de même nature de l'association des juges provinciaux. La décision de la Cour d'appel a été rendue au début de l'année 2017. Le juge Saunders a convenu que la résolution du gouvernement concernant les recommandations 2013 devait être rejetée, mais pour des motifs différents. Elle a estimé que la décision de la Cour d'appel en 2015 concernant les recommandations 2010 avait « tellement modifié le fondement juridique de la résolution de l'Assemblée législative que... cette résolution était irrémédiablement déficiente ».<sup>100</sup> Le litige à propos des recommandations 2010 a entraîné une modification des obligations légales imposées à la législature de sorte que la résolution concernant les recommandations 2013 existait dans un « contexte illusoire ».<sup>101</sup> Le seul recours approprié était d'accorder à l'Assemblée législative la possibilité d'examiner à nouveau ces recommandations, à la lumière de la décision 2015 de la Cour d'appel.<sup>102</sup>

La décision de la juge Saunders a été motivée par une volonté d'accorder le respect nécessaire aux délibérations de la législature.<sup>103</sup> En outre, elle a exprimé des inquiétudes concernant l'animosité constante entourant le processus de commission. Ne pas permettre à la législature de réexaminer les recommandations 2013 « ne ferait que donner davantage de poids à ce qui est devenu une fausse prémisse, ce qui conduirait ce processus, déjà truffé d'artifices parce que les parties ne peuvent pas négocier directement entre elles pour résoudre l'imbroglio, dans un monde de faux-semblants ».<sup>104</sup>

La décision de la Cour d'appel de la C.-B. a été publiée le 7 février 2017. Le rapport final de la Commission 2016, qui porte sur les exercices financiers 2017-2018 à 2019-2020, a été déposé le 23 février 2017.<sup>105</sup> Bien que l'Assemblée législative n'ait pas encore abordé ce rapport, les paragraphes 6(2) et 6(3) de la *Judicial Compensation Act* (loi sur la rémunération des juges) l'obligent à le faire dans un délai de 16 jours de séance – sinon, les recommandations du rapport seront réputées acceptées.

92 *Ibid.*, paragr. 38.

93 *Ibid.*, paragr. 55.

94 *PCJA 2016, op. cit.*, note 75, paragr. 57.

95 *Ibid.*, paragr. 1.

96 *Ibid.*, paragr. 83.

97 *JCA, op. cit.*, note 74, art. 6(2).

98 *PCJA 2016, op. cit.*, note 75, paragr. 89.

99 *Ibid.*, paragr. 111 à 115.

100 *Provincial Court Judges' Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2017 BCCA 63, paragr. 4 [*PCJA 2017*].

101 *Ibid.*, paragr. 5 et 19.

102 *Ibid.*

103 *Ibid.*, paragr. 19-20.

104 *Ibid.*, paragr. 19.

105 British Columbia, Legislative Assembly, *Hansard*, 40th Leg, 6th Sess, Vol 42, No 1 (23 février 2017) à 13785.

the *Judicial Compensation Act* requires it to do so within 16 sitting days —otherwise, the report’s recommendations will be deemed to be accepted.

The 2013 report was tabled at the same time as its 2016 counterpart. Neither the *JCA* nor the *BCCA*’s 2016 decision set out timelines for its reconsideration, so the Legislative Assembly has resolved to bring forward a reconsideration in accordance with the timelines set out in section 6. The reconsideration of the 2013 report must therefore also be issued within 16 sitting days, or the report’s recommendations will go into effect as is.

One of the most ironic observations arising out of the BC experience is the amount of litigation that occurred in the post-*Bodner* years, cumulating in three Superior Courts and two Court of Appeal decisions to-date. In comparison, between 1990-2010 there was only one instance of judge-government litigation in British Columbia, in reaction to the government’s response to the recommendations of the 1995 Compensation Commission.<sup>106</sup> *Bodner*, which ostensibly set out to reduce the frequency of conflict arising out of judicial compensation, has not had the intended effect in British Columbia.

#### Ontario’s Approach to Binding Recommendations

The Ontario experience regarding judicial compensation has been markedly more peaceful as compared to that of its West Coast counterpart. This is mostly attributable to Ontario’s approach to judicial compensation, which makes a Commission’s salary recommendations binding on the government.

Prior to 1990, recommendations regarding judicial compensation in Ontario were largely ignored by the government, with some limited exceptions.<sup>107</sup> This state of affairs changed dramatically in November 1992, when the judicial compensation process underwent significant reform. Ontario’s obligations under the judicial compensation process have since been set out by the Framework Agreement, a Schedule to the *Courts of Justice Act*.<sup>108</sup> The Framework Agreement provides for the jurisdiction and terms of reference of Judicial Compensation Commissions. The single most important aspect of the Agreement is that it imposes a binding process for salaries. In Ontario, a Commission’s salary recommendations are not merely recommendations, they are binding awards, which the government is obligated to accept.<sup>109</sup> The government retains discretion only with regard to recommendations around pensions.<sup>110</sup>

Otherwise, the Commission process in Ontario is similar to British Columbia’s. Compensation Commissions are formed on a three-year cycle. Each Commission’s mandate covers judges’ compensation, including salaries, pensions and other benefits. The Commission process involves an inquiry into the appropriate level of salaries, during which the Commission must consider the parties’ submissions and may hold hearings and consider submissions from groups.<sup>111</sup>

The Commission appointment process also mirrors British Columbia’s, with one appointment made by the Lieutenant Governor in Council, a second appointment reserved for the Ontario Conference of Judges, and the third being made jointly by the parties. The main difference is that Ontario Commissions are composed of three members, while B.C. Commissions have five.

As a result of the Framework Agreement, conflict around judicial compensation between judges and the Ontario government has been low. The Framework Agreement’s binding salary award provision ensures that there is little room for judicial review of government decisions under the Agreement. There have only been two instances of litigation between judges and the Ontario government since 1992.

The first occurred when the Ontario government rejected the pension recommendations of the 1998 Commission, as they were entitled to do. The judges sought judicial review of the government’s decision and lost at first instance,<sup>112</sup> as well as at the Ontario Court of Appeal.<sup>113</sup> Their appeal to the Supreme Court was one of the five appeals that formed the basis for *Bodner*. The Court upheld the Ontario government’s decision, because its reasons for rejecting the pension recommendations met the test of simple rationality. For added context, it bears repeating that the recommendations at issue were limited to aspects of judges’ pensions. The salary increase coming out of this same Commission—which was *de facto* accepted under the Agreement—was 28% over three years.

The second instance of litigation arose out of the Ontario government’s refusal to implement the salary award of the 2004 Commission. A change of government had occurred in October 2003, directly preceding the 2004 Commission’s findings, which were released in December 2003. The new government came into office to find the “cupboard was bare,” that is, a larger deficit than it

106 *Re Judicial Compensation Commission (1996)*, 139 DLR (4th ) 325 (BCSC) at para 15, [1997] 4 WWR 619.

107 Graeme Bowbrick, “Judicial Compensation in Canada: An Examination of the Judicial Compensation Experience in Selected Canadian Jurisdictions, 1990-2010” LL.M. thesis, University of British Columbia, March 2013, Database 10.14288/1.0071914 at 161  
 <online: <https://open.library.ubc.ca/cIRcle/collections/ubctheses/24/items/1.0071914>>.

108 R.S.O 1990, c C.43, Schedule A [Framework Agreement].

109 *Ibid*, s 2.

110 *Ibid*, s 27.

111 *Ontario Conference of Judges v. Ontario (Management Board)* (2004), 71 OR (3d) 528 (Ont SCJ) at para 52, 2004 CanLII 3281 [OJA 2004].

112 *Ibid* at para 1.

113 *Ontario Judges’ Association v Ontario (Management Board of Cabinet)* (2003), 67 OR (3d) 641 (CA), 233 DLR (4th) 711 [OJA 2003].

Le rapport 2013 a été présenté en même temps que son homologue 2016. Ni la loi sur la rémunération des juges ni la décision de la Cour d'appel de 2016 ne fixent de délai pour son réexamen. L'Assemblée législative a donc décidé de procéder au réexamen au sein du délai fixé dans l'article 6. Le réexamen du rapport 2013 doit donc également avoir lieu dans un délai de 16 jours de séance, ou bien les recommandations du rapport entreront en vigueur telles quelles.

L'une des observations les plus ironiques découlant de l'expérience en Colombie-Britannique est le nombre de litiges survenus dans les années qui ont suivi l'arrêt *Bodner*, qui se sont soldés jusqu'à présent par trois décisions des cours supérieures et deux décisions de la Cour d'appel. En comparaison, entre 1990 et 2010, il n'y a eu qu'un seul exemple de litige entre les juges et le gouvernement en Colombie-Britannique, en réaction à la réponse du gouvernement aux recommandations de la commission d'examen de la rémunération de 1995.<sup>106</sup> L'arrêt *Bodner*, qui visait ostensiblement à réduire la fréquence des conflits liés à la rémunération des juges, n'a pas eu l'effet escompté en Colombie-Britannique.

#### *L'approche de l'Ontario : des recommandations exécutoires*

L'expérience de l'Ontario en matière d'établissement de la rémunération des juges a été nettement plus pacifique que celle de son homologue de la Côte ouest. Cela est dû principalement à l'approche de l'Ontario concernant la rémunération des juges, selon laquelle les recommandations salariales de la commission ont force exécutoire pour le gouvernement.

Avant 1990, les recommandations concernant la rémunération des juges en Ontario étaient en grande partie ignorées par le gouvernement, à quelques exceptions près.<sup>107</sup> Cet état de fait a changé radicalement en novembre 1992, lorsque le processus d'examen de la rémunération des juges a fait l'objet d'une réforme importante. Les obligations du gouvernement de l'Ontario dans le cadre du processus d'établissement de la rémunération des juges ont depuis lors été définies par la convention cadre, une annexe à la *Loi sur les tribunaux judiciaires*.<sup>108</sup> La convention cadre stipule la compétence et le mandat des commissions d'examen de la rémunération des juges. L'aspect le plus important de la convention est qu'elle impose un processus exécutoire à propos des salaires. En Ontario, les recommandations salariales d'une commission ne sont pas simplement des recommandations, mais des taux de salaire exécutoires que le gouvernement est obligé d'accepter.<sup>109</sup> Le gouvernement conserve un pouvoir discrétionnaire uniquement en ce qui concerne les recommandations relatives aux pensions.<sup>110</sup>

À part cela, le processus de commission en Ontario est similaire à celui de la Colombie-Britannique. Les commissions d'examen de la rémunération sont constituées selon un cycle de trois ans. Le

mandat de chaque commission couvre la rémunération des juges, y compris les salaires, les pensions et autres avantages sociaux. Le processus de commission comporte une enquête sur les taux de salaire appropriés, au cours de laquelle la commission doit examiner les arguments des parties et peut tenir des audiences pour tenir compte des arguments d'autres groupes.<sup>111</sup>

Le processus de nomination aux commissions reflète également celui de la Colombie-Britannique : un membre est nommé par le lieutenant-gouverneur en conseil, un deuxième est nommé par la Conférence des juges de l'Ontario, et un troisième est nommé conjointement par les deux parties. La principale différence est que les commissions de l'Ontario sont composées de trois membres, alors que celles de la Colombie-Britannique en comptent cinq.

En conséquence de la convention cadre, les conflits entre les juges et le gouvernement de l'Ontario concernant la rémunération des juges ont été rares. La disposition exécutoire de la convention cadre concernant les taux de salaire accordés garantit qu'il y a peu de chances de contrôle judiciaire des décisions du gouvernement. Depuis 1992, il n'y a eu que deux cas de litiges entre des juges et le gouvernement de l'Ontario.

Le premier s'est produit lorsque le gouvernement de l'Ontario a rejeté les recommandations de la Commission 1998 sur les pensions, comme il en avait le droit. Les juges ont demandé un contrôle judiciaire de la décision du gouvernement et ont perdu en première instance,<sup>112</sup> ainsi qu'à la Cour d'appel de l'Ontario.<sup>113</sup> Leur requête en pourvoi auprès de la Cour suprême était l'un des cinq appels qui ont constitué le fondement de l'affaire *Bodner*. La Cour suprême a confirmé la décision du gouvernement de l'Ontario, car ses motifs pour rejeter les recommandations en matière de pension satisfaisaient au critère de la simple rationalité. Pour un complément de contexte, il convient de répéter que les recommandations en question concernaient uniquement certains aspects des pensions des juges. L'augmentation de salaire accordée par cette même commission – qui a été de *facto* acceptée en vertu de la convention – était de 28 % sur trois ans.

Le deuxième litige a découlé du refus du gouvernement de l'Ontario d'appliquer le taux salarial accordé par la Commission 2004. Un changement de gouvernement était intervenu en octobre 2003, juste avant que la Commission 2004 ne rende ses conclusions, qui ont été annoncées en décembre 2003. Lors de son entrée en fonction, le nouveau gouvernement a constaté que « les coffres étaient vides », c'est-à-dire que le déficit était plus important que prévu.<sup>114</sup> Bien que le nouveau gouvernement n'ait pas demandé à la commission de reconsidérer sa position, comme il y était autorisé par la convention cadre, il a refusé de mettre en œuvre les recommandations.

106 *Re Judicial Compensation Commission (1996)*, 139 DLR (4th) 325 (BCSC), paragr.15, [1997] 4 WWR 619.

107 Graeme Bowbrick, "Judicial Compensation in Canada: An Examination of the Judicial Compensation Experience in Selected Canadian Jurisdictions, 1990-2010", thèse de maîtrise en droit, University of British Columbia, mars 2013, base de données 10.14288/1.0071914, p.161. En ligne : <https://open.library.ubc.ca/cIRcle/collections/ubctheses/24/items/1.0071914>.

108 LRO 1990, c C.43, Appendice A [Convention cadre].

109 *Ibid.*, art. 2.

110 *Ibid.*, art. 27.

111 *Ontario Conference of Judges v. Ontario (Management Board)* (2004), 71 OR (3d) 528 (Ont SCJ), paragr. 52, 2004 CanLII 3281 [OJA 2004].

112 *Ibid.*, paragr. 1.

113 *Ontario Judges' Association v. Ontario (Management Board of Cabinet)* (2003), 67 OR (3d) 641 (CA), 233 DLR (4th) 711 [OJA 2003].

114 *Ibid.*, paragr. 58.

expected.<sup>114</sup> Although the new government did not make an application to the Commission for reconsideration, as it was authorized to do under the Framework Agreement, the government also declined to implement the recommendations.

In accordance with the Framework Agreement, the Ontario government had sixty days to implement the Commission's salary awards. The deadline came and passed with no action by Ontario, prompting the Ontario Conference of Judges to commence a judicial review application. The Province responded with a cross-appeal for an order setting aside the Commission's report and directing it to reconsider its recommendations. A panel of three judges at the Divisional Court confirmed that under the Framework Agreement, commission salary awards are statutorily-binding.<sup>115</sup>

The Court censured the resort that had been made to its processes, stating that, "[e]very reasonable measure should be taken to avoid the necessity of having these matters reviewed judicially."<sup>116</sup> The reconsideration provision of the Framework Agreement allowed for internal remedies within the purview of the Commission's power of reconsideration. The Court held that resort to the Commission under this provision is a precondition to judicial review of post-decision disputes. The government's failure to first exhaust the reconsideration process was a sufficient ground to dismiss the government's cross-application and grant the Ontario Conference of Judges' application.<sup>117</sup>

The Divisional Court's decision was not appealed. Nor has there been any litigation since between Ontario's judges and legislature regarding judicial remuneration. Again, this seems in large part due to the binding nature of salary recommendations on the legislature, a conclusion that is supported by the amount of litigation that has occurred over the past decade between Ontario and judicial officials (justices of the peace, masters, and deputy judges).

Unlike judges, the recommendations of the Commission with respect to the remuneration of other judicial officers are non-binding, and therefore a number of these recommendations have been rejected or varied, resulting in judicial review applications. Although some of these applications have been successful for judicial officers in terms of expanding protections for their independence or upholding the

recommendations of Compensation Commissions,<sup>118</sup> this has not always been the case.<sup>119</sup>

### **PART III: DISQUIETING TRENDS AND ISSUES AROUND JUDICIAL COMPENSATION COMMISSIONS**

The role of Judicial Compensation Commissions in safeguarding judicial independence has received relatively little academic attention. A scant few papers have been written on the topic, with most focused around the two landmark Supreme Court judgments in the *PEI Reference* and *Bodner*. Additionally, several academic commentators have briefly considered judicial compensation in the context of papers addressing different topics, but have not made it the main focal point. This is somewhat surprising, particularly given what is now a seven-year saga between judges and the British Columbia government. At the same time, it may simply be a symptom of the fact that most Canadians view their judiciary to be impartial and independent.<sup>120</sup> Since there is no perceived problem in Canada when it comes to judicial independence, perhaps most commentators are content to let sleeping dogs lie.

In this section, I address the observations of the few pertinent academic commentaries I could locate, and include some of my own reflections on the unresolved issues around Judicial Compensation Commissions.

#### *Judicial Compensation Process: Adversarial as Opposed to Inquisitorial*

The *PEI Reference* had the unintended consequence of converting salary discussions between the judiciary and the government to litigation.<sup>121</sup> The Court in *Bodner* attempted to stem the outflow of litigation that resulted from the recommendations of Compensation Commissions post-*PEI Reference* by setting a high standard for judicial review on government decisions with respect to a Commission's recommendations.<sup>122</sup>

Lori Sterling and Sean Hanley have written that perhaps a better resolution would have been to soften the strict limits placed on negotiation in the *PEI Reference*, as the ability to discuss salary issues in a more informal, mediated setting may go a long way in depoliticizing relations.<sup>123</sup> The *PEI Reference* provides a disincentive to seek any sort of

114 *Ibid* at para 58.

115 *OCJ 2004*, *supra* note 111 at para 57.

116 *Ibid* at para 55.

117 *Ibid* at paras 54-60.

118 *Assn. of Justices of Peace of Ontario*, 2016 ONSC 6001 (Div Ct); *Masters' Assn. of Ontario v. Ontario*, 2011 ONCA 243; *Ontario Deputy Judges Assn. v. Ontario*, 80 OR (3d) 481 (CA), 2006 CarswellOnt 3137.

119 *Association of Justices of the Peace of Ontario v. Her Majesty the Queen in Right of the Province of Ontario*, 2014 ONSC 6130 (Div Ct); *Ontario Deputy Judges Assn. v. Ontario*, 2009 CarswellOnt 3976 (Div Ct), 179 ACWS (3d) 348.

120 Ian Greene, *The Courts* (Vancouver: University of British Columbia Press, 2006) at 92.

121 Sterling & Hanley, *supra* note 65 at 76.

122 *Ibid*.

123 *Ibid* at 77.

Conformément à la convention cadre, le gouvernement de l'Ontario disposait de soixante jours pour mettre en œuvre les taux de salaires accordés par la commission. La date limite a été franchie et dépassée sans que rien ait été fait par le gouvernement de l'Ontario, ce qui a amené la Conférence des juges de l'Ontario à introduire une demande de contrôle judiciaire. Le gouvernement provincial a répondu par un appel incident pour solliciter une ordonnance rejetant le rapport de la commission et lui ordonnant de reconsidérer ses recommandations. Un panel de trois juges de la Cour divisionnaire a confirmé qu'en vertu de la convention cadre, les taux de salaire accordés par la commission ont légalement force exécutoire.<sup>115</sup>

La Cour divisionnaire a critiqué le recours à ses procédures, déclarant que « toute mesure raisonnable devrait être prise pour éviter la nécessité que ces questions fassent l'objet d'un contrôle judiciaire ». <sup>116</sup> La disposition de réexamen de la convention cadre permettait des recours internes dans le cadre de la compétence de réexamen de la commission. La Cour a estimé que le recours à la commission en vertu de cette disposition était une condition préalable au contrôle judiciaire des litiges ultérieurs à une décision. Le fait que le gouvernement n'ait pas d'abord mis en œuvre le processus de réexamen était un motif suffisant pour rejeter sa demande reconventionnelle et accéder à la demande de la Conférence des juges de l'Ontario.<sup>117</sup>

La décision de la Cour divisionnaire n'a pas fait l'objet d'un appel. Il n'y a pas eu non plus de litiges depuis lors entre les juges et la législature de l'Ontario concernant la rémunération. Une fois encore, cela semble dû en grande partie au caractère exécutoire des recommandations salariales pour la législature, conclusion qui est corroborée par le nombre de litiges qui ont surgi au cours de la dernière décennie entre l'Ontario et les officiers de justice (juges de paix, protonotaires et juges adjoints).

Contrairement à ce qui se passe pour les juges, les recommandations de la commission concernant la rémunération des autres officiers de justice n'ont pas force exécutoire et, par conséquent, bon nombre de ces recommandations ont été rejetées ou modifiées, ce qui a donné lieu à des demandes de contrôle judiciaire. Bien que les officiers de justice aient obtenu gain de cause dans certaines de ces demandes au sujet de l'élargissement des protections de leur indépendance ou du respect des recommandations des commissions d'examen de la rémunération<sup>118</sup>, cela n'a pas toujours été le cas.<sup>119</sup>

<sup>115</sup> *OJC 2004, op. cit.*, note 111, paragr. 57.

<sup>116</sup> *Ibid.*, paragr. 55.

<sup>117</sup> *Ibid.*, paragr. 54-60.

<sup>118</sup> *Assn. of Justices of Peace of Ontario*, 2016 ONSC 6001 (Div Ct); *Masters' Assn. of Ontario v. Ontario*, 2011 ONCA 243; *Ontario Deputy Judges Assn. v. Ontario*, 80 OR (3d) 481 (CA), 2006 CarswellOnt 3137.

<sup>119</sup> *Association of Justices of the Peace of Ontario v. Her Majesty the Queen in Right of the Province of Ontario*, 2014 ONSC 6130 (Div Ct); *Ontario Deputy Judges Assn. v. Ontario*, 2009 CarswellOnt 3976 (Div Ct), 179 ACWS (3d) 348.

<sup>120</sup> Ian Greene, *The Courts*, Vancouver : University of British Columbia Press, 2006, p. 92.

<sup>121</sup> Sterling & Hanley, *op. cit.*, note 65, p. 76.

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 77.

### PARTIE III : TENDANCES ET ENJEUX INQUIÉTANTS CONCERNANT LES COMMISSIONS D'EXAMEN DE LA RÉMUNÉRATION DES JUGES

Le rôle des commissions d'examen de la rémunération des juges dans la sauvegarde de l'indépendance de la magistrature a reçu relativement peu d'attention de la part des universitaires. Quelques rares articles ont été écrits sur le sujet, et la plupart étaient axés sur les deux arrêts notables de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.* et l'affaire *Bodner*. En outre, plusieurs commentateurs universitaires ont brièvement abordé la rémunération des juges dans le contexte d'articles traitant d'autres sujets, mais sans que cela soit le thème central. Ceci est quelque peu surprenant, surtout compte tenu de ce qui est maintenant une saga de sept ans entre les juges et le gouvernement de la Colombie-Britannique. En même temps, cela peut simplement illustrer le fait que la plupart des Canadiens considèrent que leur système judiciaire est impartial et indépendant.<sup>120</sup> Vu qu'il n'y a pas de problème perçu au Canada en matière d'indépendance de la magistrature, la plupart des commentateurs préfèrent peut-être de ne pas réveiller le chat qui dort.

Dans cette section, j'aborde les observations faites dans les quelques commentaires universitaires pertinents que j'ai pu trouver, et je partage quelques-unes de mes propres réflexions sur les questions non résolues à propos des commissions d'examen de la rémunération des juges.

#### Le processus d'examen de la rémunération des juges : approche adversative plutôt qu'investigative

Le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.* a eu pour conséquence fortuite de tourner en litige les négociations salariales entre la magistrature et le gouvernement.<sup>121</sup> La Cour suprême dans l'arrêt *Bodner* a tenté d'endiguer le flot des litiges issus des recommandations des commissions d'examen de la rémunération à la suite du *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.* en établissant une exigence stricte pour le contrôle judiciaire des décisions des gouvernements concernant les recommandations d'une commission.<sup>122</sup>

Lori Sterling et Sean Hanley ont écrit qu'une meilleure solution aurait peut-être été d'assouplir les strictes limites imposées à la négociation dans le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.*, car la possibilité de discuter des questions salariales dans un cadre de médiation plus informel pourrait largement contribuer à dépolitiser les relations.<sup>123</sup> Le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.* dissuade les parties de rechercher une entente quelconque en dehors du processus de commission (ce qui est motivé par l'inquiétude que la négociation ne donne lieu à une crainte raisonnable que la participation

agreement outside the commission process (motivated by the concern that negotiation may give rise to a reasonable apprehension that judges' participation in negotiations may compromise their impartiality).<sup>124</sup>

The problem with the Compensation Commission model, Sterling and Hanley point out, is its inherently formal and adversarial nature. Both sides participating in the process have legal representation, and the nature of the submissions made is such that the process resembles an adversarial trial or arbitration—dispute resolution mechanisms that are typically only sought after mediation or negotiation has failed. Jumping straight into a confrontational process may not be the best answer: “If the two sides were able to communicate each other’s concerns in a less formal and adversarial setting, focus on interest-based discussions and engage a mediator to help resolve issues, they may be able to narrow issues in dispute.”<sup>125</sup> Unfortunately, the message sent by the judgment in the *PEI Reference* expressly discourages a more collaborative approach to the determination of judicial compensation.

For my part and from my experience I agree with Sterling and Hanley and although I understand the concerns behind the prohibition against “negotiation” as held in the *PEI Reference*, I do not see how discussions on salary and benefits between counsel for the judges and government should be impermissible. Insistence on no discussion is somewhat unrealistic since there has to be some way of ascertaining the views of judges on the facts and issues involved and transmitting these to their counsels. The judges should not be actively negotiating with government officials but their counsel can deal with government counsel on instruction from judges or their association.

But this relates to an even more important point that cannot be over emphasized. The search for reasonable salary and benefit levels should be an inquiry and not an adversarial exercise whether before a Compensation Commission or otherwise. Discussions with representations and submissions should be guided by that principle. Particularly important is to ensure the process before the Commission is inquisitorial not adversarial. For example there should be no provision of a right of cross examination of witnesses and of the other trappings of adversarial court proceedings. Both the government and judicial representatives seek the same goal: to comply with the constitutional mandate for financial security in the context of judicial independence for judges pursuant to jurisprudence on the subject.

<sup>124</sup> *PEI Reference*, *supra* note 34 at paras 134, 186, 187.

<sup>125</sup> Sterling & Hanley, *supra* note 65 at 76.

<sup>126</sup> *Bodner*, *supra* note 66 at para 19.

<sup>127</sup> Richard Ellis, “Testing the Boundaries of Institutional Legitimacy: The Courts’ Delicate Dance of Defining a ‘Meaningful’ Freedom of Collective Bargaining” 33 *Nat’l J Const L* 95 at 99.

<sup>128</sup> *OCJ 2004*, *supra* note 111 at para 54.

### *Non-Binding Recommendations: How Meaningful Are They?*

Another issue raised by the Compensation Commission process is the extent to which the process is meaningful. The Court in *Bodner* stressed that to be meaningful, the process did not need to be binding. Instead, it concluded that the process be public and open, so that “governments be permitted to depart from the report for a rational reason, but not to manipulate the judiciary.”<sup>126</sup>

As Richard Ellis has identified:

The purpose of judicial compensation commissions is to “depoliticize” the judicial compensation process—to eliminate the perception that the judiciary could be influenced to decide either for or against the government because of issues arising from salary negotiations. The “meaningfulness” of the process depends on its capacity to fulfil that objective.<sup>127</sup>

To achieve the goal of depoliticizing judicial compensation, the Supreme Court held that a non-binding process—that nonetheless mandated any rejection/variation of a recommendation be rational and fact-based—was sufficient to ensure the meaningfulness sought. An open, non-binding process was viewed as striking the appropriate balance between the need for judge’s salaries to be determined at arm’s length from the government, and the need for governments to control their own budgets.

The highly-contentious British Columbia experience calls the Supreme Court’s conclusion regarding the effectiveness of non-binding Commission recommendations into question, particularly when juxtaposed against the relatively conflict-free Ontario experience. If a meaningful Compensation Commission process is one that depoliticizes judicial compensation, then the process as applied in British Columbia has had anything but this effect. Recall that the 2010 recommendations were sent back to the government for redetermination—by judges—twice. By the third round, the Court of Appeal decided another redetermination would be fruitless, and ordered the 2010 recommendations be followed instead. But if one of the basic rationales for depoliticizing the judicial compensation process is to remove the perception that judges are involved in setting their own compensation,<sup>128</sup> then what message does this result send? At worst, judges involved in judicial applications pertaining to the commission process may be perceived as self-serving. At the very least, the meaningfulness of the commission process is eroded, by undermining the public perception of judges as independent and non-partisan.

des juges aux négociations risque de compromettre leur impartialité).<sup>124</sup>

Le problème inhérent au modèle de commission d'examen de la rémunération, notent Sterling et Hanley, est son caractère fondamentalement formaliste et adversatif. Les deux parties participant au processus sont représentées par un avocat, et la nature des arguments présentés est telle que le processus ressemble davantage à un procès ou un arbitrage litigieux – mécanismes de règlement des différends auxquels on fait généralement appel uniquement après l'échec des médiations ou des négociations. Se lancer directement dans un processus de confrontation n'est peut-être pas la meilleure solution : « Si les deux parties étaient en mesure de communiquer leurs préoccupations mutuelles dans un cadre moins formaliste et moins adversatif, de se concentrer sur des discussions fondées sur les intérêts et d'engager un médiateur pour les aider à résoudre les problèmes, elles pourraient peut-être réduire le nombre des questions en litige ». <sup>125</sup> Malheureusement, le message communiqué par la décision dans le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.* décourage expressément une approche plus collaborative à l'établissement de la rémunération des juges.

Pour ma part et d'après mon expérience, je suis d'accord avec Sterling et Hanley et bien que je comprenne les inquiétudes qui sous-tendent l'interdiction de « négocier » telle qu'elle figure dans le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.*, je ne vois pas en quoi des discussions sur les salaires et les avantages sociaux entre les avocats des juges et le gouvernement devraient être inadmissibles. Cette insistance sur l'absence de discussion est quelque peu irréaliste, car il doit bien y avoir un moyen de déterminer le point de vue des juges sur les faits et les enjeux en question et de le communiquer à leurs avocats. Les juges ne devraient pas négocier directement avec les fonctionnaires du gouvernement, mais leurs avocats peuvent traiter avec les avocats du gouvernement sur les instructions des juges ou de leur association.

Mais cela est lié à un point encore plus important que l'on ne saurait trop souligner. La recherche de taux de salaire et d'avantages sociaux raisonnables devrait être une investigation et non un exercice adversatif, que ce soit devant une commission d'examen de la rémunération ou dans un autre contexte. Les discussions accompagnées d'observations et d'arguments devraient être guidées par ce principe. Il est particulièrement important de veiller à ce que le processus qui se déroule devant la commission soit de nature investigative plutôt qu'adversative. Par exemple, il ne devrait pas y avoir de dispositions permettant le contre-interrogatoire des témoins ni d'autres signes typiques des procédures judiciaires litigieuses. Le gouvernement et les représentants de la magistrature poursuivent le même objectif : respecter le mandat constitutionnel de sécurité financière dans le contexte de l'indépendance de la magistrature conformément à la jurisprudence en la matière.

<sup>124</sup> *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.*, op. cit., note 34, paragr. 134, 186, 187.

<sup>125</sup> Sterling & Hanley, op. cit., note 65, p. 76.

<sup>126</sup> *Bodner*, op. cit., note 66, paragr. 19.

<sup>127</sup> Richard Ellis, "Testing the Boundaries of Institutional Legitimacy: The Courts' Delicate Dance of Defining a 'Meaningful' Freedom of Collective Bargaining" 33 *National Journal of Constitutional Law* 95, p. 99.

<sup>128</sup> *OJC 2004*, op. cit., note 111, paragr. 54.

Les recommandations non exécutoires : ont-elles vraiment un effet concret?

Une autre question soulevée par le processus de commission d'examen de la rémunération est de savoir à quel point son effet est concret. Dans l'arrêt *Bodner*, la Cour suprême a souligné que, pour avoir un effet concret, le processus n'avait pas besoin d'être exécutoire. Elle a conclu par contre que le processus devait être public et transparent, de sorte que « que les gouvernements soient autorisés à s'écarter du rapport pour un motif rationnel, mais non pour manipuler la magistrature ». <sup>126</sup>

Comme l'a signalé Richard Ellis :

L'objectif des commissions d'examen de la rémunération des juges est de « dépolitiser » le processus d'établissement de la rémunération – pour éliminer la perception selon laquelle la magistrature pourrait être influencée en vue de statuer en faveur du gouvernement ou contre lui en raison d'enjeux découlant des négociations salariales. « L'effet concret » du processus dépend de sa capacité à atteindre cet objectif. <sup>127</sup>

Pour atteindre l'objectif de dépolitiser l'établissement de la rémunération des juges, la Cour suprême a estimé qu'un processus non exécutoire – qui exigeait néanmoins que tout rejet ou toute modification d'une recommandation soit rationnel et fondé sur des faits – était suffisant pour garantir l'effet concret recherché. Elle a considéré qu'un processus transparent et non exécutoire assurait le juste équilibre entre la nécessité de déterminer les salaires des juges indépendamment du gouvernement et la nécessité pour les gouvernements de contrôler leurs propres budgets.

L'expérience très conflictuelle de la Colombie-Britannique remet en question la conclusion de la Cour suprême concernant l'efficacité des recommandations non exécutoires d'une commission, en particulier lorsqu'elle est juxtaposée à l'expérience relativement peu conflictuelle de l'Ontario. Si un processus efficace de commission d'examen de la rémunération est un processus qui dépolitise l'établissement de la rémunération des juges, alors le processus tel qu'il a été appliqué en Colombie-Britannique a eu tout sauf cet effet. Rappelons que les recommandations 2010 ont été renvoyées deux fois au gouvernement pour être réexaminées – par les juges – deux fois. À la troisième tentative, la Cour d'appel a décidé qu'un autre réexamen serait vain, et a ordonné que les recommandations 2010 soient appliquées. Mais si l'un des motifs fondamentaux pour dépolitiser le processus de rémunération des juges est d'éliminer la perception que les juges sont impliqués dans l'établissement de leur propre rémunération, <sup>128</sup> alors quel message ce résultat communique-t-il? Au pire, les juges impliqués dans les recours judiciaires relatifs au processus de commission peuvent être perçus comme étant purement motivés par leur intérêt personnel. Au mieux, la pertinence du processus de commission est érodée, en ébranlant la perception publique des juges comme étant indépendants et non partisans.

And this type of message is exactly what has been reported in the media fallout over the BC litigation. Media responses have described the litigation as “years of legal squabbling,” while reporting that the Court of Appeal’s 2015 decision on the 2010 report “slammed” and “rebuked” the government’s response, “order[ing] the richer original recommendations implemented.”<sup>129</sup> A particularly critical media account of the dispute is as follows:<sup>130</sup>

Victoria and provincial court judges are continuing a half-decade-long legal battle over the bench becoming a gravy train.

These judicial mid-managers have prospered from a dysfunctional system for setting their salary and benefits and now earn close to a quarter-million dollars a year.

They adjudicate small-time civil spats worth up to \$25,000, process low-level criminals and resolve family conflicts.

Yet they are making way more than the premier — head lawmaker of the province.

... Provincial judges’ salaries were once reasonable — in 2004, we paid them \$161,250. They got \$236,950 in 2014, which they don’t think is enough, though it’s a whopping \$75,700 more than they got 10 years earlier.

This bench has become an overpaid sinecure. ...

This incessant, unseemly salary dispute between the judiciary and legislature underscores the need for reform: The current process doesn’t work.

Without commenting on the merits of the author’s contentions, the above excerpts exemplify the type of commentary and thinking that a particularly acrimonious and high-profile judicial compensation process may generate. This is particularly true if criticisms, like the one above, are levied at Compensation Commissions in a manner that describes their goals narrowly. When compensation recommendations are viewed solely for the benefit of judges, rather than for the benefit of judicial independence and the justice system more widely, their public interest purpose is overlooked.

#### *The Role of Compensation Commissions in Mitigating Inevitable Conflict*

Judicial Compensation Commissions are a direct response to the vulnerability of the judiciary to inappropriate political

interference and manipulation. Governments control the budgets of the courts, including the upkeep of courthouses, the hiring and firing of court staff and judicial salaries. Indeed, as Dean Lorne Sossin has pointed out, “governments have not been shy about flexing their budgetary muscle in all of these areas, with tangible consequences for the administration of justice in Canada.”<sup>131</sup> In response to governmental tightening of court budgets:

Judges, for their part, have used what mechanisms exist to safeguard their interests, taking nearly every Provincial government to court over their failure to provide salary and benefits to judges which meet the constitutional requirements of judicial independence as set out in the Supreme Court of Canada’s *Provincial Judges Remuneration Reference*.<sup>132</sup>

The fact that judges have an institutional mechanism, and professional associations, with which to challenge government is perhaps something that, two decades after the *PEI Reference*, is taken for granted. But as Lorne Sossin emphasizes, the judiciary would be far more vulnerable to partisan interference without these safeguards.<sup>133</sup>

While the Canadian judiciary is widely regarded as independent, in Canada and abroad, that independence depends on a large extent on the support of the government. Even after courts have struck down laws under the *Charter*, disagreed with administrative bodies, and mediated federalist disputes, the Canadian government has not taken steps to subvert judicial action.<sup>134</sup> But it is not hard to imagine a government that poses a larger threat to judicial independence. And recently we had some examples that raised concerns over such threats. Some of the current interactions between the executive and the judiciary in our neighbors to the South remind us of this fact.<sup>135</sup> These observations support the importance of Judicial Compensation Commissions in safeguarding the impartiality and independence of the courts.

But by focusing on the role of Commissions in safeguarding judicial independence we may sometimes lose sight of their role in mitigating conflict. And while the commission process has undergone criticisms for the way it fuels conflict, there are some who maintain that the process has led to far more positive relations between government and judges than existed in the pre-*Bodner/PEI Reference* era. One such position is laid out in a very interesting 2013 law school thesis written by Graeme Bowbrick of the University of British Columbia.<sup>136</sup>

129 Ian Mulgrew, “Big wage hike recommended for provincial judges” (4 March 2017) Vancouver Sun  
<online: <http://vancouver.sun.com/opinion/columnists/ian-mulgrew-big-wage-hike-recommended-for-provincial-judges>>

130 Ian Mulgrew, “Provincial court judges’ salary demands are out of step with reality” (16 February 2016) Vancouver Sun,  
<online: <http://www.vancouver.sun.com/business/mulgrew+provincial+court+judges+salary+demands+step+with+reality/11723835/story.html>>

131 Lorne Sossin, “The Puzzle of Independence for Administrative Bodies” (2009) 26 Nat’l J Const L 1 at 4.

132 *Ibid.*

133 *Ibid.* at 4-5.

134 *Ibid.* at 5-6.

135 *Ibid.* at 4-5.

136 Bowbrick, *supra* note 107.

Et ce type de message est exactement ce qui a été rapporté dans les retombées médiatiques des litiges en Colombie-Britannique. Les médias ont décrit ces litiges comme « des années de chamailleries juridiques », tout en signalant que la décision de la Cour d'appel de 2015 sur le rapport 2010 a « discrédité » et « condamné » la réponse du gouvernement, « en ordonnant la mise en œuvre des recommandations initiales plus généreuses ». <sup>129</sup> Voici un commentaire particulièrement critique des médias sur ce litige <sup>130</sup> :

Victoria et les juges de la cour provinciale mènent un combat juridique depuis une demi-décennie au sujet de la magistrature qui est en train de devenir une mine d'or.

Ces cadres intermédiaires de la justice ont prospéré grâce à un système dysfonctionnel d'établissement de leur salaire et de leurs avantages sociaux et ils gagnent aujourd'hui près d'un quart de million de dollars par an.

Ils statuent sur des litiges civils de faible importance pouvant aller jusqu'à 25 000 dollars, ils jugent des délinquants de petite envergure et résolvent les conflits familiaux.

Et pourtant, ils gagnent beaucoup plus que le premier ministre – le législateur suprême de la province.

... Les salaires des juges provinciaux étaient autrefois raisonnables – en 2004, ils étaient payés 161 250 dollars. Ils ont obtenu 236 950 dollars en 2014, ce qui n'est pas encore suffisant à leur avis, bien que cela représente une augmentation colossale de 75 700 dollars par rapport à ce qu'ils recevaient dix ans plus tôt.

Cette magistrature est devenue une sinécure surpayée...

Ce conflit salarial incessant et inconvenant entre la magistrature et la législature souligne la nécessité d'une réforme : le processus actuel ne fonctionne pas.

Sans commenter le bien-fondé des allégations de l'auteur, l'extrait ci-dessus illustre le type de commentaire et de réflexion qu'un processus d'établissement de la rémunération des juges particulièrement acrimonieux et hautement médiatisé peut engendrer. C'est tout particulièrement vrai si des critiques, comme celle qui précède, sont adressées aux commissions d'examen de la rémunération d'une manière qui décrit rigoureusement leurs objectifs. Lorsque l'on envisage les recommandations en matière de rémunération purement dans l'intérêt des juges, plutôt que dans l'intérêt de l'indépendance de la magistrature et du système judiciaire en général, on néglige leur objectif de défense de l'intérêt public.

#### Le rôle des commissions d'examen de la rémunération dans l'atténuation des inévitables conflits

Les commissions d'examen de la rémunération des juges sont une réponse directe à la vulnérabilité de la magistrature face

aux ingérences et aux manipulations politiques inappropriées. Les gouvernements contrôlent les budgets des cours, y compris l'entretien des palais de justice, l'embauche et le licenciement du personnel judiciaire et les salaires des juges. En effet, comme l'a souligné le doyen Lorne Sossin, « les gouvernements n'ont pas rechigné à exercer leur pouvoir budgétaire dans tous ces domaines, ce qui a eu des conséquences tangibles sur l'administration de la justice au Canada ». <sup>131</sup> En réponse à la compression des budgets des cours par les gouvernements :

Les juges, pour leur part, ont utilisé les mécanismes existants pour sauvegarder leurs intérêts, en poursuivant presque tous les gouvernements provinciaux en justice pour leur incapacité à fournir aux juges des salaires et des avantages sociaux qui répondent aux exigences constitutionnelles de l'indépendance de la magistrature telles que définies par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale*. <sup>132</sup>

Le fait que les juges disposent d'un mécanisme institutionnel, et d'associations professionnelles, leur permettant de mettre en cause les gouvernements est peut-être quelque chose qui, deux décennies après le *Renvoi de l'Î.-P.-É.*, est considéré comme allant de soi. Mais comme le souligne Lorne Sossin, la magistrature serait beaucoup plus vulnérable à l'ingérence partisane sans ces moyens de sauvegarde. <sup>133</sup>

Bien que le système judiciaire canadien soit largement considéré comme indépendant, au Canada et à l'étranger, cette indépendance dépend dans une large mesure du soutien du gouvernement. Même lorsque des tribunaux ont invalidé des lois en application de la *Charte*, ont été en désaccord avec des organes administratifs et ont arbitré des différends fédéralistes, le gouvernement canadien n'a pas pris de mesures pour subvertir la procédure judiciaire. <sup>134</sup> Mais il n'est pas difficile d'imaginer un gouvernement qui constituerait une plus grave menace pour l'indépendance de la magistrature. Et récemment, nous avons vu quelques exemples qui ont suscité des inquiétudes face à de telles menaces. Certaines des interactions actuelles entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire chez nos voisins du sud nous le rappellent. <sup>135</sup> Ces observations confirment l'importance des commissions d'examen de la rémunération des juges pour la sauvegarde de l'impartialité et de l'indépendance des tribunaux.

Mais en mettant l'accent sur le rôle des commissions dans la sauvegarde de l'indépendance de la magistrature, nous pouvons parfois perdre de vue leur rôle dans l'atténuation des conflits. Et bien que le processus de commission ait fait l'objet de critiques pour la façon dont il alimente les conflits, certains soutiennent que ce processus a conduit à des relations beaucoup plus positives entre le gouvernement et les juges que celles qui existaient durant la période qui a précédé le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.* et l'arrêt *Bodner*.

129 Ian Mulgrew, "Big wage hike recommended for provincial judges" (4 mars 2017) Vancouver Sun

< en ligne : <http://vancouversun.com/opinion/columnists/ian-mulgrew-big-wage-hike-recommended-for-provincial-judges>>

130 Ian Mulgrew, "Provincial court judges' salary demands are out of step with reality" (16 février 2016) Vancouver Sun,

< en ligne : <http://www.vancouversun.com/business/mulgrew+provincial+court+judges+salary+demand+step+with+reality/11723835/story.html>>

131 Lorne Sossin, "The Puzzle of Independence for Administrative Bodies" (2009) 26 National Journal of Constitutional Law 1, p 4.

132 *Ibid.*

133 *Ibid.*, p. 4-5.

134 *Ibid.*, p. 5-6.

135 *Ibid.*, p. 4-5.

Because of time constraints, I will highlight some of Bowbrick's findings and views. In his thesis, Bowbrick examines empirical data around judicial compensation between 1990 and 2010 and concludes that, by all the metrics considered, the Judicial Compensation Commission process effected real, substantive change.<sup>137</sup> The thesis tracks changes in success level, salaries, government spending behavior, and conflict levels in the years before and after the *PEI Reference* and *Bodner*. Bowbrick observes that his data shows a balanced process, with success rates demonstrating that governments and judges achieved similar levels of success in the compensation process (when final outcomes are compared to their respective initial positions on compensation). Bowbrick's data also illustrates much reduced levels of judge-government relationships, and salary outcomes that evidence a compromise of each party's initial position.

Bowbrick concludes that the judicial compensation process introduced by the *PEI Reference* and clarified by *Bodner* "directly forced real change in the government behaviour – government unilateralism – that was the fundamental source of the original strain in judge-government relationships in the early and mid-1990's."<sup>138</sup>

---

<sup>137</sup> *Ibid* at 293.

<sup>138</sup> *Ibid* at 292-294.

Some of Bowbrick's observations are worthy of mention:

- (a) He points out that in matters of compensation and benefits it is inevitable for tensions to arise between payor and payee which was exacerbated in times of economic pressure.
- (a) But he feels no need to reform Compensation Commissions but rather a change of attitude is required, namely, each of the parties and government and judges mutually recognizing the legitimacy of each other's roles.

To conclude, I wholeheartedly agree with these and his other observations. Financial security is one of the pillars of judicial independence as Justice Le Dain expressed in *Valente*. At the same time, governments are obliged constitutionally to manage the financial affairs of state in a responsible and accountable manner. These are not conflicting goals unless the participants try to make them collide. Judicial Compensation Commissions can help both sides reconcile these goals in the best interests of all concerned.

C'est la position qui est exposée dans une thèse très intéressante de la faculté de droit de l'Université de la Colombie-Britannique, rédigée en 2013 par Graeme Bowbrick.<sup>136</sup>

En raison des contraintes de temps, je vais mettre en évidence quelques-unes des conclusions et des opinions avancées par Bowbrick. Dans sa thèse, Bowbrick examine les données empiriques concernant la rémunération des juges entre 1990 et 2010 et conclut que, d'après tous les paramètres examinés, le processus de commission d'examen de la rémunération des juges a apporté des changements réels et substantiels.<sup>137</sup> Cette thèse suit l'évolution du taux de réussite, des salaires, du comportement en matière de dépenses publiques et des niveaux de conflit dans les années précédant et suivant le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.* et l'arrêt *Bodner*. Bowbrick observe que ses données révèlent un processus équilibré et des taux de réussite démontrant que les gouvernements et les juges ont remporté des succès similaires dans le cadre du processus de rémunération (lorsque le résultat final est comparé à leurs positions initiales respectives au sujet de la rémunération). Les données de Bowbrick illustrent également une réduction considérable de la fréquence des interactions entre les juges et les gouvernements, et des résultats en matière de rémunération qui témoignent que chaque partie a fait des compromis par rapport à sa position initiale.

Bowbrick conclut que le processus d'examen de la rémunération des juges introduit par le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.* et précisé dans l'arrêt *Bodner* « a directement forcé une évolution réelle du comportement

du gouvernement – l'unilatéralisme du gouvernement – qui était la source fondamentale des tensions initiales dans les relations entre les juges et les gouvernements au début et au milieu des années 1990 ».<sup>138</sup>

Plusieurs des observations de Bowbrick méritent d'être mentionnées :

- (a) Il fait remarquer qu'en matière de rémunération et d'avantages sociaux, il est inévitable que des tensions surgissent entre le payeur et le bénéficiaire, tensions qui sont exacerbées en période de pressions économiques.
- (b) Toutefois, il n'exprime pas le besoin d'une réforme des commissions d'examen de la rémunération, mais plutôt d'un changement d'attitude, à savoir que chacune des parties, le gouvernement et les juges, reconnaissent mutuellement la légitimité de leurs rôles respectifs.

Pour conclure, je suis tout à fait d'accord avec ces observations et les autres observations faites par Bowbrick. La sécurité financière est l'un des piliers de l'indépendance de la magistrature, comme l'a indiqué le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente*. En même temps, les gouvernements sont constitutionnellement tenus de gérer les affaires financières de l'État de manière responsable et transparente. Ces objectifs ne sont pas contradictoires, sauf si les participants tentent de les mettre en collision. Les commissions d'examen de la rémunération des juges peuvent aider les deux camps à réconcilier ces objectifs dans l'intérêt de toutes les parties concernées.

<sup>136</sup> Bowbrick, *op. cit.*, note 107.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 293.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 292-294.

# IT'S NOT JUST ABOUT COMPENSATION SOME OTHER THOUGHTS ON JUDICIAL INDEPENDENCE

Judge Mayland McKimm, Provincial Court of British Columbia

A fundamental tenant in the application of the rule of law and a strong and robust justice system is the concept of judicial independence. For most of us, the concept of judicial independence comes to the forefront in discussions about the various judicial compensation processes across the country; but judicial independence is about much more than compensation. While this issue is devoted to discussion and consideration of Judicial independence and has, as its primary focus financial independence, I wanted to take a moment to remind everyone of the equally important concept of administrative independence.

Judicial independence has both individual and institutional dimensions. It also includes the three core characteristics of; financial security, security of tenure and administrative independence. Moreover, it is a state of mind or attitude in the exercise of our judicial functions (*R. v. Valente*, [1985] 2 S.C.R. 673; *PEI Judges Reference*, [1997] 3 S.C.R. 3).

- 1) **Financial security:** This refers to the need for judges to enjoy security of salary and pension, with the further requirement that salaries and benefits must be set only after considering recommendations from an independent and objective commission.
- 2) **Security of tenure:** Here the essence is that a judge cannot be removed before the age of retirement except with cause, and, further, that cause must be demonstrated after a full judicial inquiry that gives the judge a complete opportunity to be heard.
- 3) **Administrative independence:** This last concept is really the least defined of the three dimensions of judicial independence. It includes, as a minimum, that the court has control over the assignment of judges, sittings of the court, court lists, together with the direction of administrative staff carrying out these essential functions. Naturally, because our courts are not fully financially independent, there exists a tension when the government allocation of funds threatens to affect court functions.

Considering all of the above. It is not surprising that judicial independence is a central consideration for both issues

involving compensation, but also court administration. In short, administrative judicial independence will always be central to the everyday work of individual judges in Canadian courtrooms.

Judicial independence is “one of the pillars upon which our constitutional democracy rests” (*Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, at para. 19). The *Charter* contains this protection in the wording of section 11(d): *Any person charged with an offence has the right ... to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.*

Consider further that both judicial independence and impartiality are identified as key ethical principles for judicial officers. In *Ethical Principles for Judges*, prepared by the Canadian Judicial Council and adopted by many provincial and territorial courts, the following principles are identified under the heading of judicial independence:

1. Judges must exercise their judicial functions independently and free of extraneous influence.
2. Judges must firmly reject any attempt to influence their decisions in any matter before the Court outside the proper process of the Court.
3. Judges should encourage and uphold arrangements and safeguards to maintain and enhance the institutional and operational independence of the judiciary.
4. Judges should exhibit and promote high standards of judicial conduct so as to reinforce public confidence which is the cornerstone of judicial independence.

Finally, it must be remembered that judicial independence is not the private right of a judge – it is a constitutional right of all Canadians. It does not confer power with impunity; a judge’s conduct is subject to legislative frameworks, *stare decisis*, appellate review, public and media scrutiny and ethical and disciplinary frameworks. Public confidence in the administration of justice is intrinsic to judicial independence and judges must always act to uphold that confidence, both on and off the bench. ▀

# CE N'EST PAS SEULEMENT UNE QUESTION DE RÉMUNÉRATION QUELQUES AUTRES ÉLÉMENTS DE RÉFLEXION SUR L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE

Juge Mayland McKimm, Cour provinciale de la Colombie-Britannique

Le concept d'indépendance judiciaire est un élément fondamental de l'application de la primauté du droit et d'un système judiciaire solide et robuste. Pour la plupart d'entre nous, le concept d'indépendance judiciaire passe au premier plan lors des discussions sur les divers processus de rémunération des juges à travers le pays; mais l'indépendance judiciaire va bien au-delà de la rémunération. Bien que ce numéro du Journal soit consacré à la discussion et à l'examen de l'indépendance judiciaire et soit principalement axé sur l'indépendance financière, je voudrais prendre un moment pour rappeler à tous le concept tout aussi important de l'indépendance administrative.

L'indépendance judiciaire a des dimensions à la fois individuelles et institutionnelles. Elle comprend également les trois éléments essentiels que sont la sécurité financière, l'inamovibilité et l'indépendance administrative. De plus, il s'agit d'un état d'esprit et d'une attitude dans l'exercice de nos fonctions judiciaires (*R. c. Valente* [1985] 2 R.C.S. 673; *Renvoi relatif aux juges de l'Î.-P.-É.* [1997] 3 R.C.S. 3).

- 1) **Sécurité financière** : Il s'agit de la nécessité pour les juges de jouir d'une sécurité en matière de salaire et de pension, et de l'exigence supplémentaire selon laquelle les salaires et les avantages ne doivent être fixés qu'après un examen des recommandations d'une commission indépendante et objective.
- 2) **Inamovibilité** : Le principe essentiel est qu'un juge ne peut être révoqué avant l'âge de la retraite, sauf pour un motif valable, et que ce motif doit être démontré au terme d'une enquête judiciaire exhaustive qui donne au juge la possibilité d'être entendu.
- 3) **Indépendance administrative** : Ce dernier concept est clairement le moins bien défini des trois dimensions de l'indépendance judiciaire. Il implique, au minimum, que la cour ait le contrôle de l'affectation des juges, des séances du tribunal, du rôle d'audience, ainsi que de la direction du personnel administratif exerçant ces fonctions essentielles. Naturellement, du fait que nos cours ne sont pas totalement indépendantes financièrement, des tensions peuvent surgir lorsque l'allocation des fonds par le gouvernement menace de compromettre le fonctionnement de la cour.

Compte tenu de tout ce qui précède. Il n'est pas surprenant que l'indépendance judiciaire soit une préoccupation

centrale en ce qui concerne à la fois la rémunération, mais aussi l'administration des tribunaux. En bref, l'indépendance judiciaire administrative sera toujours au cœur du travail quotidien des juges des tribunaux canadiens.

L'indépendance judiciaire est « l'un des piliers de notre démocratie constitutionnelle » (*Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, paragraphe 19). La Charte prévoit cette protection dans le libellé de l'alinéa 11d) : « Tout inculpé a le droit... d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, **par un tribunal indépendant et impartial** à l'issue d'un procès public et équitable. »

Réfléchissez également au fait que l'indépendance et l'impartialité des juges sont toutes deux considérées comme des principes éthiques essentiels pour les officiers de justice. Dans les *Principes de déontologie judiciaire*, préparés par le Conseil canadien de la magistrature et approuvés par de nombreuses cours provinciales et territoriales, les principes suivants sont énoncés sous la rubrique de l'indépendance judiciaire :

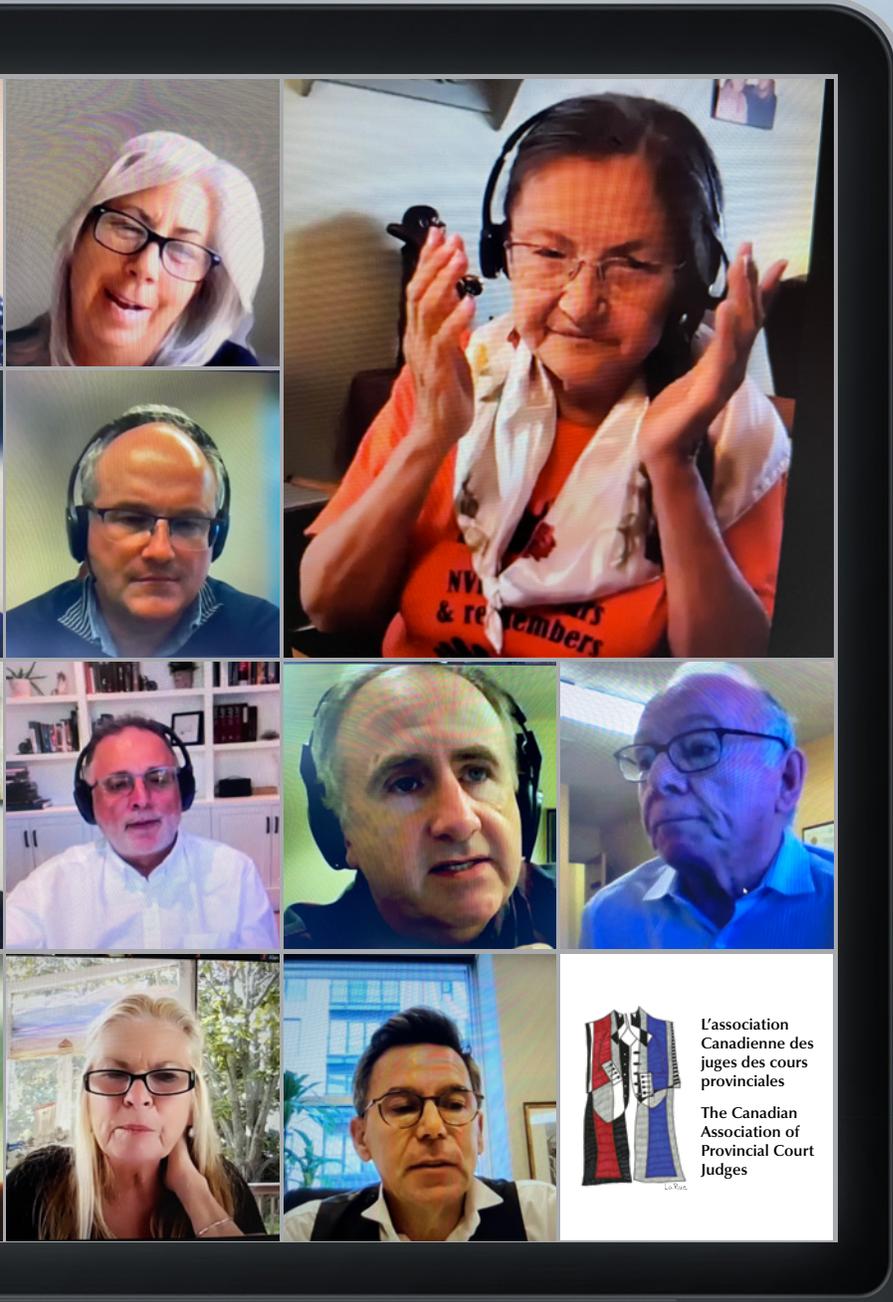
1. Les juges exercent leurs fonctions judiciaires de façon indépendante, à l'abri de toute influence extérieure.
2. Dans les affaires dont la cour est saisie, les juges repoussent fermement toute tentative inappropriée visant à influencer leur décision.
3. Les juges encouragent et soutiennent les mesures et les garanties qui visent à préserver et à accroître l'indépendance de la magistrature, tant sur le plan institutionnel qu'administratif.
4. Les juges observent des normes élevées de conduite judiciaire et en favorisent l'application, afin de renforcer la confiance du public envers l'indépendance de la magistrature.

Enfin, il convient de rappeler que l'indépendance judiciaire n'est pas le droit privé d'un juge – il s'agit d'un droit constitutionnel de tous les Canadiens. Elle ne confère pas le pouvoir en toute impunité; la conduite d'un juge est assujettie à des cadres législatifs, à la doctrine *stare decisis*, au contrôle judiciaire, à la surveillance étroite du public et des médias et à des cadres éthiques et disciplinaires. La confiance du public à l'égard de l'administration de la justice est un élément intrinsèque de l'indépendance judiciaire et les juges doivent toujours agir de manière à préserver cette confiance, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du tribunal. ▀

# RÉUNION DE L'ACJCP SEPTEMBRE 2021



# SEPTEMBER 2021 MEETING OF CAPCJ





# HOW ARE WE TO CONSIDER “THE ROLE” OF THE ACCUSED IN APPLYING THE CRIMINAL CODE’S DEFENCE OF THE PERSON PROVISION?

Judge Wayne Gorman,  
Provincial Court of  
Newfoundland and  
Labrador



Juge Wayne Gorman,  
Cour provinciale  
de Terre-Neuve-et-  
Labrador

On March 11, 2013, Parliament enacted the *Citizen’s Arrest and Self-defence Act*, SC 2012, c. 9, which repealed sections 34 to 42 of the *Criminal Code* and created two new provisions allowing for defence of the person (section 34) and defence of property (section 35). The Supreme Court of Canada’s first opportunity to consider these new provisions came with the appeal in *R. v. Khill*, 2021 SCC 37.

The appeal in *Khill* turned on how section 34(2)(c) was to be interpreted. That section states:

In determining whether the act committed is reasonable in the circumstances, the court shall consider the relevant circumstances of the person, the other parties and the act, including, but not limited to, the following factors...

(c) the person’s role in the incident.

The trial judge in *Khill* had failed to instruct the jury on how the phrase “the person’s role in the incident” was to be applied. This led to the accused’s acquittal being overturned and a new trial being ordered. However, the impact of *Khill* is much broader. In particular, the Supreme Court has set out a test that may be very difficult for trial judges to apply.

In this column, I intend to review *Khill*, but I will be concentrating primarily upon how the Supreme Court has defined the effect of the phrase the accused’s “role in the incident” in applying section 34 of the *Criminal Code* (defence of property in section 35 does not contain a similar provision). This type of wording did not exist in the self-defence provisions prior to March 11, 2013.

## The New Defence of the Person Provision:

The Supreme Court noted that the present self-defence provision is “more open and flexible and additional claims of self-defence will be placed before triers of fact... the proportionality of an accused’s actions in response to a threat is always a discrete factor to be considered under s. 34(2)(g). It may be a deciding factor, even where the accused was an otherwise innocent victim of circumstance” (at paragraphs 44 and 45).

## The Three Inquiries Under Section 34:

The Supreme Court indicated that section 34(1) involves three inquiries: “(1) the catalyst; (2) the motive; and (3) the response” (at paragraph 51).

### (1) The Catalyst:

The Supreme Court stated that this “element of selfdefence considers the accused’s state of mind and the perception of events that led them to act...Unless the accused subjectively believed that force or a threat thereof was being used against their person or that of another, the defence is unavailable. Importantly, the accused’s actual belief must be held ‘on reasonable grounds’” (at paragraphs 52 and 53).

### (2) The Motive:

The Court held that the second element “requires that the act be undertaken by the accused to defend or protect themselves or others from the use or threat of force. This is a subjective inquiry which goes to the root of selfdefence. If there is no defensive or protective purpose, the rationale for the defence disappears” (at paragraph 59).

### (3) The Response:

Finally, the Court indicated that the third inquiry under section 34(1)(c) “requires that ‘the act committed [be] reasonable in the circumstances’. The reasonableness inquiry under s. 34(1)(c) operates to ensure that the law of selfdefence conforms to community norms of conduct” (at paragraph 62).

However, the Supreme Court of Canada also indicated that “the focus must remain on what a reasonable person would have done in comparable circumstances and not what a particular accused thought at the time” (at paragraph 65).

## The Meaning of the Accused’s “Role in the Incident” in Section 34(2)(c):

The Court held “that ‘the person’s role in the incident’ refers to the person’s conduct — such as actions, omissions and exercises of judgment — during the course of the incident, from beginning to end, that is relevant to whether the ultimate act was reasonable in the circumstances. It calls for a review of the accused’s role, if any, in bringing about the conflict. The analytical purpose of considering this conduct is to assess whether the accused’s behaviour throughout the incident sheds light on the nature and extent of the accused’s responsibility for the final confrontation that culminated in the act giving rise to the charge” (at paragraph 74).

The Court indicated that when “self-defence is asserted, courts have always been interested in who did what. The fact that the victim was the cause of the violence often weighed heavily against them...The phrase ‘role in the incident’ captures this principle and also ensures that any role played by the accused as an originator of the conflict receives special consideration. In this way, the trier of fact called upon to evaluate this factor will determine how that person’s role impacts the ‘equities of the situation’... Section 34(2)(c) therefore draws attention to a key question: who bears what responsibility for how this happened? The extent to which the accused bears responsibility for the ultimate confrontation or is the author of their own misfortune may colour the assessment of whether the accused’s act was reasonable... the trial judge will inquire into whether the accused bears some responsibility for the final confrontation and whether their conduct affects the ultimate reasonableness of the act in the circumstances” (at paragraphs 85, 86 and 114).

Continued on page 96 ►

# COMMENT APPRÉCIER « LE RÔLE » DE LA PERSONNE ACCUSÉE DANS L'APPLICATION DES DISPOSITIONS DU CODE CRIMINEL RELATIVES À LA DÉFENSE DE LA PERSONNE



LA CHRONIQUE  
JUDICIAIRE

Le 11 mars 2013, le Parlement a adopté la *Loi sur l'arrestation par des citoyens et la légitime défense*, L.C. 2012, ch. 9, qui a abrogé les articles 34 à 42 du *Code criminel* et a créé deux nouvelles dispositions permettant à une personne de se défendre (article 34) et de défendre ses biens (article 35). La Cour suprême du Canada a eu la première occasion d'aborder ces nouvelles dispositions lors de l'appel dans l'affaire *R. c. Khill*, 2021 CSC 37.

L'appel dans l'affaire *Khill* portait sur l'interprétation à donner à l'alinéa 34(2)c. Cet alinéa stipule ce qui suit :

Pour décider si la personne a agi de façon raisonnable dans les circonstances, le tribunal tient compte des faits pertinents dans la situation personnelle de la personne et celle des autres parties, de même que des faits pertinents de l'acte, ce qui comprend notamment les facteurs suivants :

...

c) le rôle joué par la personne lors de l'incident;

Dans l'affaire *Khill*, le juge de première instance avait négligé d'instruire le jury sur la manière dont l'expression « le rôle joué par la personne lors de l'incident » devait être interprétée. À cause de cela, l'acquiescement de l'accusé a été annulé et un nouveau procès a été ordonné. Toutefois, l'impact de l'arrêt *R. c. Khill* est beaucoup plus large. Notamment, la Cour suprême a établi un test qui pourrait être très difficile à appliquer par les juges de première instance.

Dans cette chronique, mon intention est de passer en revue l'arrêt *R. c. Khill*, mais je mettrai surtout l'accent sur la façon dont la Cour suprême a défini la portée de l'expression « le rôle joué par la personne lors de l'incident » dans l'application de l'article 34 du *Code criminel* (la défense des biens traitée à l'article 35 ne contient pas de disposition semblable). Ce type de formulation n'existait pas dans les dispositions relatives à la légitime défense avant le 11 mars 2013.

## La nouvelle disposition concernant la défense de la personne :

La Cour suprême a noté que la présente disposition sur la légitime défense était « plus accessible et plus souple et que davantage d'allégations de légitime défense seront soumises aux juges des faits... la proportionnalité des gestes de la personne accusée en réaction à une menace est toujours un facteur distinct à prendre en compte en vertu de l'al. 34(2)g). Ce facteur peut être déterminant, même si la personne accusée était par ailleurs une victime innocente des circonstances » (paragraphe 44 et 45).

## Les trois questions soulevées en vertu de l'article 34 :

La Cour suprême a indiqué que le paragraphe 34(1) soulevait trois questions : « (1) le catalyseur; (2) le mobile; et (3) la réaction » (paragraphe 51).

### (1) Le catalyseur

La Cour suprême a déclaré que « cet élément de la légitime défense consiste à examiner l'état d'esprit de la personne accusée

et la perception des événements qui l'ont amenée à agir... À moins que la personne accusée ait cru subjectivement qu'on employait ou qu'on menaçait d'employer la force contre elle ou une autre personne, elle ne peut se prévaloir du moyen de défense... Fait important, la croyance réelle de la personne accusée doit reposer sur "des motifs raisonnables" » (paragraphe 52 et 53).

### (2) Le mobile

La Cour a jugé que le deuxième élément « exige que l'acte soit commis par la personne accusée pour se défendre ou se protéger, ou pour défendre ou protéger une autre personne, contre l'emploi ou la menace d'emploi de la force. Il s'agit d'une analyse subjective qui touche à l'essence même de la légitime défense. S'il n'y a aucun but défensif ou protecteur, le moyen de défense n'a plus sa raison d'être » (paragraphe 59).

### (3) La réaction

Enfin, la Cour a indiqué que la troisième question prévue à l'alinéa 34(1)c) « exige que [la personne accusée] "ag[isse] [...] de façon raisonnable dans les circonstances". L'analyse du caractère raisonnable au titre de l'al. 34(1)c) fait en sorte que le droit applicable à la légitime défense est conforme aux normes sociales de conduite » (paragraphe 62).

Toutefois, la Cour suprême du Canada a également indiqué que « l'accent doit demeurer sur ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans des circonstances comparables et non sur ce qu'une personne accusée en particulier pensait à ce moment-là » (paragraphe 65).

## La signification de l'expression « le rôle joué par la personne accusée lors de l'incident » à l'alinéa 34(2)c) :

La Cour a jugé « que "le rôle joué par la personne lors de l'incident" renvoie à la conduite de la personne – comme ses gestes, omissions et exercices de jugement – au cours de l'incident, du début à la fin, qui est pertinente pour permettre d'établir si l'acte ultime était raisonnable dans les circonstances. Cela commande un examen du rôle de la personne accusée, si elle en a joué un, dans la genèse du conflit. La prise en compte de cette conduite sert, sur le plan de l'analyse, à évaluer si le comportement de la personne accusée tout au long de l'incident apporte un éclairage sur la nature et l'étendue de sa responsabilité à l'égard de l'affrontement final qui a abouti à l'acte ayant donné lieu à l'accusation » (paragraphe 74).

La Cour a indiqué que « lorsque la légitime défense est invoquée, les tribunaux se sont toujours intéressés à la question de savoir qui a fait quoi. Le fait que la victime était la cause de la violence militait fortement contre elle dans bien des cas... L'expression "rôle joué [...] lors de l'incident" reflète ce principe et fait également en sorte que tout rôle joué par la personne accusée comme auteure du conflit fasse l'objet d'une attention particulière. De cette façon, les juges des faits appelés à évaluer ce facteur détermineront l'incidence de ce rôle sur [TRADUCTION] "le caractère équitable de la situation"... L'alinéa 34(2)c) attire donc

Suite à la page 97 ►

# HOW ARE WE TO CONSIDER “THE ROLE” OF THE ACCUSED IN APPLYING THE CRIMINAL CODE’S DEFENCE OF THE PERSON PROVISION?

► *Continued from page 94*

## **A Summary:**

The Supreme Court summarized its conclusions by indicating that “the ultimate question is whether the act that constitutes the criminal charge was reasonable in the circumstances” (at paragraphs 123 and 124):

In sum, the ultimate question is whether the act that constitutes the criminal charge was reasonable in the circumstances. To answer that question, as Parliament’s inclusion of a “person’s role in the incident” indicates, fact finders must take into account the extent to which the accused played a role in bringing about the conflict or sought to avoid it. They need to consider whether the accused’s conduct throughout the incident sheds light on the nature and extent of the accused’s responsibility for the final confrontation that culminated in the act giving rise to the charge.

The phrase enacted is broad and neutral and refers to conduct of the person, such as actions, omissions and exercises of judgment in the course of the incident, from beginning to end, that is relevant to whether the act underlying the charge was reasonable — in other words, that, as a matter of logic and common sense, could tend to make the accused’s act more or less reasonable in the circumstances. The conduct in question must be both temporally relevant and behaviourally relevant to the incident. This is a conjunctive test. This includes, but is not limited to, any behaviour that created, caused or contributed to the confrontation. It also includes conduct that would qualify under previous concepts, like provocation or unlawfulness, but it is not limited to or circumscribed by them. It therefore applies to all relevant conduct, whether lawful or unlawful, provocative or non-provocative, blameworthy or non-blameworthy, and whether minimally responsive or excessive. In this way, the accused’s act, considered in its full context and in light of the “equities of the situation”, is measured against community standards, not against the accused’s own peculiar moral code.

## **Application to the Appeal:**

In concluding that a new trial was required, the Supreme Court held that the “importance of s. 34(2)(c) is obvious where an accused’s actions leading up to a violent confrontation effectively eliminate all other means to respond with anything less than deadly force. Where a person confronts

a trespasser, thief or source of loud noises in a way that leaves little alternative for either party to kill or be killed, the accused’s role in the incident will be significant” (at paragraph 130).

## **Comment:**

Under the former self-defence provisions, self-defence was available to the accused even if she or he had initially assaulted the complainant (see former section 35). It was also available as an excuse regardless of the conduct of the accused (see former section 37). However, it was partially denied to an accused person who had “provoked” the assault (see former section 34(1)). This latter limitation has been removed in the present defence of the person provision. However, unlike the prior provisions, the present provision requires that we consider the accused person’s “role in the incident”. This is a very different approach to the concept of self-defence than what had been applied before the new provisions were enacted. It might also be seen as a very vague and possibly, an undefinable consideration.

Though an accused person who provokes an assault is no longer precluded from relying upon the present defence of the person provision, she or he may be precluded from successfully pleading defence of the person if the trial judge concludes that the accused’s application of force to the complainant was “unreasonable” because of their own actions.

Does this mean that defence of the person can be denied to an accused person who is legitimately defending themselves from an assault because of something they did or said before being assaulted? For instance, if a person is assaulted, after making a racial slur, would the “equities of the situation” result in them being denied access to the present defence of the person provision regardless of the response of the person insulted?

If the answer to these types of questions is yes, then has the Supreme Court created a class of people who cannot defend themselves? When we say that a person is “responsible” for what occurred or ask “who bears what responsibility for how this happened?”, is this the equivalent of saying you “got what you deserved” because of your “role in the incident”?

These are challenging questions to which there are at present no answers. As litigation unfolds, this area of the law will develop. As with all new areas of jurisprudence, the Provincial Court will set and define the initial standards. Hopefully, we will take the time to place our reasons in writing so that our collective insights can be shared. ▲

# COMMENT APPRÉCIER « LE RÔLE » DE LA PERSONNE ACCUSÉE DANS L'APPLICATION DES DISPOSITIONS DU CODE CRIMINEL RELATIVES À LA DÉFENSE DE LA PERSONNE

► *Suite de la page 95*

l'attention sur une question clé : qui assume quelle responsabilité quant à la manière dont les choses se sont passées? La mesure dans laquelle la personne accusée assume une responsabilité à l'égard de l'affrontement ultime ou est à l'origine de son propre malheur peut influencer sur l'appréciation de la question de savoir si elle a agi de façon raisonnable... les juges se demanderont si la personne accusée assume une certaine responsabilité à l'égard de l'affrontement final et si sa conduite a une incidence sur le caractère raisonnable ultime de l'acte dans les circonstances » (paragraphe 85, 86 et 114).

## En résumé :

La Cour suprême a résumé ses conclusions en indiquant que « la question ultime est de savoir si l'acte constituant l'accusation criminelle était raisonnable dans les circonstances » (paragraphe 123 et 124) :

« En somme, la question ultime est de savoir si l'acte constituant l'accusation criminelle était raisonnable dans les circonstances. Pour répondre à cette question, comme l'indique l'inclusion par le Parlement du "rôle joué par la personne lors de l'incident", les juges des faits doivent prendre en considération la mesure dans laquelle la personne accusée a joué un rôle dans la genèse du conflit ou a cherché à l'éviter. Les juges des faits doivent se demander si la conduite de la personne accusée tout au long de l'incident apporte un éclairage sur la nature et l'étendue de sa responsabilité à l'égard de l'affrontement final qui a abouti à l'acte ayant donné lieu à l'accusation.

L'expression adoptée est large et neutre et renvoie à la conduite de la personne – comme ses gestes, omissions et exercices de jugement – au cours de l'incident, du début à la fin, qui est pertinente pour permettre d'établir si l'acte à l'origine de l'accusation était raisonnable – autrement dit, qui, selon la logique et le bon sens, pourrait tendre à rendre l'acte de la personne accusée plus ou moins raisonnable dans les circonstances. La conduite en question doit être pertinente à la fois sur le plan temporel et sur le plan comportemental à l'égard de l'incident. Il s'agit d'un test conjonctif. Cela comprend notamment tout comportement qui a créé ou causé l'affrontement ou qui y a contribué. Cette expression vise aussi la conduite qui relèverait des notions précédentes, comme la provocation ou l'illégalité, mais elle ne se limite pas à ces notions ni n'est circonscrite par celles-ci. Elle s'applique donc à toute conduite pertinente, qu'elle soit légale ou non, provocatrice ou non, répréhensible ou non, et qu'elle constitue une réaction minimale ou excessive. De cette façon, l'acte de la personne accusée, examiné dans son contexte global et à la lumière du [TRADUCTION] "caractère équitable de la situation", est mesuré par rapport aux normes sociales, et non par rapport au code moral propre à la personne accusée. »

## Requête lors de l'appel

En concluant qu'un nouveau procès était nécessaire, la Cour suprême a jugé que « l'importance de l'al. 34(2)c) est

évidente lorsque les gestes de la personne accusée menant à un affrontement violent éliminent de fait tout moyen de réagir autre que l'emploi de la force meurtrière. Lorsqu'une personne affronte un intrus, un voleur ou une source de bruits forts d'une manière qui laisse peu de choix aux parties en cause autre que de tuer ou se faire tuer, le rôle joué par la personne accusée lors de l'incident sera important » (au paragraphe 130).

## Commentaire

En vertu des dispositions antérieures relatives à la légitime défense, la personne accusée pouvait invoquer la légitime défense même si elle avait initialement agressé le plaignant (voir l'ancien article 35). La légitime défense pouvait également être invoquée quelle que soit la conduite de l'accusé (voir l'ancien article 37). Toutefois, l'excuse de la légitime défense était en partie refusée à l'accusé qui avait « provoqué » l'agression (voir l'ancien article 34(1)). Cette restriction a été supprimée dans la présente disposition sur la défense de la personne. Ceci dit, contrairement aux dispositions antérieures, la présente disposition exige que l'on tienne compte du « rôle joué par la personne accusée lors de l'incident ». Il s'agit d'une approche au concept de légitime défense très différente de celle qui s'appliquait avant l'adoption des nouvelles dispositions. Cela pourrait également être perçu comme un critère très vague, voire indéfinissable.

Bien qu'une personne accusée qui provoque une agression ne soit plus empêchée d'invoquer la disposition actuelle sur la défense de la personne, elle peut se voir empêchée de plaider avec succès la défense de la personne si le juge du procès conclut que le recours à la force de l'accusé envers le plaignant était « déraisonnable » en raison de ses propres gestes.

Cela signifie-t-il que l'excuse de la défense de la personne peut être refusée à une personne accusée qui se défend à titre légitime contre une agression en raison de quelque chose qu'elle a fait ou dit avant l'agression? Par exemple, si une personne est agressée après avoir proféré une insulte à caractère racial, « le caractère équitable de la situation » conduirait-il à lui refuser l'accès à la présente disposition en matière de défense de la personne, quelle que soit la réaction de la personne insultée?

Si nous répondons par l'affirmative à ce type de questions, la Cour suprême a-t-elle créé une catégorie de personnes qui n'ont pas la possibilité de se défendre? Lorsque nous disons qu'une personne est « responsable » de ce qui s'est passé ou que nous demandons « qui assume quelle responsabilité quant à la manière dont les choses se sont passées », cela revient-il à dire que la personne « a eu ce qu'elle méritait » en raison du « rôle qu'elle a joué lors de l'incident »?

Il s'agit de questions complexes qui restent à l'heure actuelle sans réponse. Au fur et à mesure du déroulement des litiges, ce domaine du droit va évoluer. Comme dans tous les nouveaux domaines de la jurisprudence, la Cour provinciale établira et définira les normes initiales. Il faut espérer que nous prendrons le temps de consigner nos motifs par écrit afin de pouvoir partager nos réflexions collectives. ▀



# CALLING ALL CANADIAN LGBTQ+ JUDGES!

Judge  
Amy Sakalauskas,  
Nova Scotia  
Provincial Court



Juge Amy Sakalauskas,  
Cour provinciale  
de la Nouvelle-Écosse

The International Association of LGBTQ+ Judges was formed in 1993 when it was founded by 25 American judges. The Association aims to provide an opportunity for judges to meet and exchange views and to promote education among its members and among the public on legal and judicial issues related to the LGBTQ+ community. We aim to increase the visibility of our members to serve as role models and create opportunities to mentor those who are interested in a judicial career. During my time in the Association, I have found it to be an important source of personal and professional support. I encourage everyone to check out the Association at <https://lgbtqjudges.org/>. Reach out to me, or to other involved CAPCJ members like Judge Jean Whalen (NS), Judge Gary Cohen (BC), Justice Brian Weagant (ON), and Judge Kael McKenzie (MB).

When I was appointed to the Nova Scotia Provincial and Family Courts in 2017, I was described by media as the “first openly gay judge” in the province. Now, we could have a long discussion about what “openly gay” means, and why it can be a problematic expression, but I will save that for another day. In the world of LGBTQ+, we never know much if anything about real “firsts”. Despite that our community lags in self-identification it is generally accepted that as far as diversity on the Bench goes, we have been playing catch up in recent years. Finding a community for LGBTQ+ judges is important for those of us on the Bench, but also to ensure that we encourage that diversity to grow.

Like many people, I had to step back from advocacy work when I became a judge. I stepped back from equity-seeking work on behalf of the LGBTQ+ community. I enjoyed the job and gained many great colleagues and friends, but I missed my close community and the passionate, personal, and often difficult work that we did together. The Sexual Orientation and Gender Identify Conference of the Canadian Bar Association was the voice and home of our legal community and I cherished it. My new position made my place in it no longer possible. The International Association of LGBTQ+ Judges is different in that it recognizes the position of judges and the limits on such advocacy, but it is no less important.

I learned of the International Association of LGBTQ+ Judges while a lawyer when I met Judge Gary Cohen of the British Columbia Provincial Court. He was a long-time member and

Past President. I joined shortly after being appointed. We have all walked into a room of new people not knowing what to expect, hoping for the best but still feeling tentative. That was me at my first in-person meeting of the Association in New York City in 2018. Within minutes, I was thrilled to be a part of an event that felt like a family reunion with people I had never met.

We have been meeting for weekly Zoom discussions every Thursday evening since early in the pandemic, sharing information about how our courts have functioned in these unprecedented times while relaying our personal successes and challenges. This is a community that endured HIV and AIDS when social distancing had a very different meaning. In a recent article in our newsletter, as noted by our current President (Judge Tara Flanagan of California): “We as a community have pandemic experience we never wished for, which began in the 1980s and still hasn’t been eradicated. We suffered complete and utter destruction for it as a people. Politics and science kept the health pandemic swept under the rug for years; many died quickly and needlessly.” We have both celebrated and mourned while drawing on our shared history and experiences during this past year.

My goal is to increase Canadian membership and start a Canadian chapter in my role as Membership Chair and as Secretary. I would like for our first in-person event to be held in conjunction with CAPCJ 2022 in Halifax. In addition to personal and professional connections for each other, we have great potential to be a resource for the Bench and the broader community by sharing our experiences and knowledge. The Association holds our annual meetings and judicial education in conjunction with the Lavender Law Conference in the U.S. each summer, where we are also active participants in professional development for lawyers attending the conference. The Association provides members with invaluable opportunities and would be greatly enriched with more Canadian participation.

A contingent of Canadian LGBTQ+ Judges from all levels of court have met twice in recent months for an evening virtual chat, and we look forward to growing this community. Please reach out to me ([asakalauskas@judicom.ca](mailto:asakalauskas@judicom.ca)) if you would like to be a part of it. ▀

# UN APPEL À TOUS LES JUGES LGBTQ+ AU CANADA!



L'Association internationale des juges LGBTQ+ a été créée en 1993 par 25 juges américains. Cette association a pour but de permettre aux juges de se rencontrer, d'échanger leurs points de vue et de promouvoir la formation de ses membres et du public sur les questions juridiques et judiciaires liées à la communauté LGBTQ+. Nous voulons accroître la visibilité de nos membres afin qu'ils servent de modèles de comportement et créer des possibilités de mentorat pour ceux qui sont intéressés par une carrière judiciaire. Durant les années passées au sein de l'association, j'ai constaté qu'elle était une source importante de soutien personnel et professionnel. J'encourage tout le monde à visiter le site de l'association à l'adresse <https://lgbtqjudges.org/>. Vous pouvez communiquer avec moi ou avec d'autres membres concernés de l'ACJCP comme la juge Jean Whalen (N.-É.), le juge Gary Cohen (C.-B.), le juge Brian Weagant (Ont.) et le juge Kael McKenzie (Man.).

Lorsque j'ai été nommé à la Cour provinciale et à la Cour de la famille de la Nouvelle-Écosse en 2017, les médias m'ont décrit comme le « premier juge ouvertement gay » de la province. Nous pourrions évidemment entamer une longue discussion sur ce que signifie l'expression « ouvertement gay », et sur les raisons pour lesquelles elle peut poser problème, mais je préfère garder cela pour une autre occasion. Dans le monde LGBTQ+, nous ne savons jamais grand-chose des véritables « grandes premières ». Bien que notre communauté ait pris du retard en matière d'auto-identification, il est généralement reconnu qu'en matière de diversité au sein de la magistrature, nous avons comblé ce retard ces dernières années. Trouver une communauté de juges LGBTQ+ est important pour ceux d'entre nous qui siègent à la cour, mais aussi pour veiller à favoriser l'expansion de cette diversité.

Comme beaucoup d'autres, j'ai dû ralentir mes activités de défense des droits lorsque je suis devenue juge. Je me suis éloignée du travail de promotion de l'équité pour le compte de la communauté LGBTQ+. Le travail de juge me plaisait beaucoup et je me suis fait de nombreux collègues et amis, mais mon étroite communauté et le travail passionné, personnel et souvent difficile que nous faisons ensemble m'ont beaucoup manqué. Le Forum sur l'orientation et l'identité sexuelles de l'Association du Barreau canadien était le porte-parole et le refuge de notre communauté juridique et je le chérissais. Mon nouveau poste ne me permettait plus d'y participer. L'Association internationale des juges LGBTQ+ est différente en ce qu'elle reconnaît la position dans laquelle se trouvent les juges et les limites de leur rôle de défense des intérêts, mais elle n'en est pas moins importante.

J'ai appris l'existence de l'Association internationale des juges LGBTQ+ lorsque j'étais avocat et que j'ai rencontré le juge Gary Cohen de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique. Il en

était membre de longue date et ancien président. J'y ai adhéré peu de temps après ma nomination. Il nous est arrivé à tous d'entrer dans une pièce pleine de personnes inconnues, sans savoir à quoi nous attendre, en espérant que tout se passe bien, mais en étant malgré tout hésitant. C'est ce que je ressentais lors de ma première réunion en personne de l'association à New York en 2018. En quelques minutes, j'ai été ravi de participer à un événement qui ressemblait à une réunion de famille avec des personnes que je n'avais jamais rencontrées.

Nous nous réunissons pour des conversations hebdomadaires sur Zoom tous les jeudis soir depuis les tout débuts de la pandémie, pour partager des informations sur la façon dont nos tribunaux fonctionnent en cette période sans précédent, tout en faisant part de nos succès et de nos défis personnels. Notre communauté a enduré le VIH et le sida à une époque où la distanciation sociale avait une signification très différente. Dans un article récent de notre bulletin d'information, comme l'a noté notre actuelle présidente (la juge Tara Flanagan de Californie) : « Notre communauté a fait l'expérience d'une pandémie que nous n'avions jamais souhaitée, qui a commencé dans les années 80 et qui n'a toujours pas été éradiquée. Nous avons subi une destruction complète et totale en tant que peuple. Le monde politique et scientifique a gardé le silence sur cette pandémie sanitaire pendant des années; beaucoup d'entre nous sont morts trop rapidement et inutilement. » Au cours de l'année écoulée, nous avons vécu à la fois la célébration et le deuil, tout en tirant les leçons de notre histoire et de nos expériences communes.

Dans le cadre de mon rôle de président des adhésions, mon objectif est d'augmenter les effectifs canadiens et de créer une section canadienne. J'aimerais que notre première rencontre en personne se tienne en même temps que le Congrès 2022 de l'ACJCP à Halifax. En plus des liens personnels et professionnels que nous pouvons établir entre nous, nous avons le potentiel de devenir une ressource pour la magistrature et la communauté en général en partageant nos expériences et nos connaissances. L'association tient son assemblée générale annuelle et offre ses séances de formation judiciaire chaque été à l'occasion de la *Lavender Law Conference* aux États-Unis, où nous participons aussi activement au perfectionnement professionnel des avocats qui assistent à la conférence. L'association offre à ses membres des avantages précieux et se trouverait considérablement enrichie par une participation canadienne plus importante.

Un groupe de juges canadiens LGBTQ+ de tous les paliers de cours s'est réuni deux fois au cours des derniers mois pour une conversation virtuelle en soirée, et nous nous réjouissons à la perspective de développer cette communauté. N'hésitez pas à me contacter ([asakalaukas@judicom.ca](mailto:asakalaukas@judicom.ca)) si vous souhaitez en faire partie. ▀

---

# If you haven't been in court for a while, your judicial wardrobe might need some attention.



---

Trust Harcourts for high-quality judicial attire. No matter where you are in Canada, our network of experts can help you get ready for your next court appearance.

Book an appointment today at [harcourts.com/legal](https://harcourts.com/legal) or call us at (416) 977-4408. To locate a store near you, email [info@harcourts.com](mailto:info@harcourts.com).

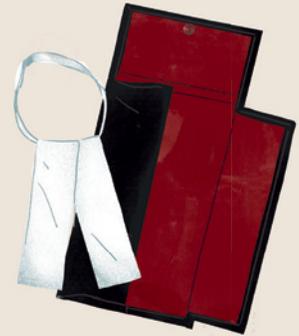
---

**HARCOURTS** since / depuis  
**1842**

---

## BEHIND THE SEAMS

### How to revive your judicial wardrobe after the pandemic



**THE TABS** The smallest element of your wardrobe is also the most resilient. Wash your wrinkled tabs in the machine on delicate, before lightly pressing everything except the Velcro.



**THE COURT SHIRT** Restore your cotton-poly blend shirts by putting them through a delicate machine wash followed by a light pressing at home. Anything 100-percent cotton requires the attention of a skilled dry cleaner.



**THE WAISTCOAT** Your waistcoat (and gown, for that matter) might need some air, so hang it up and hit it with a few spritzes of a gentle fabric-freshening spray. If that doesn't do the trick, bring it to your dry cleaner.

Si vous n'avez pas comparu en cour depuis un certain temps, votre garde-robe juridique pourrait bien avoir besoin d'une certaine attention.



Fiez-vous à Harcourts pour une tenue de cour de haute qualité. Quand vous vous préparez pour votre prochaine comparution au tribunal en personne, nous sommes là pour vous aider.

Prenez rendez-vous avec notre tailleur dès aujourd'hui sur [harcourts.com/legal](https://harcourts.com/legal), appelez-nous au (416) 977-4408, poste 112 ou contactez-nous par courriel à [info@harcourts.com](mailto:info@harcourts.com).

**HARCOURTS** since / depuis  
**1842**

#### DERRIÈRE LES COUTURES

Comment revigorer votre garde-robe juridique après la pandémie



**LES RABATS** L'élément le plus petit de votre garde-robe juridique est également le plus résistant. Lavez vos rabats froissés à la machine sur cycle délicat avant de les repasser légèrement, sauf le Velcro.



**LA CHEMISE DE COUR** Restaurez vos chemises en polyester-coton en les lavant à la machine sur cycle délicat suivi d'un léger repassage à la maison. Tout coton à 100 % nécessite l'attention d'un nettoyeur à sec qualifié.



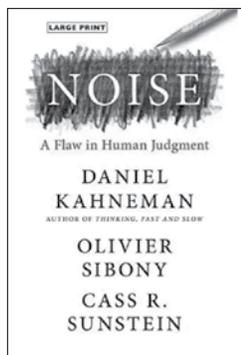
**LE VESTON** Votre veston pourrait bien avoir besoin d'être aéré. Alors, suspendez-le et appliquez quelques pulvérisations d'un doux vaporisateur désodorisant pour textile. Après quelques jours, rangez-le dans un sac en tissu pour vêtements jusqu'à la prochaine date de comparution en cour.

## NOTES DE LECTURE BY THE BOOK



Judge Donna Taylor,  
Provincial Court of Saskatchewan

Juge Donna Taylor,  
Cour provinciale de la Saskatchewan



*Noise* (subtitled: *A flaw in Human Judgment*) by Daniel Kahneman, Olivier Sibony and Cass R. Sunstein is a fascinating exploration of a topic not often considered.

In statistics, the term 'noise' is used to describe random fluctuations that do not contain meaningful data. It is used in this book to describe the variability in judgments that ought to be identical. In other words, when

presented with the same fact scenario, different people and even the same people on different days, will make different and often dramatically different judgments.

Noise is discussed in a number of areas where professional judgment is required. As one might expect, there are numerous references to judicial judging, particularly in the areas of bail and sentencing. Studies find noise not only between different judges when confronted with identical facts, but also in the decisions of individual judges presented with the same facts on different occasions.

The authors recognize that some level of variability is acceptable, particularly in the judicial field. They accept that there is a need for individuals to feel they have been dealt

with on a personal level, rather than being subject to decisions made by a mathematical calculation of predetermined criteria.

Studies confirm that there is significant noise in a wide variety of decision making, including the diagnoses of both physical and psychological diseases, forensic science, and the granting of asylum. It was disturbing to learn how large the variation can be in areas that are considered purely scientific. Noise raises issues of fairness and justice in some arenas, and life and death in others.

The book delineates errors made in the decision making process, and offers ways for individuals and organizations to avoid those errors and structure their analyses to reduce both noise and bias. Consideration of these errors and the solutions can assist in making better reasoned and more consistent decisions.

For those without a background in statistics, parts of the book may seem a bit heavy. I am confident that the issue and the solutions can be understood without following all of the statistical reasoning. I highly recommend the book as an informative examination of an important topic.

At first glance, noise is unexplained variation. This book provides the explanation - it is that often judgments are reached through unstructured analysis, which results in judgments that are not consistent. ▀

*Noise* (sous-titré : *A flaw in Human Judgment*) de Daniel Kahneman, Olivier Sibony et Cass R. Sunstein est une exploration fascinante d'un sujet rarement abordé.

En statistique, le terme « bruit » sert à décrire des fluctuations aléatoires qui ne contiennent pas de données significatives. Dans cet ouvrage, il est utilisé pour décrire la variabilité de jugements qui devraient être identiques. En d'autres termes, lorsqu'on leur présente le même scénario de faits, différentes personnes, et parfois la même personne à différents moments, émettent des jugements différents et souvent radicalement différents.

La question du « bruit » est abordée dans un certain nombre de domaines qui exigent un jugement professionnel. Comme on peut s'y attendre, il y a de nombreuses références au jugement judiciaire, en particulier dans les domaines de la libération conditionnelle et du prononcé des peines. Les études révèlent du « bruit » non seulement entre différents juges en présence de faits identiques, mais aussi dans les décisions de juges particuliers en présence des mêmes faits à différentes occasions.

Les auteurs reconnaissent qu'un certain degré de variabilité est acceptable, notamment dans le domaine judiciaire. Ils admettent qu'il est nécessaire que les individus aient le sentiment d'avoir été traités à titre personnel, plutôt que de faire l'objet de décisions résultant d'un calcul mathématique fondé sur des critères prédéterminés.

Des études confirment l'existence de « bruit » considérable dans un vaste éventail de processus décisionnels, notamment les diagnostics de troubles physiques et psychologiques, la médecine légale et l'octroi du droit d'asile. Il est troublant d'apprendre à quel point la variation peut être importante dans des domaines considérés comme purement scientifiques. Le « bruit » soulève des questions d'équité et de justice dans certains domaines, et devient une question de vie et de mort dans d'autres.

Cet ouvrage décrit les erreurs commises dans le processus décisionnel et propose aux individus et aux organisations des moyens d'éviter ces erreurs et de structurer leurs analyses de manière à réduire à la fois le « bruit » et le parti pris. Un examen de ces erreurs et de leurs solutions peut contribuer à la prise de décisions mieux raisonnées et plus cohérentes.

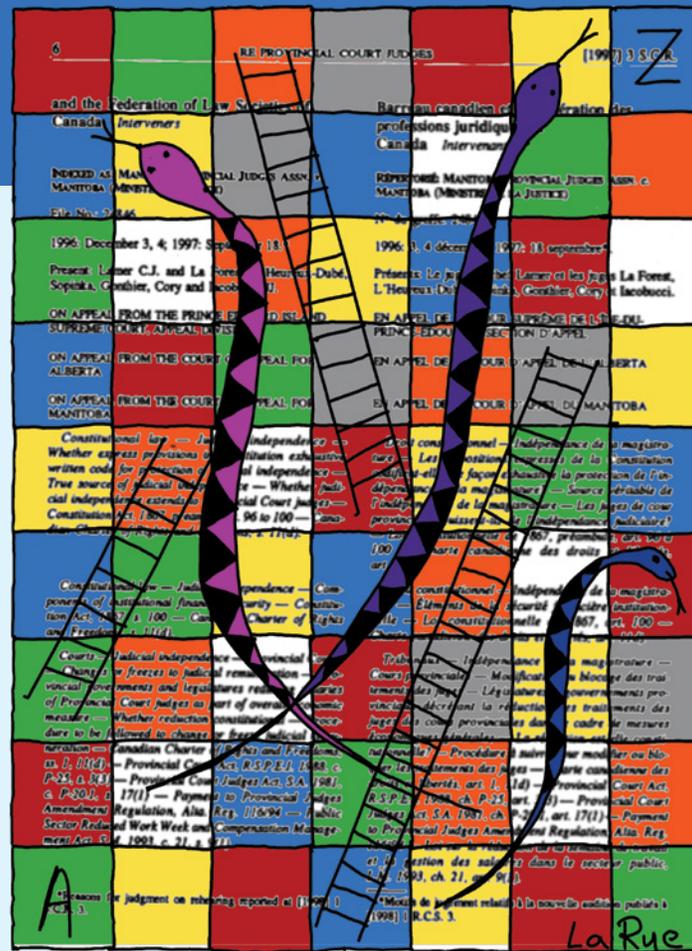
Pour les lecteurs qui n'ont pas de connaissances en statistiques, certaines parties de l'ouvrage peuvent sembler un peu complexes. Mais je suis convaincue que l'enjeu et les solutions peuvent être compris sans suivre l'intégralité du raisonnement statistique. Je recommande vivement cet ouvrage, qui offre une analyse instructive d'un sujet important.

À première vue, le « bruit » est une variation inexpliquée. Cet ouvrage fournit une explication – il est dû au fait que les jugements sont souvent rendus à partir d'une analyse non structurée, ce qui entraîne un manque de cohérence dans ces jugements. ▀

# L'ASSOCIATION CANADIENNE DES JUGES DES COURS PROVINCIALES CANADIAN ASSOCIATION OF PROVINCIAL COURT JUDGES

## COMITÉS / COMMITTEES

COMITÉE / COMITÉ	EXÉCUTIVE MEMBRE / MEMBRE DU CONSEIL D'ADMINISTRATION	RESPONSIBLE MEMBER / MEMBRE RESPONSABLE	COMITÉE / COMITÉ	COMITÉE CHAIR / PRÉSIDENT DU COMITÉ COMITÉE CO-CHAIR / CO-PRÉSIDENT DU COMITÉ	RESPONSIBLE MEMBER / MEMBRE RESPONSABLE
Conference 2022 – Nova Scotia	<b>Judge Theodore K. Tax</b> Provincial Court of Nova Scotia 200-277 Pleasant Street Dartmouth, NS B2Y 4B7 Tel / Tél. 902 424-0386 Fax / Télécopieur 902 424-0677  <b>Judge Ronda van der Hoek</b> Provincial Court of Nova Scotia, 87 Cornwallis St., Kentville, NS, B4N 2E5 Tel / Tél. 902- 679-6047 Fax / Télécopieur 902-679-6190	<b>Judge Theodore K. Tax</b> President/Président	<b>Equality and Diversity</b> <i>Égalité et diversité</i>	<b>Judge Kael McKenzie</b> Provincial Court of Manitoba Court House 500 – 408 York Avenue Winnipeg, MB R3C 0P9 Tel / Tél. : 204 945-3461 Fax / Télécopieur : 204 945--0552	<b>Justice Martha Zivolak</b> 1 <sup>st</sup> Vice-President / 1 <sup>er</sup> Vice-président
Conference 2023 – Newfoundland and Labrador	<b>Judge Kymil Howe</b> Provincial Court of Newfoundland and Labrador P.O. Box 2006, 82 Mt. Bernard Avenue Corner Brook, NL A2H 6J8 Tel/Tél. (709) 637-2317 Fax/Télécopieur (709) 639-3609  <b>Judge Mark Linehan</b> Provincial Court of Newfoundland and Labrador P.O. Box 2222 100 Airport Road Gander, NL A1V 2N9 Tel / Tél. : (709) 256-1100 Fax / Télécopieur : (709) 256-1097  <b>Judge Phyllis Harris</b> Provincial Court of Newfoundland and Labrador P.O. Box 68 215 Water Street St. John's, NL A1C 6C9 Tel / Tél. : (709) 729-1004 Fax / Télécopieur : (709) 729-0796	<b>Judge Kymil Howe</b> 2 <sup>nd</sup> Vice-President / 2 <sup>e</sup> Vice-présidente	<b>History Project</b> <i>Projet sur l'histoire</i>	<b>Juge Céline Gervais</b> Cour du Québec Palais de justice de Salaberry-de-Valleyfield 180, rue Salaberry Ouest Salaberry-de-Valleyfield, QC J6T 2J2 Tel / Tél. : 450 370-4024 Fax / Télécopieur : 450 370-4010	<b>Judge Theodore K. Tax</b> President/Vice-président
Conference 2024 – Saskatchewan	<b>Judge James Rybchuk</b> Provincial Court of Saskatchewan 4 <sup>th</sup> Floor, 1815 Smith Street Regina, SK S4P 2N5 Tel/Tél. : (306) 787-5500 Fax/Télécopieur : (306)-787-3933  <b>Judge Lua E. Gibb</b> Provincial Court of Saskatchewan 220-19 <sup>th</sup> Street East Saskatoon, SK S7K 0A2 Tel / Tél. : 306-933-7052 Fax / Télécopieur : 306-933-7043	<b>Judge James Rybchuk</b> 3 <sup>rd</sup> Vice-President / 3 <sup>e</sup> Vice-présidente	<b>Judicial Counselling</b> <i>Programme de consultation pour la magistrature</i>	<b>Juge Julie Messier</b> Cour du Québec Palais de justice 2800, boul. St-Martin Ouest Laval, QC H7T 2S9 Tel / Tél. : 450-686-5909 Fax/Télécopieur : 450-902-3166	<b>Judge Wynne Anne Trahey</b> Secretary / Secrétaire
<b>National Judicial Institute Representative</b> <i>Représentant de l'Institut national de la magistrature</i>	<b>Judge Theodore K. Tax</b> Provincial Court of Nova Scotia 200-277 Pleasant Street Dartmouth, NS B2Y 4B7 Tel / Tél. 902 424-0386 Fax / Télécopieur 902 424-0677	<b>Judge Theodore K. Tax</b> President/Président	<b>Judicial Ethics Committee</b> <i>Comité sur la déontologie judiciaire</i>	<b>Judge Julia Morneau</b> Ontario Court of Justice Courthouse 611 – 9 <sup>th</sup> Avenue East Owen Sound, Ontario N4K 6Z4 Tel / Tél. : (519) 370-2438 Fax / Télécopieur : (519) 376-8930	<b>Judge Kymil Howe</b> 2 <sup>nd</sup> Vice-President / 2 <sup>e</sup> Vice-présidente
<b>C.A.P.C.J. Handbook</b> <i>Manuel de l'A.C.J.C.P.</i>	<b>Judge Wynne Anne Trahey</b> Provincial Court of Newfoundland and Labrador P.O. Box 1060 Whiteway Drive Wabush, NL A0R 1B0 Tel / Tél. : (709) 282-6617 Fax / Télécopieur : (709) 282-6905	<b>Judge Wynne Anne Trahey</b> Secretary / Secrétaire	<b>Ethics Advisory Council</b>	<b>Judge Sandra Chapman</b> Provincial Court Law Courts Building Main Floor, 408 York Avenue Winnipeg, Manitoba R3C 0P9 Phone: (204) 945-3454 Fax: (204)945-7130	<b>Judge Kymil Howe</b> 2 <sup>nd</sup> Vice-President / 2 <sup>e</sup> Vice-présidente
<b>Liaison with Judicial and Legal Organizations</b> <i>Liaison avec les organismes judiciaires et juridiques</i>	<b>Judge Wynne Anne Trahey</b> Provincial Court of Newfoundland and Labrador P.O. Box 1060 Whiteway Drive Wabush, NL A0R 1B0 Tel / Tél. : (709) 282-6617 Fax / Télécopieur : (709) 282-6905	<b>Judge Wynne Anne Trahey</b> Secretary / Secrétaire	<b>Judicial Independence - Financial Security</b> <i>Comité sur l'indépendance judiciaire - Sécurité financière</i>	<b>Judge John Maher (Co-Chair)</b> Provincial Court of Alberta Courthouse Edmonton Rural, 190 Chippewa Road Sherwood Park, AB T7Z 1N5 Tel / Tél. : 780 464-0114 Fax / Télécopieur : 780 449-1490  <b>Judge David Walker (Vice-Chair)</b> Provincial Court of New Brunswick 10 Peel Plaza, P. O. Box 5001 Saint John, NB E2L 3G6 Tel/Tél : 506 658-2568 Fax/Télécopieur : 506 658-3759	<b>Juge Marco LaBrie</b> Past- President / Présidente sortante
<b>Access to Justice Committee</b> <i>Comité sur l'accès à la justice</i>	<b>Justice Romuald Feliks Kwolek</b> Family Co-chair Ontario Court of Justice Sault Ste. Marie Courthouse 426 Queen St. E. Sault Ste. Marie ON P6A 6W2 Tel / Tél. : 705 945-8000 483 Fax / Télécopieur : 705 945-9213	<b>Judge James Rybchuk</b> 3 <sup>rd</sup> Vice-President / 3 <sup>e</sup> Vice-présidente	<b>Judicial Independence - Security of Tenure and Institutional Independence</b> <i>«Comité sur l'indépendance judiciaire - Inamovibilité et l'indépendance institutionnelle</i>	<b>Judge Mayland McKimm (Co-Chair)</b> The Law Courts 850 Burdette Avenue Victoria, BC V8W 1B4 Tel / Tél. : 250-356-1032 Fax / Télécopieur : 250-356-6779	<b>Juge Marco LaBrie</b> Past- President / Présidente sortante
<b>Committee on the Law</b> <i>Comité sur le droit</i>	Vacant	<b>Judge James Rybchuk</b> 3 <sup>rd</sup> Vice-President / 3 <sup>e</sup> Vice-présidente	<b>National Education Formation</b>	<b>Justice Katherine McLeod (chair)</b> Ontario Court of Justice 100-7755 Hurontario St. Brampton, ON L6W 4T6 Tel / Tél. 905 456-4830 Fax / Télécopieur 905 456-4829  <b>Justice Robin Finlayson (vice-chair)</b> Provincial Court of Manitoba 5 <sup>th</sup> Floor – 408 York Avenue Winnipeg, Manitoba R3C 0P9 Tel/Tél. 204-945-3912 Fax/Télécopieur 204-945-0552	<b>Judge Theodore K. Tax</b> President/Président
<b>Communications Committee - Electronic Communications</b> <i>Communications électroniques</i>	<b>Judge Gary Cohen</b> Provincial Court of British Columbia 14340 – 57 <sup>th</sup> Avenue Surrey, BC V3X 1B2 Tel / Tél. 604 572-2300 Fax / Télécopieur 604 572-2301  <b>Judge Alan T. Tufts</b> Nova Scotia Provincial Court 87 Cornwallis Street Kentville, NS B4N 2E5 Tel/Tél 902 679-6070 Fax/Télécopieur 902 679-6190	<b>Justice Martha Zivolak</b> 1 <sup>st</sup> Vice-President / 1 <sup>er</sup> Vice-président	<b>Prairies &amp; Territories Education</b> <i>Formation des Prairies et Territoires</i>	<b>Judge Ryan Rolston</b> Provincial Court of Manitoba Criminal Division 408 York Avenue – 5 <sup>th</sup> Floor Winnipeg, MB Tel / Tél. 204 945-7169 Fax / Télécopieur 204-945-0552	<b>Judge Theodore K. Tax</b> President/Président
<b>Communications Committee - Judges' Journal</b> <i>Journal des juges</i>	<b>Juge Martine Nolin</b> Cour du Québec, chambre de la jeunesse 410 rue Bellechasse Est. 4e étage Montréal, Qué H3S 1X3 Tel / Tél. 514 495-5801 Fax / Télécopieur 514 393-2106  <b>Judge Michelle C. Christopher</b> Provincial Court of Alberta Law Courts, 460 - 1st ST S.E. Medicine Hat, Alberta T1A 0A8 Tel / Tél. (403) 529-8644 Fax / Télécopieur (403) 529-8606	<b>Justice Martha Zivolak</b> 1 <sup>st</sup> Vice-President / 1 <sup>er</sup> Vice-président	<b>New Judges Education Program</b> <i>Séminaire de formation des nouveaux juges</i>	<b>Juge Danielle Côté</b> Cour du Québec Palais de Justice 375, rue King Ouest Sherbrooke, Québec Tel / Tél. : 819-822-6917 Fax / Télécopieur : 819-822-9637	<b>Judge Theodore K. Tax</b> President/Président
			<b>New Judges Skills Seminar</b> <i>Séminaire de formation des nouveaux juges</i>	<b>Justice Katherine McLeod (chair)</b> Ontario Court of Justice 100-7755 Hurontario St. Brampton, ON L6W 4T6 Tel / Tél. 905 456-4830 Fax / Télécopieur 905 456-4829	<b>Judge Theodore K. Tax</b> President/Président



**JUDICIAL INDEPENDENCE, JUDICIAL  
COMPENSATION AND RESPONSIBLE  
GOVERNMENT:  
FINDING A MORE  
APPROPRIATE BALANCE**

**INDÉPENDANCE JUDICIAIRE,  
RÉMUNÉRATION DES JUGES  
ET GOUVERNEMENT RESPONSABLE :  
TROUVER UN ÉQUILIBRE  
PLUS JUSTE**

**INTRODUCTION**

MS. SUSAN DAWES  
MYERS LLP,  
BARRISTERS & SOLICITORS,  
WINNIPEG, MANITOBA

**PAGE 16**

**INTRODUCTION**

MME. SUSAN DAWES  
MYERS, LLP  
AVOCATS  
WINNIPEG, MANITOBA

**PAGE 17**

DR. PAUL G. THOMAS,  
PROFESSOR EMERITUS OF POLITICAL STUDIES, UNIVERSITY OF MANITOBA

**PAGE 22**

PAUL G. THOMAS (PH. D.)  
PROFESSEUR ÉMÉRITE D'ÉTUDES POLITIQUES, UNIVERSITÉ DU MANITOBA

**PAGE 23**

**RECENT DEVELOPMENTS  
IN JUDICIAL INDEPENDENCE:**

**JUDICIAL COMPENSATION COMMISSIONS**

NOTES FOR REMARKS OF THE HONOURABLE FRANK IACOBUCCI, C.C., Q.C.  
CANADIAN ASSOCIATION OF PROVINCIAL COURT JUDGES ANNUAL CONFERENCE  
DELTA PRINCE EDWARD HOTEL, 18 QUEEN STREET  
CHARLOTTETOWN, PRINCE EDWARD ISLAND  
SEPTEMBER 27 & 28, 2017

**PAGE 62**

**ÉVOLUTIONS RÉCENTES EN MATIÈRE  
D'INDÉPENDANCE DE LA MAGISTRATURE :**

**LES COMMISSIONS D'EXAMEN DE LA RÉMUNÉRATION DES JUGES**

NOTES D'ALLOCATION DE L'HONORABLE FRANK IACOBUCCI, C.C., C.R.  
CONGRÈS ANNUEL DE L'ASSOCIATION CANADIENNE DES JUGES DES COURS PROVINCIALES  
HÔTEL DELTA PRINCE EDWARD, 18, RUE QUEEN  
CHARLOTTETOWN, ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD  
27 ET 28 SEPTEMBRE 2017

**PAGE 63**

**IT'S NOT JUST ABOUT COMPENSATION  
SOME OTHER THOUGHTS  
ON JUDICIAL INDEPENDENCE**

JUDGE MAYLAND MCKIMM, PROVINCIAL COURT OF BRITISH COLUMBIA

**PAGE 90**

**CE N'EST PAS SEULEMENT UNE QUESTION DE RÉMUNÉRATION  
QUELQUES AUTRES ÉLÉMENTS DE RÉFLEXION SUR  
L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE**

JUGE MAYLAND MCKIMM, COUR PROVINCIALE DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

**PAGE 91**