

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

56-21-CA

ATTORNEY GENERAL OF CANADA

APPELLANT

- and -

JOSEPH POWER

RESPONDENT

Attorney General of Canada v. Power, 2022
NBCA 14

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice LaVigne
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
May 14, 2021

History of case:

Decision under appeal:
2021 NBQB 107

Preliminary or incidental proceedings:
Leave to appeal allowed June 10, 2021

Appeal heard:
September 21, 2021

Judgment rendered:
April 21, 2022

Counsel at hearing:

For the appellant:
Jan Jensen and Ami Assignon

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

APPELANT

- et -

JOSEPH POWER

INTIMÉ

Procureur général du Canada c. Power, 2022
NBCA 14

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge LaVigne
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 14 mai 2021

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2021 NBBR 107

Procédures préliminaires ou accessoires :
Demande d'autorisation d'appel accueillie
le 10 juin 2021

Appel entendu :
le 21 septembre 2021

Jugement rendu :
le 21 avril 2022

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Jan Jensen et Ami Assignon

For the respondent:
Joseph Power on his own behalf

THE COURT

The appeal is dismissed with costs of \$1,000.

Pour l'intimé :
Joseph Power en son propre nom

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens de 1 000 \$.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

I. Introduction

[1] The issue in this appeal is very narrow. It arises out of questions of law determined before trial under the regime of Rule 23 of the *Rules of Court*. While two questions were posed to the Court of Queen’s Bench, the matter turns on a single question: Whether the Crown enjoys absolute immunity from a civil suit seeking *Charter* damages for the enactment of legislation later declared unconstitutional. The Attorney General of Canada says it does; Joseph Power, who claims to have suffered damages flowing from unconstitutional legislation, says otherwise. A judge of the Court of Queen’s Bench applied the Supreme Court’s decision in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, and concluded that Crown immunity is not absolute because it does not extend to conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power. With leave, the Attorney General appeals.

[2] For the following reasons, the appeal is dismissed.

II. Factual background

[3] The question whether the Crown enjoys absolute immunity from suit for having enacted unconstitutional legislation can be answered absent the facts; however, for the sake of a narrative, we briefly outline the factual background leading to the present appeal.

[4] In a Notice of Action filed in 2018, Joseph Power seeks a declaration that transitional provisions contained in the *Limiting Pardons for Serious Crimes Act*, S.C. 2010, c. 5, s. 10, and in the *Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1, s. 161, are

of no force or effect, and claims against the Attorney General of Canada damages alleged to have been caused by the enactment of these provisions.

[5] The facts alleged in the pleadings reveal that, over two and a half decades ago, Mr. Power was convicted of two offences of sexual assault and was sentenced to two eight-month terms of imprisonment to be served concurrently. After his release, in June 1996, Mr. Power lived in various communities in Canada, enrolled in college to become an X-ray technician, graduated with a diploma in medical radiation technology, and became a member of the Ordre des technologues en imagerie médicale en radio-oncologie et en électrophysiologie médicale du Québec. He began work in that field in Longueuil, Quebec, and, in 2001, relocated to New Brunswick, where he became employed at the Miramichi Regional Hospital as a medical radiation technologist.

[6] In 2011, Mr. Power's employer discussed with him an anonymous phone call to the hospital alleging Mr. Power had a criminal record. Until then, neither the hospital nor the organizations that govern the conduct of X-ray technicians had asked whether he had a criminal past. In August 2011, the Miramichi Regional Hospital informed Mr. Power he posed a risk because of his criminal record. He was suspended pending a final decision, first with pay and later without.

[7] In 2010, Mr. Power had begun making inquiries regarding the process to obtain a pardon, now called a "record suspension," but he did not apply until 2013, once he learned he would require one if he were to continue working as a medical radiation technologist either in New Brunswick or in Quebec.

[8] By the time Mr. Power applied for a pardon, the regime had changed. Among other things, the combined effects and transitional provisions of the *Limiting Pardons for Serious Crimes Act* and the *Safe Streets and Communities Act* made Mr. Power permanently ineligible for a record suspension because of the nature of the offences for which he had been convicted. In these circumstances, his employment at the Miramichi Regional Hospital was terminated. Moreover, Mr. Power became ineligible

for membership with the respective medical radiation technologist governing bodies of both New Brunswick and Quebec.

[9] The transitional provisions of both Acts, which gave them retrospective application to cases where offences were committed prior to these statutes coming into force, have been declared unconstitutional (see *Chu v. Canada (Attorney General)*, 2017 BCSC 630, [2017] B.C.J. No. 742 (QL); *P.H. v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 393, [2020] F.C.J. No. 396 (QL), at para. 97). In the present case, the unconstitutionality of these provisions is admitted in the Attorney General's Statement of Defence.

[10] Mr. Power's action alleges that the adoption and application of the transitional provisions constitute conduct that was clearly wrong, undertaken in bad faith, and abusive of government power. He seeks damages pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part 1 of the *Constitution Act*, being Schedule B to the *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) (*Charter*). In a Statement of Particulars, Mr. Power explains his claims of bad faith and abuse of power as follows:

6. [...] the Plaintiff submits that the Transitional Provisions were clearly wrong, taken in bad faith, and an abuse of power due to the fact that the Transitional Provisions and retrospective application of the law were clear violations of Section 11(h) and (i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Furthermore, the Transitional Provisions were imposed in bad faith, with the intention to add to the punishment of offenders who had been sentenced prior to the passing of the legislation.
7. The Defendant knew that the effect of the Transitional Provisions in the SSCA and the LPSCA would be to increase punishment of certain convicted persons after the fact and that this was a violation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Nevertheless, these provisions came into force and were imposed on the Plaintiff and other persons convicted of crimes prior to the passing of the legislation.

8. The Plaintiff submits that it was an abuse of power to impose these provisions despite being aware of their unconstitutional effect on the Plaintiff and other persons convicted of crimes prior to the passing of the legislation.

[11] Rule 23.01(1)(a) of the *Rules of Court* allows a party to an action to apply “for the determination prior to trial, of any question of law raised by a pleading in the action where the determination of that question may dispose of the action, shorten the trial, or result in a substantial saving of costs.” Invoking that Rule, the Attorney General applied for a determination of the following two questions:

1 - Can the Crown, in its executive capacity, be held liable in damages for government officials and Ministers preparing and drafting a proposed Bill that was later enacted by Parliament, and subsequently declared invalid by a court pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*? and

2 - Can the Crown, in its executive capacity, be held liable in damages for Parliament enacting a Bill into law, which legislation was later declared invalid by a court pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*?

[12] At the hearing of the motion, the Attorney General argued that Parliament and the executive branch of government are protected from all liability when performing an essentially legislative function. According to the Attorney General, the mere enactment of legislation by Parliament, with the assistance of the Executive Branch, cannot give rise to any entitlement to damages under s. 24(1) of the *Charter* because of immunity founded upon the principles of parliamentary privilege and the constitutional division of powers among the legislative, executive and judicial branches of government. He maintains the only remedy available to anyone affected by legislation later found to be unconstitutional is a declaration under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* that the impugned legislation violates the *Charter* and is therefore of no force or effect.

[13] In a decision reported at 2021 NBQB 107, [2021] N.B.J. No. 172 (QL), the motion judge recognized the two questions posed under Rule 23 “blend together into a single question – does the state enjoy an absolute immunity in respect of the passage of legislation” or, put differently, “is there absolute state immunity with respect to the legislative function?” (para. 22). In the end, the motion judge applied the Supreme Court’s decision in *Mackin*, which generally recognized Crown immunity but subject to a high threshold beyond which damages may be awarded for the enactment or application of a law that is subsequently declared unconstitutional. The threshold is met when the state conduct is shown to have been “clearly wrong, in bad faith or an abuse of power” (*Mackin*, at para. 78). As a result, the motion judge answered in the affirmative both questions posed under Rule 23, thus holding there is no absolute immunity. He recognized that, while the legal threshold is very high, there may be cases where it is not insurmountable.

[14] With the consent of both parties, a judge of this Court granted leave to appeal.

III. Issues on appeal

[15] In his written submission, the Attorney General condenses his grounds of appeal into the following allegations of error: (1) the motion judge gave inadequate and erroneous consideration to the principles of the separation of powers, parliamentary sovereignty, and parliamentary privilege; and (2) the motion judge misinterpreted and misapplied Supreme Court jurisprudence concerning liability under the *Charter*.

IV. Analysis

[16] It is common ground that the standard of review governing questions of law is that of correctness. We agree with the motion judge’s statement that the two questions posed under Rule 23 can be blended into a single question. We formulate that question as follows: Do the Crown and its officials enjoy absolute immunity when

exercising a legislative function? Like the motion judge, we find the solution in *Mackin* and determine that the answer is “no.”

[17] *Mackin* arose out of a 1995 amendment to New Brunswick’s *Provincial Court Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-21, abolishing the system of supernumerary judges and replacing it with a panel of retired judges paid on a *per diem* basis. Supernumerary judges in office when the amendment came into force were to choose between retirement or returning to sit full time. Two judges affected by this amendment challenged the constitutionality of the amendment, claiming it infringed upon the security of tenure and financial security aspects of their judicial independence. They also claimed damages. Ultimately, the Supreme Court (5-2) held the amendment was unconstitutional but rejected the claim for damages. On the question of damages, Gonthier J., for the majority, explained as follows:

According to a general rule of public law, absent conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power, the courts will not award damages for the harm suffered as a result of the mere enactment or application of a law that is subsequently declared to be unconstitutional (*Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42). In other words “[i]nvalidity of governmental action, without more, clearly should not be a basis for liability for harm caused by the action” (K. C. Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 3, at p. 487). In the legal sense, therefore, both public officials and legislative bodies enjoy limited immunity [emphasis in original] against actions in civil liability based on the fact that a legislative instrument is invalid. With respect to the possibility that a legislative assembly will be held liable for enacting a statute that is subsequently declared unconstitutional, R. Dussault and L. Borgeat confirmed in their *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1990), vol. 5, at p. 177, that:

In our parliamentary system of government, Parliament or a legislature of a province cannot be held liable for anything it does in exercising its legislative powers. The law is the source of duty, as much for citizens as for the Administration, and while

a wrong and damaging failure to respect the law may for anyone raise a liability, it is hard to imagine that either Parliament or a legislature can as the lawmaker be held accountable for harm caused to an individual following the enactment of legislation. [Footnotes omitted in original.]

However, as I stated in *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [[1996] 3 S.C.R. 347, [1996] S.C.J. No. 91]] since the adoption of the Charter, a plaintiff is no longer restricted to an action in damages based on the general law of civil liability. In theory, a plaintiff could seek compensatory and punitive damages by way of “appropriate and just” remedy under s. 24(1) of the Charter. The limited immunity given to government is specifically a means of creating a balance between the protection of constitutional rights and the need for effective government. In other words, this doctrine makes it possible to determine whether a remedy is appropriate and just in the circumstances. Consequently, the reasons that inform the general principle of public law are also relevant in a *Charter* context. Thus, the government and its representatives are required to exercise their powers in good faith and to respect the “established and indisputable” laws that define the constitutional rights of individuals. However, if they act in good faith and without abusing their power under prevailing law and only subsequently are their acts found to be unconstitutional, they will not be liable. Otherwise, the effectiveness and efficiency of government action would be excessively constrained. Laws must be given their full force and effect as long as they are not declared invalid. Thus it is only in the event of conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power that damages may be awarded (*Crown Trust Co. v. The Queen in Right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41 (Ont. Div. Ct.)).

Thus, it is against this backdrop that we must read the following comments made by Lamer C.J. in *Schachter [v. Canada]*, [1992] 2 S.C.R. 679, [1992] S.C.J. No. 68] , at p. 720:

An individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* will rarely be available in conjunction with an action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Ordinarily, where a provision is declared unconstitutional and

immediately struck down pursuant to s. 52, that will be the end of the matter. No retroactive s. 24 remedy will be available. [Emphasis in original.]

In short, although it cannot be asserted that damages may never be obtained following a declaration of unconstitutionality, it is true that, as a rule, an action for damages brought under s. 24(1) of the *Charter* cannot be combined with an action for a declaration of invalidity based on s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. [Emphasis added; paras. 78-81.]

[18] In *Mackin*, the claim for damages was dismissed because the Supreme Court did “not find any evidence that might suggest that the government of New Brunswick acted negligently, in bad faith or by abusing its powers,” and because “[i]ts knowledge of the unconstitutionality of eliminating the office of supernumerary judge has never been established” (para. 82).

[19] *Mackin* is authoritative, and the motion judge was right to apply it in the present case. While the burden on Mr. Power may be a heavy one to prove that the enactment of the impugned transitional provisions was clearly wrong, in bad faith or an abuse of power, the fact remains that there is no absolute Crown immunity from suit seeking damages under s. 24(1) of the *Charter*.

[20] The Attorney General forcefully argues that there can be no Crown liability for the enactment of legislation that may be found to be unconstitutional because of immunity arising from the separation of powers, parliamentary sovereignty, and parliamentary privilege. With respect, although those arguments were not expressly addressed in *Mackin*, it remains that the case says what it says and, until the Supreme Court overrules it or limits its application, we are duty-bound to apply it.

[21] No one disputes that the separation of powers is a fundamental organizing principle of our Constitution. The government is composed of three branches that have distinct roles, and it would be inappropriate for one branch to impinge on the role of

another. The distinct roles of each branch were summarized by Karakatsanis J. in *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, and repeated by Brown J. in *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765:

The legislative branch makes policy choices, adopts laws and holds the purse strings of government, as only it can authorize the spending of public funds. The executive implements and administers those policy choices and laws with the assistance of a professional public service. The judiciary maintains the rule of law, by interpreting and applying these laws through the independent and impartial adjudication of references and disputes, and protects the fundamental liberties and freedoms guaranteed under the *Charter*. [para. 118]

[22] The Attorney General alleges that attaching any liability to the legislative process would constitute improper judicial branch impingement into the duties and responsibilities of the legislative branch. With respect, if this were so, *Mackin* would have recognized absolute immunity against damages for the enactment of legislation. However, it did not.

[23] Nowhere in the scheme recognized in *Mackin* is a court interfering with the legislative functions of government. The legislative branch is free to make policy choices and adopt laws. Occasionally, a law is passed and later declared unconstitutional. Declaring a law to be of no force or effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* is indisputably within the exclusive power of the judicial branch. No one argues that such a declaration impinges on the role of the legislative branch. Similarly, the adjudication of a claim for damages under s. 24(1) of the *Charter* falls within the exclusive power of the judicial branch. We fail to see how an after-the-fact determination of liability for damages, upon proof of unconstitutional legislation having been enacted in circumstances that were clearly wrong, in bad faith or an abuse of power in any way impinges on the role of the legislative branch. Throughout, the legislative branch and those within it are free to make policy choices and adopt laws, although they may have to pay a price if they

do so in circumstances that are clearly wrong, or where bad faith or abuse of power is proven.

[24] The Attorney General argues that “[t]he spectre of open-ended liability for enacting a law that could later, or much later, be found unconstitutional is a fetter on Parliament and is impermissibly chilling.” According to him, anything short of absolute immunity would result in legislatures having to formulate bills within the constraints of uncertain and potentially unlimited future liability. Yet, absolute immunity was rejected in *Mackin* in favour of a threshold that will guard against such a chilling effect. That threshold places a very heavy burden on a person claiming damages for the enactment of legislation later found to be unconstitutional. Claims attacking the *bona fides* of parliamentary action will be extremely rare, and those that are made will likely be subjected to motions to strike or for summary judgment to determine whether the allegations meeting the *Mackin* threshold can be proven. In this regard, we note the statement of the Supreme Court in *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214, that, where a heightened liability threshold has been imposed, such as here, to survive a motion to strike, a claimant must have pled sufficient facts to disclose a reasonable cause of action by particularizing “facts that, if proven, would be sufficient to establish that the state conduct met the required threshold of gravity” (para. 43).

[25] The Attorney General argues that, by endorsing a theory of liability based on Parliament’s alleged bad faith or wilful blindness, the motion judge invited scrutiny of Parliament’s action and thereby disregarded well-established categories of parliamentary privilege. Whether or not this is so is of no moment because the motion judge, like this Court, was duty-bound to apply the law as formulated in *Mackin*. It must be recalled that this was not a motion to strike a pleading or a motion for summary judgment; this was a motion for the determination of a question of law, that is whether the Crown enjoys absolute immunity from suit for the enactment of legislation. *Mackin* provides the answer: “[A]bsent conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power, the courts will not award damages for the harm suffered as a result of the mere enactment or

application of a law that is subsequently declared to be unconstitutional” (para. 78). Thus, “it cannot be asserted that damages may never be obtained following a declaration of unconstitutionality” (para. 81).

[26] Finally, the Attorney General argues that the motion judge misinterpreted *Mackin* and misapplied Supreme Court jurisprudence concerning *Charter* liability. He submits the statement of the majority in *Mackin* regarding liability under s. 24(1) of the *Charter* constitutes only *obiter* remarks and does not apply to the legislative branch. We do not accept that argument nor do we agree with his statement that the Supreme Court went no further than raise the notional idea of liability. The passage reproduced above clearly demonstrates that the question of damages was a live issue throughout the proceedings, including in the Supreme Court. The threshold was identified in *Mackin* and was applied. The Court held it was not met.

[27] As for subsequent jurisprudence where separation of powers was raised as prime or determinative consideration, such as *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, or *Mikisew*, we do not agree with the Attorney General that these cases should have been preferred over *Mackin*. *Mackin* was on point, while those cases were not since they did not involve unconstitutional legislation leading to a claim for damages for conduct in the legislative process said to have been clearly wrong, in bad faith or abusive of power. Moreover, the *Mackin* principles find support in *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, in which the Supreme Court elaborated upon the concept of damages as a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. While *Ward* was not concerned with a claim for damages resulting from the enactment of legislation later found to be unconstitutional, the Supreme Court references *Mackin* and notes that “[t]he *Mackin* principle recognizes that the state must be afforded some immunity from liability in damages resulting from the conduct of certain functions that only the state can perform,” recognizing though that the immunity is “limited” (para. 40). While *Ward* in many respects explains *Mackin*, it does not overrule it. Thus, *Mackin* continues to hold that the “mere enactment” of a law that is

subsequently declared unconstitutional is not protected by immunity if it can be shown the enactment was clearly wrong, in bad faith or an abuse of power.

[28] In sum, despite the able arguments of the Attorney General, which, but for *Mackin*, might have gained traction, we are duty-bound to hold that the motion judge did not err in his determination of the questions before him based on the law as established by the Supreme Court in *Mackin*.

V. Disposition

[29] For these reasons, the appeal is dismissed. Although Mr. Power was not represented for the hearing of the appeal, he did have counsel file a written submission on his behalf. In these circumstances, we award him costs of \$1,000.

LA COUR

I. Introduction

[1] La question en litige dans le présent appel est très précise. Elle fait suite à des questions de droit tranchées avant le procès sous le régime de la règle 23 des *Règles de procédure*. Quoique deux questions aient été soumises à la Cour du Banc de la Reine, l'affaire ne soulève qu'une question : La Couronne jouit-elle d'une immunité absolue contre une poursuite civile réclamant des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour l'adoption d'une loi déclarée plus tard inconstitutionnelle? Le procureur général du Canada l'affirme; Joseph Power, qui prétend avoir subi un préjudice par suite d'une loi inconstitutionnelle, soutient le contraire. Un juge de la Cour du Banc de la Reine a appliqué l'arrêt de la Cour suprême dans *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, et a conclu que l'immunité de la Couronne n'est pas absolue, car elle ne couvre pas un comportement clairement fautif, adopté de mauvaise foi ou constituant un abus de pouvoir. Avec l'autorisation de la Cour, le procureur général interjette appel.

[2] Pour les motifs qui suivent, l'appel est rejeté.

II. Contexte factuel

[3] La question de savoir si la Couronne jouit d'une immunité absolue contre toute poursuite après avoir adopté une loi inconstitutionnelle peut être résolue sans égard aux faits; cependant, pour replacer la question dans son contexte, nous rappellerons brièvement la genèse factuelle du présent appel.

[4] Dans un avis de poursuite déposé en 2018, Joseph Power sollicite une déclaration selon laquelle les dispositions transitoires de l'art. 10 de la *Loi limitant*

l'admissibilité à la réhabilitation pour des crimes graves, L.C. 2010, ch. 5, et de l'art. 161 de la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, ch. 1, sont inopérantes, et présente une réclamation contre le procureur général du Canada à l'égard du préjudice qu'aurait entraîné l'adoption de ces dispositions.

[5] Les faits allégués dans les plaidoiries révèlent que, il y a plus de deux décennies et demie de cela, M. Power a été déclaré coupable de deux infractions d'agression sexuelle et a été condamné à deux peines de huit mois d'emprisonnement à purger concurremment. Après sa libération en juin 1996, M. Power a vécu dans divers coins du Canada, s'est inscrit à des études collégiales pour devenir technologue en radiation, a obtenu un diplôme en technologie de la radiation médicale et est devenu membre de l'Ordre des technologues en imagerie médicale, en radio-oncologie et en électrophysiologie médicale du Québec. Il a entrepris sa carrière dans ce domaine à Longueuil, au Québec, et, en 2001, a déménagé au Nouveau-Brunswick, où il a travaillé au service de l'Hôpital régional de Miramichi à titre de technologue en radiation médicale.

[6] En 2011, l'employeur de M. Power a abordé avec lui le sujet d'un appel téléphonique anonyme à l'Hôpital selon lequel il avait des antécédents judiciaires. Jusqu'à ce moment-là, ni l'Hôpital ni les ordres professionnels des technologues en radiation ne lui avaient demandé s'il avait des antécédents judiciaires. En août 2011, l'Hôpital régional de Miramichi a avisé M. Power qu'il présentait un risque à cause de ses antécédents judiciaires. Il a été suspendu en attendant une décision définitive, d'abord avec rémunération, puis sans solde.

[7] En 2010, M. Power avait commencé à se renseigner sur le processus d'obtention d'un pardon, que l'on appelle aujourd'hui la « suspension du casier judiciaire », mais n'en a pas fait la demande avant 2013, ayant alors appris qu'il en aurait besoin pour pouvoir continuer de travailler comme technologue en radiation médicale, tant au Nouveau-Brunswick qu'au Québec.

[8] Lorsque M. Power a enfin fait sa demande de pardon, le régime avait changé. Entre autres choses, les effets combinés de la *Loi limitant l'admissibilité à la réhabilitation pour des crimes graves* et de la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés* et les dispositions transitoires qu'elles renfermaient l'avaient rendu inadmissible de façon définitive à la suspension du casier en raison de la nature des infractions dont il avait été déclaré coupable. Dans ces circonstances, il a été congédié de l'Hôpital régional de Miramichi. De plus, il est devenu inadmissible à la qualité de membre des organismes encadrant les technologues en radiation médicale tant au Nouveau-Brunswick qu'au Québec.

[9] Les dispositions transitoires des deux lois prévoyant une application rétrospective aux situations où les infractions ont été commises avant l'entrée en vigueur de ces lois ont été déclarées inconstitutionnelles (voir *Chu c. Canada (Attorney General)*, 2017 BCSC 630, [2017] B.C.J. No. 742 (QL); *P.H. c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 393, [2020] A.C.F. n° 396 (QL), au par. 97). En l'espèce, l'inconstitutionnalité de ces dispositions est admise dans l'exposé de la défense du procureur général.

[10] Selon la poursuite de M. Power, l'adoption et l'application des dispositions transitoires constituent un comportement qui était clairement fautif, adopté de mauvaise foi et constituant un abus de pouvoir gouvernemental. Il réclame des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) (la *Charte*). Dans son exposé des précisions, M. Power explique de la façon suivante ses allégations de mauvaise foi et d'abus de pouvoir :

[TRADUCTION]

6. [...] le demandeur affirme que les dispositions transitoires étaient clairement fautives, avaient été adoptées de mauvaise foi et constituaient un abus de pouvoir parce que les dispositions transitoires et l'application rétrospective de la loi violaient de toute évidence les alinéas 11*h*) et *i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En outre, les dispositions transitoires ont été imposées de mauvaise foi, avec

l'intention d'accroître la peine de contrevenants qui avaient été condamnés avant leur adoption.

7. Le défendeur savait que l'effet des dispositions transitoires de la [*Loi sur la sécurité des rues et des communautés*] et de la [*Loi limitant l'admissibilité à la réhabilitation pour des crimes graves*] serait d'infliger, après le fait, des peines plus sévères à certaines personnes déclarées coupables, et cela constituait une violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Néanmoins, ces dispositions sont entrées en vigueur et ont été appliquées au demandeur et à d'autres personnes qui avaient été déclarées coupables de crimes avant leur adoption.
8. Le demandeur soutient que le fait d'appliquer ces dispositions tout en étant conscients de leur effet inconstitutionnel à l'égard du demandeur et d'autres personnes déclarées coupables de crimes avant leur adoption constituait un abus de pouvoir.

[11] La règle 23.01(1)a) des *Règles de procédure* autorise une partie à une action de demander « que toute question de droit soulevée par une plaidoirie dans l'action en cours soit tranchée avant le procès, si la solution de cette question peut régler le litige, abrégier le procès ou réduire considérablement les frais ». Le procureur général s'est fondé sur cette règle pour demander que les deux questions suivantes soient tranchées :

[TRADUCTION]

1 – La Couronne peut-elle, dans l'exercice de sa fonction exécutive, être tenue de verser des dommages-intérêts pour le compte des représentants et des ministres du gouvernement qui ont préparé et rédigé un projet de loi que le législateur a adopté et qui a subséquemment été déclaré inopérant par un tribunal en application du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

2 – La Couronne peut-elle, dans l'exercice de sa fonction exécutive, être tenue de verser des dommages-intérêts du fait que le législateur a adopté un texte législatif qui a par la suite été déclaré inopérant par un tribunal en application du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

[12] À l'audition de la motion, le procureur général a soutenu que le législateur et le pouvoir exécutif du gouvernement sont à l'abri de toute responsabilité dans l'exercice d'une fonction essentiellement législative. Selon lui, la seule adoption de lois par le législateur, avec l'aide du pouvoir exécutif, ne peut donner naissance à un droit à des dommages-intérêts sur le fondement du paragraphe 24(1) de la *Charte*, vu l'immunité qui repose sur les principes de privilège parlementaire et de la division des pouvoirs entre les organes législatif, exécutif et judiciaire du gouvernement que prévoit la Constitution. Il soutient que la seule réparation que peut obtenir la personne visée par une loi déclarée plus tard inconstitutionnelle est une déclaration fondée sur le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* selon laquelle la loi contestée contrevient à la *Charte* et est donc inopérante.

[13] Dans une décision publiée à 2021 NBBR 107, [2021] A.N.-B. n° 172 (QL), le juge saisi de la motion a reconnu que les deux questions posées sous le régime de la règle 23 [TRADUCTION] « se marient en une seule question : l'État jouit-il de l'immunité absolue lorsqu'il adopte des lois? », autrement dit, [TRADUCTION] « l'immunité de l'État est-elle absolue en ce qui concerne sa fonction législative? » (par. 22). Au bout du compte, le juge saisi de la motion a appliqué la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Mackin*, qui a reconnu, en général, l'immunité de la Couronne, sous réserve cependant d'un seuil élevé au-delà duquel des dommages-intérêts peuvent être accordés pour l'adoption ou l'application d'une loi subséquemment déclarée inconstitutionnelle. Le seuil est atteint lorsqu'il est démontré que le comportement de l'État était « clairement fautif, de mauvaise foi ou [un] abus de pouvoir » (*Mackin*, par. 78). En conséquence, le juge saisi de la motion a répondu affirmativement aux deux questions posées sous le régime de la règle 23, statuant ainsi qu'il n'y a pas d'immunité absolue. Il a reconnu que, bien que le critère juridique soit très exigeant, il puisse y avoir des cas où il n'est pas insurmontable.

[14] Avec le consentement des deux parties, un juge de notre Cour a accordé l'autorisation d'en appeler.

III. Questions à trancher en appel

[15] Dans son mémoire, le procureur général condense ses moyens d'appel en formulant ainsi ses allégations d'erreur : 1) le juge saisi de la motion a pris en considération de façon inadéquate et erronée les principes de la division des pouvoirs, de la souveraineté parlementaire et du privilège parlementaire; 2) le juge saisi de la motion a mal interprété et mal appliqué la jurisprudence de la Cour suprême concernant la responsabilité découlant de la *Charte*.

IV. Analyse

[16] Il est admis par tous que la norme de contrôle régissant les questions de droit est celle de la décision correcte. Nous sommes d'accord avec le juge saisi de la motion lorsqu'il dit que les deux questions posées sous le régime de la règle 23 peuvent se marier en une seule question. Nous formulons ainsi cette question : La Couronne et ses représentants jouissent-ils de l'immunité absolue lorsqu'ils exercent une fonction législative? À l'instar du juge saisi de la motion, nous trouvons la solution dans l'arrêt *Mackin* et décidons que la réponse doit être « non ».

[17] L'affaire *Mackin* est issue d'une modification apportée en 1995 à la *Loi sur la Cour provinciale*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, abolissant le système de juges surnuméraires et le remplaçant par un tableau de juges à la retraite rémunérés sur une base journalière. Les juges surnuméraires en poste lors de l'entrée en vigueur de la modification devaient choisir soit de prendre leur retraite soit de recommencer à siéger à temps complet. Deux juges touchés par cette modification ont contesté la constitutionnalité de la modification, prétendant qu'elle portait atteinte aux aspects inamovibilité et sécurité financière de leur indépendance judiciaire. Ils réclamaient aussi des dommages-intérêts. En fin de compte, la Cour suprême (5-2) a jugé que la modification était inconstitutionnelle, mais a rejeté la demande de dommages-intérêts. Sur la question des dommages-intérêts, le juge Gonthier, parlant au nom de la majorité, a donné les explications suivantes :

Selon un principe général de droit public, en l'absence de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir, les tribunaux n'accorderont pas de dommages-intérêts pour le préjudice subi à cause de la simple adoption ou application d'une loi subséquentement déclarée inconstitutionnelle (*Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42). Autrement dit, [TRADUCTION] « l'invalidité n'est pas le critère de la faute et ne devrait pas être le critère de la responsabilité » (K. C. Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 3, p. 487). Ainsi, au sens juridique, tant les fonctionnaires que les institutions législatives bénéficient d'une immunité restreinte [souligné dans l'original] vis-à-vis des actions en responsabilité civile dont le fondement serait l'invalidité d'un texte législatif. Quant à la possibilité qu'une assemblée législative soit tenue responsable pour l'adoption d'une loi subséquentement déclarée inconstitutionnelle, R. Dussault et L. Borgeat confirment dans leur *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1989), t. III, p. 959, que :

Dans notre régime parlementaire, il est impensable que le Parlement puisse être déclaré responsable civilement en raison de l'exercice de son pouvoir législatif. La loi est la source des devoirs, tant des citoyens que de l'Administration, et son inobservation, si elle est fautive et préjudiciable, peut pour quiconque faire naître une responsabilité. Il est difficilement imaginable cependant que le législateur en tant que tel soit tenu responsable du préjudice causé à quelqu'un par suite de l'adoption d'une loi. [Notes infrapaginales omises dans l'original.]

Toutefois, comme je le mentionne dans *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [[1996] 3 R.C.S. 347, [1996] A.C.S. n° 91], depuis l'adoption de la Charte un demandeur n'est plus limité uniquement à une action en dommages-intérêts fondée sur le droit général de la responsabilité civile. Il pourrait, en théorie, solliciter des dommages-intérêts compensatoires et punitifs à titre de réparation « convenable et juste » en vertu du par. 24(1) de la Charte. Or, l'immunité restreinte accordée à l'État constitue justement un moyen d'établir un équilibre entre la protection des droits constitutionnels et la nécessité d'avoir

un gouvernement efficace. Autrement dit, cette doctrine permet de déterminer si une réparation est convenable et juste dans les circonstances. Par conséquent les raisons qui sous-tendent le principe général de droit public sont également pertinentes dans le contexte de la *Charte*. Ainsi, l'État et ses représentants sont tenus d'exercer leurs pouvoirs de bonne foi et de respecter les règles de droit « établies et incontestables » qui définissent les droits constitutionnels des individus. Cependant, s'ils agissent de bonne foi et sans abuser de leur pouvoir eu égard à l'état du droit, et qu'après coup seulement leurs actes sont jugés inconstitutionnels, leur responsabilité n'est pas engagée. Autrement, l'effectivité et l'efficacité de l'action gouvernementale seraient exagérément contraintes. Les lois doivent être appliquées dans toute leur force et tout leur effet tant qu'elles ne sont pas invalidées. Ce n'est donc qu'en cas de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir que des dommages-intérêts peuvent être octroyés (*Crown Trust Co. c. The Queen in Right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41 (C. div. Ont.)).

C'est sur cette toile de fond qu'il faut lire les commentaires du juge en chef Lamer dans *Schachter [c. Canada]*, [1992] 2 R.C.S. 679, [1992] A.C.S. n° 68], p. 720, selon lesquels :

Il y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps qu'une mesure prise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Habituellement, si une disposition est déclarée inconstitutionnelle et immédiatement annulée en vertu de l'art. 52, l'affaire est close. Il n'y aura pas lieu à une réparation rétroactive en vertu de l'art. 24. [Souligné dans l'original.]

En somme, même s'il est impossible d'affirmer que des dommages-intérêts ne peuvent jamais être obtenus à la suite d'une déclaration d'inconstitutionnalité, il est exact que, en règle générale, une action en dommages-intérêts présentée en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ne peut être jumelée à une action en déclaration d'invalidité fondée sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. [Nous soulignons; par. 78 à 81.]

[18] Dans l'affaire *Mackin*, la demande de dommages-intérêts a été rejetée parce que la Cour suprême n'avait trouvé « aucun élément de preuve qui puisse indiquer que le gouvernement du Nouveau-Brunswick a agi négligemment, de mauvaise foi, ou en abusant de ses pouvoirs » et parce qu'il « n'a jamais été démontré qu'il savait que l'élimination du poste de juge surnuméraire était inconstitutionnelle » (par. 82).

[19] L'arrêt *Mackin* fait autorité, et le juge saisi de la motion a eu raison de l'appliquer à l'espèce. Malgré la lourdeur du fardeau qui incombe à M. Power de prouver que l'adoption des dispositions transitoires contestées était clairement fautive, de mauvaise foi ou un abus de pouvoir, il reste qu'il n'existe aucune immunité absolue mettant la Couronne à l'abri d'une poursuite en dommages-intérêts engagée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

[20] Le procureur général soutient vigoureusement qu'il ne peut y avoir de responsabilité de la Couronne à l'égard de l'adoption d'une loi qui puisse s'avérer inconstitutionnelle, vu l'immunité découlant de la division des pouvoirs, de la souveraineté parlementaire et du privilège parlementaire. Avec égards, même s'il est vrai que ces arguments n'ont pas été présentés expressément dans l'affaire *Mackin*, il reste que l'arrêt dit ce qu'il dit et, tant que la Cour suprême ne l'aura pas infirmé ou n'aura pas restreint son application, il est de notre devoir de l'appliquer.

[21] Tout le monde s'entend pour dire que la division des pouvoirs est un principe organisateur fondamental de notre Constitution. Le gouvernement est composé de trois organes qui ont des rôles distincts, et il serait inadmissible pour un des organes d'empiéter sur le rôle d'un autre. Les rôles distincts de chaque organe ont été exposés sommairement par la juge Karakatsanis dans *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, et ses propos ont été repris par le juge Brown dans *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765 :

Le pouvoir législatif fait des choix politiques, adopte des lois et tient les cordons de la bourse de l'État, car lui seul

peut autoriser l'affectation de fonds publics. L'exécutif met en œuvre et administre ces choix politiques et ces lois par le recours à une fonction publique compétente. Le judiciaire assure la primauté du droit en interprétant et en appliquant ces lois dans le cadre de renvois et de litiges sur lesquels il statue de manière indépendante et impartiale, et il défend les libertés fondamentales garanties par la *Charte*. [par. 118]

[22] Le procureur général soutient que le fait d'assortir le processus législatif d'une responsabilité quelconque constituerait un empiétement irrégulier du pouvoir judiciaire sur les obligations et les responsabilités du législateur. Avec égards, si tel était le cas, l'arrêt *Mackin* aurait reconnu l'immunité absolue de dommages-intérêts pour l'adoption de lois. Mais il ne l'a pas fait.

[23] Le régime reconnu dans l'arrêt *Mackin* ne fait aucune place à l'ingérence des tribunaux dans les fonctions législatives du gouvernement. Le législateur est libre de faire des choix politiques et d'adopter des lois. Il arrive parfois qu'une loi soit adoptée, puis, plus tard, déclarée inconstitutionnelle. Déclarer une loi inopérante en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* relève incontestablement et exclusivement du pouvoir judiciaire. Personne ne prétend que pareille déclaration empiète sur le rôle du législateur. De même, il appartient exclusivement au pouvoir judiciaire de trancher sur des demandes de dommages-intérêts présentées en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Nous ne voyons pas comment le fait d'imposer des dommages-intérêts après le fait, s'il y a de la preuve qu'une loi inconstitutionnelle a été adoptée dans des circonstances qui sont clairement fautives, de mauvaise foi ou indicatives d'un abus de pouvoir, puisse en aucune manière empiéter sur le rôle du législateur. Tout au long du processus, l'organe législatif et ceux qui le composent sont libres de faire des choix politiques et d'adopter des lois, quoiqu'ils s'exposent à en payer le prix s'il est démontré qu'ils l'ont fait dans des circonstances qui sont clairement fautives, de mauvaise foi ou indicatives d'un abus de pouvoir.

[24] Le procureur général soutient que [TRADUCTION] « le spectre d'une responsabilité illimitée par suite de l'adoption d'une loi qui pourrait plus tard, voire

beaucoup plus tard, être déclarée inconstitutionnelle constitue une entrave sur l'activité du législateur et est insupportablement paralysant ». Selon lui, sans une immunité absolue, le législateur sera réduit à devoir pondre des projets de loi sous la contrainte d'une responsabilité future incertaine et potentiellement illimitée. Pourtant, l'immunité absolue a été écartée dans l'arrêt *Mackin* en faveur d'un seuil qui assure une protection contre un tel effet paralysant. Ce seuil impose un très lourd fardeau à la personne qui réclame des dommages-intérêts pour l'adoption de lois déclarées plus tard inconstitutionnelles. Les réclamations attaquant la bonne foi du législateur seront extrêmement rares, et celles qui seront faites feront sans doute l'objet de motions en radiation ou de motions en jugement sommaire afin qu'il soit déterminé si les allégations satisfaisant au seuil établi dans l'arrêt *Mackin* peuvent être prouvées. À cet égard, nous prenons acte des propos de la Cour suprême dans *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214, selon lesquels, lorsqu'est imposé un seuil de responsabilité plus élevé, comme en l'espèce, le demandeur, pour résister à une motion en radiation, doit avoir allégué des faits suffisants pour révéler une cause d'action raisonnable en précisant « des faits qui, s'ils étaient prouvés, seraient suffisants pour établir que la conduite de l'État atteint le seuil de gravité requis » (par. 43).

[25] Le procureur général soutient que, en appuyant une théorie de la responsabilité fondée sur la prétendue mauvaise foi ou le prétendu aveuglement volontaire du Parlement, le juge saisi de la motion a ouvert la porte à l'examen de l'action parlementaire, fermant ainsi les yeux sur les catégories bien établies du privilège parlementaire. Que cela soit vrai ou non n'a aucune pertinence, puisqu'il était du devoir du juge saisi de la motion, tout comme de notre Cour, d'appliquer le droit tel que formulé dans l'arrêt *Mackin*. Il faut bien se rappeler qu'il ne s'agissait pas d'une motion en radiation d'une plaidoirie ou d'une motion en jugement sommaire, mais plutôt d'une motion visant la résolution d'une question de droit, savoir si la Couronne jouit d'une immunité absolue contre toute poursuite en rapport avec l'adoption d'une loi. L'arrêt *Mackin* nous fournit la réponse : « [E]n l'absence de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir, les tribunaux n'accorderont pas de dommages-intérêts

pour le préjudice subi à cause de la simple adoption ou application d'une loi subséquentement déclarée inconstitutionnelle » (par. 78). Par conséquent, « il est impossible d'affirmer que des dommages-intérêts ne peuvent jamais être obtenus à la suite d'une déclaration d'inconstitutionnalité » (par. 81).

[26] Finalement, le procureur général soutient que le juge saisi de la motion a mal interprété l'arrêt *Mackin* et a mal appliqué la jurisprudence de la Cour suprême concernant la responsabilité découlant de la *Charte*. Selon lui, les propos de la majorité dans l'arrêt *Mackin* concernant la responsabilité découlant du par. 24(1) de la *Charte* ne sont qu'une remarque incidente et ne s'appliquent pas au législateur. Nous n'acceptons pas cet argument ni son affirmation voulant que la Cour suprême se soit contentée de soulever hypothétiquement l'idée de la responsabilité. Le passage cité ci-dessus montre clairement que la question des dommages-intérêts était une question litigieuse vitale tout au long de l'instance, y compris devant la Cour suprême. Le seuil a été précisé dans l'arrêt *Mackin* et a été appliqué. La Cour a conclu qu'il n'avait pas été atteint.

[27] En ce qui concerne la jurisprudence subséquente dans laquelle la division des pouvoirs a été soulevée comme facteur primordial ou déterminant, tels les arrêts *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, ou *Mikisew*, nous ne sommes pas d'accord avec le procureur général lorsqu'il dit que ces arrêts auraient dû prendre préséance sur l'arrêt *Mackin*. L'arrêt *Mackin* était congruent, tandis que ces autres arrêts ne l'étaient pas, puisqu'ils ne portaient pas sur une loi inconstitutionnelle donnant lieu à une demande de dommages-intérêts pour une conduite, dans le processus législatif, qui aurait été clairement fautive, de mauvaise foi ou un abus de pouvoir. De plus, les principes découlant de l'arrêt *Mackin* trouvent appui dans *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, où la Cour suprême a donné des détails sur le concept des dommages-intérêts accordés en réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Même si l'arrêt *Ward* ne concernait pas une demande de dommages-intérêts liée à l'adoption d'une loi déclarée plus tard inconstitutionnelle, la Cour suprême y mentionne l'arrêt *Mackin* et fait remarquer que « [s]uivant l'arrêt *Mackin*, l'État doit pouvoir jouir d'une certaine immunité qui écarte sa responsabilité

pour les dommages résultant de certaines fonctions qu'il est seul à pouvoir exercer », reconnaissant néanmoins que l'immunité est « restreinte » (par. 40). Si l'arrêt *Ward* explique, à bien des égards, l'arrêt *Mackin*, il ne l'infirme pas, si bien que l'arrêt *Mackin* demeure un précédent valable pour l'affirmation voulant que la « simple adoption » d'une loi subséquentement déclarée inconstitutionnelle n'est pas protégée par une immunité, s'il peut être démontré que l'adoption de la loi était clairement fautive, de mauvaise foi ou un abus de pouvoir.

[28] En somme, malgré les arguments adroits du procureur général, lesquels, n'eût été l'arrêt *Mackin*, auraient pu s'avérer prometteurs, il est de notre devoir de conclure que le juge saisi de la motion n'a pas commis d'erreur dans sa résolution des questions qui lui ont été soumises, compte tenu du droit établi par la Cour suprême dans l'arrêt *Mackin*.

V. Dispositif

[29] Pour ces motifs, l'appel est rejeté. Même s'il n'était pas représenté par avocat à l'audition de l'appel, M. Power avait fait déposer par un avocat un mémoire pour son compte. Dans ces circonstances, nous lui accordons des dépens de 1 000 \$.