

Operation Dismantle Inc., Canadian Union of Public Employees, Canadian Union of Postal Workers, National Union of Provincial Government Employees, Ontario Federation of Labour, Arts for Peace, Canadian Peace Research and Education Association, World Federalists of Canada, Alberni Valley Coalition for Nuclear Disarmament, Comox Valley Nuclear Responsibility Society, Cranbrook Citizens for Nuclear Disarmament, Peace Education Network, Windsor Coalition for Disarmament, Union of Spiritual Communities of Christ Committee for World Disarmament and Peace, Against Cruise Testing Coalition, B.C. Voice of Women, National Action Committee on the Status of Women, Carman Nuclear Disarmament Committee, Project Survival, Denman Island Peace Group, Thunder Bay Coalition for Peace and Nuclear Disarmament, Muskoka Peace Group, Global Citizens' Association, Physicians for Social Responsibility (Montreal Branch)

Appellants;

and

Her Majesty The Queen, The Right Honourable Prime Minister, the Attorney General of Canada, the Secretary of State for External Affairs, the Minister of Defence
Respondents.

File No.: 18154.

1984: February 14, 15; 1985: May 9.

Present: Ritchie*, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Right to life, liberty and security of person — U.S. cruise missile testing in Canada — Testing alleged to increase risk of nuclear war in violation of that right — Motion to strike out — Whether or not facts as alleged in violation of Charter — Canadian

* Ritchie J. took no part in the judgment.

Operation Dismantle Inc., Syndicat canadien de la Fonction publique, Syndicat des postiers du Canada, Syndicat national de la Fonction publique provinciale, Fédération du travail de l'Ontario, Arts for Peace, Association canadienne d'éducation et de recherche pour la paix, Mouvement canadien pour une fédération mondiale, Alberni Valley Coalition for Nuclear Disarmament, Comox Valley Nuclear Responsibility Society, Cranbrook Citizens for Nuclear Disarmament, Peace Education Network, Windsor Coalition for Disarmament, Union of Spiritual Communities of Christ Committee for World Disarmament and Peace, Against Cruise Testing Coalition, La Voix des femmes (C.-B.), Comité national d'action sur le statut de la femme, Carman Nuclear Disarmament Committee, Project Survival, Denman Island Peace Group, Thunder Bay Coalition for Peace and Nuclear Disarmament, Muskoka Peace Group, Global Citizens' Association, Association des médecins pour la responsabilité sociale (section de Montréal)

Appellants;

et

Sa Majesté La Reine, le très honorable Premier ministre, le procureur général du Canada, le secrétaire d'État aux Affaires extérieures, le ministre de la Défense
Intimés.

N° du greffe: 18154.

1984: 14, 15 février; 1985: 9 mai.

Présents: Les juges Ritchie*, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Essais du missile de croisière américain au Canada — Allégation que les essais accroissent le danger de guerre nucléaire en violation de ce droit — Requête en radiation — Les faits allégués constituent-

* Le juge Ritchie n'a pas pris part au jugement.

Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(1), 32(1)(a)
— *Constitution Act, 1982, s. 52(1).*

Jurisdiction — Judicial review — Cabinet decision relating to national defence and external affairs — Whether or not decision reviewable by courts.

Practice — Motion to strike — U.S. cruise missile tests alleged to increase risk of nuclear war in violation of s. 7 of Charter — Whether or not statement of claim should be struck out — Whether or not statement of claim can be amended before statement of defence filed — Federal Court Rules, Rules 419(1), 421, 1104, 1723.

This appeal is from a judgment of the Federal Court of Appeal which allowed respondents' appeal from a judgment dismissing their motion to strike out the appellants' statement of claim.

Appellants alleged that a decision made by the Government of Canada to allow the United States to test cruise missiles in Canada violated s. 7 of the *Charter*. The development of the cruise missile, it was argued, heightened the risk of nuclear war and the increased American military presence and interest in Canada as a result of the testing allegedly made Canada more likely to be a target for nuclear attack. Declaratory relief, an injunction and damages were sought.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.: The appellants' statement of claim should be struck out and their cause of action dismissed. The statement of claim does not disclose facts which, if taken as true, would prove that the Canadian government's decision to permit the testing of the cruise missile in Canada could cause a violation or a threat of violation of their rights under s. 7 of the *Charter*.

The principal allegation of the statement of claim is that the testing of the cruise missile in Canada poses a threat to the lives and security of Canadians by increasing the risk of nuclear conflict and thereby violates the right to life, liberty and security of the person. This alleged violation of s. 7 turns upon an actual increase in the risk of nuclear war resulting from the federal cabinet's decision to permit the testing. This allegation is premised upon assumptions and hypotheses about how independent and sovereign nations, operating in an international arena of uncertainty and change, will react to the Canadian government's decision to permit the testing of the cruise. Since the foreign policy decisions of independent nations are not capable of prediction on the

ils une violation de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(1), 32(1)a — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Compétence — Contrôle judiciaire — Décision du cabinet concernant la défense nationale et les affaires extérieures — Les tribunaux peuvent-ils contrôler une telle décision?

Pratique — Requête en radiation — Allégation que les essais du missile de croisière américain accroissent le danger de guerre nucléaire en violation de l'art. 7 de la Charte — La déclaration doit-elle être radiée? — La déclaration peut-elle être modifiée avant la production de la défense? — Règles de la Cour fédérale, règles 419(1), 421, 1104, 1723.

Il s'agit en l'espèce d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a accueilli l'appel interjeté par les intimés contre un jugement rejetant leur requête en radiation de la déclaration des appelants.

Les appelants allèguent que la décision du gouvernement du Canada d'autoriser les États-Unis à procéder aux essais des missiles de croisière au Canada viole l'art. 7 de la *Charte*. La mise au point du missile de croisière, soutient-on, augmente le danger de guerre nucléaire et la présence militaire et les intérêts américains se trouvant accrus au Canada par suite des essais, cela augmentera la probabilité pour le Canada d'être la cible d'une attaque nucléaire. Un jugement déclaratoire, une injonction et des dommages-intérêts sont demandés.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer: La déclaration des appelants est radiée et leur cause d'action est rejetée. La déclaration n'articule pas des faits qui, s'ils étaient exacts, démontreraient que la décision du gouvernement canadien d'autoriser les essais du missile de croisière au Canada pourrait porter atteinte ou menacer de porter atteinte aux droits que leur confère l'art. 7 de la *Charte*.

Dans la déclaration, il est allégué principalement que les essais du missile de croisière au Canada constituent une menace pour la vie et la sécurité des Canadiens parce qu'ils accroissent le danger de conflit nucléaire et que, par conséquent, ils violent le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. La prétendue violation de l'art. 7 suppose un accroissement réel du danger de guerre nucléaire résultant de la décision du cabinet fédéral d'autoriser les essais. Cette allégation repose sur des suppositions et des hypothèses concernant la manière dont des pays indépendants et souverains, agissant dans un climat international d'incertitude et de changement, réagiront face à la décision du gouvernement canadien d'autoriser les essais du missile de croi-

basis of evidence to any degree of certainty approaching probability, the nature of the reaction to the federal cabinet's decision to permit the testing can only be a matter of speculation. The appellants could never prove the causal link between the decision to permit the testing and the increase in the threat of nuclear conflict.

Cabinet decisions are reviewable by the courts under s. 32(1)(a) of the *Charter* and the executive branch of the Canadian government bears a general duty to act in accordance with the dictates of the *Charter*. The decision to permit the testing of the cruise missile cannot be considered contrary to the duties of the executive since the possible effects of this government action are matters of mere speculation. Section 7 could only give rise to a duty on the part of the executive to refrain from permitting the testing if it could be said that a deprivation of life or security of the person could be proven to result from the impugned government act.

Per Wilson J.: The government's decision to allow the testing of the U.S. cruise missile in Canada, even although an exercise of the royal prerogative, was reviewable by the courts under s. 32(1)(a) of the *Charter*. It was not insulated from review because it was a "political question" since the Court had a constitutional obligation under s. 24 of the *Charter* to decide whether any particular act of the executive violated or threatened to violate any right of the citizen.

On a motion to strike out a statement of claim as disclosing no reasonable cause of action, the court must take the allegations of fact therein as proved. If such allegations raise a justiciable issue the court cannot abdicate its responsibility for review on the basis of anticipated problems of proof.

This statement of claim was struck, notwithstanding the general hesitancy of the courts to strike, because the facts disclosed no reasonable cause of action (1) under s. 24(1) of the *Charter*, (2) under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* or (3) under the common law power to grant declaratory relief. To succeed in their claim for relief under s. 24 of the *Charter* the plaintiffs would have to establish a violation or threat of violation of their right under s. 7 of the *Charter*. To obtain a declaration of unconstitutionality under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the plaintiffs would have to show that the government's decision to test the cruise missile in Canada was inconsistent with their right

sière. Comme les décisions en matière de politique étrangère de pays indépendants et souverains ne sauraient être prédites, à partir de la preuve, avec un degré de certitude qui approcherait de la probabilité, la nature des réactions face à la décision du cabinet fédéral d'autoriser les essais ne peut être que conjecturale. Les appelants ne pourraient jamais établir le lien de causalité entre la décision d'autoriser les essais et l'accroissement de la menace de conflit nucléaire.

Les décisions du cabinet sont assujetties au contrôle judiciaire en vertu de l'al. 32(1)a) de la *Charte* et l'exécutif du gouvernement canadien a l'obligation générale d'agir conformément aux préceptes de la *Charte*. La décision d'autoriser les essais du missile de croisière ne peut pas être considérée comme contraire aux obligations du pouvoir exécutif puisque les effets possibles de cette mesure gouvernementale sont purement conjecturaux. L'article 7 n'aurait pu imposer au pouvoir exécutif l'obligation de s'abstenir d'autoriser les essais que si l'on avait pu dire qu'il était possible de prouver qu'une atteinte à la vie ou à la sécurité de la personne pouvait résulter de l'action gouvernementale attaquée.

Le juge Wilson: La décision gouvernementale d'autoriser les essais du missile de croisière américain au Canada, même s'il s'agit d'un exercice de la prérogative royale, est assujettie au contrôle judiciaire en vertu de l'al. 32(1)a) de la *Charte*. Elle n'échappe pas au contrôle du fait qu'il s'agit d'une «question politique» puisque la Cour a l'obligation constitutionnelle, en vertu de l'art. 24 de la *Charte*, de décider si un acte particulier quelconque du pouvoir exécutif viole ou menace de violer quelque droit du citoyen.

Lorsqu'elle est saisie d'une requête en radiation d'une déclaration pour le motif que cette dernière ne divulgue aucune cause raisonnable d'action, la cour doit considérer comme prouvées les allégations de fait y contenues. Si ces allégations soulèvent une question qui relève de la cour, celle-ci ne peut abdiquer sa responsabilité de contrôle parce qu'elle anticipe des problèmes de preuve.

La déclaration est radiée, bien qu'en règle générale les tribunaux hésitent à le faire, pour le motif que les faits ne révèlent aucune cause raisonnable d'action fondée (1) sur le par. 24(1) de la *Charte*, (2) sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ou (3) sur le pouvoir de *common law* d'accorder un jugement déclaratoire. Pour avoir droit à une réparation en vertu de l'art. 24 de la *Charte*, les demandeurs doivent établir qu'il y a violation ou menace de violation du droit que leur garantit l'art. 7 de la *Charte*. Pour obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les demandeurs doivent démontrer que la décision gouvernementale de procéder aux essais du

under s. 7. To obtain declaratory relief at common law, they would have to establish a violation or threatened violation of their right under s. 7.

The government's decision to test the cruise missile in Canada does not give rise to a violation or threatened violation of the plaintiffs' right under s. 7. Even an independent, substantive right to life, liberty and security of the person cannot be absolute. It must take account of the corresponding rights of others and of the right of the state to protect the collectivity as well as the individual against external threats. The central concern of the section is direct impingement by government upon the life, liberty and personal security of individual citizens. It does not extend to incidental effects of governmental action in the field of inter-state relations.

There is at the very least a strong presumption that governmental action concerning the relation of the state with other states, and not directed at any member of the immediate political community, was never intended to be caught by s. 7 even although such action may incidentally increase the risk of death or injury that individuals generally have to face.

Section 1 of the *Charter* was not called into operation here given the finding that the facts as alleged could not constitute a violation of s. 7.

Since the application to amend the statement of claim was filed after the Crown instituted its appeal, the application was made "during the pendency of an appeal" to which the Rules of the Federal Court of Appeal applied. Appellants' right under Rule 421 had therefore expired and their only recourse was to proceed under Rule 1104.

Cases Cited

Chandler v. Director of Public Prosecutions, [1962] 3 All E.R. 142, affirming [1962] 2 All E.R. 314; *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *McKay v. Essex Area Health Authority*, [1982] 2 All E.R. 771, considered; *Atlee v. Laird*, 347 F.Supp. 689 (1972); *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Rylands v. Fletcher*, [1861-73] All E.R. 1; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Shawn v. Robertson* (1964), 46 D.L.R. (2d) 363; *McGhee v. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008; *Fleming v. Hislop* (1886), 11 A.C. 686; *Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475; *Leyland*

missile de croisière au Canada est incompatible avec le droit que leur confère l'art. 7. Pour obtenir un jugement déclaratoire en *common law*, ils doivent établir qu'il y a violation ou menace de violation du droit que leur confère l'art. 7.

La décision gouvernementale de procéder aux essais du missile de croisière au Canada ne viole ni ne menace de violer le droit que garantit aux demandeurs l'art. 7. Même un droit fondamental et indépendant à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne ne peut être absolu. Il doit prendre en compte les droits correspondants d'autrui ainsi que le droit de l'État de protéger la collectivité aussi bien que l'individu contre des menaces extérieures. L'article vise principalement l'atteinte gouvernementale directe à la vie, à la liberté et à la sécurité personnelle des citoyens. Il ne s'étend pas aux effets incidents de l'action gouvernementale dans le domaine des relations entre États.

Il y a, à tout le moins, une forte présomption qu'on n'a jamais voulu qu'une action gouvernementale concernant les relations de l'État avec d'autres États, et qui donc n'est dirigée contre aucun membre de la collectivité politique immédiate, tombe sous le coup de l'art. 7, même si cette action peut avoir l'effet incident d'accroître le risque de mort ou de préjudice auquel les gens doivent faire face en général.

L'article 1 de la *Charte* ne joue pas en l'espèce étant donné la conclusion que les faits allégués ne peuvent constituer une violation de l'art. 7.

Comme la demande de modification de la déclaration a été produite après que la Couronne eut formé son appel, la requête a été formulée «pendant qu'un appel ... est en cours», de sorte que les règles de la Cour d'appel fédérale s'appliquaient. Le droit que la règle 421 conférait aux appelants devenait donc caduc et leur seul recours était d'agir sur le fondement de la règle 1104.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 142, confirmant [1962] 2 All E.R. 314; *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *McKay v. Essex Area Health Authority*, [1982] 2 All E.R. 771; arrêts mentionnés: *Atlee v. Laird*, 347 F.Supp. 689 (1972); *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Rylands v. Fletcher*, [1861-73] All E.R. 1; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Shawn v. Robertson* (1964), 46 D.L.R. (2d) 363; *McGhee v. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008; *Fleming v. Hislop* (1886), 11 A.C. 686; *Alphacell Ltd. v. Woodward*,

Shipping Co. v. Norwich Union Fire Insurance Society, [1918] A.C. 350; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410; *Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094; *Dowson v. Government of Canada* (1981), 37 N.R. 127; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225; *Famous Players Canadian Corp. v. J.J. Turner and Sons Ltd.*, [1948] O.W.N. 221; *Redland Bricks Ltd. v. Morris*, [1970] A.C. 652, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(a).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(1), 32(1)(a),(b).
Colonial Laws Validity Act, 1865, 28 & 29 Vict., c. 63, s. 2.
Constitution Act, 1867, ss. 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 91, 92.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Federal Court Rules, ss. 408, 419(1)(a), 421, 469, 1104, 1723.
Statute of Westminster, 1931, 22 Geo. 5, c. 4 (R.S.C. 1970, App. II, No. 26), s. 7.

Authors Cited

Adler, Mortimer J. *Six Great Ideas*, New York, Macmillan Publishing Co., 1981.
 Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill Co., 1962.
 Borchard, Edwin. *Declaratory Judgments*, 2nd ed., Cleveland, Banks-Baldwin Law Publishing Co., 1941.
 de Smith, S.A. *Constitutional and Administrative Law*, 4th ed., Harmondsworth, England, Penguin Books Ltd., 1981.
 Dworkin, Ronald Myles. *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.
 Eager, Samuel W. *The Declaratory Judgment Action*, Buffalo, N.Y., Dennis & Co., 1971.
 Finkelstein, Maurice. "Judicial Self-Limitation," 37 *Harv. L.Rev.* 338 (1924), 338-364.
 Gotlieb, A.E. "Canadian Treaty-Making: Informal Agreements and Interdepartmental Arrangements," in *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, eds. R. St. J. Macdonald, Gerald L. Morris and Douglas M. Johnston, Toronto, University of Toronto Press, 1974.

[1972] 2 All E.R. 475; *Leyland Shipping Co. v. Norwich Union Fire Insurance Society*, [1918] A.C. 350; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410; *Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094; *Dowson c. Government of Canada* (1981), 37 N.R. 127; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225; *Famous Players Canadian Corp. v. J.J. Turner and Sons Ltd.*, [1948] O.W.N. 221; *Redland Bricks Ltd. v. Morris*, [1970] A.C. 652.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(1), 32(1)a), b).
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1a).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 91, 92.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de 1865 relative à la validité des lois des colonies, 28 & 29 Vict., chap. 63, art. 2.
Règles de la Cour fédérale, art. 408, 419(1)a), 421, 469, 1104, 1723.
Statut de Westminster, 1931, 22 Geo. 5, chap. 4 (S.R.C. 1970, app. II, n° 26), art. 7.

Doctrine citée

Adler, Mortimer J. *Six Great Ideas*, New York, Macmillan Publishing Co., 1981.
 Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill Co., 1962.
 Borchard, Edwin. *Declaratory Judgments*, 2nd ed., Cleveland, Banks-Baldwin Law Publishing Co., 1941.
 de Smith, S.A. *Constitutional and Administrative Law*, 4th ed., Harmondsworth, England, Penguin Books Ltd., 1981.
 Dworkin, Ronald Myles. *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.
 Eager, Samuel W. *The Declaratory Judgment Action*, Buffalo, N.Y., Dennis & Co., 1971.
 Finkelstein, Maurice. "Judicial Self-Limitation," 37 *Harv. L.Rev.* 338 (1924), 338-364.
 Gotlieb, A.E. "Canadian Treaty-Making: Informal Agreements and Interdepartmental Arrangements," dans *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, eds. R. St. J. Macdonald, Gerald L. Morris and Douglas M. Johnston, Toronto, University of Toronto Press, 1974.

- Henkin, Louis. "Is There a 'Political Question' Doctrine?" 85 *Yale L.R.* 597 (1976), 597-625.
- La Forest, Gerard J. "The Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Overview" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 19, 19-29.
- Macdonald, R. St. J. "The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada," in *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, eds. R. St. J. Macdonald, Gerald L. Morris and Douglas M. Johnston, Toronto, University of Toronto Press, 1974.
- Marshall, G. "Justiciability," in *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. A.G. Guest, London, Oxford University Press, 1961.
- Pound, Roscoe. *Jurisprudence*, vol. 4, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1959.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- Redish, Martin H. "Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function," 94 *Yale L.J.* 71 (1984), 71-115.
- Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, Toronto, Carswell Co., 1978.
- Scharpf, Fritz W. "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis," 75 *Yale L.J.* 517 (1966), 517-597.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, Canada Law Book Ltd., 1983.
- Stevens, Robert. "Justiciability: The Restrictive Practices Court Re-Examined," [1964] *Public Law* 221, 221-255.
- Summers, Robert S. "Justiciability" (1963), 26 *M.L.R.* 530, 530-538.
- Tigar, Michael E. "Judicial Power, the 'Political Question Doctrine', and Foreign Relations," 17 *U.C.L.A. L.R.* 1135 (1970), 1135-1179.
- Wechsler, Herbert. Book Review, 75 *Yale L.J.* 672 (1966).
- Wechsler, Herbert. *Principles, Politics, and Fundamental Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1961.
- Weston, Melville. "Political Questions," 38 *Harv. L. Rev.* 296 (1925), 296-333.
- Zamir, J. *The Declaratory Judgment*, London, Stevens & Sons Ltd., 1962.
- Henkin, Louis. «Is There a 'Political Question' Doctrine?» 85 *Yale L.R.* 597 (1976), 597-625.
- La Forest, Gerard J. «The Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Overview» (1983), 61 *R. du B. can.* 19, 19-29.
- ^a Macdonald, R. St. J. «The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada,» dans *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, eds. R. St. J. Macdonald, Gerald L. Morris and Douglas M. Johnston, Toronto, University of Toronto Press, 1974.
- ^b Marshall, G. «Justiciability,» in *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. A.G. Guest, London, Oxford University Press, 1961.
- ^c Pound, Roscoe. *Jurisprudence*, vol. 4, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1959.
- ^c Rawls, John. *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- Redish, Martin H. «Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function,» 94 *Yale L.J.* 71 (1984), 71-115.
- ^d Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, Toronto, Carswell Co., 1978.
- Scharpf, Fritz W. «Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis,» 75 *Yale L.J.* 517 (1966), 517-597.
- ^e Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, Canada Law Book Ltd., 1983.
- Stevens, Robert. «Justiciability: The Restrictive Practices Court Re-Examined,» [1964] *Public Law* 221, 221-255.
- ^f Summers, Robert S. «Justiciability» (1963), 26 *M.L.R.* 530, 530-538.
- Tigar, Michael E. «Judicial Power, the 'Political Question Doctrine', and Foreign Relations,» 17 *U.C.L.A. L.R.* 1135 (1970), 1135-1179.
- Wechsler, Herbert. Book Review, 75 *Yale L.J.* 672 (1966).
- ^g Wechsler, Herbert. *Principles, Politics, and Fundamental Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1961.
- Weston, Melville. «Political Questions,» 38 *Harv. L. Rev.* 296 (1925), 296-333.
- ^h Zamir, J. *The Declaratory Judgment*, London, Stevens & Sons Ltd., 1962.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1983] 1 F.C. 745, 49 N.R. 363, allowing an appeal from a judgment of Cattanach J., [1983] 1 F.C. 429, dismissing a motion to strike out. Appeal dismissed.

Gordon F. Henderson, Q.C., Lawrence Greenspon and Emilio Binavince, for the appellants.

W. I. C. Binnie, Q.C., and Graham R. Garton, for the respondents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1983] 1 C.F. 745, 49 N.R. 363, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Cattanach, [1983] 1 C.F. 429, qui avait rejeté une requête en radiation. Pourvoi rejeté.

Gordon F. Henderson, c.r., Lawrence Greenspon et Emilio Binavince, pour les appelants.

W. I. C. Binnie, c.r., et Graham R. Garton, pour les intimés.

The judgment of Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer rendu par

DICKSON J.—This case arises out of the appellants' challenge under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the decision of the federal cabinet to permit the testing of the cruise missile by the United States of America in Canadian territory. The issue that must be addressed is whether the appellants' statement of claim should be struck out, before trial, as disclosing no reasonable cause of action. In their statement of claim, the appellants seek: (i) a declaration that the decision to permit the testing of the cruise missile is unconstitutional; (ii) injunctive relief to prohibit the testing; and (iii) damages. Cattanach J. of the Federal Court, Trial Division, refused the respondents' motion to strike. The Federal Court of Appeal unanimously allowed the respondents' appeal, struck out the statement of claim and dismissed the appellants' action.

The facts and procedural history of this case are fully set out and discussed in the reasons for judgment of Madame Justice Wilson. I agree with Madame Justice Wilson that the appellants' statement of claim should be struck out and this appeal dismissed. I have reached this conclusion, however, on the basis of reasons which differ somewhat from those of Madame Justice Wilson.

In my opinion, if the appellants are to be entitled to proceed to trial, their statement of claim must disclose facts, which, if taken as true, would show that the action of the Canadian government could cause an infringement of their rights under s. 7 of the *Charter*. I have concluded that the causal link between the actions of the Canadian government, and the alleged violation of appellants' rights under the *Charter* is simply too uncertain, speculative and hypothetical to sustain a cause of action. Thus, although decisions of the federal cabinet are reviewable by the courts under the *Charter*, and the government bears a general

^a LE JUGE DICKSON—Ce litige résulte de la contestation par les appelants, en vertu de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de la décision du cabinet fédéral d'autoriser les États-Unis d'Amérique à procéder à des essais du missile de croisière sur le territoire canadien. La question dont nous sommes saisis est de savoir si la déclaration des appelants devrait être radiée, avant l'audition au fond, parce qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action. Dans leur déclaration, les appelants concluent: (i) à un jugement qui déclarerait inconstitutionnelle la décision d'autoriser les essais du missile de croisière; (ii) à une injonction qui interdirait les essais; et (iii) à des dommages-intérêts. Le juge Cattanach de la Division de première instance de la Cour fédérale a rejeté la requête en radiation des intimés. La Cour d'appel fédérale, à l'unanimité, a accueilli l'appel interjeté par les intimés, a radié la déclaration et a rejeté l'action des appelants.

^f Les faits et le déroulement de la procédure suivie dans cette affaire sont exposés en détail dans les motifs de madame le juge Wilson. Je conviens avec le juge Wilson que la déclaration des appelants devrait être radiée et le pourvoi rejeté. Je suis arrivé à cette conclusion toutefois pour des motifs différents de ceux du juge Wilson.

^h À mon avis, pour que les appelants aient droit à une audition au fond, leur déclaration doit articuler des faits qui, s'ils étaient exacts, montreraient que l'action du gouvernement canadien pourrait porter atteinte aux droits que leur confère l'art. 7 de la *Charte*. J'en suis venu à la conclusion que le lien causal entre les actes du gouvernement canadien et la violation alléguée des droits des appelants aux termes de la *Charte* est simplement trop incertain, trop conjectural et trop hypothétique pour étayer une cause d'action. Ainsi, quoique les décisions du cabinet fédéral soient assujetties au contrôle judiciaire en vertu de la *Charte* et que le

duty to act in accordance with the *Charter's* dictates, no duty is imposed on the Canadian government by s. 7 of the *Charter* to refrain from permitting the testing of the cruise missile.

I

The Appellants' Statement of Claim

The relevant portion of the appellants' statement of claim is found in paragraph 7 thereof. The deprivation of s. 7 *Charter* rights alleged by the appellants and the facts they advance to support this deprivation are described as follows:

7. The plaintiffs state and the fact is that the testing of the cruise missile in Canada is a violation of the collective rights of the Plaintiffs and their members and all Canadians, specifically their right to security of the person and life in that:

- (a) the size and eventual dispersion of the air-launched cruise missile is such that the missile cannot be detected by surveillance satellites, thus making verification of the extent of this nuclear weapons system impossible;
- (b) with the impossibility of verification, the future of nuclear weapons' control and limitation agreements is completely undermined as any such agreements become practically unenforceable;
- (c) the testing of the air-launched cruise missiles would result in an increased American military presence and interest in Canada which would result in making Canada more likely to be the target of a nuclear attack;
- (d) as the cruise missile cannot be detected until approximately eight minutes before it reaches its target, a "Launch on Warning" system would be necessary in order to respond to the cruise missile thereby eliminating effective human discretion and increasing the likelihood of either a pre-emptive strike or an accidental firing, or both;
- (e) the cruise missile is a military weapon, the development of which will have the effect of a needless and dangerous escalation of the nuclear arms race, thus endangering the security and lives of all people.

Section 7 of the *Charter* provides in English:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof

gouvernement ait l'obligation générale d'agir conformément aux préceptes de la *Charte*, l'art. 7 de la *Charte* ne lui impose aucune obligation de ne pas autoriser les essais du missile de croisière.

I

La déclaration des appelants

Le paragraphe 7 de la déclaration des appelants en constitue la partie pertinente. L'atteinte aux droits visés à l'art. 7 de la *Charte* qu'allèguent les appelants et les faits qu'ils avancent à l'appui de celle-ci y sont décrits comme suit:

[TRADUCTION] 7. Les demandeurs affirment, et considèrent comme fait avéré, que les essais de missiles de croisière au Canada portent atteinte aux droits collectifs des demandeurs et de leurs membres, et à ceux de tous les Canadiens, notamment à leur droit à la vie et à la sécurité de leur personne, parce que:

- a) les dimensions des missiles de croisière air-sol et leur dissémination les rendront virtuellement indétectables par les satellites de surveillance et la vérification de l'importance de ce système d'armes nucléaires deviendra donc impossible;
- b) la vérification étant impossible, l'avenir des accords de limitation et de contrôle des armements nucléaires se trouve gravement compromis puisque ces accords deviendront pratiquement inapplicables;
- c) les essais de missiles de croisière air-sol augmenteront la présence militaire américaine et ses intérêts au Canada, et accroîtront donc la probabilité pour le Canada d'être la cible d'une attaque nucléaire;
- d) comme il est impossible de détecter le missile de croisière avant qu'il soit à environ huit minutes de son objectif, il sera nécessaire d'établir un système de «lancement sur alerte» pour y riposter, ce qui supprime toute intervention humaine réelle et accroît les dangers d'attaques préemptives et de lancements accidentels;
- e) le missile de croisière est une arme militaire dont la mise au point constitue une escalade inutile et dangereuse de la course aux armements nucléaires; il met ainsi en danger la sécurité et la vie de tous.

L'article 7 de la *Charte* dispose, en anglais:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof

except in accordance with the principles of fundamental justice.

and in French:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Before turning to an examination of the appellants' allegations concerning the results of the decision to permit testing and its consequences on their rights under s. 7, I think it would be useful to examine the principles governing the striking out of a statement of claim and dismissal of a cause of action.

(a) Striking Out a Statement of Claim

The respondents, by a motion pursuant to Rule 419(1)(a) of the *Federal Court Rules*, moved for an order to strike out the appellants' statement of claim as disclosing no reasonable cause of action. Rule 419(1)(a) reads as follows:

Rule 419. (1) The Court may at any stage of an action order any pleading to be struck out, with or without leave to amend, on the ground that

(a) it discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be, . . .

The most recent and authoritative statement of the principle applicable to determine when a statement of claim may be struck out is that of Estey J. in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 740:

As I have said, all the facts pleaded in the statement of claim must be deemed to have been proven. On a motion such as this a court should, of course, dismiss the action or strike out any claim made by the plaintiff only in plain and obvious cases and where the court is satisfied that "the case is beyond doubt": *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308 (App. Div.)

Madame Justice Wilson in her reasons in the present case [at p. 486] summarized the relevant principles as follows:

The law then would appear to be clear. The facts pleaded are to be taken as proved. When so taken, the

except in accordance with the principles of fundamental justice.

et en français:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Avant d'examiner les allégations des appelants concernant les résultats de la décision d'autoriser les essais, et ses conséquences sur leurs droits en vertu de l'art. 7, je pense qu'il serait utile d'examiner les principes régissant la radiation d'une déclaration et le rejet d'une cause d'action.

a) La radiation d'une déclaration

Par requête fondée sur la règle 419(1)a) des *Règles de la Cour fédérale*, les intimés ont demandé une ordonnance qui aurait pour effet de radier la déclaration des appelants parce qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action. Voici le texte de la règle 419(1)a):

Règle 419. (1) La Cour pourra, à tout stade d'une action ordonner la radiation de tout ou partie d'une plaidoirie avec ou sans permission d'amendement, au motif

a) qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou de défense, selon le cas . . .

On trouve l'énoncé le plus récent faisant autorité du principe applicable pour déterminer si une déclaration peut être radiée dans les motifs du juge Estey dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 740:

Comme je l'ai dit, il faut tenir tous les faits allégués dans la déclaration pour avérés. Sur une requête comme celle-ci, un tribunal doit rejeter l'action ou radier une déclaration du demandeur seulement dans les cas évidents et lorsqu'il est convaincu qu'il s'agit d'un cas «au-delà de tout doute»: *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308 (Div. App.)

Dans les motifs qu'elle a rédigés en l'espèce, madame le juge Wilson résume ainsi les principes pertinents [à la p. 486]:

Le droit donc paraît clair. Les faits articulés doivent être considérés comme démontrés. Alors, la question est

question is do they disclose a reasonable cause of action, i.e. a cause of action "with some chance of success" (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094) or, as Le Dain J. put it in *Dowson v. Government of Canada* (1981), 37 N.R. 127 (F.C.A.), at p. 138, is it "plain and obvious that the action cannot succeed".

I agree with Madame Justice Wilson that, regardless of the basis upon which the appellants advance their claim for declaratory relief—whether it be s. 24(1) of the *Charter*, s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, or the common law—they must at least be able to establish a threat of violation, if not an actual violation, of their rights under the *Charter*.

In short then, for the appellants to succeed on this appeal, they must show that they have some chance of proving that the action of the Canadian government has caused a violation or a threat of violation of their rights under the *Charter*.

(b) The Allegations of the Statement of Claim

The principal allegation of the statement of claim is that the testing of the cruise missile in Canada poses a threat to the lives and security of Canadians by increasing the risk of nuclear conflict, and thus violates the right to life, liberty and security of the person guaranteed by s. 7 of the *Charter*.

As a preliminary matter, it should be noted that the exact nature of the deprivation of life and security of the person that the appellants rely upon as the legal foundation for the violation of s. 7 they allege is not clear. There seem to be two possibilities. The violation could be the result of actual deprivation of life and security of the person that would occur in the event of a nuclear attack on Canada, or it could be the result of general insecurity experienced by all people in Canada as a result of living under the increased threat of nuclear war.

The first possibility is apparent on a literal reading of the statement of claim. The second possibility, however, appears to be more consistent with the appellants' submission at p. 31 of their factum, that:

de savoir s'ils révèlent une cause raisonnable d'action, c.-à-d. une cause d'action «qui a quelques chances de succès» (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094) ou, comme dit le juge Le Dain dans l'arrêt *Dowson c. Gouvernement du Canada* (1981), 37 N.R. 127 (C.A.F.), à la p. 138, est-il «évident et manifeste que l'action ne saurait aboutir»?

Je conviens avec le juge Wilson qu'indépendamment du fondement qu'invoquent les appelants pour faire valoir leur demande de jugement déclaratoire—que ce soit le par. 24(1) de la *Charte*, l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou la *common law*—ils doivent à tout le moins être à même de démontrer qu'il y a menace de violation, sinon violation réelle, de leurs droits garantis par la *Charte*.

En bref donc, pour que les appelants aient gain de cause dans ce pourvoi, ils doivent montrer qu'ils ont quelques chances de prouver que l'action du gouvernement canadien a porté atteinte à leurs droits en vertu de la *Charte* ou menace de le faire.

b) Les allégations de la déclaration

La principale allégation de la déclaration est que les essais du missile de croisière au Canada constituent une menace pour la vie et la sécurité des Canadiens parce qu'ils accroissent le danger de conflit nucléaire et que, donc, ils violent le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que garantit l'art. 7 de la *Charte*.

Tout d'abord, il faut noter que la nature exacte de l'atteinte à la vie et à la sécurité de la personne que les appelants invoquent comme fondement juridique de la prétendue violation de l'art. 7 n'est pas claire. Il semble y avoir deux possibilités. La violation pourrait consister en une atteinte réelle à la vie et à la sécurité de la personne advenant une attaque nucléaire contre le Canada, ou elle pourrait résulter de l'insécurité générale qu'éprouveraient tous les habitants du Canada obligés de vivre sous une menace accrue de guerre nucléaire.

La première possibilité ressort du mot à mot de la déclaration. La seconde possibilité, toutefois, paraît plus conforme à l'argument que font valoir les appelants à la p. 31 de leur mémoire, soit que:

... at the minimum, the above allegations show [in paragraph 7 of the statement of claim] that there is a "threat" to the life and security of the Appellants which "threat", depending upon the construction of the concept "infringe" or "deny" in Section 7 [*sic*], could arguably constitute an infringement or denial of their right to life and security of the person. The amendment to the Statement of Claim, rejected by the Court of Appeal, would have made infringement or denial more explicit when it states: "The very testing of the cruise missile *per se* in Canada endangers the *Charter of Rights and Freedoms* Section 7: (*sic*) Rights".

I believe that we are obliged to read the statement of claim as generously as possible and to accommodate any inadequacies in the form of the allegations which are merely the result of drafting deficiencies.

Thus, I am prepared to accept that the appellants intended both of these possible deprivations as a basis for the violation of s. 7. It is apparent, however, that the violation of s. 7 alleged turns upon an actual increase in the risk of nuclear war, resulting from the federal cabinet's decision to permit the testing of the cruise missile. Thus, to succeed at trial, the appellants would have to demonstrate, *inter alia*, that the testing of the cruise missile would cause an increase in the risk of nuclear war. It is precisely this link between the cabinet decision to permit the testing of the cruise and the increased risk of nuclear war which, in my opinion, they cannot establish. It will not be necessary therefore to address the issue of whether the deprivations of life and security of the person advanced by the appellants could constitute violations of s. 7.

As I have noted, both interpretations of the nature of the infringement of the appellants' rights are founded on the premise that if the Canadian government allows the United States government to test the cruise missile system in Canada, then there will be an increased risk of nuclear war. Such a claim can only be based on the assumption that the net result of all of the various foreign powers' reactions to the testing of the cruise missile in Canada will be an increased risk of nuclear war.

[TRANSDUCTION] ... au minimum, les allégations qui précèdent [au paragraphe 7 de la déclaration] montrent qu'il y a «menace» pour la vie et la sécurité des appelants, «menace» qui, selon l'interprétation donnée à la notion de «violation» ou de «négarion» à l'article 7 (*sic*), pourrait, est-il possible de soutenir, constituer une atteinte au droit à la vie et à la sécurité de la personne. La modification de la déclaration, que la Cour d'appel a refusée, aurait rendu plus explicite la violation ou négation en ajoutant: «Les essais des missiles de croisière au Canada, en eux-mêmes, portent atteinte aux droits garantis par l'article 7 de la *Charte des droits et libertés*».

Je crois que nous avons l'obligation d'interpréter la déclaration de manière aussi libérale que possible et de remédier à tout vice de forme, imputable à une carence rédactionnelle, qui aurait pu se glisser dans les allégations.

C'est pourquoi je suis disposé à accepter que les appelants ont voulu que ces deux formes d'atteintes possibles servent de fondement à la violation de l'art. 7. Il est clair, toutefois, que la prétendue violation de l'art. 7 suppose un accroissement réel du danger de guerre nucléaire résultant de la décision du cabinet fédéral d'autoriser les essais du missile de croisière. Ainsi, pour avoir gain de cause sur le fond, les appelants auraient à démontrer, notamment, que les essais du missile de croisière auront pour effet d'accroître le danger de guerre nucléaire. C'est précisément ce lien entre la décision du cabinet d'autoriser les essais du missile et l'accroissement du danger de guerre nucléaire qu'à mon avis, ils ne peuvent établir. Il ne sera donc pas nécessaire d'aborder la question de savoir si les atteintes à la vie et à la sécurité de la personne, alléguées par les appelants, peuvent constituer des violations de l'art. 7.

Comme je l'ai déjà dit, les deux interprétations de la nature de l'atteinte aux droits des appelants sont fondées sur la prémisse selon laquelle si le gouvernement canadien autorise le gouvernement américain à procéder aux essais du missile de croisière au Canada, il y aura alors un accroissement du danger de guerre nucléaire. Cette prétention ne peut être fondée que sur la supposition que le résultat net de l'ensemble des réactions des diverses puissances étrangères aux essais du missile de croisière au Canada constituera un accroissement du danger de guerre nucléaire.

The statement of claim speaks of weapons control agreements being “practically unenforceable”, Canada being “more likely to be the target of a nuclear attack”, “increasing the likelihood of either a pre-emptive strike or an accidental firing, or both”, and “escalation of the nuclear arms race”. All of these eventualities, culminating in the increased risk of nuclear war, are alleged to flow from the Canadian government’s single act of allowing the United States to test the cruise missile in Canada.

Since the foreign policy decisions of independent and sovereign nations are not capable of prediction, on the basis of evidence, to any degree of certainty approaching probability, the nature of such reactions can only be a matter of speculation; the causal link between the decision of the Canadian government to permit the testing of the cruise and the results that the appellants allege could never be proven.

An analysis of the specific allegations of the statement of claim reveals that they are all contingent upon the possible reactions of the nuclear powers to the testing of the cruise missile in Canada. The gist of paragraphs (a) and (b) of the statement of claim is that verification of the cruise missile system is impossible because the missile cannot be detected by surveillance satellites, and that, therefore, arms control agreements will be unenforceable. This is based on two major assumptions as to how foreign powers will react to the development of the cruise missile: first, that they will not develop new types of surveillance satellites or new methods of verification, and second, that foreign powers will not establish new modes of co-operation for dealing with the problem of enforcement. With respect to the latter of these points, it is just as plausible that lack of verification would have the effect of enhancing enforceability than of undermining it, since an inability on the part of nuclear powers to verify systems like the cruise could precipitate a system of enforce-

La déclaration parle d’accords de contrôle d’armements «pratiquement inapplicables», d’une plus grande «probabilité pour le Canada d’être la cible d’une attaque nucléaire», d’un accroissement des «dangers d’attaques préemptives et de lancements accidentels» et d’une «escalade . . . de la course aux armements nucléaires». Toutes ces éventualités, culminant dans l’accroissement du danger de guerre nucléaire, découleraient de la seule autorisation accordée par le gouvernement canadien aux États-Unis de procéder aux essais du missile de croisière au Canada.

Comme les décisions en matière de politique étrangère de pays indépendants et souverains ne sauraient être prédites, à partir de la preuve, avec un degré de certitude qui approcherait de la probabilité, la nature de ces réactions ne peut être que conjecturale; on ne pourrait jamais établir le lien de causalité entre la décision du gouvernement canadien de permettre les essais du missile de croisière et les résultats allégués par les appelants.

Une analyse des allégations spécifiques de la déclaration révèle qu’elles sont toutes fonction des réactions possibles des puissances nucléaires aux essais du missile de croisière au Canada. Le point essentiel des alinéas a) et b) de la déclaration porte que le contrôle des systèmes de missiles de croisière est impossible parce que le missile ne peut être détecté par des satellites de surveillance et que, donc, les accords de contrôle des armements deviendront inapplicables. Cette affirmation repose sur deux présuppositions majeures concernant la réaction qu’auront les puissances étrangères face à la mise en service du missile de croisière: d’abord, qu’elles ne créeront pas de nouveaux genres de satellites de surveillance ou de nouvelles méthodes de contrôle et, en second lieu, que des puissances étrangères n’adopteront pas de nouveaux modes de coopération afin de parvenir à résoudre le problème de l’application des accords de contrôle. En ce qui concerne le dernier de ces points, il est tout aussi plausible que l’absence de contrôle aura pour effet d’affermir l’application des accords plutôt que de la miner puisque l’incapacité des puissances nucléaires de contrôler les systèmes, comme le missile de croisière, pourrait susciter la création d’un régime d’application des

ment based on co-operation rather than surveillance.

As for paragraph (c), even if it were the case that the testing of the air-launched cruise missile would result in an increased American military presence and interest in Canada, to say that this would make Canada more likely to be the target of a nuclear attack is to assume certain reactions of hostile foreign powers to such an increased American presence. It also makes an assumption about the degree to which Canada is already a possible target of nuclear attack. Given the impossibility of determining how an independent sovereign nation might react, it can only be a matter of hypothesis whether an increased American presence would make Canada more vulnerable to nuclear attack. It would not be possible to prove it one way or the other.

Paragraph (d) assumes that foreign states will not develop their technology in such a way as to meet the requirements of effective detection of the cruise and that there will therefore be an increased likelihood of pre-emptive strike or an accidental firing, or both. Again, this assumption concerns how foreign powers are likely to act in response to the development of the cruise. It would be just as plausible to argue that foreign states would improve their technology with respect to detection of missiles, thereby decreasing the likelihood of accidental firing or pre-emptive strike.

Finally, paragraph (e) asserts that the development of the cruise will lead to an escalation of the nuclear arms race. This again involves speculation based on assumptions as to how foreign powers will react. One could equally argue that the cruise would be the precipitating factor in compelling the nuclear powers to negotiate agreements that would lead to a de-escalation of the nuclear arms race.

One final assumption, common to all the paragraphs except (c), is that the result of testing of the cruise missile in Canada will be its develop-

accords fondé sur la coopération plutôt que sur la surveillance.

Quant à l'alinéa c), même si effectivement les essais du missile de croisière air-sol avaient pour résultat d'accroître la présence militaire et les intérêts américains au Canada, dire que cela augmenterait le risque que le Canada soit la cible d'une attaque nucléaire serait présumer des réactions des puissances étrangères hostiles à cet accroissement de la présence américaine. Cela présume aussi du degré auquel le Canada constitue déjà une cible potentielle d'attaque nucléaire. Vu l'impossibilité de déterminer la réaction d'une nation souveraine indépendante, il ne peut s'agir que d'hypothèses lorsqu'on dit qu'un accroissement de la présence américaine rendra le Canada plus vulnérable à une attaque nucléaire. Il ne serait pas possible de le démontrer dans un sens ou dans l'autre.

L'alinéa d) présuppose que les États étrangers, n'amélioreront pas leur technologie de manière à faire face aux exigences d'une détection effective du missile de croisière et qu'il y aura donc accroissement du danger d'attaques préemptives et de lancements accidentels, ou des deux. Ici encore, cette supposition porte sur la manière dont certaines puissances étrangères risquent de réagir face à la mise en service du missile de croisière. Il est tout aussi plausible de soutenir que les autres États amélioreront leur technologie en matière de détection de missiles, diminuant par le fait même le danger de lancements accidentels ou d'attaques préemptives.

Enfin, à l'alinéa e), on soutient que la mise en service du missile de croisière suscitera une escalade de la course aux armements nucléaires. Cela comporte aussi des conjectures fondées sur des suppositions quant à la réaction des puissances étrangères. On pourrait également soutenir que le missile de croisière constituera le facteur déterminant qui amènera les puissances nucléaires à négocier des accords qui mèneront à une désescalade de la course aux armements nucléaires.

Une dernière supposition, commune à tous les alinéas, à l'alinéa c) excepté, est que le résultat des essais du missile de croisière au Canada sera sa

ment by the United States. In all of these paragraphs, the alleged harm flows from the production and eventual deployment of the cruise missile. The effect that the testing will have on the development and deployment of the cruise can only be a matter of speculation. It is possible that as a result of the tests, the Americans would decide not to develop and deploy the cruise since the very reason for the testing is to establish whether the missile is a viable weapons system. Similarly, it is possible that the Americans would develop the cruise missile even if testing were not permitted by the Canadians.

In the final analysis, exactly what the Americans will decide to do about development and deployment of the cruise missile, whether tested in Canada or not, is a decision that they, as an independent and sovereign nation, will make for themselves. Even with the assistance of qualified experts, a court could only speculate on how the American government may make this decision, and how important a factor the results of the testing of the cruise in Canada will be in that decision.

What can be concluded from this analysis of the statement of claim is that all of its allegations, including the ultimate assertion of an increased likelihood of nuclear war, are premised on assumptions and hypotheses about how independent and sovereign nations, operating in an international arena of radical uncertainty, and continually changing circumstances, will react to the Canadian government's decision to permit the testing of the cruise missile.

The point of this review is not to quarrel with the allegations made by the appellants about the results of cruise missile testing. They are, of course, entitled to their opinion and belief. Rather, I wish to highlight that they are raising matters that, in my opinion, lie in the realm of conjecture, rather than fact. In brief, it is simply not possible for a court, even with the best available evidence, to do more than speculate upon the likelihood of the federal cabinet's decision to test the cruise missile resulting in an increased threat of nuclear war.

mise en service par les États-Unis. Dans tous ces alinéas, le préjudice allégué découle de la production et du déploiement éventuel du missile de croisière. L'effet que les essais auront sur la mise en service et le déploiement du missile ne peut être qu'affaire de conjectures. Il est possible qu'à la suite des essais, les Américains décident de ne pas mettre en service et de ne pas déployer le missile, puisque la raison même des essais est de s'assurer que le missile constitue un système d'armes viable. De même, il est possible que les Américains mettent le missile de croisière en service même si les essais n'étaient pas autorisés par les Canadiens.

En dernière analyse, ce que les Américains décideront effectivement de faire relativement à la mise en service et au déploiement du missile de croisière, qu'on procède ou non aux essais au Canada, c'est là une décision qu'ils prendront eux-mêmes en tant que nation indépendante et souveraine. Même assisté d'experts dûment qualifiés, un tribunal ne peut que se perdre en conjectures sur la décision que peut prendre le gouvernement américain et sur l'importance qu'auront alors les résultats des essais du missile de croisière au Canada sur cette décision.

On peut conclure de cette analyse de la déclaration que toutes ces allégations, y compris l'assertion ultime d'un accroissement du risque de guerre nucléaire, ont pour prémisses des suppositions et des hypothèses sur la manière dont des nations indépendantes et souveraines, agissant dans une arène internationale radicalement incertaine, où les circonstances changent continuellement, réagiront à la décision du gouvernement canadien d'autoriser les essais du missile de croisière.

Cet examen n'a pas pour but de chercher quelle aux appelants quant à leurs allégations concernant les résultats des essais du missile de croisière. Ils ont, bien entendu, droit à leur opinion et à leur conviction. Je désire souligner plutôt qu'ils soulèvent des questions qui, à mon avis, tiennent de la conjecture plutôt que des faits. En bref, il n'est tout simplement pas possible pour une cour de justice, même avec les meilleures preuves disponibles, de faire autre chose que de spéculer sur la possibilité que la décision du cabinet fédéral de procéder aux essais du missile de croisière accroisse le danger de guerre nucléaire.

(c) The Rule that Facts in a Statement of Claim Must be Taken as Proven

We are not, in my opinion, required by the principle enunciated in *Inuit Tapirisat, supra*, to take as true the appellants' allegations concerning the possible consequences of the testing of the cruise missile. The rule that the material facts in a statement of claim must be taken as true for the purpose of determining whether it discloses a reasonable cause of action does not require that allegations based on assumptions and speculations be taken as true. The very nature of such an allegation is that it cannot be proven to be true by the adduction of evidence. It would, therefore, be improper to accept that such an allegation is true. No violence is done to the rule where allegations, incapable of proof, are not taken as proven.

II

The Cabinet's Decision to Permit the Testing of the Cruise Missile and the Application of the Charter of Rights and Freedoms(a) Application of the Charter to Cabinet Decisions

I agree with Madame Justice Wilson that cabinet decisions fall under s. 32(1)(a) of the *Charter* and are therefore reviewable in the courts and subject to judicial scrutiny for compatibility with the Constitution. I have no doubt that the executive branch of the Canadian government is duty bound to act in accordance with the dictates of the *Charter*. Specifically, the cabinet has a duty to act in a manner consistent with the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

(b) The Absence of a Duty on the Government to Refrain from Allowing Testing

I do not believe the action impugned in the present case can be characterized as contrary to the duties of the executive under the *Charter*. Section 7 of the *Charter* cannot reasonably be read as imposing a duty on the government to refrain

c) La règle selon laquelle les faits d'une déclaration doivent être considérés comme prouvés

À mon avis, nous ne sommes pas tenus par le principe énoncé dans l'arrêt *Inuit Tapirisat*, précité, de considérer comme vraies les allégations des appelants concernant les conséquences éventuelles des essais du missile de croisière. La règle selon laquelle les faits matériels d'une déclaration doivent être considérés comme vrais, lorsqu'il s'agit de déterminer si elle révèle une cause raisonnable d'action, n'oblige pas à considérer comme vraies les allégations fondées sur des suppositions et des conjectures. La nature même d'une telle allégation, c'est qu'on ne peut en démontrer la véracité par la présentation de preuves. Il serait donc inapproprié d'accepter une telle allégation comme vraie. On ne fait pas violence à la règle lorsque des allégations, non susceptibles de preuve, ne sont pas considérées comme prouvées.

II

La décision du cabinet d'autoriser les essais du missile de croisière et l'application de la Charte des droits et libertésa) L'application de la Charte aux décisions du cabinet

Je conviens avec le juge Wilson que les décisions du cabinet relèvent de l'al. 32(1)a) de la *Charte* et qu'elles sont donc assujetties au contrôle judiciaire et à l'examen des tribunaux aux fins de vérifier leur compatibilité avec la Constitution. Je ne doute pas que l'exécutif du gouvernement canadien ait l'obligation d'agir conformément aux préceptes de la *Charte*. Plus précisément, le cabinet a l'obligation d'agir de manière à respecter le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et de manière à ne porter atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

b) Aucune obligation de la part du gouvernement de ne pas autoriser les essais

Je ne crois pas que l'acte contesté en l'espèce puisse être qualifié de contraire à l'obligation que la *Charte* impose au pouvoir exécutif. L'article 7 de la *Charte* ne saurait raisonnablement être interprété comme imposant au gouvernement l'obliga-

from those acts which might lead to consequences that deprive or threaten to deprive individuals of their life and security of the person. A duty of the federal cabinet cannot arise on the basis of speculation and hypothesis about possible effects of government action. Such a duty only arises, in my view, where it can be said that a deprivation of life and security of the person could be proven to result from the impugned government act.

The principles governing remedial action by the courts on the basis of allegations of future harm are illustrative of the more general principle that there is no legal duty to refrain from actions which do not prejudice the legal rights of others. A person, whether the government or a private individual, cannot be held liable under the law for an action unless that action causes the deprivation, or threat of deprivation, of legal rights. And an action cannot be said to cause such deprivation where it is not provable that the deprivation will occur as a result of the challenged action. I am not suggesting that remedial action by the courts will be inappropriate where future harm is alleged. The point is that remedial action will not be justified where the link between the action and the future harm alleged is not capable of proof.

The reluctance of courts to provide remedies where the causal link between an action and the future harm alleged to flow from it cannot be proven is exemplified by the principles with respect to declaratory relief. According to Eager, *The Declaratory Judgment Action* (1971), at p. 5:

3. The remedy [of declaratory relief] is not generally available where the controversy is not presently existing but merely possible or remote; the action is not maintainable to settle disputes which are contingent upon the happening of some future event which may never take place.

4. Conjectural or speculative issues, or feigned disputes or one-sided contentions are not the proper subjects for declaratory relief.

Similarly, Sarna has said, "The court does not deal with unripe claims, nor does it entertain proceed-

tion de ne pas accomplir des actes qui pourraient avoir pour conséquence de porter atteinte ou de menacer de porter atteinte à la vie des individus et à la sécurité de leur personne. Une obligation du cabinet fédéral ne peut être créée par des conjectures et des hypothèses sur les effets possibles de l'action gouvernementale. Une telle obligation ne naît, à mon avis, que lorsqu'on peut dire qu'il pourrait être démontré qu'une atteinte à la vie et à la sécurité de la personne résulte de l'acte gouvernemental attaqué.

Les principes régissant la réparation judiciaire fondée sur des allégations de dommage éventuel sont une illustration du principe plus général voulant qu'il n'y ait aucune obligation juridique de ne pas faire ce qui ne porte pas préjudice aux garanties juridiques d'autrui. Personne, qu'il s'agisse du gouvernement ou d'une personne privée, ne saurait être tenu responsable en droit d'un acte à moins que ce dernier ne porte atteinte à des garanties juridiques ou ne menace de le faire. Et un acte ne saurait être considéré comme la cause d'une telle atteinte lorsqu'on ne peut prouver que celle-ci résultera de l'acte contesté. Je n'insinue pas que la réparation judiciaire est inadéquate dans les cas où un dommage éventuel est allégué. Le fait est que la réparation n'est pas justifiée lorsqu'il est impossible d'établir le lien entre l'acte et le dommage éventuel.

La répugnance des tribunaux à accorder réparation lorsqu'on ne peut pas faire la preuve du lien de causalité entre un acte et le dommage éventuel qui, prétend-on, en découlera est illustrée par les principes relatifs au jugement déclaratoire. D'après Eager, *The Declaratory Judgment Action* (1971), à la p. 5:

[TRADUCTION] 3. Ce redressement [le jugement déclaratoire] ne peut généralement être obtenu lorsque la controverse n'existe pas actuellement, n'étant qu'éventuelle ou éloignée; on ne peut intenter l'action pour régler des litiges dont la naissance dépend d'un événement futur qui peut n'avoir jamais lieu.

4. Les questions conjecturales ou hypothétiques, les litiges feints ou les prétentions biaisées ne sauraient faire l'objet d'un jugement déclaratoire.

De même, Sarna a écrit: [TRADUCTION] «Le tribunal ne connaît pas de prétentions qui ne sont pas

ings with the sole purpose of remedying only possible conflicts": (*The Law of Declaratory Judgments* (1978), at p. 179).

None of this is to deny the preventative role of the declaratory judgment. As Madame Justice Wilson points out in her judgment, Borchard, *Declaratory Judgments* (2nd ed. 1941), at p. 27, states that,

... no "injury" or "wrong" need have been actually committed or threatened in order to enable the plaintiff to invoke the judicial process; he need merely show that some legal interest or right of his has been placed in jeopardy or grave uncertainty

Nonetheless, the preventative function of the declaratory judgment must be based on more than mere hypothetical consequences; there must be a cognizable threat to a legal interest before the courts will entertain the use of its process as a preventive measure. As this Court stated in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, a declaration could issue to affect future rights, but not where the dispute in issue was merely speculative. In *Solosky, supra*, one of the questions was whether an order by a director of a prison to censor correspondence between the appellant inmate and his solicitor could be declared unlawful. The dispute had already arisen as a result of the existence of the censorship order and the declaration sought was a direct and present challenge to this order. This Court found that the fact that the relief sought would relate to letters not yet written, and thereby affect future rights, was not in itself a bar to the granting of a declaration. The Court made it clear, however, at p. 832:

... that a declaration will not normally be granted when the dispute is over and has become academic, or where the dispute has yet to arise and may not arise.

(Emphasis added.)

A similar concern with the problems inherent in basing relief on the prediction of future events is found in the principles relating to injunctive relief. Professor Sharpe, *Injunctions and Specific*

encore mûres, ni d'instances à seule fin de remédier à des litiges purement éventuels»: (*The Law of Declaratory Judgments* (1978), à la p. 179).

^a Il ne s'agit pas par là de nier le rôle préventif du jugement déclaratoire. Comme le juge Wilson le fait remarquer dans ses motifs, Borchard dans *Declaratory Judgments* (2nd ed. 1941), à la p. 27, dit que:

^b [TRADUCTION] ... il n'est pas nécessaire qu'un «préjudice» ou un «acte dommageable» ait été vraiment commis ou menacé de l'être pour que le demandeur puisse demander à la justice d'intervenir; il n'a qu'à démontrer un intérêt juridique quelconque ou que l'un de ses droits est en péril ou est gravement menacé

Néanmoins, la fonction préventive du jugement déclaratoire doit être fondée sur autre chose que des conséquences purement hypothétiques; il doit y avoir un intérêt juridique menacé qui soit identifiable avant que les tribunaux n'envisagent d'y avoir recours comme mesure préventive. Comme cette Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, un jugement déclaratoire ^e peut influencer sur des droits éventuels, mais non lorsque le litige en cause est purement hypothétique. Dans l'affaire *Solosky*, précitée, l'une des questions était de savoir si l'ordre d'un directeur de prison de censurer la correspondance échangée ^f entre le détenu appelant et son avocat pouvait être déclaré illégal. Le litige était déjà né, par suite de l'existence de l'ordre de censure, et le jugement déclaratoire recherché constituait une contestation ^g directe et contemporaine de l'ordre. Cette Cour a jugé que le fait que le redressement recherché visait des lettres qui n'avaient pas encore été écrites, et par là qu'il influencerait sur des droits éventuels, ne l'empêchait pas en soi d'accorder un ^h jugement déclaratoire. La Cour a rappelé clairement cependant, à la p. 832:

... qu'un jugement déclaratoire n'est normalement pas accordé lorsque le litige est passé et est devenu théorique ou lorsque le litige n'est pas encore né et ne naîtra probablement pas.

(C'est moi qui souligne.)

^j On trouve une préoccupation semblable, au sujet des problèmes inhérents qu'il y a à fonder un recours sur une prédiction d'événements futurs, dans les principes relatifs aux injonctions. Le pro-

Performance (1983), clearly articulates the difficulties in issuing an injunction where the alleged harm is prospective at pp. 30-31:

All injunctions are future looking in the sense that they are intended to prevent or avoid harm rather than compensate for an injury already suffered

Where the harm to the plaintiff has yet to occur the problems of prediction are encountered. Here, the plaintiff sues *quia timet*—because he fears—and the judgment as to the propriety of injunctive relief must be made without the advantage of actual evidence as to the nature of harm inflicted on the plaintiff. The court is asked to predict that harm will occur in the future and that the harm is of a type that ought to be prevented by injunction.

The general principle with respect to such injunctions appears to be that “there must be a high degree of probability that the harm will in fact occur”: Sharpe, *supra*, at p. 31. In *Redland Bricks Ltd. v. Morris*, [1970] A.C. 652, at p. 665, *per* Lord Upjohn, the House of Lords laid down four general propositions concerning the circumstances in which mandatory injunctive relief could be granted on the basis of prospective harm. The first of these stated [at p. 665]:

1. A mandatory injunction can only be granted where the plaintiff shows a very strong probability upon the facts that grave damage will accrue to him in the future It is a jurisdiction to be exercised sparingly and with caution but in the proper case unhesitatingly.

It is clearly illustrated by the rules governing declaratory and injunctive relief that the courts will not take remedial action where the occurrence of future harm is not probable. This unwillingness to act in the absence of probable future harm demonstrates the courts’ reluctance to grant relief where it cannot be shown that the impugned action will cause a violation of rights.

In the present case, the speculative nature of the allegation that the decision to test the cruise missile will lead to an increased threat of nuclear war makes it manifest that no duty is imposed on the

fesseur Sharpe, dans son ouvrage *Injunctions and Specific Performance* (1983), expose clairement aux pp. 30 et 31 les difficultés qu’il peut y avoir à délivrer une injonction lorsque le préjudice allégué n’est qu’éventuel:

[TRADUCTION] Toutes les injonctions sont tournées vers l’avenir, en ce sens qu’elles cherchent à prévenir ou à éviter un préjudice plutôt qu’à indemniser d’un dommage déjà subi

Lorsque le demandeur n’a pas encore subi le dommage, on se trouve confronté aux problèmes de prédiction. Le demandeur poursuit alors *quia timet*—parce qu’il craint—et le jugement sur le bien-fondé de l’injonction doit être rendu sans que l’on bénéficie de preuves sur la nature du préjudice infligé au demandeur. On demande au tribunal de prédire un dommage dans l’avenir et que ce dommage est d’un genre qui devrait être empêché par voie d’injonction.

Le principe général régissant ces injonctions paraît être qu’ [TRADUCTION] «il doit y avoir un haut degré de probabilité que le dommage sera effectivement causé»: Sharpe, précité, à la p. 31. Dans l’arrêt *Redland Bricks Ltd. v. Morris*, [1970] A.C. 652, à la p. 665, lord Upjohn, la Chambre des lords a dégagé quatre propositions générales sur les circonstances dans lesquelles une injonction obligeant à faire peut être accordée sur la base d’un dommage éventuel. Voici la première [à la p. 665]:

[TRADUCTION] 1. Une injonction obligeant à faire ne peut être accordée que si le demandeur démontre qu’il existe une forte probabilité, vu les faits, qu’il subisse un dommage grave dans l’avenir . . . Ce pouvoir doit être exercé avec la plus grande réserve et avec prudence mais, le cas échéant, sans hésitation.

Comme le montrent clairement les règles régissant les jugements déclaratoires et les injonctions, les tribunaux n’agiront pas lorsque l’éventualité d’un dommage futur n’est guère probable. Cette répugnance à agir en l’absence de probabilité du dommage à venir démontre l’hésitation des tribunaux à accorder un redressement lorsqu’il ne peut être démontré que l’acte contesté causera une violation des droits.

En l’espèce, la nature conjecturale de l’allégation voulant que la décision de procéder aux essais du missile de croisière entraînera un accroissement de la menace de guerre nucléaire montre à l’évi-

Canadian government to refrain from permitting the testing. The government's action simply could not be proven to cause the alleged violation of s. 7 of the *Charter* and, thus, no duty can arise.

III

Justiciability

The approach which I have taken is not based on the concept of justiciability. I agree in substance with Madame Justice Wilson's discussion of justiciability and her conclusion that the doctrine is founded upon a concern with the appropriate role of the courts as the forum for the resolution of different types of disputes. I have no doubt that disputes of a political or foreign policy nature may be properly cognizable by the courts. My concerns in the present case focus on the impossibility of the Court finding, on the basis of evidence, the connection, alleged by the appellants, between the duty of the government to act in accordance with the *Charter of Rights and Freedoms* and the violation of their rights under s. 7. As stated above, I do not believe the alleged violation—namely, the increased threat of nuclear war—could ever be sufficiently linked as a factual matter to the acknowledged duty of the government to respect s. 7 of the *Charter*.

IV

Section 52 of the *Constitution Act, 1982* and Section 1 of the *Charter*

I would like to note that nothing in these reasons should be taken as the adoption of the view that the reference to "laws" in s. 52 of the *Charter* is confined to statutes, regulations and the common law. It may well be that if the supremacy of the Constitution expressed in s. 52 is to be meaningful, then all acts taken pursuant to powers granted by law will fall within s. 52. Equally, it is not necessary for the resolution of this case to express any

dence qu'aucune obligation n'est imposée au gouvernement canadien de ne pas autoriser les essais. On ne pourrait tout simplement pas prouver que l'action du gouvernement causera la violation alléguée de l'art. 7 de la *Charte* et, donc, aucune obligation n'est créée.

III

La justiciabilité

La démarche que j'ai suivie n'est pas fondée sur la notion de justiciabilité. Je souscris pour l'essentiel à l'analyse faite par le juge Wilson concernant la justiciabilité et à sa conclusion selon laquelle la doctrine est fondée sur une préoccupation à l'égard du rôle approprié des tribunaux en tant que tribune pour résoudre divers genres de différends. Je ne doute pas que les tribunaux soient fondés à connaître de différends d'une nature politique ou mettant en cause la politique étrangère. Ce qui me préoccupe en l'espèce, c'est l'impossibilité dans laquelle se trouve la Cour de trouver, en s'appuyant sur des preuves, le lien allégué par les appellants, entre l'obligation du gouvernement d'agir conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés* et la violation de leurs droits aux termes de l'art. 7. Comme je l'ai déjà dit, je ne crois pas que la violation alléguée—un accroissement de la menace de guerre nucléaire—puisse jamais être suffisamment reliée, sur le plan des faits, à l'obligation reconnue du gouvernement de respecter l'art. 7 de la *Charte*.

g

IV

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et l'article premier de la *Charte*

Je tiens à souligner que rien dans les présents motifs ne saurait être interprété comme l'adoption de l'opinion selon laquelle la référence faite à la «règle de droit» à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* doit être confinée aux lois, aux règlements et à la *common law*. Il se peut fort bien que, si la suprématie de la Constitution, énoncée à l'art. 52, doit avoir un sens, tous les actes effectués selon des pouvoirs découlant d'une règle de droit relèveront de l'art. 52. Également, il n'est pas nécessaire, pour résoudre le présent litige, d'exprimer d'opinion sur l'application de l'art. 1 de la

opinion on the application of s. 1 of the *Charter* or the appropriate principles for its interpretation.

V

Conclusion

I would accordingly dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—This litigation was sparked by the decision of the Canadian government to permit the United States to test the cruise missile in Canada. It raises issues of great difficulty and considerable importance to all of us.

1. The Facts

The appellants are a group of organizations and unions claiming to have a collective membership of more than 1.5 million Canadians. They allege that a decision made by the Canadian government on July 15, 1983 to allow the United States to test cruise missiles within Canada violates their constitutional rights as guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. More specifically, quoting from their statement of claim:

7. The Plaintiffs state and the fact is that the testing of the cruise missile in Canada is a violation of the collective rights of the Plaintiffs and their members and all Canadians, specifically their right to security of the person and life in that:

- (a) the size and eventual dispersion of the air-launched cruise missile is such that the missile cannot be detected by surveillance satellites, thus making verification of the extent of this nuclear weapons system impossible;
- (b) with the impossibility of verification, the future of nuclear weapons' control and limitation agreements is completely undermined as any such agreements become practically unenforceable;
- (c) the testing of the air-launched cruise missiles would result in an increased American military presence and interest in Canada which would result in making Canada more likely to be the target of a nuclear attack;

Charte, ni sur les principes appropriés d'interprétation.

V

a Conclusion

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

b Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—Le présent litige a été déclenché par la décision du gouvernement canadien d'autoriser les États-Unis de procéder aux essais du missile de croisière au Canada. Il soulève des questions d'une grande difficulté et d'une importance considérable pour nous tous.

1. Les faits

d Les appelants sont un ensemble d'organismes et de syndicats auxquels adhèrent globalement, selon eux, plus d'un million et demi de Canadiens. Ils soutiennent que la décision prise par le gouvernement canadien, le 15 juillet 1983, d'autoriser les États-Unis à procéder aux essais des missiles de croisière au Canada viole leurs droits constitutionnels garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus précisément, pour citer un extrait de leur déclaration:

[TRADUCTION] 7. Les demandeurs affirment, et considèrent comme fait avéré, que les essais de missiles de croisière au Canada portent atteinte aux droits collectifs des demandeurs et de leurs membres, et à ceux de tous les Canadiens, notamment à leur droit à la vie et à la sécurité de leur personne, parce que:

- a) les dimensions des missiles de croisière air-sol et leur dissémination les rendront virtuellement indétectables par les satellites de surveillance et la vérification de l'importance de ce système d'armes nucléaires deviendra donc impossible;
- b) la vérification étant impossible, l'avenir des accords de limitation et de contrôle des armements nucléaires se trouve gravement compromis puisque ces accords deviendront pratiquement inapplicables;
- c) les essais de missiles de croisière air-sol augmenteront la présence militaire américaine et ses intérêts au Canada, et accroîtront donc la probabilité pour le Canada d'être la cible d'une attaque nucléaire;

- (d) as the cruise missile cannot be detected until approximately eight minutes before it reaches its target, a "Launch on Warning" system would be necessary in order to respond to the cruise missile thereby eliminating effective human discretion and increasing the likelihood of either a pre-emptive strike or an accidental firing, or both;
- (e) the cruise missile is a military weapon, the development of which will have the effect of a needless and dangerous escalation of the nuclear arms race, thus endangering the security and lives of all people.

The plaintiffs, in addition to declaratory relief, seek consequential relief in the nature of an injunction and damages. The defendants, by a motion pursuant to Rule 419(1) of the *Federal Court Rules*, moved to strike out the plaintiffs' statement of claim and to dismiss it as disclosing no reasonable cause of action. Cattanach J. dismissed the defendants' motion to strike on the grounds that the *Charter* applied to the Government of Canada, including executive acts of the cabinet, and that the statement of claim contained "the germ of a cause of action" and raised a "justiciable issue". The Federal Court of Appeal unanimously allowed the defendants' appeal.

2. The Judgment Appealed From

Each of the five judges who sat on the appeal to the Federal Court of Appeal delivered separate reasons for allowing the appeal. Four of the five (Pratte, Le Dain, Marceau and Hugessen JJ.) held that a breach of s. 7 of the *Charter* must involve a failure to comply with the principles of fundamental justice and the appellants had not alleged any such failure.

Three of the justices (Pratte, Marceau and Hugessen JJ.) were of the opinion that the facts as alleged did not constitute a violation of the right to life, liberty and security of the person as guaranteed by s. 7. Pratte and Hugessen JJ. thought that any breach of s. 7 would only occur as the result of actions by foreign powers who were not bound by the *Charter*. Pratte J. went further and stated that the only "liberty and security of the person" that was protected by s. 7 was security against arbi-

- d) comme il est impossible de détecter le missile de croisière avant qu'il soit à environ huit minutes de son objectif, il sera nécessaire d'établir un système de «lancement sur alerte» pour y riposter, ce qui supprime toute intervention humaine réelle et accroît les dangers d'attaques préemptives et de lancements accidentels;
- e) le missile de croisière est une arme militaire dont la mise au point constitue une escalade inutile et dangereuse de la course aux armements nucléaires; il met ainsi en danger la sécurité et la vie de tous.

Les demandeurs, outre un jugement déclaratoire, demandent donc une injonction, ou un autre redressement de cette nature, et des dommages-intérêts. Les défendeurs, par requête fondée sur la règle 419(1) des *Règles de la Cour fédérale*, ont demandé la radiation de la déclaration des demandeurs et son rejet parce qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action. Le juge Cattanach a rejeté la requête en radiation des défendeurs pour le motif que la *Charte* s'appliquait au gouvernement du Canada, y compris aux actes exécutifs du cabinet, et que la déclaration comportait «le germe d'une cause d'action» et soulevait «une question dont les tribunaux peuvent être saisis». La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel des défendeurs à l'unanimité.

2. L'arrêt attaqué

Chacun des cinq juges de la Cour d'appel fédérale siégeant en appel a exposé des motifs distincts pour faire droit à l'appel. Quatre de ceux-ci (les juges Pratte, Le Dain, Marceau et Hugessen) ont conclu qu'une violation de l'art. 7 de la *Charte* doit comprendre une atteinte aux principes de justice fondamentale; or, les appelants n'avaient rien allégué de ce genre.

Trois des juges (les juges Pratte, Marceau et Hugessen) ont exprimé l'avis que les faits articulés n'équivalent pas à une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que garantit l'art. 7. Les juges Pratte et Hugessen pensent qu'une violation de l'art. 7 ne pourrait être le fait que de puissances étrangères que la *Charte* ne lie pas. Le juge Pratte est allé plus loin encore, disant que la «liberté et la sécurité de la personne» que protège l'art. 7, est une garantie contre les

trary arrest or detention. Marceau J. felt that s. 7 could never have "any higher mission than that of protecting the life and the freedom of movement of the citizens against arbitrary action and despotism by people in power".

Two of the justices (Ryan and Le Dain JJ.) would have allowed the appeal on the fundamental ground that the issue was inherently non-justiciable and therefore incapable of adjudication by a court. Ryan J. thought that the question whether national security was impaired, and hence whether the plaintiffs' own personal security had been affected, was not triable because it was not susceptible of proof. Le Dain J. took the central issue to be the effect of testing cruise missiles on the risk of nuclear conflict, a matter which he asserted to be non-justiciable as involving factors either inaccessible to a court or incapable of being evaluated by it. The other three judges did not directly address this point.

Marceau J. would have allowed the appeal on the additional ground that the *Charter* did not give the courts a power to interfere with an exercise of the royal prerogative, especially when issues of defence and national security were involved. However, a majority of the Court (Pratte, Le Dain and Ryan JJ.) was of the opinion that the *Charter* did apply to decisions taken in the exercise of the royal prerogative. Hugessen J. did not deal with this question.

None of the five judges was prepared to say that the cabinet's decision to test the cruise missile was unreviewable because it involved a "political question". Pratte and Marceau JJ. expressly rejected this argument, Le Dain and Hugessen JJ. did not consider it necessary to deal with it, and Ryan J. did not mention it.

3. The Issues

The issues to be addressed on the appeal to this Court may be conveniently summarized as follows:

arrestations ou détentions arbitraires. Le juge Marceau a estimé que l'art. 7 ne pourra jamais avoir «une vocation plus considérable encore que celle de protéger la vie et la liberté de mouvement des citoyens contre l'arbitraire et le despotisme des gouvernants».

Deux juges (les juges Ryan et Le Dain) ont fait droit à l'appel pour le motif fondamental que la question par sa nature n'est pas justiciable d'une cour de justice qui est donc incapable d'en juger. Le juge Ryan pense que la question de savoir s'il y a atteinte à la sécurité nationale, et donc atteinte à la sûreté personnelle des demandeurs, ne peut être tranchée par les tribunaux parce qu'on ne peut administrer la preuve judiciaire. Le juge Le Dain a estimé que le nœud du litige est l'effet que les essais de missiles de croisière peuvent avoir sur le danger de conflit nucléaire, une question qu'il considère comme non justiciable d'une cour de justice parce qu'elle met en cause des facteurs dont elle ne peut connaître ou qu'elle est incapable d'évaluer. Les trois autres juges ne se sont pas prononcés sur cette question.

Le juge Marceau a fait droit à l'appel pour le motif additionnel que la *Charte* ne confère pas aux tribunaux le pouvoir d'intervenir dans un exercice de la prérogative royale, particulièrement lorsque des questions de défense et de sécurité nationale sont en jeu. Toutefois, une majorité des juges de la Cour (les juges Pratte, Le Dain et Ryan) sont d'avis que la *Charte* s'applique effectivement aux décisions prises dans l'exercice de la prérogative royale. Le juge Hugessen n'a pas traité de cette question.

Aucun des cinq juges n'était disposé à dire que la décision du cabinet de procéder à l'essai du missile de croisière ne pouvait être soumise au contrôle judiciaire parce qu'elle mettait en cause une «question politique». Les juges Pratte et Marceau ont expressément rejeté l'argument, les juges Le Dain et Hugessen n'ont pas estimé nécessaire de statuer sur ce point et le juge Ryan n'en a pas parlé.

3. Les questions en litige

Les questions que la Cour doit trancher dans ce pourvoi peuvent être résumées par commodité comme suit:

(1) Is a decision made by the Government of Canada in relation to a matter of national defence and foreign affairs unreviewable on any of the following grounds:

- (a) it is an exercise of the royal prerogative;
- (b) it is, because of the nature of the factual questions involved, inherently non-justiciable;
- (c) it involves a "political question" of a kind that a court should not decide?

(2) Under what circumstances can a Statement of Claim seeking declaratory relief concerning the constitutionality of a law or governmental decision be struck out as disclosing no cause of action?

(3) Do the facts as alleged in the Statement of Claim, which must be taken as proven, constitute a violation of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? and

(4) Do the plaintiffs have a right to amend the Statement of Claim before the filing of a Statement of Defence?

(1) Is the Government's Decision Reviewable?

(a) The Royal Prerogative

The respondents submit that at common law the authority to make international agreements (such as the one made with the United States to permit the testing) is a matter which falls within the prerogative power of the Crown and that both at common law and by s. 15 of the *Constitution Act, 1867* the same is true of decisions relating to national defence. They further submit that since by s. 32(1)(a) the *Charter* applies "to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament", the *Charter's* application must, so far as the government is concerned, be restricted to the exercise of powers which derive directly from statute. It cannot, therefore, apply to an exercise of the royal prerogative which is a source of power existing independently of Parliament; otherwise, it is argued, the limiting phrase "within the authority of Parliament" would be deprived of any effect. The answer to this argument seems to me to be that those words of limitation, like the corresponding words "within the authority of the legislature

1) Une décision du gouvernement du Canada en matière de défense nationale et d'affaires étrangères échappe-t-elle à tout contrôle judiciaire pour l'un des motifs suivants:

- a) ce serait un exercice de la prérogative royale;
- b) ce serait, de par la nature des faits en cause, une affaire fondamentalement non justiciable d'une cour de justice;
- c) cela mettrait en cause une «question politique» d'un genre sur lequel une cour de justice ne saurait statuer?

2) Dans quelles circonstances une déclaration concluant à un jugement déclaratoire portant sur la constitutionnalité d'une loi ou d'une décision gouvernementale peut-elle être radiée pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action?

3) Les faits articulés dans la déclaration, qui doivent être considérés comme prouvés, constituent-ils une violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4) Les demandeurs ont-ils le droit de modifier leur déclaration avant la production d'une défense?

1) Le contrôle judiciaire de la décision gouvernementale

a) La prérogative royale

Les intimés soutiennent qu'en *common law* le pouvoir de conclure des accords internationaux (comme celui qui a été conclu avec les États-Unis pour autoriser les essais) relève de la prérogative de la Couronne et que tant en *common law* qu'en vertu de l'art. 15 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il en est de même des décisions relatives à la défense nationale. Ils font en outre valoir qu'étant donné que l'al. 32(1)a) de la *Charte* s'applique «au Parlement et au gouvernement du Canada pour tous les domaines relevant du Parlement», l'application de la *Charte* doit, lorsque le gouvernement est en cause, être restreinte à l'exercice de pouvoirs découlant directement de la loi. Elle ne peut donc s'appliquer à un exercice de la prérogative royale qui est une source de pouvoir existant indépendamment du Parlement; autrement, soutient-on, la réserve «relevant du Parlement» perdrait tout effet. La réponse à cet argument me semble être que cette réserve, comme son pendant «relevant de cette législature» [la législature de chaque province] à l'al. 32(1)b), n'est qu'un renvoi au partage

of each province" in s. 32(1)(b), are merely a reference to the division of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. They describe the subject-matters in relation to which the Parliament of Canada may legislate or the government of Canada may take executive action. As Le Dain J. points out, the royal prerogative is "within the authority of Parliament" in the sense that Parliament is competent to legislate with respect to matters falling within its scope. Since there is no reason in principle to distinguish between cabinet decisions made pursuant to statutory authority and those made in the exercise of the royal prerogative, and since the former clearly fall within the ambit of the *Charter*, I conclude that the latter do so also.

(b) Non-Justiciability

Le Dain and Ryan JJ. in the Federal Court of Appeal were of the opinion that the issues involved in this case are inherently non-justiciable, either because the question whether testing the cruise missile increases the risk of nuclear war is not susceptible of proof and hence is not triable (*per* Ryan J.) or because answering that question involves factors which are either inaccessible to a court or are of a nature which a court is incapable of evaluating (*per* Le Dain J.) To the extent that this objection to the appellants' case rests on the inherent evidentiary difficulties which would obviously confront any attempt to prove the appellants' allegations of fact, I do not think it can be sustained. It might well be that, if the issue were allowed to go to trial, the appellants would lose simply by reason of their not having been able to establish the factual basis of their claim but that does not seem to me to be a reason for striking the case out at this preliminary stage. It is trite law that on a motion to strike out a statement of claim the plaintiff's allegations of fact are to be taken as having been proved. Accordingly, it is arguable that by dealing with the case as they have done Le Dain and Ryan JJ. have, in effect, made a presumption against the appellants which they are not entitled, on a preliminary motion of this kind, to make.

des compétences prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ils décrivent les matières à l'égard desquelles le Parlement du Canada peut légiférer ou le gouvernement du Canada peut agir en tant qu'exécutif. Comme le juge Le Dain le note, la prérogative royale est un domaine «relevant du Parlement» en ce sens que le Parlement détient la compétence pour légiférer sur des matières relevant de son domaine. Comme il n'existe aucune raison de principe de distinguer entre les décisions du cabinet prises en vertu de la loi et celles prises dans l'exercice de la prérogative royale, et comme les premières relèvent manifestement de la *Charte*, je conclus que c'est le cas aussi pour les dernières.

b) La non-justiciabilité

Les juges Le Dain et Ryan de la Cour d'appel fédérale ont exprimé l'avis que les questions en cause étaient par leur nature non justiciables des cours de justice, soit parce que la question de savoir si les essais du missile de croisière accroissent le danger de guerre nucléaire ne peut faire l'objet d'une preuve et donc être jugée par les cours de justice (le juge Ryan), soit parce que répondre à cette question met en cause certains facteurs que ne peut connaître une cour de justice ou qui sont d'une nature qu'une cour de justice est incapable d'évaluer (le juge Le Dain). Dans la mesure où cette objection à la thèse des appelants est fondée sur des difficultés inhérentes de preuve, auxquelles devrait évidemment faire face toute tentative de prouver les faits articulés par les appelants, je ne pense pas qu'elle puisse être accueillie. Si le litige était instruit au fond, il se pourrait que les appelants perdent pour la simple raison qu'ils ne seraient pas parvenus à démontrer les faits qui fondent leur demande, mais cela ne me semble pas justifier la radiation de la déclaration à ce stade préliminaire. Il est bien connu en droit qu'en cas de requête en radiation d'une déclaration, les faits articulés par le demandeur doivent être considérés comme prouvés. En conséquence, on peut soutenir qu'en abordant l'affaire comme ils l'ont fait, les juges Le Dain et Ryan ont, en fait, opposé une présomption aux appelants, ce qu'ils ne sont pas autorisés à faire dans une requête préliminaire de ce genre.

I am not convinced, however, that Le Dain and Ryan J.J. were restricting the concept of non-justiciability to difficulties of evidence and proof. Both rely on Lord Radcliffe's judgment in *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 142 (H.L.), and especially on the following passage at p. 151:

The disposition and equipment of the forces and the facilities afforded to allied forces for defence purposes constitute a given fact and it cannot be a matter of proof or finding that the decisions of policy on which they rest are or are not in the country's best interests. I may add that I can think of few issues which present themselves in less triable form. It would be ingenuous to suppose that the kind of evidence that the appellants wanted to call could make more than a small contribution to its final solution. The facts which they wished to establish might well be admitted: even so, throughout history men have had to run great risk for themselves and others in the hope of attaining objectives which they prize for all. The more one looks at it, the plainer it becomes, I think, that the question whether it is in the true interests of this country to acquire, retain or house nuclear armaments depends on an infinity of considerations, military and diplomatic, technical, psychological and moral, and of decisions, tentative or final, which are themselves part assessments of fact and part expectations and hopes. I do not think that there is anything amiss with a legal ruling that does not make this issue a matter for judge or jury.

(Emphasis added.)

In my opinion, this passage makes clear that in Lord Radcliffe's view these kinds of issues are to be treated as non-justiciable not simply because of evidentiary difficulties but because they involve moral and political considerations which it is not within the province of the courts to assess. Le Dain J. maintains that the difficulty is one of judicial competence rather than anything resembling the American "political questions" doctrine. However, in response to that contention it can be pointed out that, however unsuited courts may be for the task, they are called upon all the time to decide ques-

Je ne suis pas convaincue cependant que les juges Le Dain et Ryan restreignaient cette notion de non-justiciabilité à des difficultés de preuve. Ils s'appuient tous deux sur l'arrêt de lord Radcliffe *a Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 142 (H.L.), particulièrement sur le passage suivant, à la p. 151:

[TRADUCTION] La disposition et l'équipement des forces armées, et les installations offertes aux forces alliées en matière de défense, sont un fait qui ne peut faire l'objet de preuves ou de quelque constatation judiciaire que les décisions politiques sur lesquelles ils reposent ont ou n'ont pas été prises dans le meilleur intérêt du pays. J'ajouterais que je ne saurais imaginer de question dont il soit plus difficile de saisir les tribunaux. Il pourrait être naïf de supposer que la nature des preuves que les appelants veulent soumettre puisse apporter une contribution non négligeable à la solution du débat. Les faits qu'ils désirent établir pourraient être admis: même dans ce cas, l'histoire démontre que les hommes ont dû prendre de grands risques pour eux-mêmes et les autres dans l'espoir d'atteindre des objectifs auxquels ils attachaient un grand prix, dans l'intérêt de tous. Plus on y regarde, plus il devient évident, je pense, que la question de savoir s'il est dans le meilleur intérêt de notre pays d'acquiescer, de garder ou d'implanter des armes nucléaires, dépend d'une infinité de facteurs, militaires et diplomatiques, techniques, psychologiques et moraux, et de décisions, provisoires ou définitives, qui sont elles-mêmes dictées à la fois par une analyse des faits, une attente et un espoir. Je ne trouve rien à redire à une décision judiciaire qui refuse de soumettre cette question à un juge ou à un jury.

g (C'est moi qui souligne.)

À mon avis, ce passage montre clairement que, dans l'optique de lord Radcliffe, ces questions devaient être considérées comme non justiciables des tribunaux non seulement à cause des difficultés de preuve, mais surtout parce qu'elles mettent en cause des considérations morales et politiques qu'il n'est pas du ressort des tribunaux d'évaluer. Le juge Le Dain soutient qu'il s'agit d'un problème de compétence judiciaire plutôt que de quelque chose qui ressemble à la doctrine américaine des «questions politiques». On pourrait cependant répondre à ce point de vue en faisant remarquer que les tribunaux, si peu préparés qu'ils soient pour cette tâche, sont saisis à tout moment de questions de principe et de politique générale. Comme le signale

tions of principle and policy. As Melville Weston points out in "Political Questions," 38 *Harv. L. Rev.* 296 (1925), at p. 299:

The word "justiciable" ... is legitimately capable of denoting almost any question. That is to say, the questions are few which are intrinsically incapable of submission to a tribunal having an established procedure, with an orderly presentation of such evidence as is available, for the purpose of an adjudication from which practical consequences in human conduct are to follow. For example, when nations decline to submit to arbitration or to the compulsory jurisdiction of a proposed international tribunal those questions of honor or interest which they call "non-justiciable", they are really avoiding that broad sense of the word, but what they mean is a little less clear. Probably they mean only that they will not, or deem they ought not, endure the presentation of evidence on such questions, nor bind their conduct to conform to the proposed adjudications. So far as "non-justiciable" is for them more than an epithet, it expresses a sense of a lack of fitness, and not of any inherent impossibility, of submitting these questions to judicial or *quasi*-judicial determination.

In the 1950's and early 1960's there was considerable debate in Britain over the question whether restrictive trade practices legislation gave rise to questions which were subject to judicial determination: see Marshall, "Justiciability," in *Oxford Essays in Jurisprudence* (1961), ed. A.G. Guest; Summers, "Justiciability" (1963), 26 *M.L.R.* 530; Stevens, "Justiciability: The Restrictive Practices Court Re-Examined," [1964] *Public Law* 221. I think it is fairly clear that the British restrictive trade practices legislation did not involve the courts in the resolution of issues more imponderable than those facing American courts administering the *Sherman Act*. Indeed, there is significantly less "policy" content in the decisions of the courts in those cases than there is in the decisions of administrative tribunals such as the Canadian Transport Commission or the CRTC. The real issue there, and perhaps also in the case at bar, is not the ability of judicial tribunals to make a decision on the questions presented, but the appro-

Melville Weston dans son article intitulé «Political Questions», 38 *Harv. L. Rev.* 296 (1925), à la p. 299:

[TRADUCTION] Le terme «justiciable» ... peut légitimement s'étendre à quasiment toute question. C'est-à-dire qu'il n'existe que peu de questions qui ne peuvent intrinsèquement être soumises à un tribunal qui suit une procédure préétablie, avec présentation ordonnée des preuves disponibles, dans le but de rendre un jugement dont découleront des conséquences pratiques sur la conduite humaine. Par exemple, lorsque des nations refusent de soumettre à l'arbitrage ou à la juridiction obligatoire d'un tribunal international proposé les questions d'honneur ou d'intérêts qu'elles qualifient de «non justiciables», elles s'écartent en réalité du sens large du terme, mais ce qu'elles veulent dire est moins clair. Elles veulent probablement dire uniquement qu'elles n'accepteront pas, ou estiment qu'elles ne devraient pas accepter, la présentation de preuves à ce sujet, ni modifier leur comportement pour se conformer à d'éventuels jugements. Dans la mesure où ce «non justiciable» est autre chose qu'une simple épithète, il traduit la conscience d'une certaine inaptitude, et non pas d'une impossibilité inhérente, à soumettre ces questions à une décision judiciaire ou quasi judiciaire.

Au cours des années cinquante et au début des années soixante, il y a eu une grande controverse en Grande-Bretagne sur la question de la législation sur les pratiques commerciales restrictives et de la compétence des tribunaux sur les questions qu'elle suscitait: voir Marshall, «Justiciability», *Oxford Essays in Jurisprudence* (1961), éd. A.G. Guest; Summers, «Justiciability» (1963), 26 *M.L.R.* 530; Stevens, «Justiciability: The Restrictive Practices Court Re-Examined», [1964] *Public Law* 221. Il est passablement clair, je pense, que la législation britannique sur les pratiques commerciales restrictives n'a pas obligé les tribunaux à résoudre des questions plus impondérables que celles auxquelles ont été confrontés les tribunaux américains chargés d'appliquer la *Sherman Act*. D'ailleurs le contenu de «politique générale» des décisions judiciaires dans ces affaires est visiblement moindre que celui des décisions de tribunaux administratifs tels la Commission canadienne des transports ou le CRTC. Ce qui était vraiment en cause dans ces affaires, et c'est peut-être aussi le cas en l'espèce, ce n'est pas la capacité des tribunaux judiciaires de rendre une décision sur les

priateness of the use of judicial techniques for such purposes.

I cannot accept the proposition that difficulties of evidence or proof absolve the Court from making a certain kind of decision if it can be established on other grounds that it has a duty to do so. I think we should focus our attention on whether the courts should or must rather than on whether they can deal with such matters. We should put difficulties of evidence and proof aside and consider whether as a constitutional matter it is appropriate or obligatory for the courts to decide the issue before us. I will return to this question later.

(c) The Political Questions Doctrine

It is a well established principle of American constitutional law that there are certain kinds of "political questions" that a court ought to refuse to decide. In *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), at pp. 210-11, Brennan J. discussed the nature of the doctrine in the following terms:

We have said that "In determining whether a question falls within (the political question) category, the appropriateness under our system of government of attributing finality to the action of the political departments and also the lack of satisfactory criteria for a judicial determination are dominant considerations." *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433, 454-455. The nonjusticiability of a political question is primarily a function of the separation of powers. Much confusion results from the capacity of the "political question" label to obscure the need for case-by-case inquiry. Deciding whether a matter has in any measure been committed by the Constitution to another branch of government, or whether the action of that branch exceeds whatever authority has been committed, is itself a delicate exercise in constitutional interpretation, and is a responsibility of this Court as ultimate interpreter of the Constitution.

At page 217 he said:

It is apparent that several formulations which vary slightly according to the settings in which the questions arise may describe a political question, although each has one or more elements which identify it as essentially a function of the separation of powers. Prominent on the surface of any case held to involve a political question is

questions dont ils sont saisis; c'est plutôt l'à-propos du recours à des techniques judiciaires à ces fins.

Je ne saurais accepter la proposition voulant que des difficultés de preuve justifient la Cour de ne pas rendre un certain genre de décisions s'il peut être démontré que, pour d'autres raisons, c'est son devoir de les rendre. Je crois que nous devrions nous demander si les tribunaux devraient ou doivent, et non pas s'ils peuvent, connaître de ces questions. Nous devrions mettre de côté les difficultés de preuve et nous demander si, d'un point de vue constitutionnel, il est approprié ou nécessaire que les tribunaux tranchent la question dont nous sommes saisis. Je reviendrai là-dessus plus loin.

c) La doctrine des questions politiques

C'est un principe de droit constitutionnel américain bien établi qu'il existe certaines «questions politiques» qu'une cour de justice devrait refuser de trancher. Dans l'arrêt *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), aux pp. 210 et 211, le juge Brennan expose la nature de la doctrine dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Nous avons dit que «Lorsqu'on détermine qu'une question relève de la catégorie (des questions politiques), l'à-propos, dans notre régime de gouvernement, de conférer un caractère définitif à l'action des organes politiques et aussi l'absence de critères satisfaisants susceptibles de fonder une décision judiciaire sont des facteurs dominants.» *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433, 454 et 455. La non-justiciabilité d'une question politique est fonction avant tout de la séparation des pouvoirs. Une grande confusion résulte de la capacité d'obscurcir par l'épithète «question politique» la nécessité de procéder à une investigation cas par cas. Décider si un domaine a, dans une certaine mesure, été attribué par la Constitution à une autre branche du gouvernement, ou si l'acte de cette branche excède les pouvoirs conférés quels qu'ils soient, est en soi un exercice délicat d'interprétation constitutionnelle, mais c'est pourtant là une responsabilité de cette cour en tant qu'interprète ultime de la Constitution.

Et, à la page 217, il dit:

[TRADUCTION] Il est clair que diverses formulations, avec de légères variantes en fonction du contexte dans lequel les questions se posent, peuvent décrire une question politique, mais chacune possède un ou plusieurs éléments qui la ramènent essentiellement à une fonction de la séparation des pouvoirs. Visible à la surface de

found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.

While one or two of the categories of political question referred to by Brennan J. raise the issue of judicial or institutional competence already referred to, the underlying theme is the separation of powers in the sense of the proper role of the courts *vis-à-vis* the other branches of government. In this regard it is perhaps noteworthy that a distinction is drawn in the American case law between matters internal to the United States on the one hand and foreign affairs on the other. In the area of foreign affairs the courts are especially deferential to the executive branch of government: see *e.g. Atlee v. Laird*, 347 F.Supp. 689 (1972) (U.S. Dist. Ct.), at pp. 701 *ff.*

While Brennan J.'s statement, in my view, accurately sums up the reasoning American courts have used in deciding that specific cases did not present questions which were judicially cognizable, I do not think it is particularly helpful in determining when American courts will find that those factors come into play. In cases from *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), to *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), the Court has not allowed the "respect due coordinate branches of government" to prevent it from rendering decisions highly embarrassing to those holding executive or legislative office. In *Baker v. Carr* itself, *supra*, Frankfurter J., in dissent, expressed concern that the judiciary could not find manageable standards for the problems presented by the reapportionment of political districts. Indeed, some would say that the enforcement of the desegregation decision in *Brown v. Board of Education of*

toute affaire considérée comme faisant intervenir une question politique, on trouve une attribution constitutionnelle, démontrable par un texte, de la question à un organe politique correspondant, ou l'absence de norme pouvant être dégagée et utilisée judiciairement pour la résoudre, ou l'impossibilité de décider sans une décision de politique initiale relevant clairement d'un pouvoir discrétionnaire non judiciaire, ou l'impossibilité pour le tribunal d'entreprendre indépendamment d'apporter une solution sans manquer au respect dû aux organes du gouvernement correspondants, ou la nécessité inhabituelle d'accepter aveuglément une décision politique déjà prise, ou enfin l'embarras que pourraient éventuellement causer des décisions divergentes de différents organes sur une même question.

Si certaines des catégories de questions politiques mentionnées par le juge Brennan soulèvent la question de la compétence judiciaire ou institutionnelle dont on vient de parler, son thème sous-jacent est la séparation des pouvoirs, le rôle dans lequel doivent se cantonner les tribunaux par rapport aux autres organes du gouvernement. À cet égard, il vaut peut-être la peine de signaler la distinction faite par la jurisprudence américaine entre les questions d'ordre interne d'une part et les affaires étrangères d'autre part. Dans le domaine des affaires étrangères, les tribunaux se montrent particulièrement déferents envers l'exécutif: voir par ex. *Atlee v. Laird*, 347 F.Supp. 689 (1972) (U.S. Dist. Ct.), aux pp. 701 et suiv.

Bien qu'à mon avis, l'énoncé du juge Brennan résume adéquatement le raisonnement suivi par les tribunaux américains pour décider que certains cas n'étaient pas de ceux dont ils pouvaient connaître, je ne pense pas qu'il soit particulièrement utile pour déterminer dans quels cas les tribunaux américains jugeront que ces facteurs entrent en jeu. De l'arrêt *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), jusqu'à l'arrêt *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), la Cour n'a pas laissé [TRANSDUCTION] «le respect dû aux organes du gouvernement correspondants» lui interdire de prononcer des décisions fort embarrassantes pour ceux qui détiennent un mandat exécutif ou législatif. Dans l'arrêt *Baker v. Carr* lui-même, précité, le juge Frankfurter, dissident, a dit craindre que le pouvoir judiciaire ne puisse trouver de normes utilisables pour résoudre les problèmes que représentait la redistribution des circonscriptions politiques. En

Topeka, 347 U.S. 483 (1954), gave rise to similar problems of judicial unmanageability. Yet American courts have ventured into these areas undeterred.

Academic commentators have expended considerable effort trying to identify when the political questions doctrine should apply. Although there are many theories (perhaps best summarized by Professor Scharpf in his article "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis," 75 *Yale L.J.* 517 (1966)), I think it is fair to say that they break down along two broad lines. The first, championed by scholars such as Weston, "Political Questions," *supra*, and Wechsler, *Principles, Politics, and Fundamental Law* (1961); Wechsler, Book Review, 75 *Yale L.J.* 672 (1966), define political questions principally in terms of the separation of powers as set out in the Constitution and turn to the Constitution itself for the answer to the question when the Courts should stay their hand. The second school, represented by Finkelstein, "Judicial Self-Limitation," 37 *Harv. L.Rev.* 338 (1924), and Bickel *The Least Dangerous Branch* (1962), especially chapter 4, "The Passive Virtues," roots the political questions doctrine in what seems to me to be a rather vague concept of judicial "prudence" whereby the courts enter into a calculation concerning the political wisdom of intervention in sensitive areas. More recently, commentators such as Tigar, "Judicial Power, the 'Political Question Doctrine,' and Foreign Relations," 17 *U.C.L.A. L.R.* 1135 (1970), and Henkin, "Is There a 'Political Question' Doctrine?" 85 *Yale L.J.* 597 (1976), have doubted the need for a political questions doctrine at all, arguing that all the cases which were correctly decided can be accounted for in terms of orthodox separation of powers doctrine.

Professor Tigar in his article suggests that the political questions doctrine is not really a doctrine at all but simply "a group of quite different legal rules and principles, each resting in part upon deference to the political branches of government" (p. 1163). He sees Justice Brennan's formulation

vérité certains diraient que l'application de l'arrêt *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), sur la déségrégation raciale a donné lieu à des problèmes semblables de difficultés judiciaires. Et pourtant les tribunaux américains n'ont pas hésité à s'aventurer dans ces domaines.

Les auteurs ont consacré beaucoup d'énergie pour tenter de découvrir quand la doctrine des questions politiques devrait s'appliquer. Bien qu'il existe de nombreuses théories (dont le professeur Scharpf donne peut-être le meilleur résumé dans son article «Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis», 75 *Yale L.J.* 517 (1966)), je pense qu'il est juste de dire qu'ils peuvent être partagés en deux grandes écoles. La première, défendue par des auteurs comme Weston, «Political Questions», précité, et Wechsler, *Principles, Politics, and Fundamental Law* (1961); Wechsler, Book Review, 75 *Yale L.J.* 672 (1966), définit les questions politiques surtout en fonction de la séparation des pouvoirs fixés par la Constitution et se tourne vers la Constitution elle-même pour déterminer où doivent s'arrêter les tribunaux. La seconde école, représentée par Finkelstein, «Judicial Self-Limitation», 37 *Harv. L. Rev.* 338 (1924) et Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962), surtout au chapitre 4, «The Passive Virtues», fonde la doctrine des questions politiques sur ce qu'il me semble être une notion plutôt vague de «prudence» judiciaire selon laquelle les tribunaux supputent la sagesse politique d'interventions dans des domaines délicats. Plus récemment, des commentateurs tels Tigar, «Judicial Power, the 'Political Question Doctrine', and Foreign Relations», 17 *U.C.L.A. L.R.* 1135 (1970) et Henkin, «Is There a 'Political Question' Doctrine?» 85 *Yale L.J.* 597 (1976), remettent en cause la nécessité même de la doctrine des questions politiques, soutenant que tous les précédents bien fondés peuvent être expliqués en fonction de la doctrine orthodoxe de la séparation des pouvoirs.

Le professeur Tigar dans son article laisse entendre que la doctrine des questions politiques n'est pas vraiment une doctrine, mais simplement [TRADUCTION] «un agrégat de règles et de principes de droit fort peu homogènes, tous partiellement fondés sur le respect des organes politiques

of the doctrine in *Baker v. Carr, supra*, as an “unsatisfactory effort to rationalize a collection of disparate precedent” (p. 1163).

In the House of Lords in *Chandler, supra*, Lord Devlin expressed a similar reluctance to retreat from traditional techniques in the interpretation of the phrase “purpose prejudicial to the safety or interests of the state . . .” in the *Official Secrets Act, 1911*. His colleagues, in particular Lord Radcliffe and Lord Reid, seem to have been of the view that in matters of defence the Crown’s opinion as to what was prejudicial to the safety or interests of the State was conclusive upon the courts. Lord Devlin agreed with the result reached by his colleagues on the facts before him, and with the observation of Lord Parker on the Court of Criminal Appeal ([1962] 2 All E.R. 314, at pp. 319-20) that “the manner of the exercise of . . . [the Crown’s] prerogative powers [over the disposition and armament of the military] cannot be inquired into by the courts, whether in a civil or a criminal case . . .” ([1962] 3 All E.R. 142, at p. 157) but went on to make three observations in clarification of his position.

Lord Devlin’s first observation was that the principle that the substance of discretionary decisions is not reviewable in the courts is one basic to administrative law and is not confined to matters of defence or the exercise of the prerogative. The second point was that even though review on the merits of a discretionary decision was excluded, that did not mean that judicial review was excluded entirely. The third comment was that the nature and effect of the principle of judicial review is “[to limit] the issue which the court has to determine . . .” ([1962] 3 All E.R. 142, at p. 158).

Lord Devlin then proceeded to apply these propositions to the case before him and asked what it was that the jury was required to determine. In his view “the fact to be proved is the existence of a purpose prejudicial to the state—not a purpose which ‘appears to the Crown’ to be prejudicial to

du gouvernement» (p. 1163). Il voit dans la formulation de la doctrine par le juge Brennan dans l’arrêt *Baker v. Carr*, précité, un [TRADUCTION] «effort insatisfaisant pour rationaliser une série de précédents disparates» (p. 1163).

Dans l’arrêt *Chandler*, précité, de la Chambre des lords, lord Devlin a éprouvé une répugnance semblable à s’écarter des techniques traditionnelles dans l’interprétation de l’expression [TRADUCTION] «à des fins préjudiciables à la sûreté ou à l’intérêt de l’État . . .» de l’*Official Secrets Act, 1911*. Ses collègues, en particulier lord Radcliffe et lord Reid, semblent avoir été d’avis qu’en matière de défense, l’opinion de la Couronne sur ce qui est préjudiciable à la sûreté de l’État ou à ses intérêts est concluante pour les tribunaux. Lord Devlin a souscrit au résultat auquel sont arrivés ses collègues vu les faits dont il était saisi, ainsi qu’à l’observation suivante de lord Parker de la Cour d’appel criminelle ([1962] 2 All E.R. 314, aux pp. 319 et 320): [TRADUCTION] «le mode d’exercice des . . . pouvoirs de prérogative [de la Couronne sur le stationnement et l’armement des militaires] ne saurait faire l’objet d’une investigation de la part des tribunaux, qu’il s’agisse d’une affaire civile ou criminelle . . .» ([1962] 3 All E.R. 142, à la p. 157); mais il a ajouté trois observations afin de clarifier sa position.

Sa première observation est que le principe selon lequel les tribunaux ne sauraient contrôler le fond des décisions discrétionnaires est fondamental en droit administratif et n’est nullement confiné aux questions de défense ou d’exercice de la prérogative. Son second point est que même si le contrôle d’une décision discrétionnaire sur le fond est exclu, cela ne veut pas dire qu’il y a exclusion totale du contrôle judiciaire. Son troisième commentaire est que la nature et l’effet du principe du contrôle judiciaire sont [TRADUCTION] «[de limiter] le point litigieux sur lequel la cour doit statuer . . .» ([1962] 3 All E.R. 142, à la p. 158).

Lord Devlin a alors appliqué ces principes à l’espèce dont il était saisi et s’est demandé ce que le jury était requis de décider. À son avis, [TRADUCTION] «ce qu’il faut démontrer, c’est l’existence d’un dessein préjudiciable à l’État—non un dessein «considéré par la Couronne» comme préju-

the state" ([1962] 3 All E.R. 142, at p. 158). He accordingly went on to conclude at p. 159:

Consequently, the Crown's opinion as to what is or is not prejudicial in this case is just as inadmissible as the appellants'. The Crown's evidence about what its interests are is an entirely different matter. They can be proved by an officer of the Crown wherever it may be necessary to do so. In a case like the present, it may be presumed that it is contrary to the interests of the Crown to have one of its airfields immobilised just as it may be presumed that it is contrary to the interests of an industrialist to have his factory immobilised. The thing speaks for itself, as the Attorney-General submitted. But the presumption is not irrebuttable. Men can exaggerate the extent of their interests and so can the Crown. The servants of the Crown, like other men animated by the highest motives, are capable of formulating a policy ad hoc so as to prevent the citizen from doing something that the Crown does not want him to do. It is the duty of the courts to be as alert now as they have always been to prevent abuse of the prerogative. But in the present case there is nothing at all to suggest that the Crown's interest in the proper operation of its airfields is not what it may naturally be presumed to be or that it was exaggerating the perils of interference with their effectiveness.

(Emphasis added.)

It seems to me that the point being made by Lord Devlin, as well as by Tigar and Henkin in their writings, is that the courts should not be too eager to relinquish their judicial review function simply because they are called upon to exercise it in relation to weighty matters of state. Equally, however, it is important to realize that judicial review is not the same thing as substitution of the court's opinion on the merits for the opinion of the person or body to whom a discretionary decision-making power has been committed. The first step is to determine who as a constitutional matter has the decision-making power; the second is to determine the scope (if any) of judicial review of the exercise of that power.

It might be timely at this point to remind ourselves of the question the Court is being asked to decide. It is, of course, true that the federal legislature has exclusive legislative jurisdiction in relation to defence under s. 91(7) of the *Constitution*

diciable à l'État» ([1962] 3 All E.R. 142, à la p. 158). Il conclut donc à la p. 159:

[TRADUCTION] En conséquence, l'opinion de la Couronne sur ce qui est ou n'est pas préjudiciable en l'espèce est tout aussi inadmissible que celle des appelants. Les preuves de la Couronne concernant ses intérêts sont une tout autre chose. Ceux-ci peuvent être établis par un officier de la Couronne quand cela s'avère nécessaire. Dans un cas comme la présente espèce, on peut présumer qu'est contraire aux intérêts de la Couronne l'immobilisation de l'un de ses terrains d'aviation, tout comme on peut présumer qu'il est contraire aux intérêts d'un industriel que son usine soit immobilisée. Cela va sans dire, comme l'a soutenu le procureur général. Mais la présomption n'est pas irréfragable. Les hommes peuvent exagérer l'importance de leurs intérêts; il en est de même pour la Couronne. Les préposés de la Couronne, tout comme le reste des hommes, même animés des motifs les plus élevés, sont capables de formuler une politique *ad hoc*, conçue pour interdire au citoyen de faire ce que la Couronne ne veut pas qu'il fasse. Les tribunaux ont le devoir d'exercer aujourd'hui la même vigilance qu'ils ont toujours exercée afin de prévenir tout abus de prérogative. Mais dans la présente espèce rien n'autorise à croire que l'intérêt de la Couronne dans le fonctionnement normal de ses terrains d'aviation diffère de ce qu'on peut naturellement présumer, ou qu'elle exagère les dangers d'interférences avec leur efficacité.

(C'est moi qui souligne.)

Il me semble que ce que veut dire lord Devlin, de même que Tigar et Henkin dans leurs commentaires, c'est que les tribunaux ne devraient pas se montrer trop facilement prêts à abandonner l'exercice de leur fonction de contrôle judiciaire simplement parce qu'il s'agit d'importantes affaires d'État. De même, cependant, il faut se rendre compte que le contrôle judiciaire n'est pas la substitution de l'opinion du tribunal, quant au fond, à celle de la personne ou de l'organisme titulaire d'un pouvoir décisionnel discrétionnaire. Dans un premier temps, il faut établir qui, constitutionnellement, détient le pouvoir décisionnel; dans un second, il faut établir l'étendue (s'il y a lieu) du contrôle judiciaire de l'exercice de ce pouvoir.

Il est opportun à ce stade de nous rappeler la question que doit trancher la Cour. Il est vrai, bien entendu, que le Parlement fédéral détient une compétence législative exclusive en matière de défense en vertu du par. 91(7) de la *Loi constitu-*

1985 CanLII 74 (CSC)

Act, 1867 and that the federal executive has the powers conferred upon it in ss. 9-15 of that Act. Accordingly, if the Court were simply being asked to express its opinion on the wisdom of the executive's exercise of its defence powers in this case, the Court would have to decline. It cannot substitute its opinion for that of the executive to whom the decision-making power is given by the Constitution. Because the effect of the appellants' action is to challenge the wisdom of the government's defence policy, it is tempting to say that the Court should in the same way refuse to involve itself. However, I think this would be to miss the point, to fail to focus on the question which is before us. The question before us is not whether the government's defence policy is sound but whether or not it violates the appellants' rights under s. 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*. This is a totally different question. I do not think there can be any doubt that this is a question for the courts. Indeed, s. 24(1) of the *Charter*, also part of the Constitution, makes it clear that the adjudication of that question is the responsibility of "a court of competent jurisdiction". While the court is entitled to grant such remedy as it "considers appropriate and just in the circumstances", I do not think it is open to it to relinquish its jurisdiction either on the basis that the issue is inherently non-justiciable or that it raises a so-called "political question": see Martin H. Redish, "Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function," 94 *Yale L.J.* 71 (1984).

I would conclude, therefore, that if we are to look at the Constitution for the answer to the question whether it is appropriate for the courts to "second guess" the executive on matters of defence, we would conclude that it is not appropriate. However, if what we are being asked to do is to decide whether any particular act of the executive violates the rights of the citizens, then it is not only appropriate that we answer the question; it is our obligation under the *Charter* to do so.

One or two hypothetical situations will, I believe, illustrate the point. Let us take the case of

tionnelle de 1867 et aussi que l'Exécutif fédéral possède les pouvoirs que lui confèrent les art. 9 à 15 de cette loi. En conséquence, s'il était simplement demandé à la Cour d'exprimer une opinion sur la sagesse de l'exercice des pouvoirs de l'Exécutif en matière de défense en l'espèce, la Cour devrait refuser d'y répondre. Elle ne peut substituer son opinion à celle de l'Exécutif à qui la Constitution attribue le pouvoir décisionnel. Comme l'effet de l'action des appelants est d'attaquer la sagesse de la politique du gouvernement en matière de défense, il est tentant de dire que la Cour devrait de la même façon refuser de s'en mêler. Toutefois, je pense que ce serait là une erreur, ce serait contourner la question dont nous sommes saisis. La question dont nous sommes saisis n'est pas de savoir si la politique du gouvernement en matière de défense est saine, mais plutôt de savoir si elle viole les droits des appelants que garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'est là une question totalement différente. Je pense qu'il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'une question relevant des tribunaux. D'ailleurs, le par. 24(1) de la *Charte*, qui fait aussi partie de la Constitution, dit clairement qu'un tribunal compétent a la responsabilité de statuer sur cette question. Si le tribunal a le droit d'imposer la réparation qu'il «estime convenable et juste eu égard aux circonstances», je ne pense pas qu'il puisse décliner sa compétence parce que le litige serait en soi non justiciable des tribunaux ou parce qu'il met en cause une prétendue «question politique»: voir Martin H. Redish, «Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function», 94 *Yale L.J.* 71 (1984).

Donc je conclus que si nous devons rechercher dans la Constitution la réponse à la question de savoir s'il est approprié que les tribunaux «prêtent des intentions» à l'Exécutif en matière de défense, nous concluons que non. Mais si on nous demande de décider si un acte spécifique de l'Exécutif porte atteinte aux droits des citoyens, non seulement est-il approprié que nous répondions à la question, mais c'est notre devoir en vertu de la *Charte* d'y répondre.

Quelques cas hypothétiques illustreront mon propos. Prenons le cas d'une personne, mobilisée

a person who is being conscripted for service during wartime and has been ordered into battle overseas, all of this pursuant to appropriate legislative and executive authorization. He wishes to challenge his being conscripted and sent overseas as an infringement of his rights under s. 7. It is apparent that his liberty has been constrained and, if he is sent into battle, his security of the person and, indeed, his life are put in jeopardy. It seems to me that it would afford the conscriptee a somewhat illusory protection if the validity of his challenge is to be determined by the executive. On the other hand, it does not follow from these facts that the individual's rights under the *Charter* have been violated. Even if an individual's rights to life and liberty under s. 7 are interpreted at their broadest, it is clear from s. 1 that they are subject to "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". If the Court were of the opinion that conscription during wartime was a "reasonable limit" within the meaning of s. 1, a conscriptee's challenge on the facts as presented would necessarily fail.

By way of contrast, one can envisage a situation in which the government decided to force a particular group to participate in experimental testing of a deadly nerve gas. Although the government might argue that such experiments were an important part of our defence effort, I find it hard to believe that they would survive judicial review under the *Charter*. Equally we could imagine a situation during wartime in which the army began to seize people for military service without appropriate enabling legislation having been passed by Parliament. Such "press gang" tactics would, one might expect, be subject to judicial review even if the executive thought they were justified for the prosecution of the war.

Returning then to the present case, it seems to me that the legislature has assigned to the courts as a constitutional responsibility the task of determining whether or not a decision to permit the testing of cruise missiles violates the appellants' rights under the *Charter*. The preceding illustrations indicate why the legislature has done so. It is

en temps de guerre, qu'on envoie au front outre-mer, et ce conformément aux autorisations législatives et exécutives appropriées. Elle veut contester sa conscription et son envoi outre-mer parce que cela constituerait une atteinte à ses droits en vertu de l'art. 7. Il est clair que sa liberté a été restreinte et, si elle est envoyée au front, la sécurité de sa personne et même sa vie seront en danger. Il me semble que ce serait offrir à ce conscrit une protection somme toute illusoire si la validité de sa contestation devait dépendre de l'Exécutif. Mais d'autre part, il ne s'ensuit pas que les droits de cette personne aux termes de la *Charte* ont été violés. Même si les droits d'une personne à la vie et à la liberté en vertu de l'art. 7 sont interprétés dans leur sens le plus large, il est clair qu'en vertu de l'article premier ils font l'objet de «limites... raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Si la Cour devait être d'avis que la conscription en temps de guerre est une «limite raisonnable» au sens de l'article premier, le conscrit, selon les faits présentés, serait nécessairement débouté.

À l'opposé, on peut concevoir une situation dans laquelle le gouvernement décide de forcer un certain groupe à participer à l'essai expérimental d'un gaz neurotoxique mortel. Même si le gouvernement pouvait soutenir que ces expériences constituent une part importante de l'effort de défense, j'estimerai difficile de croire qu'elles survivraient à un examen judiciaire en vertu de la *Charte*. De même, nous pouvons imaginer une situation de temps de guerre où l'armée prendrait des gens pour les envoyer au service militaire sans législation habilitante appropriée adoptée par le Parlement. Cette tactique de «presse» ferait, comme on peut l'imaginer, l'objet d'un examen judiciaire, même si l'Exécutif estimait cette tactique justifiée pour la poursuite de la guerre.

Pour en revenir à l'espèce, il me semble que le législateur a assigné aux tribunaux à titre de responsabilité constitutionnelle la tâche de décider si la décision d'autoriser les essais de missiles de croisière violent les droits des appelants garantis par la *Charte*. Les exemples précédents montrent pourquoi le législateur a agi ainsi. Il est donc à

therefore, in my view, not only appropriate that we decide the matter; it is our constitutional obligation to do so.

(2) In What Circumstances May a Statement of Claim Seeking Declaratory Relief Be Struck Out?

In order to put this issue in context it is necessary to review the procedural history of the case.

On July 20, 1983 the appellants filed a statement of claim seeking a declaration that their constitutional rights had been violated and consequential relief in the form of an injunction, damages and costs. The respondents moved on August 11, 1983 under Rule 419(1) of the *Federal Court Rules* to strike out the statement of claim primarily on the ground that it disclosed no reasonable cause of action. The statement was also alleged to be frivolous and vexatious and an abuse of the process of the Court. Cattanach J. denied the motion on September 15, 1983. He noted the requirement under Rule 408 that a statement of claim contain a precise statement of the material facts upon which the plaintiff relies and must stand or fall on the allegations of fact. He said that a statement of claim would not be struck out if the facts alleged were capable of constituting "the scintilla of a cause of action". He noted that by virtue of s. 32(1)(a) the *Charter* applies to the Parliament and government of Canada and by virtue of s. 24(1) the Court has jurisdiction to administer and provide appropriate remedies. He concluded that the statement of claim contained sufficient allegations to raise a justiciable issue and analogized the alleged liability of the respondents to liability for extra-hazardous activities contemplated by the rule in *Rylands v. Fletcher*, [1861-73] All E.R. 1 (H.L.) He concluded that there was a "germ of a cause of action" disclosed in the statement of claim.

On September 19, 1983 the respondents appealed to the Federal Court of Appeal. On October 7, 1983 the appellants sought leave from the Court of Appeal to amend their statement of

mon avis non seulement approprié que nous statuons sur la question; nous avons l'obligation constitutionnelle de le faire.

2) Quand une déclaration concluant à un jugement déclaratoire peut-elle être radiée?

Pour situer cet aspect du litige dans son contexte, il est nécessaire d'examiner le déroulement de la procédure en l'espèce.

Le 20 juillet 1983, les appelants produisaient une déclaration concluant à un jugement qui déclarerait que leurs droits constitutionnels ont été violés et demandant en conséquence une injonction, des dommages-intérêts et les dépens. Les intimés ont requis, le 11 août 1983, sur le fondement de la règle 419(1) des *Règles de la Cour fédérale*, la radiation de la déclaration, pour le motif principal qu'elle ne révélait aucune cause raisonnable d'action. Il a aussi été allégué que la déclaration était futile et vexatoire et constituait un emploi abusif des procédures de la Cour. Le juge Cattanach a rejeté la requête le 15 septembre 1983. Il a noté l'obligation imposée par la règle 408 d'une articulation précise dans la déclaration des faits essentiels qu'invoque le demandeur et qui est déterminante pour la validité de la déclaration. Il a dit qu'une déclaration ne peut être radiée si les faits articulés sont «le moins susceptible de constituer un fondement de cause d'action». En vertu de son al. 32(1)a), la *Charte* s'applique au Parlement et au gouvernement du Canada et, en vertu du par. 24(1), la Cour a compétence pour ordonner les réparations convenables. La déclaration, a-t-il conclu, contenait suffisamment d'allégations pour soulever un point dont peuvent connaître les tribunaux et il a comparé la responsabilité imputée aux intimés à la responsabilité pour activités très dangereuses selon la conception de la règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher*, [1861-73] All E.R. 1 (H.L.) Il y avait, a-t-il conclu, «au moins le germe d'une cause d'action» dans la déclaration.

Le 19 septembre 1983, les intimés en appelaient à la Cour d'appel fédérale. Le 7 octobre 1983, les appelants demandaient à la Cour d'appel l'autorisation de modifier leur déclaration en vertu de la

claim under Rule 1104 to include an allegation that the testing of the cruise missile in Canada *per se* violated the appellants' rights under s. 7 of the *Charter*. Pratte J. dismissed the application without reasons on October 11, 1983. The Federal Court of Appeal heard the case on November 28, 1983 and allowed the respondents' appeal for the reasons outlined earlier.

The appeal to this Court was heard on February 14 and 15, 1984. On March 6, 1984 the appellants applied to Muldoon J. for an injunction under Rule 469 of the *Federal Court Rules* to prevent testing until the case was decided. Muldoon J. concluded that until this Court decreed differently the law applicable to the matter was that the appellants' claim was non-justiciable. He held that in order to get an interlocutory injunction "co-gent" evidence of a violation of a right had to be presented. The evidence presented was speculative only and could not establish a "real and proximate jeopardy" to the appellants' rights. There was nothing therefore to support the issue of an injunction.

The procedural issue before the Court then is: did the appellants' statement of claim disclose a reasonable cause of action within the meaning of Rule 419 of the *Federal Court Rules*?

(a) The Applicable Principle

Estey J. stated the applicable principle in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 740:

As I have said, all the facts pleaded in the statement of claim must be deemed to have been proven. On a motion such as this a court should, of course, dismiss the action or strike out any claim made by the plaintiff only in plain and obvious cases and where the court is satisfied that "the case is beyond doubt": *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308 (App. Div.)

In *Shawn v. Robertson* (1964), 46 D.L.R. (2d) 363, a declaration was sought against a ministerial exercise of discretion. An application for striking out on the basis of no reasonable cause of action

règle 1104, pour y alléguer que l'essai du missile de croisière au Canada, en soi, violait les droits des appelants aux termes de l'art. 7 de la *Charte*. Le juge Pratte a rejeté la requête sans motifs le 11 octobre 1983. La Cour d'appel fédérale a entendu l'affaire le 28 novembre 1983 et a fait droit à l'appel des intimés pour les raisons exposées précédemment.

Le pourvoi devant cette Cour a été entendu les 14 et 15 février 1984. Le 6 mars 1984, les appelants présentaient devant le juge Muldoon une requête en injonction, conformément à la règle 469 des *Règles de la Cour fédérale*, qui interdirait les essais tant que l'affaire n'aurait pas été jugée. Le juge Muldoon a conclu que tant que cette Cour n'en aurait pas décidé autrement, la demande des appelants, suivant le droit applicable, n'était pas justiciable des tribunaux. Il a conclu que pour obtenir une injonction interlocutoire, il fallait des preuves «convaincantes» de la violation d'un droit. Les preuves présentées n'étaient qu'hypothétiques et ne pouvaient démontrer l'existence d'un «*prél* réel et imminent» pour les droits des appelants. Il n'y avait rien donc qui justifiait de délivrer une injonction.

Voici donc la question de procédure dont est saisie la Cour: la déclaration des appelants comporte-t-elle une cause raisonnable d'action au sens de la règle 419 des *Règles de la Cour fédérale*?

a) Le principe applicable

Le juge Estey a énoncé le principe applicable dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 740:

Comme je l'ai dit, il faut tenir tous les faits allégués dans la déclaration pour avérés. Sur une requête comme celle-ci, un tribunal doit rejeter l'action ou radier une déclaration du demandeur seulement dans les cas évidents et lorsqu'il est convaincu qu'il s'agit d'un cas «au-delà de tout doute»: *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308 (Div. App.)

Dans l'affaire *Shawn v. Robertson* (1964), 46 D.L.R. (2d) 363, on concluait à un jugement déclaratoire à l'encontre de l'exercice ministériel d'un pouvoir discrétionnaire. Une demande de

was made under the Ontario Rules. Grant J. stated, at p. 365:

The principles to be applied by the Court in determining whether to exercise jurisdiction conferred by Rule 126 or not are set out in the following cases; in *Ross v. Scottish Union & National Insurance Co.* (1920), 53 D.L.R. 415 at pp. 421-2, 47 O.L.R. 308 at p. 316, Magee, J.A., states:

That inherent jurisdiction is partly embodied in our Rule 124 (now R. 126) . . . The Rule has only been acted upon in plain and obvious cases, and it should only be so when the Court is satisfied that the case is one beyond doubt, and that there is no reasonable cause of action or defence.

And at p. 423 D.L.R., p. 317 O.L.R.: "To justify the use of Rule 124 . . . it is not sufficient that the plaintiff is not likely to succeed at the trial."

In *Gilbert Surgical Supply Co. and Gilbert v. Frank W. Horner Ltd.*, 34 C.P.R. 17, [1960] O.W.N. 289, 19 Fox Pat. C. 209, Aylesworth, J.A., speaking for himself, Porter C.J.O., and LeBel, J.A., states as follows at p. 289 O.W.N.:

He said that the action was novel and he could not agree that the defendant had shown the case to be one within the Rule. At this stage of litigation the Court could not conclude that the plaintiff's action could not possibly succeed or that clearly and beyond all doubt, no reasonable cause of action had been shown.

A case analogous to the present case, not in the nature of the issues involved but in the novelty of the alleged cause of action and the absence of precedent, is *McKay v. Essex Area Health Authority*, [1982] 2 All E.R. 771. In that case a pregnant mother contracted German measles in the early months of her pregnancy. Her doctor took blood samples from her which were tested by the defendant Health Authority but the infection was not diagnosed and the child was born severely disabled. The mother and child sued the doctor and the Health Authority for negligence, the child claiming damages for her "entry into a life in which her injuries are highly debilitating". The Master struck out the child's claim on the basis it disclosed no reasonable cause of action. His order

radiation fondée sur une absence de cause raisonnable d'action a été déposée en vertu des règles de l'Ontario. Le juge Grant a dit, à la p. 365:

[TRADUCTION] Les principes que doit appliquer la Cour pour décider d'exercer ou non la compétence que lui attribue la règle 126 sont énoncés dans l'arrêt *Ross v. Scottish Union & National Insurance Co.* (1920), 53 D.L.R. 415, aux pp. 421 et 422, 47 O.L.R. 308, à la p. 316, par le juge Magee de la Cour d'appel:

Cette compétence inhérente est partiellement incorporée dans notre règle 124 (règle 126 aujourd'hui) . . . On n'a agi sur le fondement de la règle que dans les affaires claires et évidentes, et il ne devrait en être ainsi que si la Cour est convaincue qu'il n'y a aucun doute, et qu'il n'existe aucune cause raisonnable de demande ou de défense.

Et, à la p. 423 des D.L.R., à la p. 317 des O.L.R.: «Pour justifier le recours à la règle 124 . . . il ne suffit pas qu'il soit peu vraisemblable que le demandeur ait gain de cause.»

Dans l'arrêt *Gilbert Surgical Supply Co. and Gilbert v. Frank W. Horner Ltd.*, 34 C.P.R. 17, [1960] O.W.N. 289, 19 Fox Pat. C. 209, le juge Aylesworth de la Cour d'appel, s'exprimant en son nom et en celui du juge en chef de l'Ontario Porter et du juge LeBel, dit à la p. 289 des O.W.N.:

Il a dit qu'il s'agissait d'une action nouvelle et qu'il ne pouvait dire que le défendeur avait démontré que l'affaire relevait de la règle. À ce stade de la procédure, la Cour ne pouvait conclure que l'action de la demanderesse n'avait aucune chance d'être accueillie ni qu'il était manifeste et hors de tout doute qu'aucune cause raisonnable d'action n'avait été établie.

L'affaire *McKay v. Essex Area Health Authority*, [1982] 2 All E.R. 771, est analogue à l'es-pèce, non par la nature du litige, mais par la nouveauté de la cause d'action alléguée et par l'absence de précédent. Dans cette affaire, une femme enceinte avait contracté la rubéole dans les premiers mois de sa grossesse. Son médecin lui avait fait des prises de sang et le bureau de la santé publique défendeur avait fait les tests, mais l'infection ne fut pas diagnostiquée et l'enfant naquit gravement handicapée. La mère et l'enfant ont poursuivi le médecin et le bureau de santé publique en responsabilité délictuelle et l'enfant demandait des dommages-intérêts pour son [TRADUCTION] «entrée dans la vie avec des lésions gravement débilitantes». Le protonotaire a radié la

was set aside on appeal, the judge holding that the defendants owed a duty of care to the child and her real claim was not that she had suffered damage by reason of "wrongful entry into life" but by reason of having been born deformed. This gave rise to a reasonable cause of action. An appeal to the Court of Appeal was allowed and the order of the Master striking out the claim restored.

Stephenson L.J. had to struggle with the question whether a child had a right not to be born deformed which in the case of a child deformed or disabled before birth by disease meant a right to be aborted. Counsel for the child submitted that this could not be viewed as a plain and obvious case susceptible of only one result, nor could it be viewed as frivolous or vexatious; although it might be novel, it raised issues of real substance which ought to go to trial. His Lordship disagreed. He said at p. 778:

Here the court is considering not 'ancient law' but a novel cause of action, for or against which there is no authority in any reported case in the courts of the United Kingdom or the Commonwealth. It is tempting to say that the question whether it exists is so difficult and so important that it should be argued out at a trial and on appeal up to the House of Lords. But it may become just as plain and obvious, after argument on the defendants' application to strike it out, that the novel cause of action is unarguable or unsustainable or has no chance of succeeding.

(Emphasis added.)

It would seem then that as a general principle the Courts will be hesitant to strike out a statement of claim as disclosing no reasonable cause of action. The fact that reaching a conclusion on this preliminary issue requires lengthy argument will not be determinative of the matter nor will the novelty of the cause of action militate against the plaintiffs.

demande de l'enfant parce qu'elle ne révélait aucune cause raisonnable d'action. Son ordonnance fut infirmée en appel où le juge a dit que les défendeurs avaient une obligation de diligence envers l'enfant et que sa véritable demande n'était pas fondée sur le préjudice subi en raison de son [TRADUCTION] «entrée malencontreuse dans la vie» mais sur le fait d'être née difforme. Cela constituait une cause raisonnable d'action. Un appel à la Cour d'appel fut accueilli et l'ordonnance du protonotaire radia la demande rétablie.

Le lord juge Stephenson devait décider l'épineuse question de savoir si un enfant a le droit de ne pas naître difforme, ce qui, dans le cas d'un enfant difforme ou rendu infirme par une maladie avant la naissance, signifiait le droit à l'avortement. L'avocat de l'enfant fit valoir qu'on ne pouvait considérer cette demande comme un cas simple et clair, susceptible d'un seul résultat, pas plus qu'on ne pouvait la considérer comme futile ou vexatoire; elle était peut-être nouvelle, mais elle soulevait des questions d'une réelle substance qui devaient être tranchées en justice. Sa Seigneurie ne fut pas de cet avis. Elle dit, à la p. 778:

[TRADUCTION] Ici la Cour ne statue pas selon «l'ancien droit»; elle est saisie d'une cause nouvelle d'action, à l'égard de laquelle il n'existe aucun précédent publié, favorable ou défavorable, des tribunaux du Royaume-Uni ou du Commonwealth. Il est tentant de dire que la question de son existence est si difficile et si importante qu'il devrait en être débattu en première instance, puis en appel et jusque devant la Chambre des lords. Mais il peut s'avérer tout aussi clair et évident, après le débat sur la demande des défendeurs visant sa radiation, que cette nouvelle cause d'action est indéfendable, ne saurait être soutenue ou qu'elle n'a aucune chance d'être accueillie.

(C'est moi qui souligne.)

Il semble donc qu'en règle générale les tribunaux hésitent à radier une déclaration pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action. La nécessité d'un débat pour arriver à une conclusion sur ce point préliminaire n'est pas un élément décisif et la nouveauté de la cause d'action ne joue pas contre les demandeurs.

It has been suggested, however, that the plaintiffs' claim should be struck out because some of the allegations contained in it are not matters of fact but matters of opinion and that matters of opinion, being to some extent speculative, do not fall within the principle that the allegations of fact in the statement of claim must be taken as proved. I cannot accept this proposition since it appears to me to imply that a matter of opinion is not subject to proof. What we are concerned with for purposes of the application of the principle is, it seems to me, "evidentiary" facts. These may be either real or intangible. Real facts are susceptible of proof by direct evidence. Intangible facts, on the other hand, may be proved by inference from real facts or through the testimony of experts. Intangible facts are frequently the subject of opinion. The question of the probable cause of a certain result is a good illustration and germane to the issues at hand. An allegation that the lack of shower facilities at a defendant's brickworks probably resulted in a plaintiff employee's skin disease may in lay language appear to be merely an expression of medical opinion, but it is also in law a determination which the courts can properly infer from the surrounding facts and expert opinion evidence: see *McGhee v. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.) Indeed, even a finding that an event "would cause" a certain result in the future is a finding of intangible fact. For example, in *Fleming v. Hislop* (1886), 11 A.C. 686, it was necessary to determine whether or not the finding "that the ignition of any other heap or bing of blaes on said farm or in the vicinity of the pursuers' land would cause material discomfort and annoyance to the pursuers," was a finding of fact or a finding of law. It was argued that it could not be a finding of fact because it related to something that was "prospective, future, not actually in existence". The Earl of Selborne agreed that, since the thing had not actually happened, a finding of fact as a thing past was impossible. But it was nevertheless a finding of fact and "there is a fallacy in saying that, because the word 'would' is a word of futurity, the words 'would cause' do not mean something which is properly a fact" (p. 690). See also on causation as an issue of fact *Alphacell Ltd.*

On a fait valoir cependant que la déclaration des demandeurs devrait être radiée parce que certaines des allégations ne sont pas des questions de fait, mais des questions d'opinion et que celles-ci, qui sont dans une certaine mesure conjecturales, ne relèvent pas du principe selon lequel les allégations de fait dans la déclaration doivent être considérées comme prouvées. Je ne peux accepter cette proposition puisqu'elle me semble impliquer qu'une question d'opinion n'est pas susceptible d'être prouvée. Ce qui importe aux fins de l'application du principe est, à mon avis, les faits «apportant une preuve». Ceux-ci peuvent être réels ou intangibles. Les faits réels peuvent être prouvés par preuve directe. Par contre, les faits intangibles peuvent être prouvés par déduction à partir de faits réels ou par témoignage d'experts. Les faits intangibles font fréquemment l'objet d'opinion. La question de la cause probable d'un certain résultat est une bonne illustration, voisine des questions en litige. Une allégation que le manque de douche à la briqueterie de la défenderesse a probablement entraîné la maladie cutanée de l'employé demandeur semble n'être que l'expression d'une opinion médicale, mais c'est aussi, en droit, une conclusion que les tribunaux peuvent à bon droit tirer des faits connexes et de l'opinion d'expert: voir *McGhee v. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.) D'ailleurs, même une conclusion qu'un événement «causerait» un certain résultat dans l'avenir, est une conclusion de fait intangible. Par exemple, dans l'affaire *Fleming v. Hislop* (1886), 11 A.C. 686, il fallait déterminer si la conclusion [TRADUCTION] «que mettre le feu à d'autres monceaux ou tas de déchets miniers sur la ferme en question ou à proximité des terres des requérants causerait une gêne et un désagrément réels à ces derniers», était une conclusion de fait ou de droit. On a fait valoir qu'il ne pouvait s'agir d'une conclusion de fait parce qu'elle se rapportait à quelque chose qui était [TRADUCTION] «éventuel, futur, sans existence réelle». Le comte de Selborne a estimé que, puisque rien ne s'était réellement passé, une conclusion de fait comme chose passée était impossible. Mais il ne s'était jamais agi d'une conclusion de fait et [TRADUCTION] «il est erroné de dire que, parce que le

v. *Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475, per Lord Salmon, at pp. 489-90.

The nature of causation has been discussed by many eminent philosophers and also by a number of learned judges in the past. I consider, however, that what or who has caused a certain event to occur is essentially a practical question of fact which can best be answered by ordinary common sense rather than abstract metaphysical theory.

In my view, several of the allegations contained in the statement of claim are statements of intangible fact. Some of them invite inferences; others anticipate probable consequences. They may be susceptible to proof by inference from real facts or by expert testimony or "through the application of common sense principles": see *Leyland Shipping Co. v. Norwich Union Fire Insurance Society*, [1918] A.C. 350, at p. 363, per Lord Dunedin. We may entertain serious doubts that the plaintiffs will be able to prove them by any of these means. It is not, however, the function of the Court at this stage to prejudge that question. I agree with Cattanach J. that the statement of claim contains sufficient allegations to raise a justiciable issue.

(b) Declaratory Relief

This may be an appropriate point at which to consider the appellants' submission that in order to establish a reasonable cause of action in relation to their claim for declaratory relief as opposed to their claim for an injunction and damages, they do not have to allege in their statement of claim the violation of a right or the threat of a violation of a right. It is sufficient, they submit, that the plaintiff have standing, that a "serious constitutional issue" is raised, and that the declaration sought serves a useful purpose. In support of this contention the appellants rely on *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, and *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138. *Thorson* involved an alleged excess of legislative

«conditionnel» indique l'éventualité, le verbe «causer» au conditionnel n'indique pas un fait à proprement parler» (p. 690). Voir également sur la causalité en tant que question de fait, *Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475, lord Salmon à la p. 489 et 490:

[TRADUCTION] La nature de la causalité a été discutée par de nombreux et éminents philosophes et aussi par de nombreux savants juges du passé. Je considère cependant que déterminer la chose ou la personne qui a causé un certain événement est essentiellement une question pratique de fait à laquelle le bon sens ordinaire, plutôt qu'une théorie métaphysique abstraite, permet le mieux de répondre.

À mon avis, plusieurs des allégations de la déclaration sont des énoncés de faits intangibles. Certains invitent des déductions; d'autres anticipent les conséquences probables. Ils peuvent faire l'objet de preuve par déduction à partir de faits réels ou de témoignage d'expert, ou [TRADUCTION] «par l'application de principes de bon sens»: voir *Leyland Shipping Co. v. Norwich Union Fire Insurance Society*, [1918] A.C. 350, à la p. 363, lord Dunedin. Il est fort douteux que les demandeurs puissent les prouver d'une quelconque manière. Il n'appartient cependant pas à la Cour à ce stade de préjuger de cette question. Je suis d'accord avec le juge Cattanach pour dire que la déclaration contient des allégations suffisantes pour soulever une question justiciable des tribunaux.

g) b) Le jugement déclaratoire

Il convient maintenant d'examiner la thèse des appelants voulant que, pour établir une cause raisonnable à leur demande de jugement déclaratoire, par opposition à leur demande d'injonction et de dommages-intérêts, ils n'aient pas à alléguer dans leur déclaration la violation ou la menace de violation d'un droit. Il suffit, font-ils valoir, que le demandeur ait qualité pour agir, qu'une «importante question constitutionnelle» soit soulevée et que le jugement déclaratoire demandé serve une fin utile. À l'appui de leur prétention, les appelants invoquent l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, et l'arrêt *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138. L'affaire *Thorson* soulevait la ques-

power by the Parliament of Canada as did the later case of *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265. Given the nature of such questions it is undoubtedly true that no violation of a right need necessarily be involved.

Borchard, *Declaratory Judgments* (2nd ed. 1941), at p. 27, suggests that declaratory relief in cases which are not susceptible of any other relief is distinctive in that:

... no "injury" or "wrong" need have been actually committed or threatened in order to enable the plaintiff to invoke the judicial process; he need merely show that some legal interest or right of his has been placed in jeopardy or grave uncertainty, by denial, by the existence of a potentially injurious instrument, by some unforeseen event or catastrophe the effect of which gives rise to dispute, or by the assertion of a conflicting claim by the defendant . . .

Borchard then goes to expand upon the concept of a "legal interest" at pp. 48-49:

It is an essential condition of the right to invoke judicial relief that the plaintiff have a protectible interest. The fact that under declaratory procedure so many types of legal issues are presentable for determination which are incapable of any other form of relief, has imposed upon the courts at the outset the function of determining whether the facts justify the grant of judicial relief, and more particularly, whether the plaintiff has a "legal interest" in the relief he seeks. In the more familiar executory action, the legal interest is sought in the "cause of action," but, as already observed, the narrow scope often given to this ambiguous term has served to conceal from view the many occasions and situations in which a plaintiff not yet physically injured or one seeking escape from dilemma and uncertainty by a clarification of his legal position has need for judicial relief not of the traditional kind. The wider opportunity and necessity for judicial usefulness disclosed by the declaratory judgment make necessary either a more flexible and comprehensive connotation of the term "cause of action" or the employment of a less chameleonic term to indicate when the petitioner may be accorded judicial protection. Without losing sight of the necessity for jurisdictional facts, it is suggested that the term "legal interest" meets the need.

tion d'un prétendu excès de pouvoir législatif de la part du Parlement du Canada comme ce fut le cas de l'affaire ultérieure *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265. Étant donné la nature de ces questions, il est manifestement vrai qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu violation d'un droit.

Borchard, *Declaratory Judgments* (2nd ed. 1941), à la p. 27, suggère que le jugement déclaratoire dans les affaires qui ne peuvent faire l'objet d'un autre genre de recours est différent en ce que:

[TRADUCTION] . . . il n'est pas nécessaire qu'un «préjudice» ou un «acte dommageable» ait été vraiment commis ou menace de l'être pour que le demandeur puisse demander à la justice d'intervenir; il n'a qu'à démontrer un intérêt juridique ou que l'un de ses droits est en péril ou est gravement menacé, par son déni, par l'existence d'un instrument potentiellement dangereux, par quelque événement ou catastrophe imprévu ayant pour effet de donner naissance à un différend, ou par l'assertion d'une prétention contraire du défendeur . . .

Borchard élabore ensuite sur la notion d'«intérêt juridique» aux pp. 48 et 49:

[TRADUCTION] Le droit de recourir à la justice est assorti de la condition essentielle que le demandeur ait un intérêt à protéger. Le fait que la procédure de jugement déclaratoire permet de connaître de multiples questions de droit pour lesquelles il n'existe aucune autre forme de recours a dès le début exigé des tribunaux qu'ils déterminent d'abord si les faits justifient qu'un redressement judiciaire soit accordé et, plus particulièrement, si le demandeur a un «intérêt juridique» au redressement qu'il demande. Dans le cas mieux connu de l'action exécutoire, l'intérêt juridique est recherché dans la «cause d'action» mais, comme on l'a déjà observé, la portée restreinte souvent donnée à cette expression ambiguë a permis d'occulter les nombreux cas et situations dans lesquels le demandeur, alors qu'il n'a subi encore aucun dommage matériel ou alors qu'il cherche à échapper à un dilemme ou à une situation juridique incertaine en la faisant clarifier, a besoin d'une intervention judiciaire non traditionnelle. La nouvelle possibilité qu'offre le jugement déclaratoire et sa nécessité sur le plan de l'utilité judiciaire exigent soit une acception plus flexible et plus large de l'expression «cause d'action», soit l'emploi d'une expression moins caméléon pour indiquer quand le requérant peut obtenir la protection judiciaire. Sans perdre de vue la nécessité de l'existence de faits attributifs de compétence, nous pensons que l'expression «intérêt juridique» répond à ce besoin.

Where, however, the unconstitutionality of a law or an act is founded upon its conflict with a right, then the right must be alleged to have been violated. Such was the case in *Borowski* where a declaration was being sought to the effect that the abortion provisions in the *Criminal Code* contravened the right to life guaranteed by s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III. It was alleged in *Borowski* that rights were being violated even although they were the rights of human foetuses and not rights of the plaintiff. It seems to me that whenever a litigant raises a "serious constitutional issue" involving a violation of the *Charter* or the *Canadian Bill of Rights* then, since what is being complained of is an alleged violation of a right, it follows almost by definition that the nature of the alleged violation must be asserted. Moreover, as the respondents point out, s. 24(1) of the *Charter* makes the infringement or denial of a right a pre-condition to obtaining relief in the courts under that section. That being so, it seems to follow that the infringement or denial complained of must be specifically pleaded.

The appellants submit, however, that while their consequential relief in the form of an injunction and damages is made pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, their claim for declaratory relief is at large. It is not sought pursuant to that section in paragraph 9(c) of their statement of claim which merely seeks a declaration of unconstitutionality. It is, they submit, a separate cause of action at common law and also under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and can stand alone even if they fail in their claim for consequential relief under s. 24(1). They cite Rule 1723 of the *Federal Court Rules* which provides:

Rule 1723. No action shall be open to objection on the ground that a merely declaratory judgment or order is sought thereby, and the Court may make binding declarations of right whether or not any consequential relief is or could be claimed.

The appellants acknowledge that a declaration of unconstitutionality is a discretionary remedy (*Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821) but

Lorsque, toutefois, l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un acte est fondée sur son conflit avec un droit, il faut alors alléguer que ce droit a été violé. Tel était le cas dans l'affaire *Borowski*; on y concluait à un jugement déclaratoire qui aurait dit que les dispositions du *Code criminel* sur l'avortement contrevenaient au droit à la vie garanti par l'al. 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III. On alléguait dans cette affaire que des droits étaient violés, même s'il s'agissait des droits de foetus humains et non pas de ceux du demandeur. Il me semble que chaque fois qu'un plaideur soulève une «importante question constitutionnelle» mettant en cause une violation de la *Charte* ou de la *Déclaration canadienne des droits*, puisqu'on se plaint de la violation prétendue d'un droit, il s'ensuit, par définition pour ainsi dire, que la nature de la violation alléguée doit être énoncée. De plus, comme le font remarquer les intimés, le par. 24(1) de la *Charte* fait de la violation ou de la négation d'un droit une condition préalable à l'obtention d'une réparation judiciaire en vertu de cet article. Cela étant, il semble s'ensuire que la violation ou la négation dont on fait grief doit être expressément plaidée.

Cependant les appelants font valoir que si l'injonction et les dommages-intérêts demandés en conséquence sont fondés sur le par. 24(1) de la *Charte*, leur demande de jugement déclaratoire est générale. L'alinéa 9c) de leur déclaration ne s'appuie pas sur cette disposition et se borne à conclure à un jugement déclarant l'inconstitutionnalité en général. Il s'agit, font-ils valoir, d'une cause d'action distincte en *common law*, fondée aussi sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, cause qui peut exister par elle-même, même s'ils sont déboutés de leur action en réparation fondée sur le par. 24(1). Ils citent la règle 1723 des *Règles de la Cour fédérale*, qui porte:

Règle 1723. Il ne peut être fait opposition à une action pour le motif que cette action ne vise qu'à l'obtention d'un jugement ou d'une ordonnance purement déclaratoires; et la Cour pourra faire des déclarations de droit obligatoires, qu'un redressement soit ou puisse être demandé ou non en conséquence.

Les appelants reconnaissent que le jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité est un redressement discrétionnaire (*Solosky c. La Reine*, [1980]

say that the discretion lies with the trial court and is exercisable only after a trial on the merits. Accordingly, their claim for this relief should not have been struck out at the preliminary stage regardless of the fate of their other claims. However, as the respondents point out, declaratory relief is only discretionary in the sense that a court may refuse it even if the case for it has been made out: see Zamir, *The Declaratory Judgment* (1962), at p. 193. The Court, therefore, on a motion to strike on the basis that no reasonable cause of action has been disclosed in the statement of claim is not in any sense usurping the discretionary power of the trial court.

(i) Inconsistency with the *Constitution Act, 1982*, s. 52(1)

Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, provides:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Section 52 would appear to have the same role in terms of imposing a constitutional limitation on law-making power in Canada as its predecessors, s. 2 of the *Colonial Laws Validity Act, 1865*, 28 & 29 Vict., c. 63 and s. 7 of the *Statute of Westminster, 1931*, 22 Geo. 5, c. 4 (R.S.C. 1970, App. II, No. 26): see La Forest, "The Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Overview" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 19, at p. 28. Section 2 of the *Colonial Laws Validity Act 1865* provides:

2. Any Colonial Law which is or shall be in any respect repugnant to the Provisions of any Act of Parliament extending to the Colony to which such Law may relate, or repugnant to any Order or Regulation made under Authority of such Act of Parliament, or having in the Colony the Force and Effect of such Act, shall be read subject to such Act, Order, or Regulation, and shall, to the Extent of such Repugnancy, but not otherwise, be and remain absolutely void and inoperative.

Section 7 of the *Statute of Westminster, 1931* provides:

1 R.C.S. 821), mais ils disent que ce pouvoir discrétionnaire appartient au tribunal de première instance et ne peut être exercé qu'après audition sur le fond. En conséquence, leur demande de redressement n'aurait pas dû être radiée à ce stade préliminaire, quel que soit le sort réservé à leurs autres prétentions. Toutefois, comme le font remarquer les intimés, un jugement déclaratoire n'est discrétionnaire qu'en ce sens que le tribunal peut le refuser, même si on a apporté une preuve le justifiant: voir Zamir, *The Declaratory Judgment* (1962), à la p. 193. Donc la Cour saisie d'une requête en radiation qui invoque que la déclaration ne révèle aucune cause raisonnable d'action n'usurpe en rien le pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance.

(i) L'incompatibilité avec le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* porte:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Il semble que, pour ce qui est d'imposer une limite constitutionnelle sur le pouvoir de légiférer au Canada, l'art. 52 joue le même rôle que ses prédécesseurs, l'art. 2 de la *Loi de 1865 relative à la validité des lois des colonies*, 28 & 29 Vict., chap. 63, et l'art. 7 du *Statut de Westminster, 1931*, 22 Geo. 5, chap. 4 (S.R.C. 1970, app. II, n° 26): voir La Forest, «The Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Overview» (1983), 61 *R. du B. can.* 19, à la p. 28. L'article 2 de la *Loi de 1865 relative à la validité des lois des colonies* prévoit:

[TRANSLATION] 2. Toute loi coloniale qui est ou sera de quelque façon incompatible avec les dispositions d'une loi du Parlement applicable à la Colonie d'où provient cette loi, ou incompatible avec une ordonnance ou un règlement adopté en vertu de ladite loi du Parlement, ou ayant dans la Colonie l'effet de ladite loi, doit s'interpréter sous réserve desdits loi, ordonnance ou règlement et sera absolument nulle et inopérante, mais seulement dans la mesure de cette incompatibilité.

L'article 7 du *Statut de Westminster, 1931* prévoit:

7. (1) Nothing in this Act shall be deemed to apply to the repeal, amendment or alteration of the British North America Acts, 1867 to 1930, or any order, rule or regulation made thereunder.

(2) The provisions of section two of this Act shall extend to laws made by any of the Provinces of Canada and to the powers of the legislatures of such Provinces.

(3) The powers conferred by this Act upon the Parliament of Canada or upon the legislatures of the Provinces shall be restricted to the enactment of laws in relation to matters within the competence of the Parliament of Canada or of any of the legislatures of the Provinces respectively.

Accordingly, Dickson J., as he then was, is unquestionably correct when he states in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 at p. 313:

Section 52 sets out the fundamental principle of constitutional law that the Constitution is supreme.

Dickson J. then goes on to note that where a declaration is sought under s. 52 to the effect that legislation is unconstitutional the standing requirements for constitutional litigation must of course be met.

If the appellants are relying on s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* as the source of their right to a declaration of unconstitutionality, which it would appear from their factum that they are, it is noted that that provision is directed to "laws" which are inconsistent with the provisions of the Constitution.

Counsel for the appellants submitted in oral argument that they should not be prejudiced in the relief sought by the absence of any law authorizing, ratifying or implementing the agreement between Canada and the United States since legislation, they submitted, should have been passed. The government should not therefore be allowed to immunize itself against judicial review under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* by its own omission to do that which it ought to have done.

This argument assumes, of course, that legislation was required and this does not appear to be so.

7. (1) Rien dans la présente Loi ne doit être considéré comme se rapportant à l'abrogation ou à la modification des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1930, ou d'un arrêté, statut ou règlement quelconque édicté en vertu desdites Actes.

(2) Les dispositions de l'article deux de la présente Loi doivent s'étendre aux lois édictées par les provinces du Canada et aux pouvoirs des législatures de ces provinces.

(3) Les pouvoirs que la présente Loi confère au Parlement du Canada ou aux législatures des provinces ne les autorisent qu'à légiférer sur des questions qui sont de leur compétence respective.

Donc, le juge Dickson (alors juge puîné) a parfaitement raison de dire dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 313:

L'article 52 énonce le principe fondamental du droit constitutionnel, savoir la suprématie de la Constitution.

Le Juge Dickson poursuit en rappelant que, lorsqu'on conclut à un jugement déclaratoire en vertu de l'art. 52 pour faire déclarer une législation inconstitutionnelle, les exigences relatives à la qualité pour agir dans un litige constitutionnel doivent évidemment être remplies.

Si les appelants recherchent dans le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* la source de leur droit à une déclaration d'inconstitutionnalité, ce qui d'après leur mémoire semble être le cas, il faut se souvenir que cette disposition vise les «règles de droit» qui sont incompatibles avec les dispositions de la Constitution.

Les avocats des appelants ont soutenu cependant au cours des plaidoiries que l'absence de législation autorisant, ratifiant ou mettant en œuvre l'accord intervenu entre le Canada et les États-Unis ne devrait pas les empêcher d'obtenir la réparation à laquelle ils concluent puisqu'une telle législation, soutiennent-ils, aurait dû être adoptée. On ne devrait pas permettre au gouvernement de se protéger du contrôle judiciaire en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* en raison de sa propre omission de faire ce qu'il aurait dû faire.

Cet argument présuppose bien entendu qu'une législation était nécessaire; or il ne semble pas que

The law in relation to treaty-making power was definitively established for Canada and the rest of the Commonwealth in *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario (Labour Conventions)*, [1937] A.C. 326, where Lord Atkin stated at pp. 347-48:

It will be essential to keep in mind the distinction between (1.) the formation, and (2.) the performance, of the obligations constituted by a treaty, using that word as comprising any agreement between two or more sovereign States. Within the British Empire there is a well-established rule that the making of a treaty is an executive act, while the performance of its obligations, if they entail alteration of the existing domestic law, requires legislative action. Unlike some other countries, the stipulations of a treaty duly ratified do not within the Empire, by virtue of the treaty alone, have the force of law. If the national executive, the government of the day, decide to incur the obligations of a treaty which involve alteration of law they have to run the risk of obtaining the assent of Parliament to the necessary statute or statutes. To make themselves as secure as possible they will often in such cases before final ratification seek to obtain from Parliament an expression of approval. But it has never been suggested, and it is not the law, that such an expression of approval operates as law, or that in law it precludes the assenting Parliament, or any subsequent Parliament, from refusing to give its sanction to any legislative proposals that may subsequently be brought before it. Parliament, no doubt, as the Chief Justice points out, has a constitutional control over the executive: but it cannot be disputed that the creation of the obligations undertaken in treaties and the assent to their form and quality are the function of the executive alone.

(Emphasis added.)

A treaty, therefore, may be in full force and effect internationally without any legislative implementation and, absent such legislative implementation, it does not form part of the domestic law of Canada. Legislation is only required if some alteration in the domestic law is needed for its implementation: see R. St. J. Macdonald: "The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada," in *Canadian Perspectives on International Law and Organization* (1974), eds. Macdonald, Morris and Johnston, p. 88.

ce soit le cas. Le droit relatif au pouvoir de conclure des traités a été définitivement établi pour le Canada et le reste du Commonwealth par l'arrêt *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario (les conventions de travail)*, [1937] A.C. 326, dans lequel lord Atkin a dit, aux pp. 347 et 348:

[TRADUCTION] Il est essentiel d'avoir présente à l'esprit la distinction entre (1.) la formation et (2.) l'exécution des obligations qui découlent d'un traité, ce mot s'appliquant à toute entente entre deux ou plusieurs États souverains. Dans les pays constituant l'Empire britannique, il y a une règle bien établie qui veut que la conclusion d'un traité soit un acte qui relève de l'Exécutif, tandis que l'exécution de ses obligations, si elles entraînent une modification aux lois du pays, exige l'intervention du pouvoir législatif. Contrairement à ce qui a lieu ailleurs, les stipulations d'un traité dûment ratifié n'ont pas dans l'Empire, en vertu de ce traité même, force de loi. Si l'Exécutif national, le gouvernement du jour, décide d'assumer les obligations d'un traité qui entraînent des modifications aux lois existantes, il doit demander au Parlement son assentiment, toujours aléatoire, aux modifications proposées. Afin d'être sûr de ce consentement, il s'efforcera très souvent d'obtenir, avant la ratification finale, l'approbation expresse du Parlement. Mais on n'a jamais soutenu, et la loi n'est pas à cet effet, que pareille approbation a force de loi ou qu'en droit elle empêche le Parlement du jour, ou son successeur, de refuser sa sanction à toute mesure législative proposée dont il pourra plus tard être saisi. Sans aucun doute le Parlement, comme le fait remarquer le juge en chef, possède un contrôle constitutionnel sur l'Exécutif; mais il est indiscutablement du ressort de l'Exécutif de créer des obligations stipulées dans les traités et de les sanctionner quant au fond et à la forme.

(C'est moi qui souligne.)

Un traité donc peut avoir force et effet internationalement sans mise en œuvre législative et, en l'absence de celle-ci, il ne fait pas partie du droit interne du Canada. Une loi n'est requise que si une modification quelconque du droit interne est nécessaire à sa mise en œuvre: voir R. St. J. Macdonald: «The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada» dans *Canadian Perspectives on International Law and Organization* (1974), eds. Macdonald, Morris et Johnston, p. 88.

The agreement in this case took the form of an "exchange of notes" between Allan Gotlieb, Canadian Ambassador to the United States and Kenneth W. Dam, Acting Secretary of State, The United States State Department. As Mr. Gotlieb points out in an article entitled "Canadian Treaty-Making: Informal Agreements and Interdepartmental Arrangements," in *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, *supra*, at p. 230, Canadian treaty-making practice has been characterized by a movement away from formal, full-fledged governmental "treaties" and towards informal "exchange of notes" arrangements. There is nothing unusual, therefore, in the procedure adopted in relation to the cruise testing agreement.

Although little, if any, argument has been addressed in this case to the question whether the government's decision to permit testing of the cruise missile in Canada falls within the meaning of the word "law" as used in s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, I am prepared to assume, without deciding, that it does. I am also prepared to assume that the appellants could establish their standing to bring an action under s. 52. The question remains, however, whether the appellants' claim raises a serious question of constitutional inconsistency. This in turn depends on the answer to the question whether the government's decision violates the appellants' rights under s. 7. If it does not, there is no inconsistency with the provisions of the Constitution.

(ii) At common law

If the appellants' claim for declaratory relief is a claim at common law of the type upheld in *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410, no issue arises as to whether or not there is a "law" implementing the cruise testing agreement. The common law action affords a means of attack on the acts of public officials who have allegedly exceeded their powers. However, in order to have standing to bring such an action a plaintiff must, as noted from Borchard, *supra*, be able to show that he or she will suffer injury to a right or legally protected interest from the conduct of such offi-

L'accord en l'espèce a pris la forme d'un «échange de notes» entre Allan Gotlieb, l'ambassadeur du Canada aux États-Unis, et Kenneth W. Dam, Secrétaire d'État par intérim, du Département d'État des États-Unis. Comme M. Gotlieb le fait remarquer dans un article intitulé «Canadian Treaty-Making: Informal Agreements and Interdepartmental Arrangements» dans *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, précité, à la p. 230, la pratique canadienne en matière de conclusion de traités s'est caractérisée par un abandon graduel des «traités» formels, en bonne et due forme entre gouvernements, pour des arrangements plus informels de type «échange de notes». Il n'y a donc rien d'inhabituel dans la procédure adoptée dans le cas de l'accord sur les essais des missiles de croisière.

Bien qu'en l'espèce, les plaidoiries aient peu ou pas porté sur la question de savoir si la décision du gouvernement d'autoriser les essais du missile de croisière au Canada relève de l'expression «règle de droit» utilisée à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, je suis prête à présumer, sans le décider, que c'est le cas. Je suis également prête à présumer que les appelants pouvaient établir leur qualité pour intenter une action en vertu de l'art. 52. Il reste cependant à déterminer si la déclaration des appelants soulève une question sérieuse d'incompatibilité constitutionnelle. Ceci dépend à son tour de la réponse à la question de savoir si la décision du gouvernement viole les droits des appelants en vertu de l'art. 7. Dans la négative, il n'y a pas d'incompatibilité avec les dispositions de la Constitution.

(ii) La common law

Si la demande de jugement déclaratoire des appelants est une demande en *common law* du genre auquel a fait droit l'arrêt *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410, l'absence de «règle de droit» mettant en œuvre l'accord d'essai des missiles de croisière ne pose aucun problème. L'action de *common law* fournit un moyen de contester les actes des officiers publics qui auraient excédé leurs attributions. Toutefois, pour avoir qualité pour intenter une telle action, un demandeur ou une demanderesse doit, comme le dit Borchard, précité, pouvoir démontrer qu'il ou elle subira une

cials. The same point is made in de Smith, *Constitutional and Administrative Law* (4th ed.), at p. 604:

The declaratory judgment is basically a twentieth-century judicial remedy and has come to be used for a great variety of purposes in public and private law. Declarations can be awarded in almost every situation where an injunction will lie—the most important exception is that interim relief cannot be granted by way of a declaration—and they extend to a number of situations where an injunction would be inappropriate (for example, because there is nothing to prohibit) or could not be obtained for other reasons (for example, because the prospective defendant was the Crown). The rules governing *locus standi* are in a state of confusion. In *Gouriet v. Union of Post Office Workers* [[1977] 3 All E.R. 70 (H.L.)] Mr. Gouriet eventually amended his claim to an application for a declaration that the Union of Post Office Workers was acting unlawfully in blocking mail from this country to South Africa. He was refused such a declaration. Lord Wilberforce said: ‘... there is no support for the proposition that declaratory relief can be granted unless the plaintiff, in proper proceedings, in which there is a dispute between the plaintiff and defendant concerning their legal respective rights and liabilities, either asserts a legal right which is denied or threatened, or claims immunity from some claim of the defendant against him, or claims that the defendant is infringing or threatens to infringe some public right so as to inflict special damage on the plaintiff.’

(Emphasis added.)

I believe, therefore, that the appellants, even on the common law action for a declaration, must establish at least a threat of violation, if not an actual violation, of their rights under s. 7 of the *Charter* in order to bring a viable claim for declaratory relief against governmental action.

The law then would appear to be clear. The facts pleaded are to be taken as proved. When so taken, the question is do they disclose a reasonable cause of action, *i.e.* a cause of action “with some chance of success” (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094) or,

atteinte à un droit subjectif ou à un intérêt juridiquement protégé par suite de la conduite de ces officiers. On trouve le même argument dans de Smith, *Constitutional and Administrative Law* (4th ed.), à la p. 604:

[TRADUCTION] Le jugement déclaratoire est essentiellement un recours du vingtième siècle qu’on s’est mis à utiliser à de multiples fins en droit public et en droit privé. On peut obtenir un jugement déclaratoire dans presque tous les cas où une injonction constitue un recours—avec toutefois l’exception notable qu’une injonction provisoire ne peut être accordée par un jugement déclaratoire—et il s’applique à un bon nombre de situations où l’injonction ne serait pas appropriée (par exemple, parce qu’il n’y a rien à interdire) ou ne pourrait être obtenue pour d’autres raisons (par exemple, parce que la défenderesse possible est Sa Majesté). Les règles régissant le *locus standi* sont devenues très confuses. Dans l’affaire *Gouriet v. Union of Post Office Workers* [[1977] 3 All E.R. 70 (H.L.)], M. Gouriet a finalement modifié sa demande de jugement visant à faire déclarer que le Syndicat des employés des Postes bloquait illégalement le courrier circulant entre ce pays et l’Afrique du Sud. On l’a débouté de sa demande. Lord Wilberforce a déclaré «... rien ne vient appuyer la proposition qu’un jugement déclaratoire peut être accordé à moins que le demandeur, dans une action appropriée qui se rapporte à un litige entre lui-même et le défendeur relativement à leurs droits et responsabilités respectifs, revendique un droit qui est nié ou menacé, ou réclame l’immunité à l’égard d’une réclamation du défendeur contre lui, ou plaide que le défendeur viole ou menace de violer un droit public de sorte que le demandeur subira un préjudice spécial.»

§ (C’est moi qui souligne.)

Je crois donc que les appelants, même dans le cas de l’action de *common law* en jugement déclaratoire, doivent établir à tout le moins qu’il y a une menace de violation, sinon violation réelle, de leurs droits aux termes de l’art. 7 de la *Charte* afin de pouvoir tenter une demande recevable de jugement déclaratoire contre une action gouvernementale.

Le droit donc paraît clair. Les faits articulés doivent être considérés comme démontrés. Alors, la question est de savoir s’ils révèlent une cause raisonnable d’action, *c.-à-d.* une cause d’action «qui a quelques chances de succès» (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1

as *Le Dain J.* put it in *Dowson v. Government of Canada* (1981), 37 N.R. 127 (F.C.A.), at p. 138, is it "plain and obvious that the action cannot succeed?" Is it plain and obvious that the plaintiffs' claim for declaratory or consequential relief cannot succeed?

(3) Could the Facts as Alleged Constitute a Violation of Section 7 of the Charter?

Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Whether or not the facts that are alleged in the appellants' statement of claim could constitute a violation of s. 7 is, of course, the question that lies at the heart of this case. If they could not, then the appellants' statement of claim discloses no reasonable cause of action and the appeal must be dismissed. The appellants submit that on its proper construction s. 7 gives rise to two separate and presumably independent rights, namely the right to life, liberty and security of the person, and the right not to be deprived of such life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. In their submission, therefore, a violation of the principles of fundamental justice would only have to be alleged in relation to a claim based on a violation of the second right. As *Marceau J.* points out in his reasons, the French text of s. 7 does not seem to admit of this two-rights interpretation since only one right is specifically mentioned. Moreover, as the respondents point out, the appellants' suggestion does not accord with the interpretation that the courts have placed on the similarly structured provision in s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights*: see e.g., *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, per *Ritchie J.*, at pp. 703-04.

The appellants' submission, however, touches upon a number of important issues regarding the proper interpretation of s. 7. Even if the section gives rise to a single unequivocal right not to be

All E.R. 1094) ou, comme dit le juge *Le Dain* dans l'arrêt *Dowson c. Gouvernement du Canada* (1981), 37 N.R. 127 (C.A.F.), à la p. 138, est-il «évident et manifeste que l'action ne saurait aboutir»? Est-il évident et manifeste que la demande de jugement déclaratoire ou de réparation présentée par les demandeurs ne saurait aboutir?

(3) Les faits articulés peuvent-ils constituer une violation de l'article 7 de la Charte?

Voici l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

La question au cœur de la présente affaire est évidemment de savoir si les faits articulés dans la déclaration des appelants peuvent constituer une violation de l'art. 7. S'ils ne le peuvent, alors la déclaration des appelants ne révèle aucune cause raisonnable d'action et le pourvoi doit être rejeté. Les appelants font valoir que l'art. 7 correctement interprété crée deux droits distincts et, vraisemblablement indépendants, soit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une part, et le droit à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale, d'autre part. Selon leur argument donc, une violation des principes de justice fondamentale n'aurait à être alléguée que relativement à une demande fondée sur une violation de ce second droit. Mais comme le juge *Marceau* en fait la remarque dans ses motifs, la version française de l'art. 7 ne semble pas autoriser cette interprétation d'un droit double puisqu'un seul droit y est expressément mentionné. De plus, comme disent les intimés, l'interprétation proposée par les appelants se heurte à celle que les tribunaux ont donnée de l'al. 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*, dont la structure est similaire: voir par ex. *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, le juge *Ritchie*, aux pp. 703 et 704.

Toutefois, ce moyen des appelants soulève plusieurs points importants concernant la bonne interprétation de l'art. 7. Même si l'article ne crée qu'un seul droit non équivoque à ce qu'il ne soit

deprived of life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice, there nonetheless remains the question whether fundamental justice is entirely procedural in nature or whether it has a substantive aspect as well. This, in turn, leads to the related question whether there might not be certain deprivations of life, liberty or personal security which could not be justified no matter what procedure was employed to effect them. These are among the most important and difficult questions of interpretation arising under the *Charter* but I do not think it is necessary to deal with them in this case. It can, in my opinion, be disposed of without reaching these issues.

In my view, even an independent, substantive right to life, liberty and security of the person cannot be absolute. For example, the right to liberty, which I take to be the right to pursue one's goals free of governmental constraint, must accommodate the corresponding rights of others. The concept of "right" as used in the *Charter* postulates the inter-relation of individuals in society all of whom have the same right. The aphorism that "A hermit has no need of rights" makes the point. The concept of "right" also premises the existence of someone or some group against whom the right may be asserted. As Mortimer J. Adler expressed it in *Six Great Ideas* (1981), at p. 144:

Living in organized societies under effective government and enforceable laws, as they must in order to survive and prosper, human beings neither have autonomy nor are they entitled to unlimited liberty of action. Autonomy is incompatible with organized society. Unlimited liberty is destructive of it.

The concept of "right" as used in the *Charter* must also, I believe, recognize and take account of the political reality of the modern state. Action by the state or, conversely, inaction by the state will frequently have the effect of decreasing or increasing the risk to the lives or security of its citizens. It may be argued, for example, that the failure of government to limit significantly the speed of traf-

pas porté atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale, il reste néanmoins la question de savoir si la justice fondamentale est entièrement de la procédure par nature ou si elle ne comporte pas aussi un aspect de règle de fond. Cela amène la question connexe de savoir si certaines atteintes à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne sont toujours injustifiées quelle que soit la procédure suivie. Ce sont là les questions d'interprétation les plus importantes et les plus difficiles qui découlent de la *Charte* et je pense qu'il serait malheureux d'avoir à statuer à leur sujet pour la première fois, même provisoirement, sur le fondement des prétentions plutôt conjecturales des appelants en l'espèce. Toutefois je crois qu'on peut statuer en l'espèce sans toucher à ces questions.

À mon avis, même un droit fondamental et indépendant à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne ne peut être absolu. Par exemple le droit à la liberté, que je considère comme étant le droit de poursuivre ses propres fins libre de toute entrave gouvernementale, doit tenir compte des droits correspondants des autres. Le concept de «droit» utilisé dans la *Charte* postule l'existence de relations entre membres de la société, tous titulaires du même droit. L'aphorisme «Un hermite n'a pas besoin de droits» est clair. Le concept de «droit» suppose aussi l'existence de quelqu'un ou d'un groupe vis-à-vis de qui on peut le revendiquer. Comme l'a dit Mortimer J. Adler dans *Six Great Ideas* (1981), à la p. 144:

[TRADUCTION] Vivant en sociétés organisées avec un gouvernement réel et des lois applicables, ce qui est nécessaire à leur survie et à leur prospérité, les humains ne sont pas autonomes et ils n'ont pas droit non plus à une liberté d'action illimitée. L'autonomie est incompatible avec une société organisée. Une liberté illimitée la détruit.

À mon avis, le concept de «droit» utilisé dans la *Charte* doit également reconnaître la réalité politique de l'état moderne et en tenir compte. L'action ou, au contraire, l'inaction de l'État aura fréquemment l'effet d'accroître ou de réduire le danger d'atteinte à la vie ou à la sécurité de ses citoyens. On peut faire valoir, par exemple, que si le gouvernement omet de limiter considérablement la vitesse

fic on the highways threatens our right to life and security in that it increases the risk of highway accidents. Such conduct, however, would not, in my view, fall within the scope of the right protected by s. 7 of the *Charter*.

In the same way, the concept of "right" as used in the *Charter* must take account of the fact that the self-contained political community which comprises the state is faced with at least the possibility, if not the reality, of external threats to both its collective well-being and to the individual well-being of its citizens. In order to protect the community against such threats it may well be necessary for the state to take steps which incidentally increase the risk to the lives or personal security of some or all of the state's citizens. Such steps, it seems to me, cannot have been contemplated by the draftsman of the *Charter* as giving rise to violations of s. 7. As John Rawls states in *A Theory of Justice* (1971), at p. 213:

The government's right to maintain public order and security is . . . a right which the government must have if it is to carry out its duty of impartially supporting the conditions necessary for everyone's pursuit of his interests and living up to his obligations as he understands them.

The rights under the *Charter* not being absolute, their content or scope must be discerned quite apart from any limitation sought to be imposed upon them by the government under s. 1. As was pointed out by the Ontario Court of Appeal in *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225, at p. 244:

. . . the Charter was not enacted in a vacuum and the rights set out therein must be interpreted rationally having regard to the then existing laws

There is no liberty without law and there is no law without some restriction of liberty: see Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 267. This paradox caused Roscoe Pound to conclude:

There is no more ambiguous word in legal and juristic literature than the word right. In its most general sense

de la circulation sur les routes, notre droit à la vie et à la sécurité sera menacé puisque cela accroît le risque d'accidents routiers. Pareille conduite, toutefois, ne relèverait pas, à mon avis, de la portée du droit protégé par l'art. 7 de la *Charte*.

De la même façon, le concept de «droit» utilisé dans la *Charte* doit tenir compte du fait que la communauté politique autonome que constitue l'État doit faire face à tout le moins à la possibilité, sinon à la réalité, de menaces extérieures visant son bien-être collectif et aussi le bien-être individuel de ses citoyens. Afin de protéger la collectivité de ces menaces, il peut bien s'avérer nécessaire que l'État prenne des mesures qui accroissent incidemment le danger d'atteintes à la vie ou à la sécurité personnelle de certains citoyens de l'État, voire de tous. De telles mesures, me semble-t-il, n'ont pas pu être considérées par le rédacteur de la *Charte* comme des violations de l'art. 7. Comme John Rawls le dit dans son ouvrage intitulé *A Theory of Justice* (1971), à la p. 213:

[TRADUCTION] Le droit du gouvernement d'assurer l'ordre public et la sécurité est . . . un droit que le gouvernement doit avoir afin d'exécuter son obligation de fournir impartialement les conditions nécessaires à la poursuite par chacun de ses intérêts et au respect de ses obligations, telles qu'il les entend.

Comme les droits accordés par la Charte ne sont pas absolus leur contenu ou leur portée doit être cerné tout à fait indépendamment des limites que le gouvernement a cherché à leur imposer par l'article premier. Comme l'a souligné la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225, à la p. 244:

[TRADUCTION] . . . la Charte n'a pas été adoptée dans le vide et les droits qu'elle énonce doivent être interprétés de façon rationnelle compte tenu des règles de droit existantes . . .

Il n'y a pas de liberté sans règles de droit et il n'y a pas de règles de droit sans une certaine restriction de la liberté: voir Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 267. Ce paradoxe a amené Roscoe Pound à conclure:

[TRADUCTION] Il n'y a pas de mot plus ambigu dans la doctrine juridique que le mot droit. Dans son sens le plus

it means a reasonable expectation involved in civilized life. [See *Jurisprudence*, vol. 4, (1959), p. 56.]

It is not necessary to accept the restrictive interpretation advanced by Pratte J., which would limit s. 7 to protection against arbitrary arrest or detention, in order to agree that the central concern of the section is direct impingement by government upon the life, liberty and personal security of individual citizens. At the very least, it seems to me, there must be a strong presumption that governmental action which concerns the relations of the state with other states, and which is therefore not directed at any member of the immediate political community, was never intended to be caught by s. 7 even although such action may have the incidental effect of increasing the risk of death or injury that individuals generally have to face.

I agree with Le Dain J. that the essence of the appellants' case is the claim that permitting the cruise missile to be tested in Canada will increase the risk of nuclear war. But even accepting this allegation of fact as true, which as I have already said I think we must do on a motion to strike, it is my opinion for the reasons given above that this state of affairs could not constitute a breach of s. 7. Moreover, I do not see how one can distinguish in a principled way between this particular risk and any other danger to which the government's action *vis-à-vis* other states might incidentally subject its citizens. A declaration of war, for example, almost certainly increases the risk to most citizens of death or injury. Acceptance of the appellants' submissions, it seems to me, would mean that any such declaration would also have to be regarded as a violation of s. 7. I cannot think that that could be a proper interpretation of the *Charter*.

This is not to say that every governmental action that is purportedly taken in furtherance of national defence would be beyond the reach of s. 7. If, for example, testing the cruise missile posed a direct threat to some specific segment of the populace—as, for example, if it were being tested with live warheads—I think that might well raise different

général, il signifie une attente raisonnable liée à la vie civilisée. [Voir *Jurisprudence*, vol. 4 (1959), p. 56.]

Il n'est pas nécessaire de souscrire à l'interprétation restrictive avancée par le juge Pratte, qui limiterait l'art. 7 à une protection contre les arrestations ou les détentions arbitraires, pour convenir que l'article a pour objet central l'ingérence directe du gouvernement dans la vie, la liberté et la sécurité personnelle des citoyens. À tout le moins, me semble-t-il, il doit y avoir une forte présomption qu'on n'a jamais voulu qu'une action gouvernementale relative aux relations de l'État avec d'autres États, et qui donc n'est dirigée contre aucun membre de la collectivité politique immédiate, tombe sous le coup de l'art. 7 même si cette action peut avoir l'effet incident d'accroître le risque de mort ou de préjudice auquel les gens doivent faire face en général.

Je conviens avec le juge Le Dain qu'essentiellement les appelants prétendent que l'autorisation des essais du missile de croisière au Canada accroîtra le risque de guerre nucléaire. Mais, même en acceptant ce fait allégué comme avéré, ce qu'à mon avis, comme je l'ai déjà dit, nous devons faire dans le cas d'une requête en radiation, je suis d'avis pour les raisons déjà données que cet état de choses ne saurait constituer une violation de l'art. 7. De plus, je ne vois pas comment on pourrait établir une distinction en principe entre ce risque particulier et tout autre danger qu'une action gouvernementale vis-à-vis d'autres États pourrait incidemment faire courir à ses citoyens. Une déclaration de guerre, par exemple, accroît à peu près certainement le risque de mort ou de préjudice pour la plupart des citoyens. Accepter les prétentions des appelants, me semble-t-il, signifierait que toute déclaration de ce genre devrait être considérée comme une violation de l'art. 7. Je ne peux penser que ce soit là une interprétation fondée de la *Charte*.

Ceci ne veut pas dire que toute action gouvernementale qu'on prétendrait prise dans le but d'assurer la défense nationale échapperait à l'art. 7. Si, par exemple, l'essai du missile de croisière constituait une menace directe pour une tranche spécifique de la population—si par exemple on procédait à l'essai avec des ogives réelles—je pense que la

considerations. A court might find that that constituted a violation of s. 7 and it might then be up to the government to try to establish that testing the cruise with live warheads was justified under s. 1 of the *Charter*. Section 1, in my opinion, is the uniquely Canadian mechanism through which the courts are to determine the justiciability of particular issues that come before it. It embodies through its reference to a free and democratic society the essential features of our constitution including the separation of powers, responsible government and the rule of law. It obviates the need for a "political questions" doctrine and permits the Court to deal with what might be termed "prudential" considerations in a principled way without renouncing its constitutional and mandated responsibility for judicial review. It is not, however, called into operation here since the facts alleged in the statement of claim, even if they could be shown to be true, could not in my opinion constitute a violation of s. 7.

(4) Can the Statement of Claim be Amended?

The appellants were denied leave by Pratte J. to amend their statement of claim by adding the following:

The very testing of the cruise missiles *per se* in Canada endangers the Charter of Rights and Freedoms Section 7: Rights.

Since this is a conclusion of law, not fact, it cannot in my view affect the factual allegations which the Court must accept as proved in order to decide whether the statement of claim should be struck out. We do not know the basis on which Pratte J. refused the amendment. He gave no reasons, nor was he obliged to. The matter was purely discretionary under Rule 1104. Certainly conclusions of law may be pleaded: see *Famous Players Canadian Corp. v. J.J. Turner and Sons Ltd.*, [1948] O.W.N. 221, *per Gale J.* at pp. 221-22, but they do not form part of the factual allegations which must be taken as proved for

question pourrait être différente. Un tribunal pourrait juger qu'il y a là une violation de l'art. 7 et il appartiendrait alors au gouvernement de tenter de démontrer qu'un essai du missile de croisière avec des ogives réelles est justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'article premier, à mon avis, constitue le mécanisme purement canadien par l'intermédiaire duquel les tribunaux ont à décider de la justiciabilité de questions litigieuses particulières dont ils sont saisis. Il concrétise par la mention d'une société libre et démocratique les caractéristiques essentielles de notre constitution, y compris la séparation des pouvoirs, le gouvernement responsable et la primauté du droit. Il supprime la nécessité de la doctrine des «questions politiques» et autorise le tribunal à connaître de considérations de «prudence», pourrait-on dire, comme s'il s'agissait de questions de principes, sans abdiquer la responsabilité constitutionnelle qui lui a été attribuée d'exercer un contrôle judiciaire. Il ne joue pas cependant en l'espèce puisque les faits articulés dans la déclaration, même si leur exactitude pouvait être démontrée, ne pourraient, à mon avis, constituer une violation de l'art. 7.

4) La déclaration peut-elle être modifiée?

Le juge Pratte a refusé que les appelants modifient leur déclaration en y ajoutant:

[TRADUCTION] Les essais des missiles de croisière au Canada, en eux-mêmes, portent atteinte aux droits garantis par l'article 7 de la *Charte des droits et libertés*.

Puisque c'est là une conclusion de droit et non une conclusion de fait, elle ne peut à mon avis modifier les faits que la Cour doit considérer comme démontrés pour décider s'il faut radier la déclaration. Nous ignorons pourquoi le juge Pratte a refusé la modification. Il n'a fourni aucun motif et il n'était pas tenu d'en fournir. La question était purement discrétionnaire en vertu de la règle 1104. On peut certainement plaider des conclusions de droit: voir *Famous Players Canadian Corporation Ltd. v. J.J. Turner and Sons Ltd.*, [1948] O.W.N. 221, le juge Gale aux pp. 221 et 222, mais comme les suppositions et les opinions, elles ne font pas

purposes of a motion to strike. No appeal was taken from the order of Pratte J.

Counsel for the appellants submit that prior to the filing of a statement of defence they were entitled to amend as of right under Rule 421 and that they should not be prejudiced with respect to this right because they invoked the discretion of the Court under Rule 1104. It may, however, be of significance in this connection that their application for amendment to the statement of claim was filed after the Crown had instituted its appeal to the Federal Court of Appeal. In my view, their application was therefore one made "during the pendency of an appeal" to which the Rules of the Federal Court of Appeal would apply. This means, in my view, that the appellants' right under Rule 421 had expired and their only recourse was to proceed under Rule 1104.

The point, however, may be academic. The proposed amendment amounts to no more than an assertion of the conclusion which the appellants submit the Court ought to come to on the main issue in the case. Since the Court must address that issue in any event, the addition of the suggested amendment could, it seems to me, make no difference one way or the other to the appellants' case.

Conclusions

In summary, it seems to me that the issues raised on the appeal are to be disposed of as follows:

- (1) The government's decision to permit testing of the cruise missile in Canada cannot escape judicial review on any of the grounds advanced;
- (2) The statement of claim may be struck out if the facts as alleged do not disclose a reasonable cause of action which in this case could be either

(a) a cause of action under s. 24(1) of the *Charter*; or

partie des allégations de fait qu'on doit considérer comme démontrées aux fins d'une requête en radiation. L'ordre du juge Pratte n'a pas été porté en appel.

a

Les avocats des appelants soutiennent que tant qu'il n'y avait pas production d'une défense, ils étaient autorisés de plein droit à modifier leur déclaration conformément à la règle 421, et qu'ils ne devraient pas perdre ce droit simplement parce qu'ils ont invoqué le pouvoir discrétionnaire de la Cour aux termes de la règle 1104. Il peut cependant être significatif à cet égard que leur demande de modification de la déclaration a été produite après que la Couronne eut formé son appel en Cour d'appel fédérale. À mon avis, leur requête a donc été formulée «pendant qu'un appel . . . est en cours» de sorte que les règles de la Cour d'appel fédérale s'appliquaient. Cela signifie, à mon avis, que le droit que la règle 421 conférait aux appelants devenait caduc et que leur seul recours était d'agir sur le fondement de la règle 1104.

b

c

d

e

f

g

Cependant, la question peut bien être théorique. La modification proposée n'est rien d'autre que l'assertion de la conclusion à laquelle, soutiennent les appelants, la Cour devrait arriver sur la question principale. Comme la Cour doit examiner la question de toute façon, l'ajout de la modification proposée ne ferait, me semble-t-il, aucune différence dans un sens ou dans l'autre en ce qui concerne la thèse des appelants.

Conclusions

En bref, il me semble que les questions soulevées par le pourvoi doivent être tranchées ainsi:

h

(1) la décision gouvernementale d'autoriser l'essai du missile de croisière au Canada ne saurait échapper au contrôle judiciaire pour aucun des motifs qu'on a fait valoir;

i

(2) la déclaration peut être radiée si les faits articulés ne révèlent aucune cause raisonnable d'action, laquelle en l'espèce pourrait être:

j

a) une cause d'action fondée sur le par. 24(1) de la Charte; ou

1985 CanLII 74 (CSC)

(b) a cause of action for declaratory relief at common law on the principle of *Dyson v. Attorney-General, supra*; or

(c) a cause of action under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* for a declaration of unconstitutionality.

(3) Taking the facts alleged as proven, they could not constitute a violation of s. 7 of the *Charter* so as to give rise to a cause of action under s. 24(1);

(4) The appellants could not establish their status to sue at common law for declaratory relief for the same reason that they could not establish a cause of action under s. 24(1); and

(5) The appellants could not establish a cause of action for declaratory relief under s. 52(1) since the facts as alleged could not constitute a violation of s. 7 and therefore no inconsistency with the provisions of the Constitution could be established.

I would accordingly dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Karam, Tannis, Greenspon, Vanier.

Solicitor for the respondents: R. Tassé, Ottawa.

b) une cause d'action qui vise à obtenir un jugement déclaratoire de *common law* selon le principe de l'arrêt *Dyson v. Attorney-General*, précité; ou

c) une cause d'action fondée sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, visant à obtenir un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité.

(3) les faits articulés, même considérés comme b prouvés, ne peuvent constituer une violation de l'art. 7 de la *Charte* de manière à donner naissance à une cause d'action fondée sur le par. 24(1);

(4) les appelants n'ont pu démontrer leur qualité c pour demander, en *common law*, un jugement déclaratoire pour la même raison qu'ils n'ont pu établir une cause d'action fondée sur le par. 24(1);

(5) et enfin les appelants n'ont pu établir une d cause d'action pour obtenir un jugement déclaratoire en vertu du par. 52(1) puisqu'il n'existe aucune «règle de droit» que l'on puisse contester.

e Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

f *Procureurs des appelants: Karam, Tannis, Greenspon, Vanier.*

Procureur des intimés: R. Tassé, Ottawa.

1985 CanLII 74 (CSC)