

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

126-21-CA

DEMOCRACY WATCH

DÉMOCRATIE EN SURVEILLANCE

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

PREMIER OF NEW BRUNSWICK

LE PREMIER MINISTRE DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

RESPONDENT

INTIMÉ

Democracy Watch v. Premier of New Brunswick,
2022 NBCA 21

Démocratie en surveillance c. le Premier ministre
du Nouveau-Brunswick, 2022 NBCA 21

CORAM:

The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LeBlond

CORAM :

l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge French
l'honorable juge LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
October 29, 2021

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 29 octobre 2021

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2021 NBKB 233
2022 NBKB 164

Décision frappée d'appel :
2021 NBBR 233
2022 NBBR 164

Preliminary or incidental proceedings:
Referral back for determination of preliminary
issue of public interest standing:
2022 NBCA 21

Procédures préliminaires ou accessoires :
Renvoi pour détermination de la question
préliminaire de la qualité pour agir dans l'intérêt
public :
2022 NBCA 21

Appeal heard:
May 24, 2022 and September 29, 2022

Appel entendu :
le 24 mai 2022 et le 29 septembre 2022

Judgment rendered:
December 8, 2022

Jugement rendu :
le 8 décembre 2022

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Drapeau

Motifs de jugement :
l'honorable juge Drapeau

Concurred in by:
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LeBlond

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge French
l'honorable juge LeBlond

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Jamie Simpson

Pour l'appelante :
Jamie Simpson

For the respondent:
Isabel Lavoie Daigle and
E. Rose Campbell

Pour l'intimé :
Isabel Lavoie Daigle et
E. Rose Campbell

THE COURT

LA COUR

Democracy Watch's public interest standing is confirmed.

La qualité pour agir dans l'intérêt public de Démocratie en surveillance est confirmée.

The application judge's interpretation of ss. 3(3) and 3(4) of the *Legislative Assembly Act*, the so-called "fixed-election-date" legislation, is set aside. That is, as well, the case for his finding of non-justiciability and his conclusion the Premier could lawfully provide the Lieutenant-Governor with the dissolution and election advice that led to the September 14, 2020 election. Just as there is no evidence the Premier's advice contravened ss. 3(3) and 3(4), there is no evidence that it conformed to those provisions.

L'interprétation donnée par le juge saisi de la requête aux par. 3(3) et 3(4) de la *Loi sur l'Assemblée législative*, appelés communément les « dispositions législatives sur les élections à date fixe », est rejetée. Il en va de même de sa conclusion de non-justiciabilité et de sa conclusion selon laquelle le premier ministre pouvait légalement donner à la lieutenant-gouverneure la recommandation de dissolution et d'élection qui a amené l'élection du 14 septembre 2020. Tout comme il n'y a aucune preuve que la recommandation du premier ministre contrevenait aux par. 3(3) et 3(4), il n'y a aucune preuve qu'elle était conforme à ces dispositions.

Notwithstanding the foregoing, the dismissal of the application for a declaration that the Premier's advice contravened ss. 3(3) and 3(4) is upheld, albeit for reasons that materially differ from those the application judge put forward.

En dépit de ce qui précède, le rejet de la requête dans laquelle était sollicitée une déclaration portant que la recommandation du premier ministre contrevenait aux par. 3(3) et 3(4) est confirmé, quoique pour des motifs considérablement différents de ceux qui ont été donnés par le juge saisi de la requête.

However, the appeal against the order of costs made in the court below is allowed. That order is set aside, and the Court directs the parties bear their own costs throughout.

Toutefois, l'appel à l'encontre de l'ordonnance d'adjudication des dépens rendue par la cour d'instance inférieure est accueilli. Cette ordonnance est annulée et la Cour ordonne que les parties assument leurs propres frais dans toute l'affaire.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, J.A.

I. Introduction, Overview and Preview of Decision

[1] On August 17, 2020, the Premier, whose government was then in a minority position in the Legislative Assembly, advised the Lieutenant-Governor to dissolve the Assembly and order a general election for September 14, 2020. The Lieutenant-Governor executed an Order-in-Council pursuant to s. 13 of the *Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3 and issued a Proclamation to that end. As a result of the election, the Premier’s party was returned to power with a majority of the seats in the Assembly. Democracy Watch contends the Premier’s dissolution and election advice to the Lieutenant-Governor breached the explicit obligation imposed upon the Premier by the *Legislative Assembly Act*, R.S.N.B. 2014, c. 116, to recommend an election in accordance with the schedule established in s. 3(4), which reads as follows:

3(4) Subject to the power of the Lieutenant-Governor referred to in subsection (3), the Premier shall provide advice to the Lieutenant-Governor that the Legislative Assembly be dissolved and a provincial general election be held on the following dates:	3(4) Sous réserve du pouvoir du lieutenant-gouverneur visé au paragraphe (3), le premier ministre recommande au lieutenant-gouverneur que l’Assemblée législative soit dissoute et qu’une élection générale provinciale soit tenue aux dates suivantes :
--	--

(a) on Monday, September 24, 2018, and	a) le lundi 24 septembre 2018;
(b) subsequently, on the third Monday in October in the fourth calendar year following the ordinary polling day for the most recently held provincial general election.	b) par la suite, le troisième lundi d’octobre de la quatrième année civile qui suit le jour ordinaire du scrutin de l’élection générale provinciale la plus récente.

Importantly, s. 3(4) is subject to s. 3(3). It states that nothing “in this section affects the power of the Lieutenant-Governor to [...] dissolve the Legislative Assembly at the

Lieutenant-Governor’s discretion”. As will be seen, the interplay between these provisions is key in settling the interpretative debate on appeal.

[2] In Democracy Watch’s submission, Premiers’ previously unfettered discretion to call an election when they deemed fit was legally constrained by the adoption of s. 3(4): absent a vote of non-confidence in the Legislative Assembly, the Premier could only lawfully advise the Lieutenant-Governor to dissolve the Assembly and order a “scheduled” general election. In accordance with the schedule established in s. 3(4), the election of September 14, 2020 should have been held on the third Monday in October 2022.

[3] After the election, Democracy Watch applied for judicial review under Rule 69 of the *Rules of Court*, seeking an order declaring the Premier’s dissolution and election advice to the Lieutenant-Governor contravened s. 3(4). That would be so because the Premier gave the impugned advice for purely partisan electoral advantage. Democracy Watch also sought an order declaring: (1) the Lieutenant-Governor “improperly” exercised her discretion under s. 3(3) by dissolving the Assembly; and (2) the Lieutenant-Governor in Council “improperly” exercised her power under s. 13 of the *Elections Act* by executing the Order-in-Council providing for an unscheduled general election on September 14, 2020.

[4] It is acknowledged Democracy Watch lacks private interest standing in the litigation. Accordingly, Democracy Watch invoked the superior court’s inherent jurisdiction and made the case for an order granting it public interest standing, in its Notice of Application and affidavit in support, as well as its pre-hearing brief. The Premier objected and filed a Notice of Motion for an order denying the sought-after public interest standing. At the outset of the hearing in the court below, both sides endeavored to resolve the question of standing before debating the merits of the application. However, the judge chose to hear the parties on the merits and to dispose of the application without determining whether Democracy Watch should be granted public interest standing: *Democracy Watch v. The Premier of New Brunswick, et al.*, 2021 NBQB 233, [2021] N.B.J. No. 302 (QL). On appeal, the issue of standing was addressed

in both the written and oral submissions and, in the course of the debate on the subject, the panel questioned Democracy Watch's entitlement to litigate the issues raised in its application, absent an order granting it standing in the public interest. The issue was referred back to the application judge and he has since rendered a decision in which he recognizes Democracy Watch's standing in the public interest: *Democracy Watch v. The Premier of New Brunswick, et al.*, 2022 NBQB 164.

[5] On the resumption of the hearing on appeal, the Premier submitted the judge erred in law in recognizing public interest standing after finding, in his original decision dismissing the application, that it bordered on the frivolous. Given the discretionary nature of an order recognizing public interest standing and our view that the application is far from frivolous, we dismissed the Premier's objection, and declined to intervene. As for Democracy Watch, it confirmed relief was no longer sought against the Lieutenant-Governor and the Lieutenant-Governor in Council, and asked for leave to discontinue its appeal against those parties. Leave was granted and, as a result, the Premier stands as the only respondent. Democracy Watch also sought leave to amend its Notice of Application to plead Rule 16 with a view to expanding, beyond Rule 69, the pool of procedural sources for the claimed standalone declaratory relief. The motion was granted, with the Premier's consent.

[6] In first instance, the Premier opposed the application primarily on the ground that the legality of his advice to the Lieutenant-Governor was not an issue that should be considered by the courts; it was non-justiciable. The Premier's fallback position was that s. 3(4) does not set election dates; it does no more than set dates by which elections must be called. Before this Court, the latter contention was jettisoned in favor of the following: s. 3(4) is not legally binding on the Premier because it is subject to s. 3(3), and that provision preserves the Lieutenant-Governor's discretion to dissolve the Legislative Assembly, which implicitly embraces the Premier's unfettered discretion to provide dissolution and election advice as he or she deems appropriate. That said, non-justiciability remains the centerpiece of the Premier's answer to the application and the appeal.

[7] The judge dismissed the application on the ground of non-justiciability. Despite this finding, he went on to deal with the merits of the application by agreeing with the Premier that s. 3(4) merely sets a date by which an election is to be held, and determining the Premier was at liberty to advise the Lieutenant-Governor to dissolve the Assembly and order an unscheduled election on September 14, 2020.

[8] In my respectful view, the judge erred in dismissing the application on the basis of non-justiciability, and I would set aside his ruling on the question. Despite the political significance of the Premier's prerogative with respect to dissolution and election advice under ss. 3(3) and 3(4), its scope and the legitimacy of its exercise are justiciable questions. By applying the multifactorial interpretative approach favored by *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2 (QL) and s. 17 of the *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13, I conclude that, by virtue of ss. 3(3) and 3(4), the Premier is not only honor bound but, as well, legally bound to provide dissolution and election advice to the Lieutenant-Governor in accordance with the Legislature's sovereign will, as manifested, explicitly and implicitly, in those provisions. The application judge erred in law in finding s. 3(4) merely sets dates by which elections are to be held. Rather, its wording and object, and the context, compel the conclusion that ss. 3(3) and 3(4) bind the Premier to provide advice that accords with the latter's schedule for elections, while preserving his or her right to derogate from that obligation in certain circumstances. Accordingly, I would set aside the judge's interpretation of ss. 3(3) and 3(4).

[9] As well, I would quash the judge's finding that the Premier's dissolution and election advice conformed with s. 3(4). It may have, but the record does not permit an affirmative finding on the subject. Conversely, there is no admissible evidence the Premier initiated the process leading to the unscheduled election of September 14, 2020 for purely partisan electoral advantage. It is axiomatic courts may not make a finding of statutory breach or compliance without substantiating evidence.

[10] Notwithstanding the above, I would confirm the dismissal of the application. I would do so on the ground that there is no evidence the Premier's advice

contravened s. 3(4), as interpreted in the text that follows. I would, however, overturn the award of costs against Democracy Watch. My reasons for disposing of the appeal in this fashion are fleshed out in the text that follows.

[11] I conclude these introductory remarks by emphasizing I offer no views on the legality of the Premier's August 17, 2020 dissolution and election advice, the Lieutenant-Governor's dissolution of the Legislative Assembly or the September 14, 2020 election.

II. Context

A. *Uncontested primary facts and legislative history*

[12] Prior to 2007, s. 2 of the *Legislative Assembly Act* provided that, absent dissolution of the Legislative Assembly, members of the Assembly would hold their seat for a maximum of five years. Provincial general elections could occur at any time, on the Premier's advice and at the Lieutenant-Governor's discretion, as long as the five-year maximum window between elections was not exceeded.

[13] In 2007, s. 2 was amended by Bill 75. As a result, a schedule for general elections was established, with general voting on September 27, 2010, and on the third Monday in September four years thereafter, and so forth. In the court below, the Premier countered Democracy Watch's argument that s. 3(4) categorically prohibits unscheduled elections by relying on the Government House Leader's May 30, 2007 statements in the Legislative Assembly confirming the legislation's object was to set the date for future elections while preserving the Premier's dissolution and election advice in certain circumstances:

This bill has been well thought out and thought through. It is to set the date for future elections. It does not take away any of the traditional powers of the Lieutenant-Governor, if [...] major circumstances were to arise so that the government would need to seek a mandate from the people, or if the people's House became unworkable, we would

request to go to the people, and the Lieutenant-Governor would exercise his or her discretion.

[14] Since 2007, every provincial election (2010, 2014 and 2018), except the election of September 14, 2020, has been held in conformity with the schedule established in s. 3(4).

[15] In 2010, the Legislature amended the *Elections Act* to provide, in s. 2, the following definition of “scheduled general election”: a “general election held in accordance with the schedule established in subsection 2(4) [now s. 3(4)] of the *Legislative Assembly Act*”. It also amended s. 13 to recognize general elections may be either “scheduled” or unscheduled. Section 13 provides:

13(1) Every election shall be commenced by an order of the Lieutenant-Governor in Council.	13(1) Toute élection doit commencer par un décret du lieutenant-gouverneur en conseil.
--	--

13(2) An Order-in-Council under subsection (1) shall do the following:	13(2) Le décret en conseil visé au paragraphe (1) est établi de la manière suivante :
--	---

(a) direct the issue of a writ of election for each electoral district in which an election is to take place;	a) il ordonne l'émission d'un bref d'élection pour chaque circonscription électorale où une élection doit avoir lieu;
---	---

(b) fix the date on which the writs will be issued, which shall be as follows:	b) il indique la date d'émission des brefs d'élection :
--	---

(i) for a scheduled general election, the thirty-second day before ordinary polling day; and	(i) pour des élections générales programmées, le trente-deuxième jour avant le jour ordinaire du scrutin,
--	---

(ii) for all other elections, not more than 38 nor less than 28 days before ordinary polling day;	(ii) pour toutes les autres élections, la date d'émission du bref ne peut être plus de 38 jours ni moins de 28 jours avant le jour ordinaire du scrutin;
---	--

(c) fix the date and time for the close of nominations of candidates, which shall be as follows:	c) il indique la date et l'heure de clôture pour la production des déclarations de candidature, déterminées selon ce qui suit :
--	---

- | | |
|--|---|
| (i) for a scheduled general election, 2 p.m. on the twentieth day before ordinary polling day; and | (i) pour des élections générales programmées, 14 heures le vingtième jour avant le jour ordinaire du scrutin, |
| (ii) for all other elections, 2 p.m. on the seventeenth day before ordinary polling day; | (ii) pour toutes les autres élections, 14 heures le dix-septième jour avant le jour ordinaire du scrutin; |
| (d) fix the date for the ordinary polling day in accordance with section 14; | d) il indique la date du jour ordinaire du scrutin conformément à l'article 14; |
| (e) fix the date for the advance polling days, which shall be the ninth and seventh days before ordinary polling day; | e) il indique les dates du scrutin par anticipation, lesquelles doivent tomber le neuvième jour et le septième jour avant le jour ordinaire du scrutin; |
| (f) fix the date on which candidates will be declared elected, which shall be the fourth day following ordinary polling day; and | f) il indique la date à laquelle les candidats seront déclarés élus, date qui tombe le quatrième jour qui suit le jour ordinaire du scrutin; |
| (g) fix the date on which the writs will be returnable, which shall be the eleventh day following ordinary polling day. | g) il indique la date à laquelle le rapport des brefs doit être fait, laquelle tombe le onzième jour après le jour ordinaire du scrutin. |

[16] Evidently, the proposition that s. 3(4) establishes a schedule for elections became part of the explicit legislative context with the adoption of s. 13. Equally plain is the conclusion that the Legislature has explicitly confirmed, by way of s. 13, that a general election may be “other” than a scheduled general election.

[17] On August 17, 2020, the Lieutenant-Governor approved Order-in-Council No. 187, in which the Lieutenant-Governor in Council, on the recommendation of the Premier and the Executive Council, ordered an unscheduled general election to be held in all electoral districts for the election of members to serve in the Legislative Assembly. The ordinary voting day for the provincial election was set for September 14, 2020. The Order-in-Council states:

AUGUST 17, 2020

2020-187

THE HONOURABLE BLAINE HIGGS, THE PREMIER,
RECOMMENDS TO THE EXECUTIVE COUNCIL:

THAT the Legislative Assembly be dissolved; that writs of election for each electoral district of the Province be issued on the 17th day of August, 2020, and be returnable on the 25th day of September, 2020; that the 8th day of August, 2020 at 2:00 p.m. be appointed as the day for nomination of candidates; that the 5th and 8th days of September, 2020 be appointed as advanced polling days; that the 18th day of September, 2020 be appointed as the day candidates are declared elected; and that the 14th day of September, 2020, be appointed polling day; and that a meeting of the Legislative Assembly be held at Fredericton on the 27th day of October, 2020.

AND the Executive Council concurring in said Recommendation.

IT IS ACCORDINGLY SO ORDERED.

Brenda L. Murphy
Lieutenant-Governor

This is to certify that the foregoing is a true copy of an Order of the Lieutenant-Governor in Council of the Province of New Brunswick, made on the

Je certifie que le document qui précède est une copie conforme d'un décret du lieutenant-gouverneur en conseil de la province du Nouveau-Brunswick, pris le

17 August 2020.
Clerk of the Executive Council/
Greffier du Conseil executive
Cheryl Hansen

[18] As can readily be seen, the Order-in-Council conforms with the provisions of s. 13 of the *Elections Act* that pertain to unscheduled elections.

[19] On August 17, 2020, the Lieutenant-Governor also issued a Proclamation dissolving the Legislative Assembly and prescribing an unscheduled general election for September 14, 2020, in accordance with the Premier's advice. The Proclamation reads:

BY HER HONOUR. BRENDA L. MURPHY
LIEUTENANT-GOVERNOR OF NEW BRUNSWICK

PROCLAMATION

WHEREAS I have thought fit to dissolve the Legislative Assembly of this Province, the same is hereby dissolved accordingly, effective August 17, 2020.

AND I have thought fit further to order and direct that Writs of Election for each Electoral District of the Province be issued on the 17th day of August, 2020, and be returnable on the 25th day of September, 2020; that the 28th day of August, 2020 at 2:00 p .m. be appointed as the day for nomination of candidates; that the 5th and 8th days of September, 2020 be appointed as advanced polling days; that the 18th day of September, 2020 be appointed as the day candidates are declared elected; and that the 14th day of September, 2020, be appointed polling day; and that a meeting of the Legislative Assembly be held at Fredericton on the 27th day of October, 2020.

Given under my hand and the
Great Seal of the Province at
Fredericton on the 17th day of
August, in the year of our Lord
Two Thousand and Twenty and in
the sixty-nine the year of Her
Majesty's reign.

BY COMMAND OF THE LIEUTENANT-GOVERNOR

Andrea Anderson-Mason, Q.C.
Attorney General

Brenda L. Murphy
Lieutenant-Governor

[20] The last general election prior to the September 14, 2020 election occurred on September 24, 2018. In that election, no party won a majority of seats. The incumbent Liberal government was subsequently defeated on a non-confidence vote. The

Progressive Conservative party then formed a minority government and, on November 9, 2018, the Honorable Blaine Higgs was sworn in as Premier.

[21] In 2017, s. 3 of the *Legislative Assembly Act* was amended with the adoption of Bill 62. As a result, the four-year cycle, with the election falling on the third Monday in September, was changed to a four-year cycle, with the election falling on the third Monday in October.

[22] Looking solely at the schedule established in s. 3(4), the next election following the 2017 amendment stood to take place on the third Monday of October in 2022.

[23] The record is mute on whether the Premier actually held the confidence of the Legislative Assembly on August 17, 2020. Nonetheless, one can infer the Premier provided dissolution and election advice on that date without a prior vote of non-confidence in the Legislative Assembly. If such a vote had taken place, the underlying application would not have been filed.

[24] No person entitled to vote in the election and none of the opposition parties or members of the Legislative Assembly sought judicial review of the Premier's dissolution and election advice to the Lieutenant-Governor. Democracy Watch sought public interest standing to do so. It is a not-for-profit organization founded and federally incorporated in 1993 that advocates for democratic reform, citizen participation in public affairs, government and corporate accountability, and ethical behaviour in government and business in Canada. Democracy Watch claims to have more than 43,000 supporters from across Canada who are members of its Democracy Watcher Network, including more than 250 in New Brunswick. Its mandate includes the pursuit of "changes in the ways citizens participate in government and business decision-making, including elections". Democracy Watch appeared as an intervener before the Supreme Court of Canada in *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827, and has filed proceedings concerning, *inter alia*, the Prime Minister's "snap" federal election

call in 2008, and, more recently, concerning the “snap” election call by the Premier of British Columbia. Democracy Watch has been granted public interest standing by the courts on several occasions.

B. *The animating complaint and the grounds for the standalone declaratory relief sought in the Notice of Application*

[25] Rule 69.09(2) provides no ground may be relied upon except as set out in the original or amended Notice of Application for judicial review. Rule 38.04, which governs applications under Rule 16, requires the Notice of Application state the grounds to be argued. In the Notice of Application, Democracy Watch reveals its understanding of s. 3(4) as “fixed-election-date” legislation designed to prevent “governing parties from calling elections purely for reasons of political strategy”. It also articulates the following grounds for the standalone declaratory relief it seeks:

Subsection 3(3) of the *Legislative Assembly Act* states that the Lieutenant Governor has the power to dissolve the Legislative Assembly at the Lieutenant Governor’s discretion.

By constitutional convention, the Lieutenant Governor will only dissolve the Legislative Assembly and cause a general election on the advice of the Premier. The Lieutenant Governor may decline to follow the Premier’s advice, but she will not otherwise dissolve the Legislative Assembly.

The “confidence convention” establishes that the Legislative Assembly may be dissolved if a vote of non-confidence in the presiding government of New Brunswick has occurred in the Legislative Assembly.

Subsection 3(3) is limited by section 3(4) of the *Act*, which provides that a general voting day must occur on the third Monday in October in the fourth calendar year following the mostly recently held general election.

The provisions of fixed election dates in section 3(4) of the *Act* reflects the legislative intent that provincial elections will be held on a fixed date every fourth year. This

provision increases certainty and predictability in the electoral process and prevents governing parties from calling elections purely for reasons of political strategy.

Since 2007, every New Brunswick provincial election has been held as prescribed by the *Act*, creating constitutional conventions that fixed elections will be held on the fixed date, and that the Legislative Assembly will not be dissolved by the Lieutenant Governor and writs will not be ordered by the Lieutenant-Governor in Council for a provincial election unless the government has lost the confidence of the Legislative Assembly.

During that four-year period, subsection 3(4) of the *Act*, informed by these constitutional conventions, prohibits the Premier from advising the Lieutenant Governor to dissolve – and limits the Lieutenant Governor’s discretion to dissolve – the Legislative Assembly, unless the government loses the confidence of the legislature.

Also, during that four-year period, subsection 3(4) of the *Act*, together with [s. 13] of the *Elections Act* and informed by the constitutional conventions, prohibits the Premier from advising the Lieutenant-Governor in Council to order – and prevents the Lieutenant-Governor in Council from ordering – a general election to be held, unless the government loses the confidence of the legislature.

The dissolution of the Legislative Assembly and the issuing of the writs and election-related dates, including an ordinary voting day of September 14, 2020, occurred at a time when the government held the confidence of the Legislature. These actions, advised by the Premier and the Executive Council, and undertaken by the Lieutenant Governor and the Lieutenant-Governor in Council, were contrary to the *Legislative Assembly Act*. [Emphasis added]

The applicant relies on the following:

- (a) *Constitution Act, 1867*
- (b) *Legislative Assembly Act* (R.S.N.B. 2014, c. 116);
- (c) *Elections Act* (R.S.N.B. 1973 c. E-3);
- (d) Rule 69 of the Rules of Court;
- (e) Rule 38 of the Rules of Court; and
- (f) The inherent jurisdiction of this Court.

[26] In applications for declaratory relief, the focus should be on the underlying complaint so that the process and the court's adjudicative role remain true to their case-specific purpose in an adversarial context. Applications for declaratory relief should not be used to convert the court into a commission of inquiry. Democracy Watch's complaint regarding the Premier's dissolution and election advice is formulated in the supporting affidavit filed by its Coordinator:

In my opinion, as someone who has dedicated my professional life to advocating for fairness in governance, the New Brunswick provincial election was called for partisan reasons. I believe that the Premier and his Cabinet believed that their Progressive Conservative party was in good public favour, particularly in light of the provincial governments handling of the COVID-19 pandemic. I believe the Premier and his Cabinet are concerned that by the fixed election date in 2022, the public may be unhappy with continuing restrictions due to COVID-19 and a potential economic downturn, and so the Premier and his Cabinet took political advantage by calling an election now.

[27] The judge ruled those statements of opinion and belief were inadmissible to establish the Premier's motivation for calling the election. I agree, and note issue is not taken with that ruling. The statements are nevertheless evidence of the complaint underlying the application: the September 14, 2020 election was called for purely partisan electoral advantage.

C. *Relief sought in the Notice of Application*

[28] Rule 69.09(2) prevents the court on judicial review from granting relief except as claimed in the original or amended Notice of Application. Rule 38.04(a) provides a Notice of Application under Rule 16 must state the precise order sought. In its Notice of Application, Democracy Watch claimed an order declaring:

1. The Premier of New Brunswick's action advising the Lieutenant Governor New Brunswick ("Lieutenant Governor") to dissolve Parliament on August 17, 2020

and to hold a general election on September 14, 2020 contravened subsection 3(4) of the *Legislative Assembly Act*, (RSNB 2014, c 116) (the “Act”);

2. The Lieutenant Governor improperly exercised her discretion under subsections 3(2) and 3(3) of the *Act* by dissolving Parliament on August 17, 2020;
3. The Lieutenant Governor in Council improperly exercised her power under subsection 13(1) of the *Elections Act* (RSNB 1973, c E-3) on August 17, 2020 by issuing an Order-in-Council directing the issuing of writs and fixing various dates for a general election including the ordinary polling day of September 14, 2020.

[29] Significantly, in the Notice of Application, Democracy Watch does not seek an order quashing the Premier’s August 17, 2020 advice to the Lieutenant-Governor or the Order-in-Council dissolving the Legislative Assembly and prescribing a general election on September 14, 2020. If the latter relief had been sought, non-justiciability might be a compelling answer (see Lord Roskill’s dicta in *Attorney General v. DeKeyser’s Royal Hotel Ltd.*, [1920] U.K.H.L. 1, [1920] A.C. 508, pp. 526-528 that the dissolution of the U.K. Parliament was not justiciable). See, as well, the caution expressed by Lord Justice Sedley regarding this dicta in *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs v. R. (on the application of Bancoult) (No. 2)*, [2007] E.W.C.A. Civ. 495, [2008] Q.B. 365, and the landmark case of *R (Miller) v Prime Minister*, [2019] UKSC 41, where the U.K. Prime Minister’s prorogation advice and the ensuing Order-in-Council were set aside. Note, as well, Lord Roskill’s dicta was made at a time when dissolution was not subject to any statutory restrictions such as those imposed by the *Fixed Term Parliaments Act 2011* (U.K.), now repealed, or ss. 3(3) and 3(4) of the *Legislative Assembly Act*. Whether any of this matters, remains to be debated.

[30] Moreover, Democracy Watch did not seek an order declaring the election invalid. If it had, s. 122.1 of the *Elections Act* might be in the mix and militate against public interest standing. Indeed, s. 122.1 permits an application to set aside a member’s election, specifies the grounds that may be invoked and limits standing to a person who

had a right to vote at the election in the relevant electoral district, or a person who was a candidate for election in that district. The Premier does not contend s. 122.1 weighs in the balance in resolving any of the issues that remain outstanding, and the parties did not make representations on its relevance. I will say no more on the subject.

D. *Relief sought on appeal*

[31] Democracy Watch no longer seeks declaratory relief against the Lieutenant-Governor and the Lieutenant-Governor in Council. Its claim for standalone declaratory relief targets only the Premier's decision to advise the Lieutenant-Governor to dissolve the Legislative Assembly and to hold a general election on September 14, 2020. As noted in my introductory remarks, the Court granted Democracy Watch's motion for leave to discontinue its appeal against those parties. Additionally, the Court granted Democracy Watch's motion for leave to amend the Notice of Application to plead Rule 16, as an alternative to Rule 69, in its quest for standalone declaratory relief.

[32] Furthermore, Democracy Watch seeks reversal of the order of costs in first instance. It also requests no costs on appeal be awarded in its favor or against it.

F. *Reasons for dismissing the application in first instance*

[33] The kernel of the application judge's interpretation of ss. 3(3) and 3(4) is found in the following excerpts from his reasons for decision:

Let me make two initial observations on the above provisions that arise based on what I find to be the plain and ordinary meaning of the language. First, the wording of s. 3(4) does not alter the discretionary power of the Lieutenant-Governor defined in s. 3(3). Her discretion to dissolve the Legislative Assembly remains intact. Second, the wording of s. 3(4) directs the Premier to advise the Lieutenant-Governor to dissolve the Legislative Assembly and hold an election by a set date following the most recently held provincial general election. Subsection 3(4) does not say that the Premier can only advise the

Lieutenant-Governor to dissolve the legislative assembly for an election on the date specified.

The Applicant argues that the provisions of the *Act* categorically prohibit the Premier from offering advice to the Lieutenant Governor to hold an election on a date other than as specified in the *Act* (s. 3(4)). The Respondents argue otherwise. At para. 58 of their joint brief, the Respondents set out the remarks made in the Legislative Assembly (as recorded in Hansard) by then House Leader, Stuart Jamieson, on May 30, 2007:

This bill has been well thought out and thought through. It is to set the date for future elections. It does not take away any of the traditional powers of the Lieutenant-Governor. If a major circumstances were to arise so that the government would need to seek a mandate from the people, or if the people's House became unworkable, we would request to go to the people, and the Lieutenant-Governor would exercise his or her discretion. [Emphasis in original.]

The obvious, if not realistic, merit of the Respondents' point is reflective of the comments of the Federal Court of Appeal in *Conacher et al v. Prime Minister et al*, 2010 FCA 131, where the court wrote at para. 7:

If the section were interpreted in the manner suggested by the appellants, the Prime Minister would be prohibited from advising the Governor General that an election should be held because of dire need or an event of great importance. We do not accept that section 56.1 has that result. Such a drastic result would require the clearest of statutory wording. This is a further indication that section 56.1, as drafted, does not affect the Prime Minister's ability to give advice to the Governor General.

[34] On the issue of justiciability, the judge quoted the following from the reasons in *Engel v. Prentice*, 2020 ABCA 462, [2020] A.J. No. 1405 (QL), (leave to appeal to the Supreme Court denied, [2021] S.C.C.A. No. 47):

The appellants concede that an early election can be called when necessary or justified. That begs the question of who is to decide when an early election is called for. In 2015, the Premier concluded that the precipitous state of Alberta's public accounts required an early election. That was a quintessentially political decision based on prerogative powers, not one that is justiciable. By convention the Lieutenant Governor acts on the Premier's advice, and the preservation of the Lieutenant Governor's powers must, by implication, have preserved the power of the Premier to give that advice: *Conacher* FCA at para 5. [Emphasis by application judge.]

[35] The judge added:

To repeat, I find that, based on the plain meaning of the legislation and the underlying public policy as noted above, the authority of the Premier, to have advised the Lieutenant Governor to dissolve the Legislative Assembly and to set a date for a general provincial election, is not restricted as suggested by the Applicant. Nor, on the same basis, is the Lieutenant-Governor's discretion to accept it fettered as suggested by the Applicant. The matter is, as noted above, "... a quintessentially political decision based on prerogative powers, not one that is justiciable." The decisions by the Premier in this case to seek the dissolution of the Legislative Assembly, and the Lieutenant-Governor's acceptance of that advice, are political decisions and therefore, as noted in *Conacher*, not justiciable.

[36] In dismissing the application, the judge observed "the matter borders on being considered frivolous". In his opinion, there was "little reasonable hope that the facts and applicable legislation in this case would produce a result different from the consistent pattern of jurisprudence existing in other jurisdictions", specifically the cases of *Conacher v. Canada (Prime Minister)*, 2010 FCA 131, [2010] F.C.J. No. 701 (QL) and *Engel v. Prentice*. The judge concluded the Premier "was free to advise the Lieutenant-Governor that the Legislative Assembly should be dissolved, and an election called at a date other than has been identified in the Act. The Lieutenant-Governor was free to exercise her discretion in response to such advice". Democracy Watch was

ordered to pay one set of costs in the amount of \$2,500 (inclusive of any applicable HST and disbursements).

G. *Grounds of appeal*

[37] In the Notice of Appeal, Democracy Watch seeks reversal of the application judge's entire decision.

[38] With respect to the substantive issues, Democracy Watch contends the judge erred in law by: (a) concluding the Premier's August 17, 2020 dissolution and election advice to the Lieutenant-Governor is an executive prerogative that may not be reviewed by the courts; (b) deciding the Premier did not act contrary to s. 3(4) in providing that advice; (c) failing to appreciate s. 3(4) is worded differently, and thereby distinguishable, from the topically-related legislation considered in *Conacher v. Canada (Prime Minister)* and *Engel v. Prentice*; (d) failing to consider the entire context of ss. 3(3) and 3(4), including the larger context in which the provisions stand to be read, and the object of the provisions; (e) failing to give a fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of the object of ss. 3(3) and 3(4), in accordance with s. 17 of the *Interpretation Act*; and (f) failing to consider the constitutional convention created by the enactment of s. 3(4) and the subsequent compliance with the schedule it established by three Premiers and two Lieutenant-Governors through three elections.

[39] As will appear, I find grounds (a)-(e) are generally well founded, which is not the case for ground (f). In my view, no constitutional convention of the kind alleged in ground (f) has ever existed in this Province. Moreover, the alleged convention is contradicted by the provisions of the *Elections Act* that allow general elections on dates other than those in the schedule established in s. 3(4). Nothing further need be said on this topic.

[40] With respect to the request for reversal of the order of costs, the Notice of Appeal omits to articulate any ground for intervention. However, in Part 6 of the Appellant’s Submission, under “Order sought”, Democracy Watch requests reversal of the costs award and that no further costs be awarded for or against it, “given that the case is unprecedented and it is in the public interest for the courts to decide the issues that this case raises concerning the fundamental democratic right of the people of New Brunswick to fair elections”. For the sake of procedural thoroughness, I would amend the Notice of Appeal accordingly.

II. Analysis and Decision

[41] In the text that follows, I address the following issues: (1) the need and timing for a decision determining a dispute over public interest standing, and the standard of review on appeal from any such decision; (2) the justiciability of the scope of the Premier’s prerogative to provide dissolution and election advice to the Lieutenant-Governor, and Democracy Watch’s allegation that the Premier’s advice contravened s. 3(4); (3) the proper interpretation of ss. 3(3) and 3(4); (4) the availability of standalone declaratory relief on judicial review under Rule 69; (5) the conditions for declaratory relief under Rule 16; (6) the relevance of the decision in *Acadian Society of New Brunswick v. Right Honourable Prime Minister of Canada*, 2022 NBQB 85, [2022] N.B.J. No. 74 (QL) and the observations therein regarding the constitutionality of the Lieutenant-Governor’s appointment by the Prime Minister of Canada; and (7) the issue of costs.

A. *Public interest standing*

[42] In his original decision, the application judge noted the respondents “raise a preliminary issue seeking an order declaring that [Democracy Watch] does not have public or private interest standing to bring the present application”. The judge acknowledged “it may be appropriate to rule on the motion before dealing with the merits of the Application”, but declined for the following reasons:

First, on its face, the Application seeks to challenge the legitimacy of a provincial general election. The subject matter, by its nature, could be considered of prime importance in our democracy. In certain circumstances, like this, it may serve the public interest to just answer the questions raised in the underlying Application than to leave such questions unanswered due to strict application to the *Rules*. Second, given the disposition I am about to make on the merits of the Application, the question of standing will be of no consequence. [para. 5]

[43] The issue of public interest standing was fully addressed by the Court in *Province of New Brunswick v. Morgentaler*, 2009 NBCA 26, 344 N.B.R. (2d) 39. Regrettably, that decision was not brought to the application judge's attention. Had it been, I have no doubt he would have disposed of Democracy Watch's request for public interest standing as a threshold issue.

[44] In *Morgentaler*, the Court noted the common law has traditionally recognized two categories of standing in civil proceedings: (1) private standing or standing as of right: and (2) public interest standing. The Court underscored that, absent legislation stipulating otherwise, only the court can grant public interest standing. It is hornbook law that, without standing, a party is not entitled to have his or her case determined. In *Morgentaler*, the Province argued the motion judge erred in granting Dr. Morgentaler public interest standing prior to the hearing on the merits. The Court rejected this contention, holding public interest standing may be granted in the exercise of the superior court's inherent jurisdiction, whenever it is just to do so.

[45] The correctness of that proposition was recently confirmed in *British Columbia (Attorney General) v. Council of Canadians with Disabilities*, 2022 SCC 27, [2022] S.C.J. No. 27 (QL), at para. 78. In that case, Chief Justice Wagner, writing for the Court, described the purpose of a hearing regarding public interest standing in a way that points to the advisability of an early judicial intervention. Such a hearing: (1) plays a "gatekeeping" or "screening" role (paras. 36 and 42); (2) focuses, in a preliminary way, on the justiciability and seriousness of the issue raised. Unless a justiciable issue is raised, the dispute should not be heard (para. 50). Moreover, an early determination of a request

for public interest standing allows courts to “screen out” both “mere busybodies” and unmeritorious claims (paras. 42, 51 and 57); and (3) allows the court to “ensure that judicial resources remain available to those who need them most” (para. 48). In doing so, the court plays a helpful role in the allocation of scarce judicial resources (paras. 42 and 57).

[46] While the interests of justice may require deferring a decision regarding public interest standing to the hearing on the merits, the court, assuming it is invested with subject-matter jurisdiction, may not decline to settle the issue. In *Morgentaler*, the Court held public interest standing may be granted “whenever it is just to do so, whether before the commencement of the proceeding or at any time during its pendency” (para. 51). The Court added:

Ideally, applications for public interest standing should be made before the commencement of proceedings. If the application is denied, time, effort and money otherwise wasted will become available for some other worthy public interest cause or to assist a like-minded claimant with standing as of right. If the application is allowed, the claimant will have original rights including the right to initiate the litigation, “develop its factual underpinning” and control its unfolding within the applicable procedural framework (see Sharon Levine, *Advocating Values: Public Interest Intervention in Charter Litigation* (1993), 2 N.J.C.L. 1-410, p. 37). Moreover, and just as importantly, the parties’ energies will be channeled, sooner rather than later, in the direction of an “expeditious determination of [the] proceeding on its merits” (see Rule 1.03(2)). [para. 52]

[47] Public interest standing should be dealt with as a preliminary or threshold issue. In essence, it is a decision “about whether an applicant is entitled to have the courts consider the merits of an arguable legal claim” (see *Corp. of the Canadian Civil Liberties Assn. v. Canada (Attorney General)*, [1998] O.J. No. 2856 (C.A.) (QL), at para. 101). At any rate, any decision regarding public interest standing must be made during the pendency of the proceeding: *Morgentaler*, at para. 51. There is one exception to that rule, and it is where the court finds it lacks jurisdiction to hear and determine the dispute. That

is not what occurred in first instance. The application judge erred in law in declining to determine whether Democracy Watch should be granted public interest standing, hence the Court's referral back of that question for determination.

[48] In the ruling that followed, the judge carefully considered the salient parts of the decisions in *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524 and *British Columbia (Attorney General) v. Council of Canadians with Disabilities*, and applied the test those cases articulate in concluding:

The question posed by the Application was serious. I find it to be a justiciable question upon which the court could opine. As Democracy Watch has a demonstrated history of being involved in the courts on various matters involving proper governance, including the issue of "fixed election" timing, I am satisfied and find that it has a genuine interest in the issue. Finally, I was satisfied that the process utilized was a reasonable way to bring the matter forward. [...]

Had I answered the question of standing in the first instance, I would have, in the circumstances of this case, granted Democracy Watch public interest standing for the reasons herein. [paras. 33-34]

The judge's decision to recognize public interest standing in Democracy Watch was made in the exercise of a discretionary power. It attracts great deference on appeal. The Premier has not shown the judge's decision is the product of any error of law or principle. Nor has he demonstrated the decision is unreasonable. In my view, the judge did not commit reversible error in concluding the test adopted in *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society* and confirmed in *British Columbia (Attorney General) v. Council of Canadians with Disabilities* is satisfied in this case.

B. *Justiciability*

[49] In *Conacher*, the sought-after declarations were “focused on the conduct of the Prime Minister in advising the Governor General of Canada to dissolve the 39th Parliament of Canada and to set an election date” (para. 2). The applicants in that case contended the Prime Minister contravened s. 56.1 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9 in advising the Governor General to order an election on a date at variance with the schedule established by s. 56.1(2). Significantly, the Court underscored the wording of s. 56.1 did not “prevent the Prime Minister from advising the Governor General that Parliament should be dissolved and an election held”, and, if that had been Parliament’s intention, it “would have used explicit and specific wording to the effect in s. 56.1”. The Court noted Parliament did not do so. That is likewise the case for the statute under consideration in *Engel*. The legislation under consideration here features wording that purports to explicitly define the dissolution and election advice the Premier is lawfully entitled to provide. Democracy Watch rightly submits *Conacher* and *Engel* are distinguishable on that basis alone.

[50] The question raised by Democracy Watch’s application, as amended, is whether the Premier’s dissolution and election advice of August 17, 2020 contravened ss. 3(3) and 3(4). A justiciable question is a question that is appropriate for judicial determination: *British Columbia (Attorney General) v. Council of Canadians with Disabilities*, at para. 47. In that case, Chief Justice Wagner made the following observations on how the principle of legality informs the doctrine of justiciability:

The legality principle encompasses two ideas: (i) state action must conform to the law and (ii) there must be practical and effective ways to challenge the legality of state action (*Downtown Eastside*, at para. 31). Legality derives from the rule of law: “[i]f people cannot challenge government actions in court, individuals cannot hold the state to account - - the government will be, or be seen to be, above the law” (*Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31, at para. 40).

Access to justice, like legality, is “fundamental to the rule of law” (*Trial Lawyers*, at para. 39). As Dickson C.J. put it, “[t]here cannot be a rule of law without access, otherwise the rule of law is replaced by a rule of men and women who decide who shall and who shall not have access to justice” (*B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, at p. 230). [paras. 33-34]

[51] Legality lies at the heart of the underlying application, and tips the scales in favor of justiciability.

[52] In *Black v. Canada (Prime Minister)*, [2001] O.J. No. 1853 (C.A), the Crown prerogative with respect to honours was under consideration. The narrow issue was whether the Prime Minister’s advice to the Queen regarding Canada’s policy on the conferral of an honour on a Canadian citizen was judicially reviewable. Before concluding it was not because the advice did not affect individual rights, the Court offered a comprehensive assessment of the doctrine of justiciability under Canadian prerogative law. The Court began its analysis with a description of the Crown’s prerogative power:

[...] According to Professor Dicey, the Crown prerogative is “the residue of discretionary or arbitrary authority, which at any given time is left in the hands of the Crown”. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* 10th ed. (London: Macmillan, 1959) at p. 424. Dicey’s broad definition has been explicitly adopted by the Supreme Court of Canada and the House of Lords. See *Re The Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269 at 272-73 and *A.G. v. DeKeyser’s Royal Hotel*, [1920] A.C. 508 at 526. See also Peter Hogg and Patrick Monahan, *Liability of the Crown* 3rd ed. (Toronto: Carswell, 2000) at p. 15.

The prerogative is a branch of the common law because decisions of courts determine both its existence and its extent. In short, the prerogative consists of “the powers and privileges accorded by the common law to the Crown.” Peter Hogg, *Constitutional Law in Canada* Loose-Leaf Edition (Toronto: Carswell, 1995) at 1.9. See also *Case of*

Proclamations (1611), 77 E.R. 1352 (K.B.). The Crown prerogative has descended from England to the Commonwealth. As Professor Cox has recently observed, “it is clear that the major prerogatives apply throughout the Commonwealth, and are applied as a pure question of law”. N. Cox, *The Dichotomy of Legal Theory and Political Reality: The Honours Prerogative and Imperial Unity*, 14 Australian Journal of Law and Society (1998-99) 15 at 19. [paras. 25-26]

[53] The Court went on to confirm a Crown prerogative may be altered, and even displaced by statute:

Despite its broad reach, the Crown prerogative can be limited or displaced by statute. See *Parliament of Canada Act*, R.S.C. 1985 c. P-1 s. 4. Once a statute occupies ground formerly occupied by the prerogative, the prerogative goes into abeyance. The Crown may no longer act under the prerogative, but must act under and subject to the conditions imposed by the statute. *A.G. v. DeKeyser’s Royal Hotel*, *supra*. In England and Canada, legislation has severely curtailed the scope of the Crown prerogative. Dean Hogg comments that statutory displacement of the prerogative has had the effect of “shrinking the prerogative powers of the Crown down to a very narrow compass”. Professor Wade agrees:

[I]n the course of constitutional history the Crown’s prerogative powers have been stripped away, and for administrative purposes the prerogative is now a much-attenuated remnant. Numerous statutes have expressly restricted it, and even where a statute merely overlaps it the doctrine is that the prerogative goes into abeyance. E.C.S. Wade, *Administrative Law*, 6th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1988) at pp. 240-41. [para. 27]

[54] The Court then acknowledged the long-accepted view that the following questions were justiciable: whether a claimed prerogative exists; whether it has been superseded by statute; whether any subsisting prerogative was exercised and; if so, its scope. The Court remarked the honours prerogative has neither been superseded nor

altered by the imposition, by virtue of statute or common law, of any conditions for its lawful exercise.

[55] The Court also took note of the evolution of judicial thinking on the application of the doctrine of justiciability to the exercise of any prerogative power: courts are willing to review the exercise of a prerogative power where it affects the rights of an individual:

Under the law that existed at least into the 1960s, the court's power to judicially review the prerogative was very limited. The court could determine whether a prerogative power existed and, if so, what its scope was, and whether it had been superseded by statute. However, once a court established the existence and scope of a prerogative power, it could not review how that power was exercised. See S. DeSmith, H. Woolf and J. Jowell, DeSmith, *Woolf & Jowell's Principles of Judicial Review* (London: Sweet & Maxwell, 1999) at p. 175 and *DeKeyser's Royal Hotel, supra*. The appropriateness or adequacy of the grounds for its exercise, even whether the procedures used were fair, were not reviewable. The courts insisted that the source of the power – the prerogative – precluded judicial scrutiny of its exercise. The underlying rationale for this narrow review of the prerogative was that exercises of prerogative power ordinarily raised questions courts were not qualified or competent to answer.

Even this narrow view of the court's role in reviewing the prerogative power now has to be modified in Canada because of the Canadian *Charter of Rights and Freedoms*. By s. 32(1)(a), the *Charter* applies to Parliament and the Government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament. The Crown prerogative lies within the authority of Parliament. Therefore, if an individual claims that the exercise of a prerogative power violates that individual's *Charter* rights, the court has a duty to decide the claim. See *Operation Dismantle, supra*. [...].

Apart from the *Charter*, the expanding scope of judicial review and of Crown liability make it no longer tenable to hold that the exercise of a prerogative power is insulated from judicial review merely because it is a prerogative and not a statutory power. The preferable approach is that

adopted by the House of Lords in *the Civil Service Unions case*, [1985] 1 A.C. 374]. There, the House of Lords emphasized that the controlling consideration in determining whether the exercise of a prerogative power is judicially reviewable is its subject matter, not its source. If, in the words of Lord Roskill, the subject matter of the prerogative power is “amenable to the judicial process”, it is reviewable; if not, it is not reviewable. Lord Roskill provided content to this subject matter test of reviewability by explaining that the exercise of the prerogative will be amenable to the judicial process if it affects the rights of individuals. Again, in his words at p. 417:

... If the executive in pursuance of the statutory power does an act affecting the rights of the citizen, it is beyond question that in principle the manner of the exercise of that power may today be challenged on one or more of the three grounds which I have mentioned earlier in this speech. If the executive instead of acting under a statutory power acts under a prerogative power and in particular a prerogative power delegated to the respondent under article 4 of the Order-in-Council of 1982, so as to affect the rights of the citizen, I am unable to see, subject to what I shall say later, that there is any logical reason why the fact that the source of the power is the prerogative and not statute should today deprive the citizen of that right of challenge to the manner of its exercise which he would possess were the source of the power statutory. In either case the act in question is the act of the executive. ...

[...]

Under the test set out by the House of Lords, the exercise of the prerogative will be justiciable, or amenable to the judicial process, if its subject matter affects the rights or legitimate expectations of an individual. Where the rights or legitimate expectations of an individual are affected, the court is both competent and qualified to judicially review the exercise of the prerogative.

[...]

So characterized, it is plain and obvious that the Prime Minister’s exercise of the honours prerogative is not judicially reviewable. Indeed, in the *Civil Service Unions*

case, Lord Roskill listed a number of exercises of the prerogative power whose subject matters were by their very nature not justiciable. Included in the list was the grant of honours. [...]

[...]

The refusal to grant an honour is far removed from the refusal to grant a passport or a pardon, where important individual interests are at stake. Unlike the refusal of a peerage, the refusal of a passport or a pardon has real adverse consequences for the person affected. Here, no important individual interests are at stake. Mr. Black's rights were not affected, however broadly "rights" are construed. No Canadian citizen has a right to an honour. [Emphasis added; paras. 45-48, 51, 58 and 60]

[56] Unlike the situation under consideration in *Black*, the present case concerns a prerogative that has been altered by statute. The Legislature, in the exercise of its sovereign authority, has reconfigured, through ss. 3(3) and 3(4), the Premier's prerogative to provide dissolution and election advice to the Lieutenant-Governor. Moreover, an important individual right, specifically the right of a sitting government or opposition member of the Legislative Assembly to continue in office, is affected by the Premier's exercise of the prerogative by virtue of which dissolution and election advice is provided to the Lieutenant-Governor. That being so, not only is the scope of what remains of the prerogative a justiciable question, but so is the legality of its exercise.

C. *Sections 3(3) and 3(4) of the Legislative Assembly Act*

[57] Section 3(3) reads as follows:

3(3) Nothing in this section affects the power of the Lieutenant-Governor to prorogue or dissolve the Legislative Assembly at the Lieutenant-Governor's discretion.

3(3) Rien dans le présent article ne porte atteinte au pouvoir du lieutenant-gouverneur de proroger ou de dissoudre l'Assemblée législative lorsqu'il l'estime opportun.

This provision explicitly preserves the Lieutenant-Governor's prerogative to dissolve the Legislature and, relatedly, to prescribe a general election. There is no mention in s. 3(3) of the Premier's prerogative to provide dissolution and election advice to the Lieutenant-Governor. However, by convention, the Lieutenant-Governor will not dissolve the Legislative Assembly and prescribe an election without the benefit of the Premier's advice.

[58] In my view, s. 3(3) has two components. The first is explicit: the preservation of the discretionary power of the Lieutenant-Governor to dissolve the Legislative Assembly. The second is implicit: the continued existence, in some form, of the Premier's prerogative to provide dissolution and election advice to the Lieutenant-Governor. At the time ss. 3(3) and 3(4) were adopted, the *Elections Act* did not contain a definition of "scheduled general election", as it does now. Nor did the *Elections Act* provide general elections could be either scheduled or unscheduled, as it does now. Yet, the Government House Leader clearly understood the Premier could provide advice in favor of an unscheduled general election. In the statutory context then existing, this option could only arise by implication from the preservation of the Lieutenant-Governor's powers under s. 3(3), and this was precisely the point made by the Government House Leader in the Legislative Assembly on May 30, 2007:

[The amendment] does not take away any of the traditional powers of the Lieutenant-Governor, if [...] major circumstances were to arise so that the government would need to seek a mandate from the people, or if the people's House became unworkable, we would request to go to the people, and the Lieutenant-Governor would exercise his or her discretion.

[59] Of course, we now have, since 2010, a definition of "scheduled general election" in s. 2 of the *Elections Act*. By virtue of that definition, the Legislature confirms s. 3(4) establishes a schedule for general elections. Moreover, s. 13 of the *Elections Act* makes plain a general election may be unscheduled, which implicitly recognizes the Premier's election advice to the Lieutenant-Governor may be in favor of an election that is not in accordance with the schedule established in s. 3(4). The definition of "scheduled

general election” and s. 13 confirm the accuracy of the Government House Leader’s May 30, 2007 observations on the purpose of s. 3(4) and the effect of s. 3(3).

[60] Section 3(4) reads as follows:

3(4) Subject to the power of the Lieutenant-Governor referred to in subsection (3), the Premier shall provide advice to the Lieutenant-Governor that the Legislative Assembly be dissolved and a provincial general election be held on the following dates:	3(4) Sous réserve du pouvoir du lieutenant-gouverneur visé au paragraphe (3), le premier ministre recommande au lieutenant-gouverneur que l’Assemblée législative soit dissoute et qu’une élection générale provinciale soit tenue aux dates suivantes :
--	--

- | | |
|---|--|
| (a) on Monday, September 24, 2018, and | a) le lundi 24 septembre 2018; |
| (b) subsequently, on the third Monday in October in the fourth calendar year following the ordinary polling day for the most recently held provincial general election. | b) par la suite, le troisième lundi d’octobre de la quatrième année civile qui suit le jour ordinaire du scrutin de l’élection générale provinciale la plus récente. |

Like s. 3(3), s. 3(4) has two components: (1) it is subject to s. 3(3); and (2) it establishes a schedule for elections.

[61] If one were to consider only the wording of ss. 3(3) and 3(4), the interpretative result would be, as Democracy Watch argued in first instance, that the Premier is bound to provide dissolution and election advice in accordance with the schedule prescribed by s. 3(4), reserving unto the Lieutenant-Governor his or her historical discretion to accept or reject that advice. Given the longstanding convention that the Lieutenant-Governor will give effect to the Premier’s dissolution and election advice, the result would be elections held in accordance with the schedule established in s. 3(4).

[62] However, it is now well-settled that statutory interpretation “cannot be founded on the wording of the legislation alone” and that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously

with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, at para. 21. Section 17 of the *Interpretation Act* is also in play. It provides:

<p>17 Every Act and regulation and every provision thereof shall be deemed remedial, and shall receive such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of the object of the Act, regulation or provision.</p>	<p>17 Toute loi, tout règlement et toute disposition de ceux-ci sont réputés réparateurs et doivent faire l’objet de l’interprétation large, juste et libérale, la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.</p>
--	---

[63] Three related tenets of statutory interpretation are particularly relevant here: (1) the Legislature does not intend courts to settle upon an interpretation that contradicts the object of a provision: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, at para. 23; (2) legislation stands to be read in a manner that harmonizes its components “in as much as possible, in order to minimize internal inconsistency”: *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, [1994] S.C.J. No. 94 (QL), at para. 24; and (3) the legislation must be considered as a whole, and it behooves the judicial interpreter to “try to make all its parts fit and work together”: *R. v. W. (C.K.)*, 2005 ABCA 446, [2005] A.J. No. 1753 (QL), at para. 40.

[64] In furtherance of s. 17 of the *Interpretation Act*, s. 3(4) is deemed remedial, and it must be interpreted in a manner that best ensures the attainment of its object. When interpreting ambiguous legislation that concerns the rights and privileges of members of the Legislative Assembly, such as their entitlement to continue sitting in the Legislative Assembly, it makes eminent good sense to consider statements in the Assembly that shed light on the object of the legislation. At the time of the adoption of s. 3(4)’s predecessor in 2007, members of the Legislative Assembly decried the practice of snap election calls and described s. 3(4) as fixed-election-date legislation. As mentioned, the Government House Leader explained the object of s. 3(4) was “to set the date for future elections”. However, he cautioned the provision was not designed to prevent dissolution and election advice prompted by “major circumstances [as a result of which] the government would need to seek a mandate from the people” or where the Legislative Assembly has become “unworkable”. The Government House Leader’s statements in the

Legislative Assembly are indisputably admissible; after all, they were tendered in the court below by the Premier, without objection from Democracy Watch.

[65] As mentioned, the application judge interpreted s. 3(4) as a direction to the Premier to advise the Lieutenant-Governor to dissolve the Legislative Assembly and hold an election *by* a set date, rather than *on* a set date. He erred in doing so. Before this Court, the Premier submitted s. 3(4) is not legally binding on him because it is subject to s. 3(3), and that provision implicitly preserves his unfettered discretion to provide dissolution and election advice as he deems appropriate. There is no merit to this submission. If it carried the day, s. 3(4) would be rendered inoperative.

[66] The object of s. 3(4) is to set a date for future elections, which it accomplishes by establishing a schedule for elections. However, s. 3(4) is subject to s. 3(3), which preserves the Lieutenant-Governor's discretionary power to dissolve the Legislative Assembly. That power is exercisable on the Premier's advice. By making s. 3(4) subject to s. 3(3), the Legislature intended to preserve the Premier's prerogative to provide dissolution and election advice to the Lieutenant-Governor, but only to the extent that it did not render s. 3(4) inoperative. Both provisions can be reconciled if account is taken of the object of ss. 3(3) and 3(4), as described by the Government House Leader in 2007. Section 3(4) sets the date for future elections, subject to the Premier's prerogative to provide election advice at variance with the schedule established in s. 3(4) where, for example, "major circumstances" bring about "a need" to seek a mandate from the voters or where the Legislative Assembly has become "unworkable". What s. 3(4), contextually interpreted, prohibits is dissolution and election advice driven by purely partisan electoral advantage.

D. *The availability of standalone declaratory relief under Rule 69 of the Rules of Court*

[67] Unlike corresponding provisions in other jurisdictions, Rule 69 has not enlarged the court's jurisdiction beyond the remedies available at common law by way of prerogative writs and orders. In *Port of Dalhousie Inc. v. Maltais*, 2011 NBCA 84, 377

N.B.R. (2d) 312, Richard J.A., now C.J.N.B., made the following related observations on the Court's behalf:

It is noteworthy that, in some provinces, statutes or rules provide for relief in an “application for an order in the nature of mandamus, prohibition or *certiorari*”, words which, according to Brown and Evans, “have been held to enlarge the court's jurisdiction beyond the common law boundaries of the remedy” (1:2255 at p. 1-27, referring to Ontario's *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J. 1, s. 2(1)). However, Rule 69 in New Brunswick contains no such words. Rule 69.01 provides as follows:

69.01 Application for Judicial Review

Notwithstanding any Act, remedies formerly obtained by way of certiorari, mandamus, prohibition, quo warranto or notice of motion to set aside or remit an award, may be obtained only on an application for judicial review made under this rule.

In my view, nothing in the Rule can be read as enlarging the court's jurisdiction beyond the boundaries of the remedies available at common law. Lest there be ambiguity in this regard, it would be clearly resolved by reference to the orders available under Rule 69, which generally correspond to the types of orders traditionally available at common law:

69.13 Form of Order

- (1) An order to quash a conviction, order, commitment, warrant or other proceeding, or part thereof shall declare the same to have been removed into the court and quashed.
- (2) Where an applicant is imprisoned under a conviction or order which is quashed, the order (Form 69A) shall direct that he be immediately discharged from custody in respect of such conviction or order and the commitment thereunder.

- (3) An order may direct a court, tribunal or authority to forthwith hear and determine the matter under review.
- (4) An order may provide that a court, tribunal or authority be prohibited from proceeding further in a matter.
- (5) An order may provide that a person shall not occupy an office and shall not perform the duties or exercise the rights pertaining thereto.
- (6) An order may set aside or remit the award of an arbitrator or arbitrators.
- (7) When the court deems it proper to do so, it may remit a matter under review to the court, tribunal or authority to be heard again or otherwise dealt with as the court directs.
- (8) An order may provide that the application be dismissed.

None of these orders have any application in the present case. There is no conviction, order, commitment, warrant or other proceeding to quash. [Emphasis in original; paras. 19-21]

Democracy Watch does not seek a remedy formerly obtained by way of any of the prerogative writs and orders mentioned in Rule 69.01. Specifically, it does not seek a quashing order. It seeks only declaratory relief. Unlike the situation in other jurisdictions (see, for example, s. 18(1)(a) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7), standalone declaratory relief is not available under Rule 69. However, it is available pursuant to Rule 16 if four pre-conditions are satisfied.

E. *Declaratory relief under Rule 16*

[68] Rule 16.04(e) provides a proceeding by way of Notice of Application may be commenced for the determination of rights which depend upon the interpretation of a statute. A declaration is a “narrow” discretionary remedy that is available where the

following conditions are met: (1) the court has jurisdiction to hear the issue; (2) the dispute is real and not theoretical; (3) the party raising the issue has a genuine interest in its resolution; and (4) the respondent has an interest in opposing the sought-after declaration: *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165, at para. 81. Condition (2) is not satisfied in the present case.

[69] As a general rule, the party making an allegation bears the burden of its proof. That fundamental proposition applies to the disposition of applications for judicial review (see, for example, *R. v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Rossminster Ltd.*, [1980] A.C. 952, [1980] 1 All E.R. 80 (H.L. (Eng)), at pp. 1013 and 1022-23, and Paul Daly, *A Critical Analysis of the Case of Prorogations* (2021) 7 CJCCL 256, at p. 279). It also bears on the resolution of applications for declaratory relief under Rule 16 (see *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2012 ABCA 206, [2012] A.J. No. 679 (QL), at para. 41).

[70] The Premier does not bear the burden of justifying the legality of his August 17, 2020 dissolution and election advice. Rather, it is incumbent on Democracy Watch to make its case for declaratory relief on the balance of probabilities.

[71] For a dispute to be real, as opposed to theoretical, the complaint underlying the application for declaratory relief must be established on the balance of probabilities by evidence or admissions. Democracy Watch's complaint is that the Premier provided dissolution and election advice purely for partisan electoral advantage. There is no evidence to substantiate that complaint, and the application cannot succeed for that reason alone. That said, I am not blind to the reality that the case for breach of s. 3(4) will not be easy to make. Indeed, it will be rare that the evidence and admissions will establish the Premier provided dissolution and election advice purely for partisan electoral advantage. As a judge, I can only interpret and apply the law: my remedial toolbox does not include the power to legislate. If legislators would prefer a more robust approach to judicial scrutiny of the Premier's dissolution and election advice, it is within their power, subject to any constitutional imperative, to adopt suitable amendments to ss. 3(3) and 3(4).

E. *The relevance of Acadian Society of New Brunswick v. Right Honourable Prime Minister of Canada*

[72] In *Acadian Society of New Brunswick v. Right Honourable Prime Minister of Canada*, 2022 NBQB 85, [2022] N.B.J. No. 74 (QL), DeWare C.J.K.B. ventured the opinion that the Lieutenant-Governor’s appointment by the Prime Minister of Canada was unconstitutional. The panel invited the parties to address the impact, if any, of that opinion on the Lieutenant-Governor’s prescription of the September 14, 2020 general election. Both sides take the position that the *Acadian Society* decision does not invalidate the Lieutenant-Governor’s election-authorizing order. At the time we invited input from the parties on this point, the Lieutenant-Governor and the Lieutenant-Governor in Council were respondents. They have since been removed as parties to the appeal and, accordingly, the issue raised by the panel is no longer a live one.

F. *Costs*

[73] Democracy Watch seeks reversal of the costs award in the court below and it urges the Court to make no order of costs for or against it “given that the case is unprecedented and it is in the public interest for the courts to decide the issues that this case raises concerning the fundamental democratic right of the people of New Brunswick to fair elections”. There is merit to this submission, however I prefer to dispose of the issue of costs on the following basis.

[74] The award of costs against Democracy Watch was made in connection with the dismissal of the application, without regard to the issue of standing. Indeed, when dismissal was ordered, Democracy Watch lacked standing, the judge having declined to determine the controversy over its standing in the public interest. It is doubtful whether, in those circumstances, the impugned order of costs could be made.

[75] At any rate, the order of costs in question appears to have been made largely on the view, both erroneous and unreasonable, that the application bordered on

the frivolous. In my opinion, the application was far from frivolous and, as emerges from the foregoing text, the grounds upon which it was dismissed in first instance are not sustainable. Further, most of Democracy Watch's grounds of appeal are well founded. Finally, Democracy Watch was successful in resisting the Premier's challenge of the judge's second decision, which recognized its standing in the public interest.

[76] Taking the totality of those circumstances into account, I conclude this is one of those rare cases where it is just to derogate from the general rule that the litigation's ultimate winning party is entitled to costs.

IV. Conclusion and Disposition

[77] In my respectful view, the judge in first instance erred in dismissing Democracy Watch's application on the basis of non-justiciability, and I would set aside his ruling on the question. The Premier's prerogative in respect of dissolution and election advice under ss. 3(3) and 3(4) of the *Legislative Assembly Act* is undoubtedly political to some extent, but its scope and the legality of its exercise are legal questions subject to judicial review. By adopting ss. 3(3) and 3(4) the Legislature rendered those questions justiciable.

[78] Applying *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, and s. 17 of the *Interpretation Act*, I conclude the Premier is not only honor bound but, as well, legally bound to provide dissolution and election advice to the Lieutenant-Governor in accordance with ss. 3(3) and 3(4). The application judge erred in law in finding s. 3(4) merely sets dates by which elections are to be held. Rather, its wording and object, and the context, compel the conclusion that s. 3(4), in conjunction with s. 3(3), binds the Premier to provide advice that accords with the former's schedule for elections, while preserving his or her right to derogate from that obligation in certain circumstances. Sections 3(3) and 3(4) operate in tandem to foreclose dissolution and election advice purely for partisan electoral advantage. Accordingly, I would set aside the judge's interpretation of ss. 3(3) and 3(4).

[79] I would also quash the judge's finding that the Premier's dissolution and election advice conformed with s. 3(4). It may have, but the record does not permit an affirmative finding on the subject. Conversely, there is no admissible evidence the Premier initiated the process leading to the unscheduled election of September 14, 2020 for purely partisan electoral advantage.

[80] Despite the foregoing, I would confirm the dismissal of Democracy Watch's application. I would do so on the ground there is no admissible evidence to substantiate the allegation that informs it, which is that the Premier's dissolution and election advice to the Lieutenant-Governor was actuated by the pursuit of purely partisan electoral advantage.

[81] I close the discussion pertaining to the substantive relief sought on appeal by emphasizing, once again, that no view is offered on the legality of the Premier's August 17, 2020 dissolution and election advice, the Lieutenant-Governor's dissolution of the Legislative Assembly on that date or the September 14, 2020 election.

[82] Finally, I would allow the appeal against the order of costs made in the court below, set aside that order and direct the parties bear their own costs throughout.

LE JUGE DRAPEAU

I. Introduction et aperçu de la décision

[1] Le 17 août 2020, le premier ministre, dont le gouvernement était alors en position minoritaire à l'Assemblée législative, a recommandé à la lieutenant-gouverneure de dissoudre l'Assemblée et d'ordonner la tenue d'une élection générale pour le 14 septembre 2020. La lieutenant-gouverneure a signé un décret en conseil établi conformément à l'art. 13 de la *Loi électorale*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, et a publié un avis d'élection à cette fin. Par suite de l'élection, le parti du premier ministre a été ramené au pouvoir avec la majorité des sièges à l'Assemblée législative. Démocratie en surveillance soutient que la recommandation de dissolution et d'élection du premier ministre à la lieutenant-gouverneure a passé outre à l'obligation explicite imposée au premier ministre par la *Loi sur l'Assemblée législative*, L.R.N.-B. 2014, ch. 116, de recommander la tenue d'une élection conformément au calendrier établi au par. 3(4), qui est libellé ainsi :

3(4) Subject to the power of the Lieutenant-Governor referred to in subsection (3), the Premier shall provide advice to the Lieutenant-Governor that the Legislative Assembly be dissolved and a provincial general election be held on the following dates:

(a) on Monday, September 24, 2018, and

(b) subsequently, on the third Monday in October in the fourth calendar year following the ordinary polling day for the most recently held provincial general election.

3(4) Sous réserve du pouvoir du lieutenant-gouverneur visé au paragraphe (3), le premier ministre recommande au lieutenant-gouverneur que l'Assemblée législative soit dissoute et qu'une élection générale provinciale soit tenue aux dates suivantes :

a) le lundi 24 septembre 2018;

b) par la suite, le troisième lundi d'octobre de la quatrième année civile qui suit le jour ordinaire du scrutin de l'élection générale provinciale la plus récente.

Fait important, le par. 3(4) est subordonné au par. 3(3). Celui-ci prescrit que rien « dans le présent article ne porte atteinte au pouvoir du lieutenant-gouverneur de [...] dissoudre l'Assemblée législative lorsqu'il l'estime opportun ». Comme on le verra, l'interaction de ces dispositions l'une avec l'autre est la clé de la résolution du débat d'interprétation en appel.

[2] Selon le mémoire de Démocratie en surveillance, le pouvoir discrétionnaire auparavant illimité des premiers ministres de déclencher une élection quand ils le jugeaient à propos a été légalement restreint par l'adoption du par. 3(4) : à moins d'un vote de défiance à l'Assemblée législative, le premier ministre pouvait seulement recommander légalement à la lieutenant-gouverneure de dissoudre l'Assemblée et d'ordonner la tenue d'élections générales « programmées ». Selon le calendrier établi au par. 3(4), l'élection du 14 septembre 2020 aurait dû avoir lieu le troisième lundi d'octobre 2022.

[3] Après l'élection, Démocratie en surveillance a présenté une requête en révision judiciaire sous le régime de la règle 69 des *Règles de procédure*, en vue d'obtenir une ordonnance déclarant que la recommandation de dissolution et d'élection faite par le premier ministre à la lieutenant-gouverneure constituait une violation du par. 3(4). Il en serait ainsi parce que le premier ministre a fait la recommandation contestée en vue de profiter d'un avantage électoral purement partisan. Démocratie en surveillance a également demandé une ordonnance déclarant : 1) que la lieutenant-gouverneure a exercé [TRADUCTION] « incorrectement » le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 3(3) en dissolvant l'Assemblée; et 2) que la lieutenant-gouverneure en conseil a exercé [TRADUCTION] « incorrectement » le pouvoir que lui confère l'art. 13 de la *Loi électorale* en signant le décret en conseil déclenchant une élection générale non programmée le 14 septembre 2020.

[4] Il est reconnu que Démocratie en surveillance n'a pas qualité pour agir dans l'intérêt privé dans ce litige. En conséquence, Démocratie en surveillance a invoqué la compétence inhérente du tribunal supérieur et a plaidé, dans son avis de requête et son affidavit à l'appui ainsi que dans son mémoire préparatoire, en faveur d'une ordonnance

lui accordant la qualité pour agir dans l'intérêt public. Le premier ministre s'est opposé et a déposé un avis de motion en vue d'obtenir une ordonnance refusant la qualité pour agir dans l'intérêt public demandée. Au début de l'audience à la cour d'instance inférieure, les deux parties se sont efforcées de résoudre la question de la qualité pour agir avant de débattre le fond de la requête. Toutefois, le juge a choisi d'entendre les parties sur le fond et de statuer sur la requête sans déterminer si la qualité pour agir dans l'intérêt public devrait être accordée à *Démocratie en surveillance* : voir *Démocratie en surveillance c. premier ministre du Nouveau-Brunswick*, 2021 NBBR 233, [2021] A.N.-B. n° 302 (QL) [intitulé QL]. En appel, la question de la qualité pour agir a été traitée dans les mémoires et les observations orales, et, au cours du débat à ce sujet, les juges ont mis en doute le droit de *Démocratie en surveillance* de plaider les questions soulevées dans sa requête sans avoir obtenu une ordonnance qui lui accorde la qualité pour agir dans l'intérêt public. La question a été renvoyée au juge saisi de la requête, qui a rendu depuis une décision dans laquelle il reconnaît à *Démocratie en surveillance* la qualité pour agir dans l'intérêt public : voir *Démocratie en surveillance c. Le premier ministre du Nouveau-Brunswick et autres*, 2022 NBBR 164.

- [5] À la reprise de l'audience en appel, le premier ministre a soutenu que le juge avait commis une erreur de droit en reconnaissant la qualité pour agir dans l'intérêt public après avoir déclaré, dans sa décision rejetant la requête, qu'il en fallait de peu pour qu'elle soit frivole. Étant donné la nature discrétionnaire d'une ordonnance reconnaissant la qualité pour agir dans l'intérêt public et notre opinion que la requête est loin d'être frivole, nous avons rejeté l'objection du premier ministre et avons refusé d'intervenir. Quant à *Démocratie en surveillance*, elle a confirmé qu'elle ne demandait plus un recours contre la lieutenante-gouverneure et la lieutenante-gouverneure en conseil et a demandé l'autorisation de se désister de son appel contre ces parties. L'autorisation a été accordée, et, en conséquence, le premier ministre reste le seul intimé. *Démocratie en surveillance* a aussi demandé l'autorisation de modifier son avis de requête pour plaider la règle 16 dans l'intention d'élargir, au-delà de la règle 69, le bassin de sources de procédure en faveur de la mesure déclaratoire indépendante sollicitée. La motion a été accueillie avec le consentement du premier ministre.

[6] En première instance, le premier ministre s'est opposé à la requête surtout pour le motif que la légalité de sa recommandation à la lieutenant-gouverneure n'était pas une question qui devrait être examinée par les tribunaux : elle n'était pas justiciable. Subsidiairement, le premier ministre affirmait que le par. 3(4) ne fixe pas des dates d'élection; il ne fait rien de plus que fixer des dates avant lesquelles une élection doit être déclenchée. Devant notre Cour, cette dernière assertion a été abandonnée en faveur de la suivante : le par. 3(4) n'est pas juridiquement contraignant pour le premier ministre parce qu'il est subordonné au par. 3(3), et cette disposition préserve le pouvoir discrétionnaire de la lieutenant-gouverneure de dissoudre l'Assemblée législative, ce qui inclut implicitement le pouvoir discrétionnaire illimité du premier ministre de recommander la dissolution et une élection comme il l'estime approprié. Cela dit, la non-justiciabilité demeure l'argument fondamental de la réponse du premier ministre à la requête et à l'appel.

[7] Le juge a rejeté la requête pour motif de non-justiciabilité. Malgré cette conclusion, il a poursuivi en traitant du fond de la requête en souscrivant à la prétention du premier ministre que le par. 3(4) fixe simplement une date avant laquelle une élection doit être tenue et en décidant qu'il était loisible au premier ministre de recommander à la lieutenant-gouverneure de dissoudre l'Assemblée législative et d'ordonner la tenue d'une élection non programmée le 14 septembre 2020.

[8] Avec égards, le juge a commis une erreur en rejetant la requête pour motif de non-justiciabilité, et j'annulerais sa décision sur cette question. Malgré l'importance politique de la prérogative conférée au premier ministre en matière de recommandation de dissolution et d'élection par les par. 3(3) et 3(4), sa portée et la légitimité de son exercice sont des questions justiciables. En appliquant la méthode d'interprétation multifactorielle favorisée dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, [1998] A.C.S. n° 2 (QL), et l'art. 17 de la *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, je conclus que, en application des par. 3(3) et 3(4), le premier ministre est tenu non seulement par l'honneur, mais aussi légalement de faire à la lieutenant-gouverneure une recommandation de dissolution et d'élection conformément à la volonté souveraine de l'Assemblée législative, manifestée explicitement et implicitement dans ces dispositions.

Le juge saisi de la requête a commis une erreur de droit en concluant que le par. 3(4) fixe simplement des dates avant lesquelles des élections doivent être tenues. Son libellé et son objet, ainsi que le contexte, obligent plutôt à conclure que les par. 3(3) et 3(4) prescrivent au premier ministre de faire une recommandation qui concorde avec le calendrier d'élections de ce dernier paragraphe, tout en préservant son droit de déroger à cette obligation dans certaines circonstances. En conséquence, j'écarterais l'interprétation donnée par le juge aux par. 3(3) et 3(4).

[9] J'écarterais également la conclusion du juge selon laquelle la recommandation de dissolution et d'élection faite par le premier ministre était conforme au par. 3(4). Elle l'était peut-être, mais le dossier ne permet pas une conclusion formelle à ce sujet. Inversement, aucune preuve admissible ne montre que le premier ministre aurait amorcé le processus aboutissant à l'élection non programmée du 14 septembre 2020 pour profiter d'un avantage électoral purement partisan. Il est évident que les tribunaux ne peuvent pas tirer une conclusion de violation ou d'observation de la loi sans preuve à l'appui.

[10] En dépit de ce qui précède, je confirmerais le rejet de la requête. Je ferais ainsi pour le motif qu'aucune preuve ne montre que la recommandation du premier ministre a contrevenu au par. 3(4), tel qu'il est interprété dans le texte qui suit. J'annulerais toutefois l'octroi de dépens payables par Démocratie en surveillance. Les motifs pour lesquels j'ai statué sur l'appel de cette façon sont étoffés dans le texte qui suit.

[11] Je conclus ces remarques d'introduction en insistant sur le fait que je ne formule aucune opinion sur la légalité de la recommandation de dissolution et d'élections faite le 17 août 2020 par le premier ministre, de la dissolution de l'Assemblée législative par la lieutenante-gouverneure ou des élections du 14 septembre 2020.

II. Contexte

A. *Faits primaires incontestés et historique législatif*

[12] Avant 2007, l'art. 2 de la *Loi sur l'Assemblée législative* prévoyait que, à moins d'une dissolution de l'Assemblée législative, les députés de l'Assemblée garderaient leur siège pour un maximum de cinq ans. Des élections provinciales générales pouvaient avoir lieu n'importe quand, sur la recommandation du premier ministre et à la discrétion du lieutenant-gouverneur, pourvu que la durée maximale de cinq ans entre des élections ne soit pas dépassée.

[13] En 2007, l'art. 2 a été modifié par le projet de loi 75. En conséquence, un calendrier d'élections générales a été établi, prévoyant des élections générales le 27 septembre 2010 et le troisième lundi de septembre quatre ans plus tard, et ainsi de suite. Au tribunal d'instance inférieure, le premier ministre a répliqué à l'argument de Démocratie en surveillance voulant que le par. 3(4) interdise catégoriquement des élections non programmées en invoquant les déclarations faites à l'Assemblée législative par le leader parlementaire du gouvernement le 30 mai 2007, qui confirmaient que l'objet de la mesure législative était de fixer la date des élections futures tout en préservant le pouvoir du premier ministre de recommander la dissolution et une élection dans certaines circonstances :

[TRADUCTION]

Ce projet de loi a été bien pensé et conçu. Il vise à fixer la date d'élections futures. Il ne retire au lieutenant-gouverneur aucun de ses pouvoirs traditionnels. Si des événements majeurs survenaient qui obligent le gouvernement à obtenir un mandat de la population, ou si l'Assemblée législative ne pouvait plus bien fonctionner, nous demanderions à consulter la population, et le lieutenant-gouverneur exercerait alors son pouvoir discrétionnaire.

[14] Depuis 2007, toutes les élections provinciales (2010, 2014 et 2018), sauf l'élection du 14 septembre 2020, ont été tenues conformément au calendrier établi au par. 3(4).

[15] En 2010, l'Assemblée législative a modifié la *Loi électorale* pour prévoir, à l'art. 2, la définition suivante du terme « élections générales programmées » : « des élections générales provinciales qui ont lieu conformément au calendrier établi au paragraphe 2(4) [maintenant 3(4)] de la *Loi sur l'Assemblée législative* ». Elle a aussi modifié l'art. 13 pour reconnaître que des élections générales peuvent être soit « programmées », soit non programmées. L'article 13 est ainsi libellé :

13(1) Every election shall be commenced by an order of the Lieutenant-Governor in Council.	13(1) Toute élection doit commencer par un décret du lieutenant-gouverneur en conseil.
--	--

13(2) An Order in Council under subsection (1) shall do the following:	13(2) Le décret en conseil visé au paragraphe (1) est établi de la manière suivante :
--	---

(a) direct the issue of a writ of election for each electoral district in which an election is to take place;	a) il ordonne l'émission d'un bref d'élection pour chaque circonscription électorale où une élection doit avoir lieu;
---	---

(b) fix the date on which the writs will be issued, which shall be as follows:	b) il indique la date d'émission des brefs d'élection :
--	---

(i) for a scheduled general election, the thirty-second day before ordinary polling day; and	(i) pour des élections générales programmées, le trente-deuxième jour avant le jour ordinaire du scrutin,
--	---

(ii) for all other elections, not more than 38 nor less than 28 days before ordinary polling day;	(ii) pour toutes les autres élections, la date d'émission du bref ne peut être plus de 38 jours ni moins de 28 jours avant le jour ordinaire du scrutin;
---	--

(c) fix the date and time for the close of nominations of candidates, which shall be as follows:	c) il indique la date et l'heure de clôture pour la production des déclarations de candidature, déterminées selon ce qui suit :
--	---

- | | |
|--|---|
| (i) for a scheduled general election, 2 p.m. on the twentieth day before ordinary polling day; and | (i) pour des élections générales programmées, 14 heures le vingtième jour avant le jour ordinaire du scrutin, |
| (ii) for all other elections, 2 p.m. on the seventeenth day before ordinary polling day; | (ii) pour toutes les autres élections, 14 heures le dix-septième jour avant le jour ordinaire du scrutin; |
| (d) fix the date for the ordinary polling day in accordance with section 14; | d) il indique la date du jour ordinaire du scrutin conformément à l'article 14; |
| (e) fix the date for the advance polling days, which shall be the ninth and seventh days before ordinary polling day; | e) il indique les dates du scrutin par anticipation, lesquelles doivent tomber le neuvième jour et le septième jour avant le jour ordinaire du scrutin; |
| (f) fix the date on which candidates will be declared elected, which shall be the fourth day following ordinary polling day; and | f) il indique la date à laquelle les candidats seront déclarés élus, date qui tombe le quatrième jour qui suit le jour ordinaire du scrutin; |
| (g) fix the date on which the writs will be returnable, which shall be the eleventh day following ordinary polling day. | g) il indique la date à laquelle le rapport des brefs doit être fait, laquelle tombe le onzième jour après le jour ordinaire du scrutin. |

[16] Il est évident que la proposition voulant que le par. 3(4) établisse un calendrier pour les élections est devenue un élément du contexte législatif explicite avec l'adoption de l'art. 13. Une conclusion tout aussi claire est que l'Assemblée législative a confirmé explicitement, au moyen de l'art. 13, que des élections générales peuvent être « autres » que des élections générales programmées.

[17] Le 17 août 2020, la lieutenant-gouverneure a approuvé le décret en conseil n° 187, dans lequel la lieutenant-gouverneure en conseil, sur la recommandation du premier ministre et du Conseil exécutif, a ordonné la tenue d'une élection générale non programmée dans toutes les circonscriptions électorales pour l'élection des députés qui siègeraient à l'Assemblée législative. Le jour ordinaire du scrutin pour l'élection provinciale a été fixé au 14 septembre 2020. Le décret en conseil est libellé ainsi :

LE 17 AOÛT 2020

2020-187

L'HONORABLE BLAINE HIGGS, PREMIER
MINISTRE, RECOMMANDE AU CONSEIL
EXÉCUTIF :

Que l'Assemblée législative soit dissoute; que des brefs d'élection pour toutes les circonscriptions électorales de la province soient émis le 17 août 2020, les dits brefs d'élection devant être retournés le 25 septembre 2020, que le 28 août 2020, à 14 h, soit désigné jour de la déclaration des candidatures, que les 5 et 8 septembre 2020 soient désignés jours du scrutin par anticipation, que le 18 septembre 2020 soit désigné jour où les candidats sont déclarés élus et que le 14 septembre 2020 soit désigné jour du scrutin; et que l'Assemblée législative se réunisse à Fredericton le 27 octobre 2020.

Le Conseil exécutif ayant souscrit aux susdites recommandations,

IL EST DONC ORDONNÉ DE S'Y CONFORMER.

La lieutenant-gouverneure,
Brenda L. Murphy

This is to certify that the foregoing is a true copy of an Order of the Lieutenant-Governor in Council of the Province of New Brunswick, made on the

Je certifie que le document qui précède est une copie conforme d'un décret du lieutenant-gouverneur en conseil de la province du Nouveau-Brunswick, pris le

17 août 2020
Clerk of the Executive Council/
Greffier du Conseil exécutif
Cheryl Hansen

[18] Comme on peut facilement le voir, le décret en conseil est conforme aux dispositions de l'art. 13 de la *Loi électorale* qui portent sur les élections non programmées.

[19] Le 17 août 2020, la lieutenante-gouverneure a également publié une proclamation dissolvant l'Assemblée législative et prescrivant une élection générale non programmée pour le 14 septembre 2020, conformément à la recommandation du premier ministre. La proclamation est libellée ainsi :

PAR SON HONNEUR BRENDA L. MURPHY,
LA LIEUTENANTE-GOUVERNEURE DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

PROCLAMATION

Attendu que j'ai jugé à propos de dissoudre l'Assemblée législative de la province, ladite assemblée est ainsi dissoute par les présentes, à compter du 17 août 2020.

J'ai en outre jugé à propos d'ordonner que des brefs d'élection pour toutes les circonscriptions électorales de la Province soient émis le 17 août 2020, les dits brefs d'élection devant être retournés le 25 septembre 2020, que le 28 août 2020, à 14 h, soit désigné jour de la déclaration des candidatures, que les 5 et 8 septembre 2020 soient désignés jours du scrutin par anticipation, que le 18 septembre 2020 soit désigné jour où les candidats sont déclarés élus et que le 14 septembre 2020 soit désigné jour du scrutin; et que l'Assemblée législative se réunisse à Fredericton le 27 octobre 2020.

La présente proclamation est faite
sous mon seing et sous le grand
sceau de la province à
Fredericton, le 17 août, en l'an de
grâce deux mille vingt et en la
soixante-neuvième année du
règne de Sa Majesté.

PAR ORDRE DU [sic]
LIEUTENANTE-GOUVERNEURE

La procureure générale,
Andrea Anderson-Mason, c.r.

La lieutenante-
gouverneure,
Brenda L. Murphy

[20] La dernière élection générale avant celle du 14 septembre 2020 a eu lieu le 24 septembre 2018. À cette élection, aucun parti n'a remporté la majorité des sièges. Le gouvernement libéral au pouvoir a été défait plus tard par un vote de défiance. Le Parti progressiste-conservateur a alors formé un gouvernement minoritaire, et, le 9 novembre 2018, l'honorable Blaine Higgs a été assermenté comme premier ministre.

[21] En 2017, l'art. 3 de la *Loi sur l'Assemblée législative* a été modifié avec l'adoption du projet de loi 62. En conséquence, le cycle de quatre ans avec une élection tenue le troisième lundi de septembre a été remplacé par un cycle de quatre ans avec une élection tenue le troisième lundi d'octobre.

[22] Si on considère seulement le calendrier établi au par. 3(4), l'élection suivante après la modification de 2017 devait avoir lieu le troisième lundi d'octobre 2022.

[23] Le dossier ne dit pas si le premier ministre avait en fait la confiance de l'Assemblée législative le 17 août 2020. On peut néanmoins déduire que le premier ministre a fait la recommandation de dissolution et d'élection à cette date sans vote de défiance préalable à l'Assemblée législative. Si un tel vote avait eu lieu, la requête sous-jacente n'aurait pas été déposée.

[24] Aucune personne ayant droit de vote à l'élection et aucun des partis ou députés de l'opposition n'a demandé la révision judiciaire de la recommandation de dissolution et d'élection faite par le premier ministre à la lieutenant-gouverneure. Démocratie en surveillance a demandé, pour ce faire, la qualité pour agir dans l'intérêt public. Cette organisation sans but lucratif a été fondée et constituée en société au fédéral en 1993 et milite pour une réforme démocratique, la participation des citoyens aux affaires publiques, l'obligation de rendre compte des gouvernements et des entreprises ainsi qu'un comportement conforme à l'éthique des gouvernements et des entreprises au Canada. Démocratie en surveillance déclare avoir plus de 43 000 adhérents de tout le Canada qui sont membres de son réseau de surveillance de la démocratie, y compris plus

de 250 au Nouveau-Brunswick. Son mandat inclut la quête de [TRADUCTION] « changements dans la manière dont les citoyens participent à la prise de décisions du gouvernement et des entreprises, y compris aux élections ». Démocratie en surveillance a comparu comme intervenante devant la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827, et a déposé des actes de procédure concernant, entre autres, le déclenchement d'une élection fédérale éclair en 2008 par le premier ministre et, plus récemment, concernant le déclenchement d'une élection éclair par le premier ministre de la Colombie-Britannique. Démocratie en surveillance a obtenu des tribunaux la qualité pour agir dans l'intérêt public à plusieurs occasions.

B. *Plainte sous-jacente et moyens invoqués dans l'avis de requête en faveur de la mesure déclaratoire indépendante*

[25] La règle 69.09(2) prévoit qu'aucun motif ne sera invoqué qui n'a pas été exposé dans l'avis de requête en révision judiciaire original ou modifié. La règle 38.04, qui régit les requêtes déposées sous le régime de la règle 16, exige que l'avis de requête indique les motifs à discuter. Dans l'avis de requête, Démocratie en surveillance révèle son interprétation du par. 3(4) comme étant une disposition législative sur [TRADUCTION] « les élections à date fixe » conçue pour empêcher que [TRADUCTION] « les partis au pouvoir ne déclenchent des élections uniquement pour des motifs de stratégie politique ». Elle formule aussi les motifs suivants en faveur de la mesure déclaratoire indépendante qu'elle demande :

[TRADUCTION]

Le paragraphe 3(3) de la *Loi sur l'Assemblée législative* prescrit que le lieutenant-gouverneur a le pouvoir de dissoudre l'Assemblée législative lorsqu'il l'estime opportun.

Selon une convention constitutionnelle, le lieutenant-gouverneur ne dissout l'Assemblée législative et ne déclenche une élection générale que sur recommandation du premier ministre. Le lieutenant-gouverneur pourrait refuser de suivre la recommandation du premier ministre,

mais il ne doit pas dissoudre l'Assemblée législative dans d'autres cas.

La [TRADUCTION] « convention sur la confiance » établit que l'Assemblée législative peut être dissoute si un vote de défiance envers le gouvernement au pouvoir au Nouveau-Brunswick a lieu à l'Assemblée législative.

Le paragraphe 3(3) est limité par le par. 3(4) de la *Loi*, qui prescrit qu'un jour de scrutin général doit avoir lieu le troisième lundi d'octobre de la quatrième année civile qui suit l'élection générale la plus récente.

Les dispositions du par. 3(4) de la *Loi* portant sur les dates d'élections fixes expriment l'intention du législateur que les élections provinciales soient tenues à une date fixe tous les quatre ans. Cette disposition renforce la certitude et la prévisibilité du processus électoral et empêche les partis au pouvoir de déclencher des élections uniquement pour des motifs de stratégie politique.

Depuis 2007, toutes les élections provinciales du Nouveau-Brunswick ont été tenues suivant les prescriptions de la *Loi*, ce qui a créé des conventions constitutionnelles voulant que des élections fixes soient tenues à date fixe, que l'Assemblée législative ne soit pas dissoute par le lieutenant-gouverneur et que des brefs d'élection provinciale ne soient pas délivrés par le lieutenant-gouverneur en conseil à moins que le gouvernement n'ait perdu la confiance de l'Assemblée législative.

Pendant cette période de quatre ans, le par. 3(4) de la *Loi*, éclairé par ces conventions constitutionnelles, interdit au premier ministre de recommander au lieutenant-gouverneur de dissoudre – et limite le pouvoir discrétionnaire du lieutenant-gouverneur de dissoudre – l'Assemblée législative, à moins que le gouvernement n'ait perdu la confiance de l'Assemblée législative.

De plus, pendant cette période de quatre ans, le par. 3(4) de la *Loi*, de concert avec [l'art. 13] de la *Loi électorale* et éclairé par les conventions constitutionnelles, interdit au premier ministre de recommander au lieutenant-gouverneur en conseil d'ordonner – et empêche le lieutenant-gouverneur en conseil d'ordonner – la tenue d'une élection générale, à moins que le gouvernement n'ait perdu la confiance de l'Assemblée législative.

La dissolution de l'Assemblée législative et la publication des brefs et des dates relatives à l'élection, y compris un jour de scrutin ordinaire le 14 septembre 2020, ont eu lieu lorsque le gouvernement jouissait de la confiance de l'Assemblée législative. Ces actes, recommandés par le premier ministre et le Conseil exécutif et accomplis par la lieutenant-gouverneure et la lieutenant-gouverneure en conseil, étaient contraires à la *Loi sur l'Assemblée législative*. [C'est moi qui souligne.]

La requérante invoque les sources suivantes :

- (a) la *Loi constitutionnelle de 1867*;
- (b) la *Loi sur l'Assemblée législative* (L.R.N.-B. 2014, ch. 116);
- (c) la *Loi électorale* (L.R.N.-B. 1973, ch. E-3);
- (d) la règle 69 des *Règles de procédure*;
- (e) la règle 38 des *Règles de procédure*;
- (f) la compétence inhérente de la Cour.

[26] Dans les requêtes en mesure déclaratoire, l'attention devrait toujours porter sur la plainte sous-jacente, afin que la procédure et le rôle décisionnel de la Cour demeurent fidèles à leur objectif propre à l'affaire dans un contexte adversatif. Les requêtes en mesure déclaratoire ne devraient pas servir à transformer la Cour en commission d'enquête. La plainte de Démocratie en surveillance concernant la recommandation de dissolution et d'élection faite par le premier ministre est formulée dans l'affidavit à l'appui déposé par son coordonnateur :

[TRADUCTION]

Mon avis, en tant que personne qui a consacré sa vie professionnelle à la promotion de l'équité dans la gouvernance, est que l'élection provinciale au Nouveau-Brunswick a été déclenchée à des fins partisans. J'estime que le premier ministre et son Conseil des ministres pensaient que leur parti, le Parti progressiste-conservateur, avait la cote auprès du public, particulièrement compte tenu de la gestion par le gouvernement provincial de la pandémie de la COVID-19. J'estime que le premier ministre et son Conseil des ministres, inquiets de la possibilité qu'à la date fixée de l'élection en 2022, le public soit mécontent de restrictions toujours occasionnées par la COVID-19 et d'un éventuel ralentissement économique,

ont tiré un avantage politique en déclenchant maintenant une élection.

[27] Le juge a déclaré que ces énoncés d'opinion et de croyance étaient inadmissibles pour établir les motifs du premier ministre à l'appui du déclenchement de l'élection. Je suis du même avis, et je remarque que cette décision n'est pas contestée. Les déclarations sont tout de même une preuve de la plainte sous-jacente à la requête, à savoir que l'élection du 14 septembre 2020 a été déclenchée pour profiter d'un avantage électoral purement partisan.

C. *Réparation sollicitée dans l'avis de requête*

[28] La règle 69.09(2) interdit à la Cour, en révision judiciaire, d'accorder des mesures réparatoires si elles n'ont pas été sollicitées dans l'avis de requête original ou modifié. La règle 38.04a) prévoit qu'un avis de requête établi sous le régime de la règle 16 doit indiquer l'ordonnance demandée. Dans son avis de requête, Démocratie en surveillance a sollicité une ordonnance déclarant :

[TRADUCTION]

1. que la mesure du premier ministre du Nouveau-Brunswick, recommandant à la lieutenant-gouverneure du Nouveau-Brunswick (la lieutenant-gouverneure) de dissoudre le parlement le 17 août 2020 et de tenir une élection générale le 14 septembre 2020, était contraire au par. 3(4) de la *Loi sur l'Assemblée législative* (L.R.N.-B. 2014, ch. 116) (la *Loi*);
2. que la lieutenant-gouverneure a exercé incorrectement le pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les par. 3(2) et 3(3) de la *Loi* en dissolvant le Parlement [*sic*] le 17 août 2020;
3. que la lieutenant-gouverneure en conseil a exercé incorrectement le pouvoir que lui confère le par. 13(1) de la *Loi électorale* (L.R.N.-B. 1973, ch. E-3) le 17 août 2020 en publiant un décret en conseil ordonnant la publication de brefs et fixant diverses dates en vue de la tenue d'une élection générale, y compris le jour ordinaire du scrutin le 14 septembre 2020.

[29] Fait important, dans l’avis de requête, Démocratie en surveillance n’a pas demandé une ordonnance annulant la recommandation du 17 août 2020, faite par le premier ministre à la lieutenant-gouverneure, ou le décret en conseil dissolvant l’Assemblée législative et prescrivant la tenue d’une élection générale le 14 septembre 2020. Si une telle mesure réparatoire avait été demandée, la non-justiciabilité aurait pu être une décision obligatoire (voir les remarques incidentes du lord Roskill dans l’arrêt *Attorney General c. DeKeyser’s Royal Hotel Ltd.*, [1920] U.K.H.L. 1, [1920] A.C. 508, p. 526 à 528, affirmant que la dissolution du Parlement britannique n’était pas justiciable). Voir aussi la mise en garde formulée par le lord juge Sedley au sujet de ces remarques incidentes dans l’arrêt *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs c. R. (on the application of Bancoult) (No. 2)*, [2007] E.W.C.A. Civ. 495, [2008] Q.B. 365, et l’arrêt faisant jurisprudence *R (Miller) c. Prime Minister*, [2019] UKSC 41, où la recommandation de prorogation du premier ministre britannique et le décret en conseil qui a suivi ont été annulés. Je signale aussi que les remarques du lord Roskill ont été faites à une époque où la dissolution n’était assujettie à aucune restriction législative telle que celles imposées par la *Fixed Term Parliaments Act 2011* du Royaume-Uni, maintenant abrogée, ou par les par. 3(3) et 3(4) de la *Loi sur l’Assemblée législative*. L’importance de l’un ou l’autre de ces précédents reste à débattre.

[30] De plus, Démocratie en surveillance n’a pas demandé une ordonnance déclarant l’élection invalide. Si elle l’avait fait, l’art. 122.1 de la *Loi électorale* aurait pu être engagé et militer contre la qualité pour agir dans l’intérêt public. De fait, l’art. 122.1 permet de demander l’annulation de l’élection d’un député, précise les motifs qui peuvent être invoqués et limite la qualité pour agir à une personne qui avait le droit de voter à l’élection dans la circonscription électorale en question, ou à une personne qui était candidat à l’élection dans cette circonscription. Le premier ministre ne soutient pas que l’art. 122.1 a quelque importance dans la résolution des questions qu’il reste à trancher, et les parties n’ont pas fait d’observations sur sa pertinence. Je n’en dirai pas plus à ce sujet.

D. *Réparation demandée en appel*

[31] Démocratie en surveillance ne demande plus de mesure déclaratoire contre la lieutenant-gouverneure et la lieutenant-gouverneure en conseil. Sa demande de mesure déclaratoire indépendante vise seulement la décision du premier ministre de recommander à la lieutenant-gouverneure de dissoudre l'Assemblée législative et de tenir une élection générale le 14 septembre 2020. Comme je l'ai indiqué dans mes remarques d'introduction, la Cour a accueilli la motion de Démocratie en surveillance en autorisation de désistement de son appel contre ces parties. De plus, la Cour a accueilli la motion en autorisation de modification de l'avis de requête de Démocratie en surveillance, qui veut plaider la règle 16, subsidiairement à la règle 69, dans sa quête pour obtenir une mesure déclaratoire indépendante.

[32] De plus, Démocratie en surveillance demande l'annulation de l'ordonnance d'adjudication des dépens prononcée en première instance. Elle demande aussi qu'aucuns dépens ne soient adjugés en appel, en sa faveur ou contre elle.

F. *Motifs du rejet de la requête en première instance*

[33] Le cœur de l'interprétation donnée par le juge saisi de la requête aux par. 3(3) et 3(4) se trouve dans les extraits suivants de ses motifs de décision :

[TRADUCTION]

Je ferai deux observations initiales sur les dispositions ci-dessus, observations qui se fondent sur ce que j'estime être leur sens ordinaire. Premièrement, le libellé du par. 3(4) ne porte pas atteinte au pouvoir discrétionnaire du lieutenant-gouverneur visé au par. 3(3). Son pouvoir discrétionnaire de dissoudre l'Assemblée législative demeure intact. Deuxièmement, selon le libellé du par. 3(4), le premier ministre doit recommander au lieutenant-gouverneur que l'Assemblée législative soit dissoute et qu'une élection soit tenue au plus tard à une date fixe suivant l'élection générale provinciale la plus récente. Il n'est pas dit au par. 3(4) que le premier ministre peut uniquement recommander au lieutenant-gouverneur

que l'Assemblée législative soit dissoute pour la tenue d'une élection à la date précisée.

Les dispositions de la *Loi* ont pour effet, affirme la requérante, d'interdire catégoriquement au premier ministre de recommander au lieutenant-gouverneur la tenue d'une élection à une autre date que celle précisée dans la *Loi* (au par. 3(4)). Les intimés soutiennent le contraire. Au paragraphe 58 de leur mémoire conjoint, les intimés ont reproduit les remarques formulées à l'Assemblée législative (et consignées au Hansard), le 30 mai 2007, par Stuart Jamieson, le leader à l'Assemblée de l'époque :

[TRADUCTION]

Ce projet de loi a été bien pensé et conçu. Il vise à fixer la date d'élections futures. Il ne retire au lieutenant-gouverneur aucun de ses pouvoirs traditionnels. Si des événements majeurs survenaient qui obligent le gouvernement à obtenir un mandat de la population, ou si l'Assemblée législative ne pouvait plus bien fonctionner, nous demanderions à consulter la population, et le lieutenant-gouverneur exercerait alors son pouvoir discrétionnaire. [Souligné dans l'original.]

Le bien-fondé manifeste, sinon concret, de l'argument avancé par les intimés fait écho aux commentaires suivants formulés par la Cour d'appel fédérale dans *Conacher c. Canada (Premier Ministre)*, 2010 CAF 131, au par. 7 :

Si l'article était interprété de la manière proposée par les appelants, il serait interdit au premier ministre de conseiller à la gouverneure générale de tenir des élections pour des raisons d'urgence ou en raison d'un événement grave. Nous ne souscrivons pas à cette interprétation de l'article 56.1. Une interprétation aussi radicale devrait être clairement exprimée dans le texte de loi. C'est là une autre indication que l'article 56.1, tel qu'il est rédigé, n'empêche aucunement le premier ministre de conseiller la gouverneure générale.

[34] Sur la question de la justiciabilité, le juge a cité l'extrait suivant des motifs de la décision *Engel c. Prentice*, 2020 ABCA 462, [2020] A.J. No. 1405 (QL), (autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée, [2021] C.S.C.R. n° 47) :

[TRADUCTION]

Les appelants concèdent qu'une élection peut être déclenchée à une date hâtive lorsque cela est nécessaire ou justifié. Cela soulève la question de savoir qui doit décider du déclenchement d'une élection hâtive. En 2015, le premier ministre a conclu que l'état précaire des comptes publics de l'Alberta appelait la tenue d'une élection anticipée. Il s'agissait d'une décision éminemment politique s'appuyant sur une prérogative, et ainsi non justiciable. Par convention, le lieutenant-gouverneur suit la recommandation du premier ministre et, les pouvoirs du lieutenant-gouverneur étant maintenus, il en découle, implicitement, le maintien du pouvoir du premier ministre de faire une telle recommandation (*Conacher*, C.A.F., par. 5). [Souligné par le juge saisi de la requête.]

[35]

Le juge a ajouté :

[TRADUCTION]

Encore une fois, je conclus, en fonction du sens ordinaire des dispositions législatives et de la politique publique sous-jacente mentionnée ci-dessus, que le pouvoir du premier ministre de recommander au lieutenant-gouverneur que l'Assemblée législative soit dissoute, et qu'une date soit fixée pour la tenue d'une élection générale provinciale, n'est pas restreint tel que la requérante le soutient. Sur le même fondement, j'estime que le pouvoir discrétionnaire du lieutenant-gouverneur d'accepter cette recommandation n'est aucunement entravé, tel que l'affirme la requérante. Il s'agit, comme il a été mentionné, [TRADUCTION] « [...] d'une décision éminemment politique s'appuyant sur une prérogative, et ainsi non justiciable. » En l'espèce, la décision du premier ministre de demander la dissolution de l'Assemblée législative, et celle de la lieutenant-gouverneure d'accepter cette recommandation, sont des décisions politiques, donc non justiciables, tel qu'il est dit dans l'arrêt *Conacher*.

[36]

En rejetant la requête, le juge a fait la remarque que [TRADUCTION] « il en faut de peu pour considérer la présente affaire frivole ». À son avis, il était [TRADUCTION] « peu raisonnable d'espérer que les faits et les dispositions législatives applicables en l'espèce puissent conduire à un résultat différent de celui atteint par une jurisprudence constante émanant d'autres ressorts », plus précisément les décisions

Conacher c. Canada (Premier Ministre), 2010 CAF 131, [2010] A.C.F. n° 701 (QL), et *Engel c. Prentice*. Le juge a conclu qu'il [TRADUCTION] « était loisible [au premier ministre] de recommander à la lieutenant-gouverneure que l'Assemblée législative soit dissoute et qu'une élection soit déclenchée à une date autre que celle mentionnée dans la *Loi*. Il était loisible à la lieutenant-gouverneure d'exercer son pouvoir discrétionnaire en donnant suite à cette recommandation. » Démocratie en surveillance a été condamnée à payer une seule masse de dépens, de 2 500 \$ (TVH et débours applicables compris).

G. *Moyens d'appel*

[37] Dans l'avis d'appel, Démocratie en surveillance demande l'infirmité de la décision du juge saisi de la requête dans son entièreté.

[38] S'agissant des questions de fond, Démocratie en surveillance soutient que le juge a commis des erreurs de droit : a) en concluant que la recommandation de dissolution et d'élection faite le 17 août 2020 par le premier ministre à la lieutenant-gouverneure est une prérogative exécutive qui n'est pas susceptible de contrôle par les tribunaux; b) en déclarant que le premier ministre n'a pas agi contrairement au par. 3(4) en faisant cette recommandation; c) en ne reconnaissant pas que le par. 3(4) est libellé différemment et se distingue donc de la législation sur un sujet connexe examinée dans les arrêts *Conacher* et *Engel c. Prentice*; d) en ne tenant pas compte de tout le contexte des par. 3(3) et 3(4), y compris le contexte plus large dans lequel les dispositions doivent être interprétées, et de l'objet des dispositions; e) en n'adoptant pas l'interprétation juste, large et libérale, la plus propre à assurer la réalisation des objets des par. 3(3) et 3(4), conformément à l'art. 17 de la *Loi d'interprétation*; f) en ne tenant pas compte de la convention constitutionnelle créée par l'adoption du par. 3(4) et l'observation ultérieure du calendrier qu'il a établi par trois premiers ministres et deux lieutenants-gouverneurs lors de trois élections.

[39] Comme on le verra, je conclus que les moyens a) à e) sont généralement bien fondés, ce qui n'est pas le cas du moyen f). À mon avis, aucune convention

constitutionnelle du genre de celle alléguée dans le moyen f) n'a jamais existé dans notre province. De plus, la prétendue convention est contredite par les dispositions de la *Loi électorale* qui permettent la tenue d'élections générales à d'autres dates que celles du calendrier établi au par. 3(4). Il n'y a rien de plus à dire à ce sujet.

[40] Pour ce qui est de la demande d'infirmer de l'ordonnance d'adjudication des dépens, l'avis d'appel omet de formuler un motif d'intervention. Toutefois, dans la partie 6 du mémoire de l'appelante, à la rubrique [TRADUCTION] « Ordonnance sollicitée », Démocratie en surveillance demande que l'ordonnance d'adjudication des dépens soit infirmée et qu'aucuns autres dépens ne soient adjugés, en sa faveur ou contre elle, [TRADUCTION] « étant donné que l'affaire est sans précédent et qu'il est dans l'intérêt public que les tribunaux tranchent les questions soulevées en l'espèce concernant le droit démocratique fondamental des gens du Nouveau-Brunswick à des élections équitables ». Par souci de rigueur procédurale, je modifierais l'avis d'appel en conséquence.

II. Analyse et décision

[41] Dans le texte qui suit, je traite des questions suivantes : 1) le besoin et l'opportunité d'une décision tranchant un litige sur la qualité pour agir dans l'intérêt public, et la norme de contrôle en appel d'une telle décision; 2) la justiciabilité de la portée de la prérogative du premier ministre de faire une recommandation de dissolution et d'élection à la lieutenant-gouverneure, et l'allégation de Démocratie en surveillance que la recommandation du premier ministre contrevenait au par. 3(4); 3) l'interprétation qu'il convient de donner aux par. 3(3) et 3(4); 4) la possibilité d'ordonner une mesure déclaratoire indépendante en révision judiciaire sous le régime de la règle 69; 5) les conditions d'une mesure déclaratoire prononcée en vertu de la règle 16; 6) la pertinence de la décision *La Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick c. Le très honorable premier ministre du Canada et autre*, 2022 NBBR 85, [2022] A.N.-B. n° 74 (QL), et des observations qui y sont faites sur la constitutionnalité de la nomination de la lieutenant-gouverneure par le premier ministre du Canada; 7) les dépens.

A. *Qualité pour agir dans l'intérêt public*

[42] Dans sa décision originale, le juge saisi de la requête a signalé que les intimés [TRADUCTION] « soulèvent une question préjudicielle et demandent qu'il soit déclaré que [Démocratie en surveillance] n'a pas la qualité pour agir, dans l'intérêt privé ou dans l'intérêt public, pour présenter sa requête ». Le juge a reconnu qu'il pouvait [TRADUCTION] « être approprié de statuer sur la motion avant d'examiner la requête sur le fond », mais il a refusé de le faire pour les motifs suivants :

[TRADUCTION]

D'abord, à première vue, la requête vise à contester la légitimité d'une élection générale provinciale. Par sa nature même, cet objet pourrait être considéré d'importance capitale pour notre démocratie. En certaines circonstances, comme celles en l'espèce, il peut être dans l'intérêt public de simplement répondre aux questions soulevées dans la requête sous-jacente, plutôt que de les laisser sans réponse par stricte application des *Règles*. Ensuite, étant donné la décision que je m'appête à rendre sur le fond dans la présente requête, la question de la qualité pour agir est sans conséquence aucune. [par. 5]

[43] La question de la qualité pour agir dans l'intérêt public a été discutée à fond par la Cour dans l'arrêt *Province du Nouveau-Brunswick c. Morgentaler*, 2009 NBCA 26, 344 R.N.-B. (2^e) 39. Malheureusement, cette décision n'a pas été portée à l'attention du juge saisi de la requête. Si elle l'avait été, je ne doute nullement qu'il aurait traité comme une question préliminaire la demande présentée par Démocratie en surveillance en vue d'obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public.

[44] Dans l'arrêt *Morgentaler*, la Cour a signalé que la common law reconnaît traditionnellement deux catégories de qualité pour agir dans le cadre d'une instance civile : 1) la qualité pour agir à titre personnel ou qualité pour agir de plein droit; 2) la qualité pour agir dans l'intérêt public. La Cour a souligné que, en l'absence d'une disposition législative prescrivant le contraire, seule la Cour peut reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public. Il est acquis en droit que, sans la qualité pour agir, une partie n'a pas le droit de faire trancher sa cause. Dans l'affaire *Morgentaler*, la Province a

soutenu que la juge saisie de la motion avait erronément reconnu au D^r Morgentaler la qualité pour agir dans l'intérêt public avant l'audience sur le fond. La Cour a rejeté cette assertion, déclarant que la qualité pour agir dans l'intérêt public peut être reconnue dans l'exercice de la compétence inhérente de la cour supérieure lorsqu'il est juste de le faire.

[45] Il a été confirmé récemment que cette proposition était correcte dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Conseil des Canadiens avec déficiences*, 2022 CSC 27, [2022] A.C.S. n° 27 (QL), au par. 78. Dans cet arrêt, le juge en chef Wagner, s'exprimant au nom de la Cour, a décrit l'objet d'une audience concernant la qualité pour agir dans l'intérêt public d'une manière qui montre qu'il est souhaitable qu'une intervention judiciaire ait lieu aux premières étapes. Une telle audience 1) exerce une fonction de « rempart » ou écarte les « trouble-fête » (par. 36 et 42), et 2) examine, de façon préliminaire, la justiciabilité et le caractère sérieux de la question soulevée. À moins qu'une question justiciable ne soit soulevée, le litige ne devrait pas être entendu (par. 50). De plus, une décision préliminaire sur une demande de qualité pour agir dans l'intérêt public permet aux tribunaux « d'écarter » les « simples trouble-fête » aussi bien que les demandes non fondées (par. 42, 51 et 57); 3) elle permet aux tribunaux d'« assurer que leurs ressources demeurent à la disposition de ceux qui en ont le plus besoin » (par. 48). Ce faisant, les tribunaux jouent un rôle utile dans l'allocation des ressources judiciaires limitées (par. 42 et 57).

[46] Bien que les intérêts de la justice puissent exiger de reporter à l'audience sur le fond la décision concernant la qualité pour agir dans l'intérêt public, la Cour, étant admis qu'elle possède la compétence sur l'objet de l'affaire, ne peut pas refuser de trancher la question. Dans l'arrêt *Morgentaler*, la Cour a déclaré que la qualité pour agir dans l'intérêt public peut être reconnue « lorsqu'il est juste de le faire, soit avant l'introduction de l'instance, soit en tout temps pendant l'instance » (par. 51). La Cour a ajouté :

L'idéal serait que les demandes en reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public soient présentées avant l'introduction de l'instance. Si la demande est rejetée, le temps, le travail et l'argent qui, autrement, auraient été

gaspillés pourront être consacrés à une autre cause méritoire visant la défense de l'intérêt public ou à aider un demandeur animé des mêmes idées ayant qualité pour agir de plein droit. Si la demande est accueillie, le demandeur aura des droits originaires, dont celui d'engager le litige, d'en [TRADUCTION] « établir le fondement factuel » et d'en contrôler le déroulement à l'intérieur du cadre procédural applicable (voir l'article de Sharon Levine, intitulé *Advocating Values : Public Interest Intervention in Charter Litigation* (1993), 2 N.J.C.L. 1-410, à la p. 37). De plus, et ce qui est tout aussi important, l'énergie des parties sera canalisée, le plus tôt possible, vers une « solution [...] de [l']instance sur le fond, de la façon la [...] plus expéditive » (voir la règle 1.03(2)). [par. 52]

[47] La qualité pour agir dans l'intérêt public devrait être traitée comme une question préliminaire. Essentiellement, il s'agit d'une décision [TRADUCTION] « indiquant si un requérant a le droit de faire examiner par les tribunaux le fond d'une demande juridique soutenable » (voir *Corp. of the Canadian Civil Liberties Assn. c. Canada (Attorney General)*, [1998] O.J. No. 2856 (C.A.) (QL), au par. 101). Quoi qu'il en soit, une décision concernant la qualité pour agir dans l'intérêt public doit être prise pendant l'instance : voir *Morgentaler*, au par. 51. Il existe une exception à cette règle, soit si la Cour conclut qu'elle n'a pas la compétence d'entendre et de trancher le litige. Ce n'est pas ce qui s'est passé en première instance. Le juge saisi de la requête a commis une erreur de droit en refusant de décider si la qualité pour agir dans l'intérêt public devrait être reconnue à Démocratie en surveillance; c'est pourquoi la Cour a renvoyé cette question en vue d'une décision.

[48] Dans la décision qui a suivi, le juge a examiné attentivement les parties essentielles des arrêts *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524, et *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Conseil des Canadiens avec déficiences*, et a appliqué le critère formulé dans ces affaires en concluant ainsi :

La requête soulevait une question sérieuse. Je conclus qu'il s'agit d'une question justiciable sur laquelle la Cour pouvait se prononcer. Démocratie en surveillance ayant des

antécédents démontrés de participation auprès des tribunaux à diverses affaires concernant la bonne gouvernance, notamment la tenue [TRADUCTION] « d'élections à date fixe », je suis convaincu et je conclus qu'elle a un intérêt véritable dans l'affaire. Finalement, on m'a persuadé que la procédure suivie constituait une manière raisonnable de soumettre la question à la Cour. [...]

Si j'avais tranché la question de la qualité pour agir en première instance, j'aurais, dans les circonstances de la présente affaire, reconnu à Démocratie en surveillance la qualité pour agir dans l'intérêt public pour les motifs que je viens d'énoncer. [par. 33 et 34]

La décision du juge de reconnaître à Démocratie en surveillance la qualité pour agir dans l'intérêt public a été rendue dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Elle exige une grande retenue en appel. Le premier ministre n'a pas démontré que la décision du juge est le fruit d'une erreur de droit ou de principe. Il n'a pas démontré non plus que la décision est déraisonnable. À mon avis, le juge n'a pas commis d'erreur justifiant l'infirmité de sa décision en concluant que le critère adopté dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society* et confirmé dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Conseil des Canadiens avec déficiences* est rempli en l'espèce.

B. *Justiciabilité*

[49] Dans l'affaire *Conacher*, les déclarations sollicitées « visa[ie]nt la décision du premier ministre qui consistait à conseiller à la gouverneure générale du Canada de dissoudre la 39^e législature afin de fixer la date des élections » (par. 2). Les requérants dans cette affaire soutenaient que le premier ministre avait contrevenu à l'art. 56.1 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, en recommandant à la gouverneure générale d'ordonner la tenue d'élections à une autre date que celle du calendrier établi par le par. 56.1(2). Fait important, la Cour a souligné que le libellé de l'art. 56.1 n'avait pas pour effet d'« empêcher le premier ministre de conseiller à la gouverneure générale de dissoudre le Parlement et de fixer la date des élections » et que, si telle avait été

l'intention du Parlement, il « aurait utilisé des termes explicites et précis dans le libellé de l'article 56.1 ». La Cour a signalé que le Parlement ne l'avait pas fait. Il en va de même de la loi examinée dans l'arrêt *Engel*. La loi examinée dans le cas présent contient un libellé qui vise à définir explicitement la recommandation de dissolution et d'élection que le premier ministre a légalement le droit de faire. Démocratie en surveillance soutient à bon droit que les arrêts *Conacher* et *Engel* peuvent être distingués de la présente affaire sur ce seul fondement.

[50] La question soulevée par la requête de Démocratie en surveillance, dans sa version modifiée, est de savoir si la recommandation de dissolution et d'élection faite par le premier ministre le 17 août 2020 contrevenait aux par. 3(3) et 3(4). Une question justiciable est une question dont les tribunaux peuvent être saisis : voir *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Conseil des Canadiens avec déficiences*, au par. 47. Dans cet arrêt, le juge en chef Wagner a fait les observations suivantes sur la manière dont le principe de la légalité éclaire la doctrine sur la justiciabilité :

Le principe de la légalité renvoie à deux idées : (i) le fait que les actes de l'État doivent être conformes à la loi et (ii) le fait qu'il doit exister des manières pratiques et efficaces de contester la légalité des actions de l'État (*Downtown Eastside*, par. 31). La légalité tire son origine de la primauté du droit : « [s]i les gens [n'étaient] pas en mesure de contester en justice les mesures prises par l'État, ils ne [pourraient] obliger celui-ci à rendre des comptes — l'État serait alors au-dessus des lois ou perçu comme tel » (*Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31, par. 40).

L'accès à la justice, à l'instar de la légalité, est « essentiel à la primauté du droit » (*Trial Lawyers*, par. 39). Comme l'a affirmé le juge en chef Dickson, « [i]l ne peut y avoir de primauté du droit sans accès aux tribunaux, autrement la primauté du droit sera remplacée par la primauté d'hommes et de femmes qui décident qui peut avoir accès à la justice » (*B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, p. 230). [par. 33 et 34]

[51] La légalité est au cœur de la requête sous-jacente et fait pencher la balance en faveur de la justiciabilité.

[52] Dans l'arrêt *Black c. Canada (Prime Minister)*, [2001] O.J. No. 1853 (C.A), la prérogative de la Couronne concernant les distinctions faisait l'objet d'un examen. La question restreinte à trancher était celle de savoir si la recommandation du premier ministre à la Reine concernant la politique du Canada sur la remise d'une distinction à un citoyen canadien pouvait faire l'objet d'une révision judiciaire. Avant de conclure qu'elle ne le pouvait pas parce que la recommandation ne portait pas atteinte aux droits individuels, la Cour a procédé à une évaluation approfondie de la doctrine de la justiciabilité dans le cadre du droit canadien de la prérogative. La Cour a commencé son analyse par une description du pouvoir de prérogative de la Couronne :

[TRADUCTION]

[...] Selon le professeur Dicey, la prérogative de la Couronne est [TRADUCTION] « le résidu d'un pouvoir discrétionnaire ou arbitraire qui est laissé à un moment quelconque aux mains de la Couronne » : Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd. (London : Macmillan, 1959), à la p. 424. La définition large de Dicey a été adoptée explicitement par la Cour suprême du Canada et la Chambre des lords. Voir *Re The Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269, aux p. 272 et 273, et *A.G. c. DeKeyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508, à la p. 526. Voir aussi Peter Hogg et Patrick Monahan, *Liability of the Crown*, 3^e éd. (Toronto : Carswell, 2000), à la p. 15.

La prérogative est une branche de la common law parce que les décisions des tribunaux en déterminent à la fois l'existence et la portée. En bref, la prérogative consiste dans [TRADUCTION] « les pouvoirs et privilèges accordés à la Couronne par la common law » : Peter Hogg, *Constitutional Law in Canada*, édition à feuilles mobiles (Toronto : Carswell, 1995), à la p. 1.9. Voir aussi *Case of Proclamations* (1611), 77 E.R. 1352 (C.B.R.). La prérogative de la Couronne est passée de l'Angleterre au Commonwealth. Comme l'a fait remarquer récemment le professeur Cox, [TRADUCTION] « il est clair que les

prérogatives majeures s'appliquent dans tout le Commonwealth et s'appliquent comme pure question de droit » : N. Cox, « The Dichotomy of Legal Theory and Political Reality: The Honours Prerogative and Imperial Unity », 14 *Australian Journal of Law and Society* (1998-99) 15, à la p. 19. [par. 25 et 26]

[53] La Cour a ensuite confirmé qu'une prérogative de la Couronne peut être modifiée, et même supprimée, par une loi :

[TRADUCTION]

Malgré sa grande portée, la prérogative de la Couronne peut être limitée ou supprimée par une loi. Voir la *Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. 1985, ch. P-1, art. 4. Une fois qu'une loi occupe le terrain précédemment occupé par la prérogative, celle-ci tombe en désuétude. La Couronne ne peut plus agir en vertu de la prérogative, mais doit agir conformément aux conditions imposées par la loi. Voir *A.G. c. DeKeyser's Royal Hotel*, précité. En Angleterre et au Canada, la législation a grandement restreint la portée de la prérogative de la Couronne. Le doyen Hogg remarque que l'évincement de la prérogative par la loi a eu pour effet de [TRADUCTION] « réduire les pouvoirs de prérogative de la Couronne en un très faible registre ». Le professeur Wade est du même avis :

[A]u cours de l'histoire constitutionnelle, les pouvoirs afférents à la prérogative de la Couronne ont été grandement réduits et, au plan administratif, cette prérogative n'est plus que l'ombre d'elle-même. On l'a restreinte expressément au moyen de nombreuses lois et, même lorsqu'un texte législatif ne fait que la chevaucher, la doctrine veut qu'elle ne soit plus en vigueur. E.C.S. Wade, *Administrative Law*, 6^e éd. (Oxford : Clarendon Press, 1988), aux pages 240 et 241). [par. 27]

[54] La Cour a ensuite reconnu l'opinion admise de longue date que les questions suivantes étaient justiciables : si une prérogative alléguée existe; si elle a été supprimée par une loi; si une prérogative qui subsiste a été exercée et, dans l'affirmative, quelle en est la portée. La Cour a signalé que la prérogative relative aux distinctions n'a

pas été remplacée ni modifiée par l'imposition, en application d'une loi ou de la common law, de conditions à son exercice légitime.

[55] La Cour a également pris acte de l'évolution de la réflexion des tribunaux concernant l'application de la doctrine de la justiciabilité à l'exercice des pouvoirs de prérogative : les tribunaux sont disposés à réviser l'exercice d'un pouvoir de prérogative quand il porte atteinte aux droits d'une personne :

[TRADUCTION]

Selon le droit qui était en vigueur au moins jusqu'aux années 1960, le pouvoir des tribunaux de faire une révision judiciaire de la prérogative était très limité. Le tribunal pouvait déterminer si un pouvoir de prérogative existait et, le cas échéant, quelle en était la portée et s'il avait été supprimé par une loi. Toutefois, une fois que le tribunal avait établi l'existence et la portée d'un pouvoir de prérogative, il ne pouvait pas réviser la manière dont ce pouvoir était exercé. Voir S. DeSmith, H. Woolf et J. Jowell, DeSmith, *Woolf & Jowell's Principles of Judicial Review* (London : Sweet & Maxwell, 1999), à la p. 175, et *DeKeyser's Royal Hotel*, précité. L'opportunité ou la pertinence des motifs de son exercice, même la question de savoir si les procédures suivies étaient équitables, n'étaient pas susceptibles de révision. Les tribunaux insistaient pour dire que la source du pouvoir – la prérogative – interdisait un examen judiciaire de son exercice. La logique sous-jacente à cette révision restreinte de la prérogative était que l'exercice du pouvoir de prérogative soulevait ordinairement des questions dont la réponse échappait aux qualifications ou à la compétence des tribunaux.

Même cette vision étroite du rôle de la Cour relativement au contrôle de la prérogative doit maintenant être modifiée au Canada en raison de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Aux termes de l'al. 32(1)a), la *Charte* s'applique au Parlement et au gouvernement du Canada pour tous les domaines relevant du Parlement. La prérogative de la Couronne fait partie du pouvoir du Parlement. Par conséquent, si une personne prétend que l'exercice d'une prérogative viole les droits qui lui sont garantis par la *Charte*, les tribunaux ont l'obligation de statuer sur sa prétention. Voir *Operation Dismantle*, précité. [...]

Mis à part la *Charte*, la portée grandissante du contrôle judiciaire et de la responsabilité de la Couronne fait en sorte qu'on ne peut plus soutenir que l'exercice d'une prérogative est à l'abri du contrôle judiciaire du simple fait qu'il s'agit d'une prérogative et non d'un pouvoir d'origine législative. La démarche privilégiée est celle adoptée par la Chambre des lords dans l'affaire *Civil Service Unions*, [[1985] 1 A.C. 374], où elle a souligné que la considération prédominante lorsqu'il s'agit de déterminer si l'exercice d'une prérogative est susceptible de contrôle judiciaire est son objet et non sa source. Si, pour reprendre les propos du lord Roskill, l'objet de la prérogative [TRADUCTION] « se prête au processus judiciaire », il peut faire l'objet d'un contrôle; sinon, il ne le peut pas. Le lord Roskill a fourni de la matière à ce critère de l'objet en matière de susceptibilité au contrôle judiciaire en expliquant que l'exercice de la prérogative se prêtera au processus judiciaire s'il a une incidence sur les droits de personnes. Encore une fois, voici ce qu'il a affirmé, à la p. 417, A.C. :

[...] Si l'organe exécutif, dans l'exercice du pouvoir d'origine législative, agit de manière à porter atteinte aux droits du citoyen, il va sans dire qu'en principe, la manière dont ce pouvoir est exercé peut aujourd'hui être contestée pour l'un ou plusieurs des trois motifs que j'ai mentionnés plus tôt dans mon allocution. Si l'organe exécutif, au lieu d'agir en vertu d'un pouvoir d'origine législative, agit en vertu d'une prérogative et, en particulier, une prérogative déléguée à l'intimé en vertu de l'article 4 du décret en conseil de 1982, et qu'il porte atteinte aux droits du citoyen, je suis incapable de concevoir, sous réserve de ce que je m'apprête à dire, qu'une quelconque raison logique, expliquant que la source du pouvoir est la prérogative et non la loi, puisse aujourd'hui priver le citoyen de ce droit de contester la manière dont le pouvoir est exercé, droit qu'il posséderait s'il s'agissait d'un pouvoir d'origine législative. Dans un cas comme dans l'autre, l'acte en question est l'acte de l'exécutif. [...]

[...]

D'après le critère énoncé par la Chambre des lords, l'exercice de la prérogative sera justiciable, ou susceptible d'une action en justice, si son objet porte atteinte aux droits

ou aux attentes légitimes d'une personne. Lorsqu'il est porté atteinte aux droits ou aux attentes légitimes d'une personne, la Cour est à la fois compétente et qualifiée pour procéder à un contrôle judiciaire de l'exercice de la prérogative.

[...]

Il est clair et évident que l'exercice, ainsi décrit, de la prérogative sur les distinctions par le premier ministre n'est pas susceptible de révision judiciaire. De fait, dans l'affaire *Civil Service Unions*, le lord Roskill a énuméré bon nombre d'exercices d'une prérogative dont les objets, de par leur nature même, n'étaient pas justiciables. Le fait de décerner des distinctions était inclus dans la liste. [...]

[...]

Le refus de décerner une distinction est loin du refus de délivrer un passeport ou d'accorder un pardon, situations où d'importants intérêts individuels sont en jeu. Contrairement au refus d'attribuer une pairie, un refus de passeport ou de pardon entraîne un réel préjudice pour la personne touchée. Ici, aucun intérêt individuel important n'est engagé. Il n'y a pas eu atteinte aux droits de M. Black, si large que soit l'interprétation des « droits ». Aucun citoyen canadien n'a droit à une distinction. [C'est moi qui souligne; par. 45 à 48, 51, 58 et 60]

[56] Contrairement à la situation examinée dans l'affaire *Black*, la présente affaire concerne une prérogative qui a été modifiée par une loi. L'Assemblée législative, dans l'exercice de son autorité souveraine, a remanié, par les par. 3(3) et 3(4), la prérogative du premier ministre de faire une recommandation de dissolution et d'élection à la lieutenant-gouverneure. De plus, un droit individuel important, à savoir le droit d'un député siégeant du côté du gouvernement ou de l'opposition de continuer d'être en fonction, est touché par l'exercice par le premier ministre de la prérogative en vertu de laquelle une recommandation de dissolution et d'élection est faite à la lieutenant-gouverneure. De ce fait, non seulement la portée de ce qui reste de la prérogative est-elle une question justiciable, mais la légalité de son exercice l'est aussi.

C. *Paragraphes 3(3) et 3(4) de la Loi sur l'Assemblée législative*

[57] Le paragraphe 3(3) est libellé ainsi :

3(3) Nothing in this section affects the power of the Lieutenant-Governor to prorogue or dissolve the Legislative Assembly at the Lieutenant-Governor's discretion.	3(3) Rien dans le présent article ne porte atteinte au pouvoir du lieutenant-gouverneur de proroger ou de dissoudre l'Assemblée législative lorsqu'il l'estime opportun.
---	--

Cette disposition préserve explicitement la prérogative du lieutenant-gouverneur de dissoudre l'Assemblée législative et, corollairement, de prescrire la tenue d'une élection générale. Au paragraphe 3(3), il n'est pas fait mention de la prérogative du premier ministre de faire une recommandation de dissolution et d'élection au lieutenant-gouverneur. Toutefois, par convention, le lieutenant-gouverneur ne dissout pas l'Assemblée législative et ne prescrit pas la tenue d'une élection sans bénéficier de la recommandation du premier ministre.

[58] Le paragraphe 3(3), à mon avis, comporte deux éléments. Le premier est explicite : c'est la préservation du pouvoir discrétionnaire du lieutenant-gouverneur de dissoudre l'Assemblée législative. Le deuxième est implicite : c'est le maintien de l'existence, sous quelque forme, de la prérogative du premier ministre de faire une recommandation de dissolution et d'élection au lieutenant-gouverneur. Lorsque les par. 3(3) et 3(4) ont été adoptés, la *Loi électorale* ne contenait pas de définition du terme « élections générales programmées », comme c'est le cas maintenant. La *Loi électorale* ne prévoyait pas non plus que des élections générales pouvaient être programmées ou non programmées, comme c'est le cas maintenant. Pourtant, le leader parlementaire du gouvernement a manifestement compris que le premier ministre pouvait faire une recommandation en faveur d'élections générales non programmées. Dans le contexte législatif qui prévalait alors, cette option ne pouvait avoir lieu que par conséquence implicite de la préservation des pouvoirs conférés au lieutenant-gouverneur par le par. 3(3), et c'est précisément l'argument soulevé par le leader parlementaire du gouvernement à l'Assemblée législative le 30 mai 2007 :

[TRADUCTION]

[La modification] ne retire au lieutenant-gouverneur aucun de ses pouvoirs traditionnels. Si des événements majeurs survenaient qui obligent le gouvernement à obtenir un mandat de la population, ou si l'Assemblée législative ne pouvait plus bien fonctionner, nous demanderions à consulter la population, et le lieutenant-gouverneur exercerait alors son pouvoir discrétionnaire.

[59] Bien sûr, nous avons maintenant, depuis 2010, une définition du terme « élections générales programmées » à l'art. 2 de la *Loi électorale*. Par cette définition, l'Assemblée législative confirme que le par. 3(4) établit un calendrier d'élections générales. De plus, l'art. 13 de la *Loi électorale* affirme clairement que des élections générales peuvent être non programmées, ce qui reconnaît implicitement que la recommandation d'élection du premier ministre au lieutenant-gouverneur peut viser la tenue d'une élection qui n'est pas conforme au calendrier établi au par. 3(4). La définition d'« élections générales programmées » et l'art. 13 confirment l'exactitude des observations faites par le leader parlementaire du gouvernement le 30 mai 2007 sur la raison d'être du par. 3(4) et l'effet du par. 3(3).

[60] Le paragraphe 3(4) est libellé ainsi :

3(4) Subject to the power of the Lieutenant-Governor referred to in subsection (3), the Premier shall provide advice to the Lieutenant-Governor that the Legislative Assembly be dissolved and a provincial general election be held on the following dates:	3(4) Sous réserve du pouvoir du lieutenant-gouverneur visé au paragraphe (3), le premier ministre recommande au lieutenant-gouverneur que l'Assemblée législative soit dissoute et qu'une élection générale provinciale soit tenue aux dates suivantes :
--	--

(a) on Monday, September 24, 2018, and	a) le lundi 24 septembre 2018;
(b) subsequently, on the third Monday in October in the fourth calendar year following the ordinary polling day for the most recently held provincial general election.	b) par la suite, le troisième lundi d'octobre de la quatrième année civile qui suit le jour ordinaire du scrutin de l'élection générale provinciale la plus récente.

Comme le paragraphe 3(3), le par. 3(4) comporte deux éléments : 1) il est subordonné au par. 3(3); 2) il établit un calendrier d'élections.

[61] Si on ne devait tenir compte que du libellé des par. 3(3) et 3(4), l'interprétation résultante serait, comme Démocratie en surveillance l'a soutenu en première instance, que le premier ministre est tenu de faire une recommandation de dissolution et d'élection conformément au calendrier prescrit au par. 3(4), réservant au lieutenant-gouverneur son pouvoir discrétionnaire traditionnel d'accepter ou de rejeter cette recommandation. Étant donné la convention de longue date voulant que le lieutenant-gouverneur donne suite à la recommandation de dissolution et d'élection du premier ministre, le résultat serait la tenue d'élections conformément au calendrier établi au par. 3(4).

[62] Toutefois, il est maintenant bien établi que l'interprétation législative « ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi » et qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, au par. 21. L'article 17 de la *Loi d'interprétation* s'applique également. Il est ainsi libellé :

<p>17 Every Act and regulation and every provision thereof shall be deemed remedial, and shall receive such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of the object of the Act, regulation or provision.</p>	<p>17 Toute loi, tout règlement et toute disposition de ceux-ci sont réputés réparateurs et doivent faire l'objet de l'interprétation large, juste et libérale, la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.</p>
--	---

[63] Trois préceptes connexes d'interprétation législative sont particulièrement pertinents en l'espèce : 1) le législateur ne s'attend pas à ce que les tribunaux adoptent une interprétation qui contredit l'objet d'une disposition : voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, au par. 23; 2) la législation doit être interprétée de façon à en harmoniser les éléments « le plus possible [...] et à éviter les incohérences internes » : voir *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, [1994] A.C.S. n° 94 (QL), au par. 24; 3) la législation doit être considérée globalement, et il appartient à l'interprète judiciaire [TRADUCTION]

« d'essayer d'en harmoniser et d'en faire concorder toutes les parties » : voir *R. c. C.K.W.*, 2005 ABCA 446, [2005] A.J. No. 1753 (QL), au par. 40.

[64] Aux termes de l'art. 17 de la *Loi d'interprétation*, le par. 3(4) est réputé être réparateur, et il doit être interprété de la manière la plus propre à assurer l'atteinte de ses objets. Quand on interprète une disposition législative ambiguë qui porte sur les droits et privilèges des députés de l'Assemblée législative, tels que leur droit de continuer de siéger à l'Assemblée législative, il est parfaitement logique de tenir compte des déclarations faites à l'Assemblée qui donnent un éclairage sur l'objet de la législation. Lors de l'adoption en 2007 de la disposition remplacée par le par. 3(4), des députés ont protesté contre la pratique de tenir des élections éclair et ont décrit le par. 3(4) comme une disposition sur les élections à date fixe. Comme je l'ai mentionné, le leader parlementaire du gouvernement a expliqué que l'objet du par. 3(4) était de [TRADUCTION] « fixer la date d'élections futures ». Toutefois, il a averti que la disposition n'était pas conçue pour empêcher une recommandation de dissolution et d'élection motivée par [TRADUCTION] « des événements majeurs [...] qui obligent le gouvernement à obtenir un mandat de la population » ou dans le cas où l'Assemblée législative ne [TRADUCTION] « pouvait plus bien fonctionner ». Les déclarations du leader parlementaire du gouvernement à l'Assemblée législative sont indiscutablement admissibles; après tout, elles ont été présentées à la cour d'instance inférieure par le premier ministre, sans que Démocratie en surveillance s'y oppose.

[65] Comme je l'ai mentionné, le juge saisi de la requête a interprété le par. 3(4) comme une directive prescrivant au premier ministre de recommander à la lieutenant-gouverneure de dissoudre l'Assemblée législative et de tenir une élection *au plus tard* à une date fixe, plutôt qu'*à la date* précisée. Ce faisant, il a commis une erreur. Devant notre Cour, le premier ministre a soutenu que le par. 3(4) n'est pas juridiquement contraignant pour lui parce qu'il est subordonné au par. 3(3), disposition qui préserve implicitement son pouvoir discrétionnaire illimité de recommander la dissolution et la tenue d'une élection comme il l'estime opportun. Cette assertion est sans fondement. Si elle était retenue, le par. 3(4) deviendrait inopérant.

[66] L'objet du par. 3(4) est de fixer la date des élections futures, ce qu'il fait en établissant un calendrier d'élections. Toutefois, le par. 3(4) est subordonné au par. 3(3), qui préserve le pouvoir discrétionnaire du lieutenant-gouverneur de dissoudre l'Assemblée législative. Ce pouvoir peut être exercé sur la recommandation du premier ministre. En subordonnant l'application du par. 3(4) au par. 3(3), l'Assemblée législative avait l'intention de préserver la prérogative du premier ministre de faire une recommandation de dissolution et d'élection au lieutenant-gouverneur, mais seulement dans la mesure où cela ne rendrait pas le par. 3(4) inopérant. Les deux dispositions peuvent être conciliées si on tient compte de l'objet des par. 3(3) et 3(4) comme le leader parlementaire du gouvernement l'a décrit en 2007. Le par. 3(4) fixe la date des élections futures, sous réserve de la prérogative du premier ministre de faire une recommandation de tenue d'une élection qui s'écarte du calendrier établi au par. 3(4) lorsque, par exemple, [TRADUCTION] « des événements majeurs [...] obligent » à demander un mandat aux électeurs ou lorsque l'Assemblée législative ne [TRADUCTION] « [peut] plus bien fonctionner ». Ce que le par. 3(4) interdit, quand on l'interprète en contexte, c'est une recommandation de dissolution et d'élections motivée par un avantage électoral purement partisan.

D. *Opportunité d'accorder une mesure déclaratoire indépendante sous le régime de la règle 69 des Règles de procédure*

[67] Contrairement aux dispositions correspondantes d'autres ressorts, la règle 69 n'a pas conféré à la Cour une compétence plus large que celle des recours possibles en common law sous forme de brefs de prérogative et d'ordonnances. Dans l'arrêt *Port of Dalhousie Inc. c. Maltais*, 2011 NBCA 84, 377 R.N.-B. (2^e) 312, le juge Richard, maintenant juge en chef du Nouveau-Brunswick, a fait les observations connexes suivantes au nom de la Cour :

Il est à remarquer que dans certaines provinces, des dispositions législatives ou des règles prévoient qu'un redressement peut être accordé dans le cadre d'une « requête pour l'obtention d'une ordonnance de la nature d'un mandamus, d'une prohibition ou d'un certiorari »,

expression dont les tribunaux judiciaires ont décidé, selon Brown et Evans, qu'elle [TRADUCTION] « a étendu leur compétence au-delà des limites apportées à ce recours en common law » (par. 1:2255 à la p. 1-27, où il est question de la *Loi sur la procédure de révision judiciaire* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. J.1, par. 2(1)). Toutefois, la règle 69 en vigueur au Nouveau-Brunswick ne contient aucune expression de ce genre. La règle 69.01 est ainsi rédigée :

69.01 Requête en révision

Nonobstant toute disposition d'une loi, les recours autrefois exercés par voie de certiorari, mandamus, prohibition, quo warranto ou avis de motion en annulation ou en reconsidération d'une sentence arbitrale ne peuvent être exercés que sur une requête en révision formulée en application de la présente règle.

À mon avis, il n'y a rien dans cette règle qui puisse donner à penser qu'elle étend la compétence de la Cour au-delà des limites des recours prévus en common law. Pour le cas où une ambiguïté se ferait jour à cet égard, elle serait clairement dissipée par la mention des ordonnances prévues à la règle 69, lesquelles correspondent dans l'ensemble aux genres d'ordonnances qui existaient traditionnellement en common law :

69.13 Forme de l'ordonnance

- (1) L'ordonnance en annulation de tout ou d'une partie d'une déclaration de culpabilité, d'une ordonnance, d'une incarcération, d'un mandat ou de quelque autre acte doit préciser que celui-ci a été soumis à la cour et a été annulé.
- (2) Si le requérant est emprisonné suite à une déclaration de culpabilité ou à une ordonnance qui est par la suite annulée, l'ordonnance (formule 69A) doit ordonner sa libération immédiate, vu son emprisonnement suite à la déclaration de culpabilité ou à l'ordonnance.
- (3) L'ordonnance peut prescrire que la cour, le tribunal administratif ou la personne autorisée

entende sans délai et tranche l'affaire qui est sujette à révision.

- (4) L'ordonnance peut interdire à la cour[,] au tribunal administratif ou à la personne autorisée de poursuivre une affaire.
- (5) L'ordonnance peut interdire à une personne d'occuper un poste ou d'exercer les fonctions ou de tirer bénéfice des droits qui en découlent.
- (6) L'ordonnance peut annuler ou renvoyer une sentence rendue par un ou plusieurs arbitres.
- (7) Si la cour le juge à propos, elle peut renvoyer une affaire en révision à la cour, au tribunal administratif ou à la personne autorisée pour être réentendue ou reconsidérée de la manière prescrite par la cour.
- (8) L'ordonnance peut prononcer le rejet de la requête.

Aucune de ces ordonnances n'est applicable en l'espèce. Il n'y a pas de déclaration de culpabilité, d'ordonnance, d'incarcération, de mandat ni d'autre acte à annuler. [Souligné dans l'original; par. 19 à 21]

Démocratie en surveillance ne demande pas une mesure de redressement autrefois obtenue par voie de l'un des brefs de prérogative et des ordonnances mentionnés à la règle 69.01. Plus précisément, elle ne demande pas une ordonnance d'annulation. Elle demande seulement une mesure déclaratoire. Contrairement à la situation d'autres ressorts (voir par exemple l'al. 18(1)a) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7), une mesure déclaratoire indépendante ne peut pas être obtenue sous le régime de la règle 69. Toutefois, elle peut être obtenue sous le régime de la règle 16 si quatre conditions préalables sont remplies.

E. *Mesure déclaratoire sous le régime de la règle 16*

[68] La règle 16.04e) prévoit qu'une instance peut être introduite par voie d'avis de requête pour la précision de droits qui dépendent de l'interprétation d'une loi. Une déclaration est une réparation discrétionnaire « d'une portée restreinte » qui peut être obtenue si les conditions suivantes sont remplies : 1) la cour a compétence pour entendre le litige; 2) le litige est réel et non théorique; 3) la partie qui soulève la question a véritablement intérêt à ce qu'elle soit résolue; 4) l'intimé a intérêt à s'opposer à la déclaration sollicitée : voir *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165, au par. 81. La condition 2) n'est pas remplie en l'espèce.

[69] En règle générale, le fardeau de la preuve incombe à la partie qui fait une allégation. Cette proposition fondamentale s'applique aux décisions sur les requêtes en révision (voir par exemple *R. c. Inland Revenue Commissioners, ex parte Rossminster Ltd.*, [1980] A.C. 952, [1980] 1 All E.R. 80 (Ch. des lords (Angl.)), aux p. 1013, 1022 et 1023, et Paul Daly, *A Critical Analysis of the Case of Prorogations* (2021), 7 CJCL 256, à la p. 279). Elle s'applique aussi aux décisions sur les requêtes en mesure déclaratoire présentées sous le régime de la règle 16 (voir *Blood Tribe c. Canada (Attorney General)*, 2012 ABCA 206, [2012] A.J. No. 679 (QL), au par. 41).

[70] Le premier ministre n'a pas à assumer le fardeau de justifier la légalité de sa recommandation de dissolution et d'élection du 17 août 2020. Il incombe plutôt à Démocratie en surveillance de plaider sa cause en faveur d'une mesure déclaratoire par prépondérance des probabilités.

[71] Pour qu'un litige soit réel plutôt que théorique, la plainte sous-jacente à la requête en mesure déclaratoire doit être prouvée par prépondérance des probabilités au moyen de preuve ou d'aveux. Démocratie en surveillance se plaint que le premier ministre a fait une recommandation de dissolution et d'élection pour profiter d'un avantage électoral purement partisan. Il n'y a aucune preuve étayant la plainte, et la requête ne peut pas être accueillie pour cette seule raison. Cela dit, je ne suis pas aveugle à la réalité : la preuve d'une violation du par. 3(4) ne sera pas facile à faire.

Effectivement, il sera rare que la preuve et les aveux établissent que le premier ministre a fait une recommandation de dissolution et d'élection purement pour profiter d'un avantage électoral partisan. Comme juge, je peux seulement interpréter et appliquer le droit : mon arsenal réparatoire n'inclut pas le pouvoir de légiférer. Si les législateurs préféreraient une méthode plus énergique d'examen judiciaire de la recommandation de dissolution et d'élection du premier ministre, ils ont le pouvoir, sous réserve des impératifs constitutionnels, s'il en est, d'adopter des modifications appropriées des par. 3(3) et 3(4).

E. *La pertinence de la décision La Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick c. Le très honorable premier ministre du Canada et autre*

[72] Dans la décision *La Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick c. Le très honorable premier ministre du Canada et autre*, 2022 NBBR 85, [2022] A.N.-B. n° 74 (QL), la juge en chef DeWare, de la Cour du Banc du Roi, a exprimé l'opinion que la nomination de la lieutenant-gouverneure par le premier ministre du Canada était inconstitutionnelle. La formation a invité les parties à discuter les répercussions, s'il en est, de cette opinion sur le décret de tenue d'une élection générale le 14 septembre 2020 donné par la lieutenant-gouverneure. Selon les deux parties, la décision *Société de l'Acadie* n'invalide pas le décret de la lieutenant-gouverneure visant la tenue d'une élection. Au moment où nous avons invité les parties à faire des observations sur ce point, la lieutenant-gouverneure et la lieutenant-gouverneure en conseil étaient intimées. Elles ont été retirées comme parties à l'appel depuis; en conséquence, la question soulevée par la formation n'est plus une question réelle.

F. *Dépens*

[73] Démocratie en surveillance demande l'infirmité de l'ordonnance d'adjudication des dépens du tribunal d'instance inférieure et exhorte la Cour à ne rendre aucune ordonnance d'adjudication des dépens, en sa faveur ou contre elle, [TRADUCTION] « étant donné que l'affaire est sans précédent et qu'il est dans l'intérêt

public que les tribunaux tranchent les questions soulevées en l'espèce concernant le droit démocratique fondamental des gens du Nouveau-Brunswick à des élections équitables ». Il y a un certain fondement à cette assertion; toutefois, je préfère trancher la question des dépens pour les motifs suivants.

[74] Démocratie en surveillance a été condamnée au paiement des dépens quant au rejet de la requête, sans égard à la question de la qualité pour agir. De fait, quand le rejet a été ordonné, Démocratie en surveillance n'avait pas qualité pour agir, le juge ayant refusé de trancher la controverse au sujet de sa qualité pour agir dans l'intérêt public. Il est douteux que, dans les circonstances, l'ordonnance d'adjudication des dépens contestée pût être rendue.

[75] Quoi qu'il en soit, l'ordonnance en question semble avoir été rendue en grande partie en raison de l'opinion, à la fois erronée et déraisonnable, qu'il en fallait de peu pour que la requête soit frivole. À mon avis, la requête était loin d'être frivole, et, comme il ressort de ce qui précède, les motifs pour lesquels elle a été rejetée en première instance ne sont pas tenables. De plus, la plupart des moyens d'appel de Démocratie en surveillance sont bien fondés. Enfin, Démocratie en surveillance a résisté avec succès à la contestation du premier ministre à l'égard de la deuxième décision du juge, qui lui avait reconnu la qualité pour agir dans l'intérêt public.

[76] Compte tenu de la totalité des circonstances, je conclus qu'il s'agit en l'espèce de l'un des rares cas où il est juste de déroger à la règle générale voulant que la partie qui a gain de cause au bout du compte ait droit aux dépens.

IV. Conclusion et dispositif

[77] Avec égards, le juge de première instance a commis une erreur en rejetant la requête de Démocratie en surveillance pour motif de non-justiciabilité, et j'annulerais sa décision sur cette question. La prérogative du premier ministre concernant la recommandation de dissolution et d'élection faite en vertu des par. 3(3) et 3(4) de la *Loi sur l'Assemblée législative* est indiscutablement politique à un certain degré, mais sa

portée et la légalité de son exercice sont des questions juridiques susceptibles de contrôle judiciaire. En adoptant les par. 3(3) et 3(4), l'Assemblée législative a rendu ces questions justiciables.

[78] Après avoir appliqué l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)* et l'art. 17 de la *Loi d'interprétation*, je conclus que le premier ministre est tenu non seulement par l'honneur, mais aussi légalement, de faire à la lieutenante-gouverneure une recommandation de dissolution et d'élection conformément aux par. 3(3) et 3(4). Le juge saisi de la requête a commis une erreur de droit en concluant que le par. 3(4) fixe simplement des dates par lesquelles des élections doivent être tenues. Son libellé et son objet, ainsi que le contexte, obligent plutôt à conclure que le par. 3(4), de concert avec le par. 3(3), prescrit au premier ministre de faire une recommandation qui concorde avec le calendrier d'élections du par. 3(4), tout en préservant son droit de déroger à cette obligation dans certaines circonstances. Les paragraphes 3(3) et 3(4) agissent de concert pour interdire une recommandation de dissolution et d'élection pour profiter d'un avantage électoral purement partisan. En conséquence, j'écarterais l'interprétation des par. 3(3) et 3(4) donnée par le juge.

[79] J'écarterais également la conclusion du juge selon laquelle la recommandation de dissolution et d'élection faite par le premier ministre était conforme au par. 3(4). Elle l'était peut-être, mais le dossier ne permet pas une conclusion formelle à ce sujet. Inversement, aucune preuve admissible ne démontre que le premier ministre aurait amorcé le processus aboutissant à l'élection du 14 septembre 2020 non programmée pour profiter d'un avantage électoral purement partisan.

[80] En dépit de ce qui précède, je confirmerais le rejet de la requête de Démocratie en surveillance. Je la rejetterais pour le motif qu'il n'y a aucune preuve admissible étayant l'allégation qui la motive, à savoir que la recommandation de dissolution et d'élection du premier ministre à la lieutenante-gouverneure était motivée par le désir de profiter d'un avantage électoral purement partisan.

[81] Je conclus la discussion concernant la mesure de fond demandée en appel en soulignant de nouveau que je ne formule aucune opinion sur la légalité de la recommandation de dissolution et d'élection faite le 17 août 2020 par le premier ministre, de la dissolution de l'Assemblée législative par la lieutenant-gouverneure à cette date ou de l'élection du 14 septembre 2020.

[82] Enfin, j'accueillerais l'appel à l'encontre de l'ordonnance d'adjudication des dépens rendue par la cour d'instance inférieure, j'annulerais cette ordonnance et j'ordonnerais aux parties d'assumer leurs propres frais dans toute l'affaire.