

THE STRUCTURAL AND ADMINISTRATIVE DEMANDS OF UNWRITTEN CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

*Kate Glover Berger**

This article challenges the traditional view in administrative law scholarship that the mandate and design of administrative decision-makers are principally products of executive policy choice and legislative delegation. Drawing on public law theories of structural interpretation and positioned within the growing field of administrative constitutionalism, this article argues that unwritten features of the Constitution can make concrete demands on institutional structure and tribunal design such that certain functions and features of the administrative state are constitutionally required. The argument emerges from a careful analysis of a single case study, that of the discipline, and in particular the removal, of superior court judges in Canada. The analysis reveals that section 99(1) of the *Constitution Act, 1867* provides an incomplete account of the procedures that must be followed in order to remove a federally appointed judge from the bench. More specifically, the case study establishes that the principle of judicial independence requires that judges be eligible for removal under section 99(1) only after an administrative process is held, one that investigates the alleged misconduct and assesses the facts against the constitutional standard of good judicial behaviour. Judicial independence further demands that this process embody certain essential features—features that are familiar to administrative law: the inquiry must be carried out by a body that is independent from the political branches of government; the body must conduct itself in accordance with a commitment to the independence of the judiciary; the inquiry must be carried out in accordance with the duty of fairness; and both the process and substantive determinations of the inquiry process must be subject to review by the courts. While current theories of administrative constitutionalism have often been focused on the role of administrative decision-makers in interpreting and implementing constitutional rights, this article builds on the work of Mashaw, Lee, Bremer, and Metzger and Stack to open and contribute to important structural conversations in the field.

Cet article défie l'opinion traditionnelle dans la doctrine de droit administratif voulant que le mandat et la conception des décideurs administratifs soient principalement le produit de choix de politiques faits par l'exécutif et de délégation législative. Se basant sur des théories de droit public d'interprétation structurelle et se positionnant au sein du champ en croissance qu'est le constitutionnalisme administratif, cet article avance que les éléments non écrits de la constitution peuvent effectuer des demandes concrètes au niveau de la structure institutionnelle et de la conception des tribunaux, de sorte que certains aspects et fonctions de l'état administratif sont constitutionnellement requis. L'argument émerge d'une analyse attentive d'une seule étude de cas, soit celle de la discipline, et particulièrement celle de la révocation, des juges des cours supérieures du Canada. L'analyse révèle que l'article 99(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* fournit un compte-rendu incomplet des procédures qui doivent être suivies afin de révoquer un juge de nomination fédérale du banc. Plus spécifiquement, l'étude de cas établit que le principe d'indépendance judiciaire exige que les juges ne soient éligibles à la révocation sous l'article 99(1) qu'après qu'un processus administratif ait été tenu. Ce processus examine l'inconduite alléguée et évalue les faits en fonction du standard constitutionnel de bon comportement judiciaire. L'indépendance judiciaire demande en outre que ce processus incarne quelques éléments essentiels — éléments qui sont familiers au droit administratif : l'enquête doit être effectuée par une organisation indépendante des branches politiques du gouvernement; l'organisation doit se conduire de façon à respecter un engagement à l'indépendance judiciaire; l'enquête doit être effectuée en respectant le devoir d'équité; et tant le processus que les déterminations substantives de l'enquête doivent être sujets à révision par les tribunaux. Alors que les théories actuelles du constitutionnalisme administratif ont souvent été concentrées sur le rôle des décideurs administratifs dans l'interprétation et l'implémentation des droits constitutionnels, cet article bâtit sur le travail de Mashaw, Lee, Bremer, et Metzger et Stack pour ouvrir et contribuer à d'importantes conversations structurelles dans ce champ.

* Assistant Professor, Osgoode Hall Law School, York University, B.A., LL.B., LL.M., D.C.L. Early versions of this article were presented at the Symposium on Unwritten Constitutionalism at the Faculty of Law, University of Ottawa in March 2019 and the Annual Meeting of the Canadian Law and Society Association at the Allard School of Law, University of British Columbia in June 2019. A summary of some of the main claims was published on the Blog of the International Association of Constitutional Law on May 29, 2019, online: <[blog-iacl-aidc.org](https://blog-iacl-aidc.org/?perma.cc/BDX9-U3YB)> [perma.cc/BDX9-U3YB]. Sincere thanks to Benjamin Berger, Vanessa MacDonnell, Sessauna Wheatle, the editors of the McGill Law Journal and the IACL Blog, the two anonymous reviewers for the McGill Law Journal, and the conference participants in both Ottawa and Vancouver for their engagement with the ideas in this article and helpful questions and comments. Thank you also to Christina Skinner, J.D. 2020 and Leaelle Derynck, J.D. 2019 for their excellent research and editorial assistance. This article was written with the assistance of a grant awarded by Western University's Social Sciences and Humanities Research Board and Research Development & Services Office; I am grateful for this generous institutional support.